

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
FELIPE SIMOR DE FREITAS

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
ponderações sobre o argumento econômico no âmbito regional e efetivação dos direitos
humanos sociais previdenciários**

UBERLÂNDIA - MG

2023

FELIPE SIMOR DE FREITAS

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
ponderações sobre o argumento econômico no âmbito regional e efetivação dos direitos
humanos sociais previdenciários**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais

Orientadora: Dra. Tatiana Cardoso Squeff

UBERLÂNDIA - MG

2023

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

F866 Freitas, Felipe Simor de, 1982-
2023 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [recurso
eletrônico] : ponderações sobre o argumento econômico no
âmbito regional e efetivação dos direitos humanos
sociais previdenciários / Felipe Simor de Freitas. -
2023.

Orientador: Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues
Cardoso Squeff.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2023.49>

Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Squeff, Tatiana de Almeida Freitas
Rodrigues Cardoso, 1983-, (Orient.). II. Universidade
Federal de Uberlândia. Pós-graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:
Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091
Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 182, PPGDI				
Data:	Vinte e sete de fevereiro de dois mil e vinte e três	Hora de início:	9:00	Hora de encerramento:	11:00
Matrícula do Discente:	12112DIR011				
Nome do Discente:	Felipe Simor de Freitas				
Título do Trabalho:	A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: PONDERAÇÕES SOBRE O ARGUMENTO NO ECONÔMICO NO ÂMBITO REGIONAL E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direito Internacional Crítico				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoradas/es: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch - IDP/Corte Interamericana de Direitos Humanos; Rodrigo Vitorino Souza Alves - UFU; e Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff - UFU - orientadora do candidato.

Iniciando os trabalhos a presidenta da mesa, Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato, agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir a senhora presidenta concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir o candidato. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o candidato:

Aprovado.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as/os examinadoras/examinadores e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas/os examinadoras/examinadores e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Por fim, a banca indicou a dissertação à publicação.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pelo discente.



Documento assinado eletronicamente por **Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff**, **Professor(a) do Magistério Superior**, em 05/04/2023, às 15:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Vitorino Souza Alves**, **Professor(a) do Magistério Superior**, em 27/04/2023, às 15:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch**, **Usuário Externo**, em 27/04/2023, às 16:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Felipe Simor de Freitas**, **Usuário Externo**, em 28/04/2023, às 10:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4337011** e o código CRC **24E9C487**.

FELIPE SIMOR DE FREITAS

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
ponderações sobre o argumento econômico no âmbito regional e efetivação dos direitos
humanos sociais previdenciários**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Uberlândia - UFU como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Dra. Tatiana Cardoso Squeff

Dr. Rodrigo Mudrovitsch

Dr. Rodrigo Vitorino

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Lilian, ao Pedro e ao Miguel, pelo amor e paciência que tiveram enquanto escrevia a presente dissertação.

À Professora Tatiana Cardoso Squeff, agradeço o estímulo e a orientação em uma área que era minha total desconhecida.

RESUMO

A presente dissertação insere-se dentre da área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais. É farta a epistemologia sobre os direitos sociais na literatura nacional e estrangeira, bem como sobre a utilização de argumentos econômicos nas decisões sobre previdência social no âmbito da jurisdição nacional brasileira. Igualmente, existem diversos trabalhos publicados sobre os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Todavia, não se encontram pesquisas sistematizando os casos e o bloco de convencionalidade construído pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre os direitos humanos sociais previdenciários. Assim, a razão do presente estudo é suprir uma lacuna no âmbito da doutrina nacional sobre os casos envolvendo direitos sociais previdenciários no SIDH. Busca-se, assim, responder se a Corte IDH ao aplicar o art. 26 da CADH (desenvolvimento progressivo) utiliza-se de argumentos econômicos ligados a sustentabilidade dos sistemas de previdência nacionais em detrimento da efetivação dos direitos humanos sociais previdenciários. Para tanto, aplicando-se o método hipotético-dedutivo, parte-se de um estudo descritivo, explicativo e comparativo dos quatro casos peruanos que envolveram diretamente o direito previdenciário, portanto, utilizando-se da técnica documental no que tange ao procedimento de pesquisa, em que pese também valer-se, para fins teóricos-analíticos, da ferramenta bibliográfica. Mais especificamente, no que tange aos casos, o grupo estudado envolve o caso *Cinco Pensionistas vs. Peru*, julgado em 28 de fevereiro de 2003; o caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru*, julgado em 1º de julho de 2009; o caso *Muelle Flores vs. Peru*, julgado em 06 de março de 2019; e o caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru*, julgado em 21 de novembro de 2019. Os resultados da pesquisa indicam que na Corte IDH, até o momento, inexistente uma jurisprudência focada na utilização de argumentos econômicos ligados a sustentabilidade dos sistemas de previdência nacionais em detrimento da efetivação dos direitos humanos sociais previdenciários. As decisões analisadas utilizam-se no tratamento dos direitos sociais de um modelo mais voltado para a responsabilização pelo descumprimento de obrigações de exigibilidade imediata, em detrimento de aspectos progressivos que demandam a análise do transcurso do tempo e de recursos econômicos.

Palavras-chave: Justiciabilidade; Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Direito Previdenciário; Consequencialismo.

ABSTRACT

This dissertation is under the remit of the Fundamental Rights and Guarantees field, in the Society, Sustainability and Fundamental Rights research line. There is a vast amount of epistemology concerning social rights in national and foreign literature, as well as on the use of economic arguments in social security decisions in Brazilian national jurisdiction. Likewise, there are several works published on economic, social, cultural and environmental rights in the Inter-American System of Human Rights (SIDH). However, there is no research systematizing the cases and the conventionality block built by the Inter-American Court of Human Rights (IDH Court) concerning social security human rights. Thus, the reason for the present undertaking is to fill a gap within the national doctrine on cases concerning social security rights in the SIDH. The aim is to answer whether the Inter-American Court of Human Rights, when applying article 26 of the CADH (progressive development), uses economic arguments related to the sustainability of national social security systems to the detriment to the establishing of social security human rights. In order to do so, our starting point is the study of four Peruvian cases, which directly involved the social security law. The group includes the case of Five Pensioners versus Peru, judged on 28th February 2003; the case of Acevedo Buendía and others versus Peru, judged on 1st July 2009; the case of Muelle Flores versus Peru, judged on 6th March 2019; and the case of ANCEJUB-SUNAT versus Peru, judged on 21st November 2019. The results of the research suggest that in the IDH Court, until the present moment, there does not exist a jurisprudence focused on the use of economic arguments linked to the sustainability of national social security systems in detriment to the establishing of social security human rights. The decisions analyzed adopt a model in the treatment of social rights, which is more focused on accountability for non-compliance with immediately enforceable obligations, instead of progressive aspects which demand the analysis of the passage of time and economic resources.

Keywords: Justiciability; Economic, social, cultural and environmental rights; Inter-American Court of Human Rights; Social Security; Consequentialism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

Carta da OEA - Carta da Organização dos Estados Americanos

CDESC - Comitê do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIPDHI - Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CoE - Conselho da Europa (CoE)

Comitê do PIDESC - Comitê do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DADDH - Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DESCA – Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais

DIDH – Direito Internacional do Direitos Humanos

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OUA – Organização dos Estados Africanos

PF-PIDESC – Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PIB – Produto Interno Bruto

PIDCP - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC - Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PSS – Protocolo de São Salvador

SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

UA - União Africana

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS.....	15
1.1 A justiciabilidade dos direitos sociais na Corte IDH: o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) considerando a restrição do art. 19.6 do Protocolo de São Salvador (PSS).....	19
<i>1.1.1O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a promessa de um Estado de Interamericano de Direito que concretize direitos sociais</i>	<i>19</i>
<i>1.1.2 A libertação do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos</i>	<i>35</i>
1.2 A jurisprudência da Corte IDH sobre direitos sociais previdenciários	60
<i>1.2.1 O caso Cinco Pensionistas vs. Peru (2003) e o caso Acevedo Buendía (Demitidos e Aposentados da Controladoria) vs. Peru (2009).....</i>	<i>60</i>
<i>1.2.2 Enfim, o caso Muelle Flores vs. Peru (2019) e a continuidade: o caso ANCEJUB-SUNAT vs. Peru (2019)</i>	<i>66</i>
1.3 O bloco de convencionalidade previdenciário construído a partir do caso Cinco Pensionistas até o caso ANCEJUB-SUNAT	76
<i>1.3.1 Os standards protetivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</i>	<i>76</i>
<i>1.3.2 Uma complementação necessária: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.....</i>	<i>94</i>
2 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO HUMANO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NO DIREITO INTERNACIONAL: DOS CASOS CONCRETOS DO SISTEMA INTERAMERICANO À TEORIA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	108
2.1 A exigibilidade dos direitos sociais na epistemologia dos direitos humanos: o problema da justiciabilidade dos direitos sociais no âmbito internacional	109
<i>2.1.1 O contexto da proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais nos sistemas regionais de proteção e a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos</i>	<i>110</i>
<i>2.1.2 A natureza das obrigações impostas pelas categorias dos direitos humanos e as consequências dessa classificação para a progressividade e não regressividade dos direitos sociais</i>	<i>119</i>

2.2 Possibilidades e limites para a justiciabilidade nacional e internacional dos direitos sociais previdenciários: como pode um caso de direito previdenciário ser analisado à luz do bloco de convencionalidade interamericano	132
<i>2.2.1 A internacionalização do direito previdenciário e o princípio pro persona na interpretação convencional previdenciária</i>	<i>133</i>
<i>2.2.2. Encaminhando casos de direito previdenciário para a Corte Interamericana de Direitos Humanos: os filtros nem tão expressos e o monopólio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos</i>	<i>147</i>
2.3 Ponderações sobre o argumento econômico: do âmbito nacional ao regional interamericano	160
<i>2.3.1 Sobre o argumento econômico no âmbito nacional</i>	<i>160</i>
<i>2.3.2 A responsabilidade internacional dos Estados pela inadequação dos sistemas previdenciários: e se o argumento econômico chegar na Corte IDH?</i>	<i>173</i>
CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS	189

INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas viu-se o início e a continuidade de reformas do sistema previdenciário brasileiro, sempre com vieses nitidamente restritivos, bem como, mais recentemente, a queda da eficiência do serviço público previdenciário, ao menos em algumas áreas, como a do tempo de tramitação dos processos de concessão inicial de benefícios, inclusive quando envolve a realização de perícias médicas. Essas reformas, mesmo que buscando calibrar necessárias áreas do sistema previdenciário em razão da evolução demográfica da sociedade, também acabam atingindo questionáveis aspectos consolidados de proteção, agora com base no argumento da crise financeira e econômica do Estado e, portanto, do desequilíbrio financeiro e atuarial do sistema, mesmo que em detrimento da essencialidade do bem jurídico em discussão e dos valores presentes no texto constitucional e em tratados internacionais.

Como os tempos são de judicialização de políticas públicas, natural que essas reformas sejam analisadas pelo Poder Judiciário nacional, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que acaba tendo que enfrentar o argumento do desequilíbrio e da insuficiência de recursos, muitas vezes com o seu acolhimento, nada obstante diversas críticas que rodeiam essas decisões. Esse cenário também tem sido discutido no âmbito internacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com a judicialização de direitos sociais, inclusive previdenciários, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), não sendo ainda clara a influência do argumento do desequilíbrio financeiro e atuarial nessa espécie de jurisdição.

Com efeito, as sentenças da Corte IDH reconhecem a justiciabilidade dos direitos sociais previdenciários, tendo evoluído de uma proteção chamada de indireta, adotada no caso *Cinco Pensionistas vs. Peru*, para uma direta, considerando a recente decisão do caso *Muelle Flores vs. Peru*, de 06 de março de 2019, que acolheu a tese da violação autônoma do direito à previdência social com base no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que exige a adoção de providências para progressivamente garantir a efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), na medida dos recursos disponíveis, mas sem retrocessos.

Considerando que o Brasil integra o SIDH, com reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, tem-se que os julgamentos do Tribunal valem para os Estados não envolvidos no litígio como *res interpretata*, devendo os juízes nacionais controlar a convencionalidade das leis, atos e políticas públicas internos à luz do bloco de convencionalidade interamericano, sob pena de

responsabilização internacional por violação dos direitos humanos – tema que, inclusive, foi recentemente fomentado pela Resolução n. 123, de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nada obstante, são escassas as pesquisas acadêmicas sobre as sentenças da Corte IDH relacionadas ao direito previdenciário. Por exemplo, Serau Jr.¹ aponta o trabalho de Bassetto² como pioneiro dentro da temática do controle de convencionalidade do direito previdenciário no Brasil. No entanto, nota-se que o trabalho analisa as convenções internacionais em face ao ordenamento jurídico brasileiro, mas não aborda as decisões da Corte IDH. Assim, a presente pesquisa busca responder se a Corte IDH ao concretizar o art. 26 da CADH utiliza-se de argumentos econômicos ligados à sustentabilidade dos sistemas de previdência nacionais em detrimento da efetivação dos direitos humanos sociais previdenciários.

Para responder ao questionamento, parte-se da hipótese que a jurisprudência interamericana se orienta para uma modelo de exigibilidade imediata dos direitos sociais, em detrimento de aspectos progressivos que demandam a análise dos recursos econômicos, que na ausência de medidas de implementação nacional configurados de violações de direitos humanos previdenciários, permite o acesso à jurisdição regional para a imposição de medidas de reparação internacionais.

Assim, desde uma abordagem hipotético-dedutiva, o trabalho qualifica a preocupação contemporânea do SIDH em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), com foco no direito previdenciário. Para tanto, sistematiza os *standards* da matéria a partir das sentenças proferidas pela Corte IDH, identificando o bloco de convencionalidade previdenciário. A partir da leitura desse bloco estuda a epistemologia dos direitos sociais para verificar qual tipo de doutrina o Tribunal Regional se alimenta e, consequentemente, ajuda a fortalecer. Nessa sistematização dos *standards* especial discussão é dada a utilização do chamado argumento econômico, da defesa de insuficiência de recursos econômicos para a concretização dos direitos previdenciários, para situar a Corte IDH, ao menos de forma limiar, nessa discussão.

Nessa toada, tem-se que a presente pesquisa é, ao fim e ao cabo, sobre controle de convencionalidade no direito previdenciário. Todavia, adverte-se que o leitor não encontrará um capítulo ou tópico separado apenas sobre o controle de convencionalidade. Verificar-se-ão

¹ SERAU JR., Marco Aurélio. Prefácio. In: BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto. *Direito previdenciário e controle de convencionalidade: aplicação do direito internacional à prática previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2021.

² BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto. *Direito previdenciário e controle de convencionalidade: aplicação do direito internacional à prática previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2021.

apenas alguns conceitos importantes para a compreensão do instituto. Isso, pois, pensa-se que já existe doutrina suficiente sobre o assunto no âmbito nacional e internacional que poderá ser consultada a partir de alguns referenciais, os quais serão oportunamente citados.

Para a realização da pesquisa utiliza-se do procedimento de pesquisa bibliográfico na análise da literatura especializada nacional e estrangeira, visando compreender os marcos teóricos relacionados aos dois eixos principais do trabalho: direito internacional dos direitos humanos e direito previdenciário. Em especial, seleciona-se textos que propiciaram descrever o atual panorama teórico-normativo dos direitos sociais no âmbito interamericano, bem como contextualizar a crítica da construção do direito previdenciário sob a ótica do enrijecimento dos critérios de proteção para a garantia do equilíbrio financeiro e atuarial em detrimento da primazia dos direitos humanos. Ademais, para complementar o estudo e esclarecer alguns caminhos realizados pela Corte IDH, igualmente pesquisa-se acerca do bloco de convencionalidade. Assim, quanto ao seu objetivo, a pesquisa pode ser classificada como descritiva, na medida em que aprofundam os objetos de estudo para observar e registrar os conhecimentos adquiridos.

Para sistematizar os padrões internacionais aplicáveis em matéria de direito previdenciário utilizados pela Corte IDH, realiza-se uma pesquisa documental nas sentenças proferidas por este tribunal, encontrando-se, assim, quatro casos peruanos sobre o tema. Estes são: *Cinco Pensionistas vs. Peru*, julgado em 28 de fevereiro de 2003; *Acevedo Buendía e outros vs. Peru*, julgado em 1º de julho de 2009; *Muelle Flores vs. Peru*, julgado em 06 de março de 2019; e *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru*, julgado em 21 de novembro de 2019. Ademais, havendo necessidade para fins de aprofundamento, consulta-se igualmente os principais documentos dos casos, que também se encontram disponíveis no endereço eletrônico da própria Corte IDH.

No que tange ao procedimento de análise dos casos, as técnicas utilizadas são a descritiva, explicativa e comparativa. Com isso, analisam-se os mesmos individualmente, de acordo com os pedidos realizados, dispositivos violados, fundamentações sobre os dispositivos violados, fundamentações sobre os dispositivos violados e espécies de reparações utilizadas, possibilitando, ainda, uma estruturação conjunta e comparativa dos quatro precedentes.

O trabalho, todavia, possui alguns recortes e limites. O foco principal são as decisões da Corte IDH em matéria previdenciária contra o Peru, que formam o núcleo duro dessa jurisprudência, com quatro sentenças já proferidas. Mesmo que outras sentenças também sejam analisadas em razão de fazerem parte da evolução do tratamento dos DESCAs pela Corte, ficarão de fora diversas outras decisões que poderiam influenciar na análise. Ficam de fora, ainda, os

standards produzidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em matéria de direitos sociais³. Portanto, por opção de delimitação, o estudo situa-se dentro do subsistema da CADH e apenas nos padrões oriundos das sentenças da Corte IDH.

Opta-se por adotar o chamado *plano francês* para a pesquisa, dividindo-a em duas grandes partes⁴.

Na primeira parte analisa-se a evolução e os contornos da justiciabilidade dos direitos sociais previdenciários na Corte IDH à luz dos casos peruanos, isto é, a possibilidade de as pessoas vindicarem esses direitos perante a Corte Internacional. Já na segunda parte verifica-se qual tipo de doutrina sobre os direitos sociais previdenciários é alimentada e fortalecida por intermédio dos casos que envolvem direitos sociais previdenciários na Corte IDH, com especial foco no sempre controvertido argumento econômico que impediria a adequada efetivação desses direitos. A partir disso, indica-se quais caminhos podem ser utilizados para, através dos *standards* estudados, garantir a interamericanização do direito previdenciário brasileiro.

O capítulo um é dividido em três subitens. No primeiro, analisa-se a relação entre o SIDH e os direitos sociais, defendendo-se uma socialização do sistema regional e a promessa de um Estado Interamericano de Direito ou Estado Convencional de Direito que não hierarquiza direitos humanos e promete a concretização dos direitos sociais. No segundo, faz-se uma descrição da evolução jurisprudencial do entendimento da Corte sobre o direito previdenciário a partir de quatro casos julgados contra o Peru, a saber: *Cinco Pensionistas vs. Peru*, *Acevedo Buendía vs. Peru*, *Muelle Flores vs. Peru* e *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru*. No terceiro, apresenta-se o bloco de convencionalidade em matéria de direito previdenciário construído pelo Tribunal nos julgamentos analisados, bem como controverte-se a possibilidade da Convenção Interamericana sobre a Proteção de Pessoas Idosas influenciar no futuro tratamento jurisdicional do tema.

O capítulo dois também é dividido em três subitens. No primeiro, esclarece-se como a exigibilidade dos direitos sociais é tratada no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Opta-se por uma revisão do contexto da proteção dos direitos sociais nos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a saber: o sistema europeu e o sistema africano. Além disso, aprofunda-se a natureza das obrigações impostas pelas categorias dos direitos humanos, buscando-se encontrar o local dos direitos sociais, para fins desnudar

³ Sobre o assunto, cf. CIDH. *Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales*: estándares interamericanos. Ciudad de México, 2021.

⁴ FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. *A pesquisa jurídica sem mistérios*: do projeto de pesquisa à banca. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

tratamento dos conceitos de progressividade, não regressividade e exigibilidade imediata. No segundo, estuda-se como um caso de direito previdenciário pode ser analisado à luz do bloco de convencionalidade interamericano, tanto no âmbito nacional como internacional. Em especial, busca-se traçar algumas linhas sobre o árduo caminho para que um caso vença os filtros do SIDH e possa ser levado para julgamento na Corte IDH. Finalmente, incursiona-se no confronto da utilização do argumento econômico do âmbito nacional ao regional interamericano, controvertendo-se a hipótese de a Corte IDH ter que trabalhar com essa linha de argumentação por parte da defesa de algum Estado-parte da CADH como justificativa para o descumprimento de suas obrigações sociais previdenciárias.

Ao cabo, espera-se contribuir com a temática para fomentar o controle de convencionalidade na matéria previdenciária. Além de suprir a lacuna do conhecimento da ausência de pesquisas sobre o assunto, a sistematização do bloco de convencionalidade interamericano poderá auxiliar os juízes nacionais na análise da política pública previdenciária brasileira, trazendo benefícios sob os ângulos institucionais e práticos.

Além disso, considerando a fundamentalidade do direito social à previdência social que acompanha a evolução histórica dos direitos humanos, orientada para o combate da pobreza e da fome, ambas características profundamente presentes na América Latina, o trabalho visa contribuir em favor dos segurados da previdência social ao reforçar o discurso da possibilidade da justiciabilidade internacional dessa espécie de direito social.

1 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) estrutura-se a partir do chamado Sistema Global de Proteção da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos três Sistemas Regionais constituídos. Os Sistemas Regionais em operação são o Europeu, o Interamericano e o Africano, cada um pertencente a uma organização internacional. O Sistema Europeu faz parte do Conselho da Europa (CoE); o Sistema Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA); e o Sistema Africano da União Africana (UA)⁵.

O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH) foi inaugurado em 1948, na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, na Colômbia, quando foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA)⁶ e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH). Sua institucionalização convencional ocorreu em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos⁷, em São José, na Costa Rica, quando foi adotada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978.

Importante compreender que o SIDH é dividido em dois subsistemas⁸. O primeiro, chamado de Subsistema da Organização dos Estados Americanos, baseado na Carta da OEA, na DADDH e no Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como órgão de proteção dos direitos humanos, aplicado a todos os Estados que compõem a OEA, mas não ratificaram a CADH⁹.

⁵ Para um estudo comparativo dos três sistemas, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Na segunda parte do trabalho, dedica-se um tópico sobre a justiciabilidade dos direitos sociais nos três sistemas de proteção dos direitos humanos.

⁶ A Carta da OEA já foi objeto de quatro alterações: Protocolo de Buenos Aires (1967), Protocolo de Cartagena das Índias (1985), Protocolo de Washington (1992) e Protocolo de Manágua (1993).

⁷ Conforme o art. 122 da Carta da OEA, “as Conferências Especializadas são reuniões intergovernamentais destinadas a tratar de assuntos técnicos especiais ou a desenvolver aspectos específicos da cooperação interamericana e são realizadas quando o determine a Assembleia Geral ou a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, por iniciativa própria ou a pedido de algum dos Conselhos ou Organismos Especializados”.

⁸ Disso resulta a existência de três procedimentos para apuração da responsabilidade dos Estados no Sistema Interamericano: a) petições individuais no subsistema da Convenção Americana dos Direitos Humanos; b) petições individuais no subsistema da Organização dos Estados Americanos; c) petições interestatais no subsistema da Convenção Americana dos Direitos Humanos. O procedimento de petições individuais no subsistema da Organização dos Estados Americanos é idêntico ao do subsistema da CADH, com exceção da impossibilidade de submeter o caso à Corte IDH.

⁹ Nesse caso, para os Estados que não ratificaram a CADH ou a denunciaram, diz-se que a CIDH exerce um papel *quase-judicial*. Segundo Koch, “o objetivo do sistema de petições individuais nesse contexto é avaliar uma

Nesse subsistema, portanto, não operam a CADH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O segundo subsistema, chamado de Subsistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, é baseado no Pacto de São José, aplicado apenas aos Estados que ratificaram a CADH, tendo, em regra, a CIDH e a Corte IDH como órgãos de proteção¹⁰. Diz-se, em regra, pois, ao ratificaram a CADH os Estados-partes podem não aderir a cláusula facultativa de jurisdição do Tribunal, ficando, nesse caso, a fiscalização de violações de direitos apenas sob responsabilidade da CIDH¹¹.

Atualmente, 35 Estados fazem parte da OEA, sendo que 23 ratificaram a CADH, mas apenas 20 reconheceram a competência contenciosa do Tribunal. Ratificaram a CADH: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Ratificaram a CADH, mas não declararam aceite da competência contenciosa da Corte IDH: Dominica, Granada e Jamaica. Nicarágua está em fase da retirada da OEA, que se concretizará em 2023, o que também já aconteceu em relação à Venezuela¹². Trinidad e Tobago fazia parte da CADH, com aceite da jurisdição da Corte IDH, mas denunciou o tratado, permanecendo apenas no subsistema da OEA¹³.

A CIDH é composta por sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, com mandato de quatro anos, sendo

suposta violação dos direitos consagrados na Declaração Americana e na Carta da OEA e, quando constatada, recomendar ao Estado que observe e garanta tais direitos. Com caráter de mera recomendação, não há qualquer tipo de ação mais incisiva da CIDH para que o Estado cumpra a decisão, podendo, apenas, encaminhar tais recomendações à Assembléia Geral da OEA para que esta tome as providências que achar pertinentes”. (KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 86-87).

¹⁰ Aqui, existe todo o procedimento de trâmite de petições individuais, que será analisado na segunda parte da presente dissertação. Por ora, ressalte-se que nesse caso, diz-se que a CIDH possui um papel adjudicatório dentro do SIDH, sendo responsável por receber e analisar a admissibilidade de petições individuais contra os Estados e, sendo o caso, remetê-las para análise da Corte IDH.

¹¹ Sendo a hipótese, após todo o trâmite do procedimento de petições individuais, a CIDH não pode remeter o caso para a Corte IDH. Assim, “se o Estado não tiver ratificado o tratado, a CIDH elabora o segundo relatório, ou segundo informe, dessa vez público, contendo novas recomendações a serem adotadas pelo Estado. Em não havendo cumprimento, a única saída é o apelo à Assembléia Geral da OEA”. (KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 29).

¹² Conforme o art. 143 da Carta da OEA, “esta Carta vigorará indefinidamente, mas poderá ser denunciada por qualquer dos Estados membros, mediante uma notificação escrita à Secretaria-Geral, a qual comunicará em cada caso a todos os outros Estados as notificações de denúncia que receber. Transcorridos dois anos a partir da data em que a Secretaria-Geral receber uma notificação de denúncia, a presente Carta cessará seus efeitos em relação ao dito Estado denunciante e este ficará desligado da Organização, depois de ter cumprido as obrigações oriundas da presente Carta”. (OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*, 1948).

¹³ Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em 26 jan. 2023.

possível uma reeleição. Suas principais funções são: estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da OEA, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 da CADH; e apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da OEA.

Por sua vez, a Corte IDH é composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas com alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, eleitos por um período de seis anos, sendo possível uma reeleição.

O Tribunal possui duas competências: consultiva e contenciosa. Na competência consultiva, “[...] as Cortes podem interpretar normas jurídicas internacionais, fixando seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos”¹⁴. Nos termos do art. 64 da CADH, é possível opinião consultiva sobre a *interpretação* da CADH ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Dentro da competência consultiva, a Corte, a pedido de um Estado membro da OEA, poderá emitir pareceres sobre a *compatibilidade* entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais¹⁵.

A competência *contenciosa* faz parte do recorte temático do presente trabalho, e será aprofundada em seus mais variados aspectos durante o seu desenvolvimento. Por ora, diga-se que a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da CADH que lhe seja submetido, desde que o Estado-parte denunciado tenha reconhecido sua competência¹⁶.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Proceso internacional de derechos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 271. Sobre o assunto, cf. NIKKEN, Pedro. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

¹⁵ Cf. art. 64 da CADH.

¹⁶ Cf. art. 62 da CADH.

Nesse cenário, interessa aqui a relação da Corte IDH com a judicialização dos direitos sociais. Para tanto, saliente-se que o século XXI é marcado por uma crescente judicialização nacional dos direitos sociais, fenômeno que não diferencia países e sistemas jurídicos¹⁷.

Esse fenômeno também ocorre no âmbito das Cortes Internacionais, sendo os recentes movimentos da Corte IDH em prol da judicialização direta um exemplo seguro. É importante considerar, nesse cenário, a ocorrência da expansão dos Tribunais Internacionais, com a previsão do direito de peticionamento direto pelas pessoas, ampliando o acesso à justiça internacional e o número de vítimas justiciáveis¹⁸.

Infelizmente, tão segura é também a afirmação que o bloco de convencionalidade interamericano sobre direitos sociais é pouco conhecido dos juízes nacionais. Com efeito, “[...] existe uma significativa variação [...] na vontade dos juízes de se engajarem na cultura jurídica transnacional dos Direitos Humanos e de tirar vantagem do potencial jurídico e dos recursos argumentativos disponíveis”¹⁹.

Assim, o presente capítulo pretende analisar a justiciabilidade dos direitos sociais previdenciários na Corte IDH à luz dos casos peruanos que envolvem a matéria. Existe um dever de consideração das decisões da Corte IDH pelos Estados-partes, que foi expressamente declarado pelo Tribunal no caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, que é compreendido como a inauguração formal da doutrina do controle de convencionalidade no SIDH²⁰.

Nesse caminhar, os julgamentos da Corte valem para os Estados não envolvidos no litígio concreto como *res interpretada*²¹. A partir dos *standards* fixados pela Corte IDH é possível pensar na adequação do direito e processo previdenciário nacional ao direito interamericano mediante o controle de convencionalidade. Ademais, da não consideração pela jurisdição nacional do bloco de convencionalidade interamericano, pode derivar a responsabilização internacional do Brasil por violação aos direitos humanos.

¹⁷ LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 99-105, 2009.

¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 15-16.

¹⁹ ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p. 1266.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

1.1 A justiciabilidade dos direitos sociais na Corte IDH: o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) considerando a restrição do art. 19.6 do Protocolo de São Salvador (PSS)

A primeira parte deste estudo tem por objetivo central apresentar como a justiciabilidade dos direitos sociais, com ênfase nos direitos previdenciários, desenvolveu-se no âmbito da Corte IDH. Entende-se *justiciabilidade* como a possibilidade de as pessoas vindicarem esses direitos previstos em tratados internacionais perante Corte Internacional.

O capítulo será dividido em três subitens. No primeiro, objetiva-se contextualizar o SIDH e os direitos sociais, desde uma argumentação que visualize os compromissos com essa espécie de direito humano, considerando o argumento da existência de uma socialização do sistema regional. Para tanto, defende-se que o SIDH representa uma promessa de um Estado Interamericano de Direito ou Estado Convencional de Direito que não hierarquiza direitos humanos e promete a concretização dos direitos sociais.

Com esse pano de fundo, almeja-se demonstrar como a Corte IDH evoluiu seu pensamento sobre a justiciabilidade dos direitos sociais no marco do art. 26 da CADH, único dispositivo sobre direitos sociais presente no tratado, considerando a restrição prevista no art. 19.6 do PSS, diploma específico sobre DESCAs, mas que apenas permite a judicialização do direito à educação e à associação sindical.

No segundo, realiza-se uma descrição da evolução jurisprudencial do entendimento da Corte sobre o direito previdenciário a partir de quatro casos julgados contra o Peru, a saber: *Cinco Pensionistas vs. Peru*, *Acevedo Buendía vs. Peru*, *Muelle Flores vs. Peru* e *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru*.

Por fim, na terceira parte, apresenta-se o que se denomina bloco de convencionalidade em matéria de direito previdenciário construído pelo Tribunal nos julgamentos analisados. Aqui, enfrenta-se uma lacuna na análise da matéria: controverte-se a possibilidade da Convenção Interamericana sobre a Proteção de Pessoas Idosas (CIPDHI), concluída no âmbito da OEA, em Washington, no dia 15 de junho de 2015, com entrada em vigor em 1º de novembro de 2017, influenciar no futuro tratamento jurisdicional do tema.

1.1.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a promessa de um Estado de Interamericano de Direito que concretize direitos sociais

O Estado Democrático de Direito tradicionalmente conhecido foi sepultado por alguns constitucionalistas interamericanistas. Para substituí-lo, o caminho foi refundá-lo por intermédio de uma singular força capaz de carregar consigo a teimosa promessa de transformação social que resiste desde a criação do modelo de Estado de Bem-Estar Social, até a construção de uma sociedade menos desigual.

Nesse sentido, Cyrillo, Fuentes-Contreras e Legale defendem o conceito de Estado Interamericano de Direito no constitucionalismo sul-americano. Para os autores, a CADH opera como uma Constituição Interamericana²² e a Corte IDH como um Tribunal Transnacional²³, servindo seu texto e a interpretação dada pela Corte IDH como parâmetros de validade dos atos nacionais internos - sindicabilidade material que deve ser realizada mediante o controle de convencionalidade à luz do princípio *pro persona*²⁴.

E sendo assim, considerando o imprescindível diálogo que deve existir entre o SIDH e as atuais Constituições Democráticas Latino-Americanas, formulam o conceito de Estado Interamericano de Direito – *Inter-American Rule of Law* - que seria uma espécie de Estado de Direito compatível com a CADH e demais tratados de direitos humanos e as decisões da Corte IDH, exigindo que o controle de convencionalidade seja realizado nas três esferas de poder nacionais, ou seja, recaindo sobre as leis, as políticas públicas²⁵ e as decisões judiciais²⁶.

Com isso em mente, inicialmente, deve-se analisar os pontos centrais dos chamados Estado de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, para tentar

²² Em outra obra Legale esclarece seu posicionamento no sentido da CADH ser um atracadouro de diversas fontes internacionais: “[...] é importante perceber que a Convenção Americana de Direitos Humanos se tornou uma espécie de Constituição Interamericana, designando por isso um atracadouro de diversas fontes de direito internacional, que opera de modo muito semelhante à uma Constituição, já que ela introjeta normas superiores – *jus cogens* – que servem de parâmetro às demais. Cabe o paralelismo com uma Constituição, especialmente se concebermos essa Constituição como costumeira, também viva, forjada pela prática reiterada em exigir seu cumprimento e pela *opinio juris* de sua vinculação, cujo descumprimento aos que assinaram enseja responsabilidade internacional. Note-se, ainda, outra função típica das Constituições: dos demais tratados de direitos humanos devem ser interpretados a partir da normatividade da CADH. Em outras palavras, não só os costumes atacam na CADH, mas também outros tratados”. (LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 193).

²³ Piovesan refere-se à Convenção Americana de Direitos Humanos como *Código Interamericano de Direitos Humanos*. (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *Ius commune* sul-americano. In: *Revista do TST*, n. 4, v. 77, out./dez. 2011, p. 124).

²⁴ CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitucionalismo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 42, n. 88, 2021, p. 1-27.

²⁵ Para um estudo específico sobre o controle de convencionalidade de políticas públicas à luz do princípio do *minimum core obligation*, cf. ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Controle de convencionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

²⁶ CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitucionalismo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 42, n. 88, 2021, p. 1-27.

compreender como os autores chegaram ao novo paradigma anunciado. Assim, lembre-se que no âmbito das históricas formações estatais, em oposição ao absolutismo das monarquias, surgiu o chamado Estado de Direito, que possui sua origem ligada aos ideais liberais que pregavam o respeito à individualidade das pessoas e o abstencionismo do Estado, tendo representado um avanço civilizatório ao adotar como postulados a submissão à lei, a divisão dos poderes e a instituição e respeito aos direitos e garantias fundamentais²⁷. No entanto, trata-se de um modelo de Estado sem preocupação com a implantação e concretização de direitos sociais.

Esse abstencionismo estatal gerou diversas espécies de injustiças, uma vez que, na prática, a liberdade e igualdade acabavam por garantir a imposição da vontade do mais forte. Conforme explica Bonavides “[...] a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais [...]”²⁸. Em razão disso, não tardou para que surgissem diversos conflitos no seio da sociedade, especialmente por intermédio do operariado, fenômeno conhecido como *questão social*²⁹.

Como resposta a esses conflitos que emergem no âmbito do Estado de Direito Liberal, juntamente com a recessão econômica e desemprego provenientes da crise de 1929 nos Estados Unidos – chamada de Grande Depressão - vê-se a formação do denominado Estado Social de Direito³⁰ com objetivo de realização de justiça social através da instituição e concretização dos chamados direitos sociais clássicos ligados ao direito do trabalho e da seguridade social³¹. Deixa-se de lado o abstencionismo para apostar no intervencionismo estatal que passa a ser devedor de prestações positivas³². Kerstenetzky afirma que essa “[...] nova linha de ação

²⁷ SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 281-282; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61.

²⁹ “[...] formação de grandes aglomerados urbanos, com a necessidade de venda da força de trabalho nos centros fabris; péssimas condições de trabalho, ademais completamente desregulamentadas (baixa remuneração, presença do trabalho infantil e feminino, inexistência de fixação de jornada máxima diária, dentre outras), proibição do sindicalismo etc.”. (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27).

³⁰ Utilizaremos indistintamente as expressões Estado Social de Direito, Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*.

³¹ Escapa aos objetivos de o presente tópico analisar com profundidade as diversas teorias sobre as origens, a expansão e a crise do Estado de Bem-Estar Social, classificadas em: teoria da convergência ou lógica da industrialização; teoria funcionalista ou neomarxista; modelos dos recursos do poder ou paradigma social-democrata; e, por fim, teoria neoinstitucionalista. Para uma visão sobre o assunto, cf. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 34-52.

³² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política & Teoria do Estado*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69-78.

compromete o Estado com a proteção da sociedade, em especial dos trabalhadores assalariados, contra certos riscos associados à participação em uma economia de mercado”³³.

Para estabelecer as adequadas diferenciações, ressalte-se que o *Welfare State* não se confunde com o chamado Estado Socialista, tratando-se, na verdade, de uma transformação do insuficiente Estado Liberal, tanto que “[...] conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”³⁴. É o que Morais denomina de dupla face do Estado Social, uma vez que beneficiou tanto a classe trabalhadora como o investimento capitalista em razão das demandas por infraestrutura e consumo que surgiram, por exemplo³⁵. Em outras palavras, a crise do capitalismo e do liberalismo da época foi solucionada mediante o investimento e avanço para um modelo social, o que foi feito mediante a aplicação das teorias de Keynes³⁶.

Como os fundamentos do Estado Social são importantes para o presente trabalho, uma vez que se mantêm presentes nas atuais Constituições democráticas e nas convenções internacionais que surgiram na segunda metade do século XIX, necessário um maior desenvolvimento sobre esse momento histórico. Nesse caminhar, mesmo que se possa apontar manifestações de proteção sociais anteriores³⁷, de um modo geral os estudos sobre o Estado de Bem-Estar Social compreendem o período de 1870 a 1975. Sua formação ocorre entre 1870 até o final da Primeira Guerra em 1918, seguido da sua consolidação no período Entreguerras para, ao final, expandir-se entre 1940 até 1970, quando ter-se-ia iniciado sua transformação e/ou desmantelamento³⁸.

Como dito, o nascimento e desenvolvimento Estado de Bem-Estar Social está atrelado aos programas relacionados ao direito do trabalho e de seguridade social da época. É por essa razão ser lugar comum na doutrina apontar dois modelos de Estado de Bem-Estar Social, de acordo com influência do programa alemão de Otto von Bismarck, ou do inglês de William

³³ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 5.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

³⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. *Ebook*, p. 491.

³⁶ “A crise mais séria da modernidade, aquela de 1929, que causou o colapso da bolsa e provocou uma série de suicídios, foi habilmente resolvida mediante a aplicação das teorias de Keynes: apesar do déficit, o Estado investiu em obras públicas, empregando a força de trabalho numa época em que não havia emprego disponível e as empresas eram obrigadas a dispensar pessoas; planos foram estimulados e uma janela se abriu para a indústria, reimpulsionando o pêndulo da economia”. (BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 10).

³⁷ É comum na doutrina a indicação das chamadas Leis dos Pobres: “cabe assinalar o aparecimento, no século XVI, das primeiras leis definidoras de tarefas estatais de proteção social, as chamadas *Poor Laws*, que apareceram primeiro na Escócia, em 1579, e posteriormente na Inglaterra, em 1601, através do conhecido *Poor Law Act*”. (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26).

³⁸ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 16.

Beveridge³⁹. Portanto, a história do Estado de Bem-Estar Social confunde-se com a da seguridade social, sendo dela indissociável até os dias atuais. Esses modelos são de importante compreensão, uma vez que irão ditar, juntamente com os chamados sistema de repartição⁴⁰ e capitalização⁴¹, as reformas da previdência que serão implementadas na América Latina e, por consequência, terão influência na judicialização de políticas públicas sociais, inclusive, perante a Corte IDH, como é o caso dos julgados previdenciários peruanos.

De modo sintético, o modelo alemão bismarckiano, implantado por volta de 1880, tinha sua estrutura ligada a uma seleção dos beneficiários, mais especificamente a classe operária das indústrias, a qual passava a possuir direito a determinados benefícios de seguridade social no caso da ocorrência de contingências sociais, como acidentes de trabalho ou invalidez. Por sua vez, o modelo inglês beveridgeano, implantado após a 2ª Grande Guerra, tinha sua estrutura ligada ao vínculo da cidadania, caminhando para um modelo universal que buscava garantir condições dignas independentemente de o beneficiário estar ligado ou não a uma prévia categoria ou relação de emprego⁴².

Nas últimas décadas do século XX, especialmente a partir de 1970, o Estado de Bem-Estar Social passou a sofrer fortes críticas do neoliberalismo, notadamente em razão de um

³⁹ Cf. KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 5.

⁴⁰ De acordo com Fortes, “no Regime de Repartição, o financiamento das prestações (e também de todas as despesas operacionais do sistema) é feito mediante o aporte de contribuições ou impostos, que têm como sujeitos passivos não somente os segurados, mas também as empresas, os entes públicos, e a própria coletividade, sem nenhum tipo de vinculação entre estas e os benefícios futuros: as despesas correntes são pagas com receitas correntes, de modo que, no que se refere aos beneficiários previdenciários, os segurados na inatividade são sustentados por aqueles que estão no mercado de trabalho, e também pelas demais contribuições ou impostos, destinados ao custeio previdenciário, vertidas no exercício”. (FORTES, Simone Barbisan. *Previdência Social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da Teoria da Justiça*. São Paulo, LTr: 2005, p. 67-68). E continua afirmando que, “sendo assim, o Regime de Repartição opera sobre as bases de uma solidariedade social (já que somente os segurados pagam para ter acesso às prestações previdenciárias, mas também a própria sociedade) e intergeracional (já que a geração em atividade custeia, em parte, as prestações pagas à geração na inatividade, e, no futuro, terá seus próprios benefícios custeados pelas novas gerações)”. (FORTES, Simone Barbisan. *Previdência Social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da Teoria da Justiça*. São Paulo, LTr: 2005, p. 68).

⁴¹ Segundo Fortes, “[...] a idéia sobre a qual se sustenta o regime de capitalização é, de um lado, a da atribuição da responsabilidade pelo enfrentamento dos riscos sociais ao indivíduo, mediante aportes contributivos a um programa que lhe garante renda em face da ocorrência do evento (seja ele público ou privado), à semelhança de um contrato de seguro, e, de outro, a da natureza compensatória ou indenizatória dos programas, o que significa que, em face da ocorrência dos riscos sociais, garante-se ao trabalhador renda equivalente ao seu aporte contributivos”. (FORTES, Simone Barbisan. *Previdência Social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da Teoria da Justiça*. São Paulo, LTr: 2005, p. 107). E continua afirmando que, “destarte, o Estado, mesmo que administre um plano público de Regime Previdenciário de Capitalização, não operará mudança no *status quo* social, isto é, não efetivará, pela via previdenciária, redistribuição de renda”. (FORTES, Simone Barbisan. *Previdência Social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da Teoria da Justiça*. São Paulo, LTr: 2005, p. 107).

⁴² FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 52-57.

cenário de crise fiscal dos Estados, o surgimento da terceira revolução industrial e o aparecimento de novos modelos de gestão empresarial. No entanto, mesmo após três décadas de críticas, os Estados que foram berço desse movimento, como os Nórdicos, a Alemanha, França, os Países Baixos e mesmo a Grã-Bretanha, mantiveram fortemente em suas políticas as bases do Estado de Bem-Estar Social, não encampando integralmente a cartilha neoliberal⁴³.

Por outro lado, a agenda neoliberal atingiu outros setores e países da América Latina⁴⁴, conforme lê-se em Delgado e Porto:

Não obstante sua incapacidade de desconstruir os EBES mais bem estruturados, as propostas enfáticas e mais radicais ultraliberalistas tiveram grande influência, sim, nos organismos internacionais e multilaterais de gestão do capitalismo (BIS, FMI, Banco Mundial, BID, BIRD, GATT/OMC etc.). Impactaram também fortemente os círculos universitários e as burocracias estatais, especialmente nos países periféricos ao capitalismo central, em particular da América Latina. Neste contexto, curiosamente, os países que de modo mais ortodoxo se submeteram à crítica e às propostas ultraliberalistas foram os que sequer haviam construído efetivos Estados de Bem-Estar Social – caso típico dos latino-americanos Argentina, Brasil, Chile e México nos anos de 1980 e 1990⁴⁵.

Com esse pano de fundo, ainda se defende a atualidade – e resistência – do Estado de Bem-Estar Social, mesmo que, para tanto, ele deva passar por reformulações nos seus fundamentos⁴⁶, inclusive, com restrições nas prestações a serem outorgadas pelo Poder Público⁴⁷. Nesse sentido, no âmbito da previdência social, interessante afirmação é feita por Delgado e Porto, indicando que o *Welfare State* seria vítima do triunfo de seus objetivos. Para os doutrinadores, por exemplo, “[...] a gradativa elevação da idade mínima para aposentadorias

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A atualidade do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 26-27.

⁴⁴ Em razão disso, afirma-se que existe uma tensão entre o Banco Mundial e suas instituições e o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Para a doutrina, nada obstante tenha ocorrido uma certa atenuação nessa tensão, em razão de mudanças nas políticas de desenvolvimento e assuntos relacionados aos direitos humanos do Banco Mundial, ainda persistem diversos problemas que podem afetar a concretização de um constitucionalismo transformador na América Latina. (BOGDANDY, Armin Von; FRANZ, Ebert. O Banco Mundial frente ao Constitucionalismo Transformador Latino-Americano: panorama geral e passos concretos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 354-379, 2022).

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A atualidade do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 29.

⁴⁶ Consultar diversas perspectivas em: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018.

⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 573. Ebook.

não traduz uma suposta vitória ultraliberalista sobre o Estado de Bem-Estar Social, mas uma recalibragem necessária deste aos positivos efeitos de seu próprio sucesso”⁴⁸.

De qualquer forma, uma das principais críticas que foi feita ao Estado de Bem-Estar Social é que “[...] pode se instituir à revelia do Estado de Direito e se configurar como ditatorial ou totalitário”⁴⁹. Como lembra Bonavides, podem ser compreendidos como Estados Sociais a Alemanha nazista, a Itália fascista e, na Revolução de 1930, o Brasil⁵⁰. É por essa razão que ele esclarece em sua obra a sua preferência e defesa de um Estado Social que deve ser lido dentro de um constitucionalismo democrático. Segundo o autor, o “Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”⁵¹.

Dito isso, o próximo passo será a instituição do chamado Estado Democrático de Direito - uma formação que não abandona os fundamentos do Estado de Direito e do Estado Social, mas vai além na correção das suas insuficiências, sendo comum na doutrina a referência ao sentido de transformação do *status quo* da sociedade⁵². Conforme explicam Streck e Moraes:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições existenciais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para vincular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.⁵³

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A atualidade do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 28-29.

⁴⁹ SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 289.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 204.

⁵² MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 555. *Ebook*, grifos no original.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política & Teoria do Estado*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-98. Para Simões, ele “contém os direitos civis, políticos e sociais organicamente vinculados e cumulativos, em um único sistema jurídico-político de que são partes indecomponíveis e pressupostos mútuos, sendo por isso inconcebível que possa permanecer, como tal, sendo apenas de direito e não social ou vice-versa. Assegura os direitos civis e políticos, os direitos sociais clássicos, mas também os universais e a democracia participativa, como condição de sua implementação. Sua natureza democrática e de direito, na própria qualificação do Estado consiste, entre outros elementos, na cumulativamente intrínseca entre os direitos individuais, com os direitos sociais e sua universalização, e os direitos e garantias fundamentais”. (SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 291).

Streck e Morais apresentam diversos princípios que caracterizam o Estado Democrático de Direito como a vinculação a uma Constituição; a organização democrática da sociedade; o estabelecimento de um sistema de direitos e garantias fundamentais; a justiça social para dissipar desigualdades; a busca pela igualdade material; a divisão dos poderes; a legalidade e a segurança e certeza jurídicas⁵⁴.

Especificamente sobre a primeira característica, a *constitucionalidade*, diversas Constituições dos países da América Latina previram cláusulas de abertura para o direito internacional dos direitos humanos, nada obstante trabalhem de forma diversa com a hierarquia desses tratados no âmbito interno⁵⁵. No Brasil, o art. 5º, § 2º dispõe que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros previstos em tratados internacionais. Interpretando esse dispositivo, atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia supralegal, mas inferior ao texto constitucional. Somente no caso do art. 5º, § 3º, quando o texto do tratado for aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, é que haverá paridade de emenda constitucional⁵⁶.

São esses os dispositivos que, com o desenvolvimento do SIDH, farão com que a constitucionalidade também seja lida como *convencionalidade*. Aliás, é dessa convencionalidade que se pode retirar o reforço que a Constituição atualmente necessita para evitar o enfraquecimento dos direitos sociais, garantido então a justiça social para dissipar a desigualdade e a exclusão social.

Ocorre que o acolhimento e a efetivação dos direitos sociais não ocorrem de forma tranquila no âmbito internacional. Na verdade, os influxos no desenvolvimento das formações estatais acima delineados que indicam os direitos individuais e políticos de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais do outro, também refletiram na negociação e nascimento dos primeiros tratados de direitos humanos no período posterior ao segundo grande conflito mundial, bem como na forma como são tratados pelos tribunais internacionais.

No âmbito do Sistema Global de Direitos Humanos, a adoção de dois Pactos em 1966, em documentos separados, para juridicizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política & Teoria do Estado*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 99.

⁵⁵ Cf. CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. Os quatro modelos da posição hierárquica do direito internacional dos direitos humanos nas constituições dos países da América do Sul. In: NASCIMENTO, Valéria Ribas e SALDANHA, Jania Maria Lopes. *Os Direitos Humanos e o constitucionalismo: espectros da DUDH e da Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

(DUDH), ou seja, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), possui uma clara explicação político-ideológica. Com efeito, com o fim da 2ª Guerra Mundial o mundo passou ostentar uma polarização entre as duas principais potências vencedoras do conflito: um lado buscando a hegemonia do capitalismo através dos Estados Unidos (EUA); e outro visando implementar os ideais socialistas através da antiga União Soviética (URSS). É essa divisão representada pela Guerra Fria entre Ocidente e Europa Socialista que irá ditar a divisão dos dois tratados e, por consequência, a ideia de que é possível dividir as duas categorias de direitos humanos⁵⁷.

Outro argumento utilizado para a separação dos Pactos de 1966 é lembrado por Leão, ao afirmar que o Reino Unido advogou a necessidade de diferenciação dos documentos em razão dos direitos civis e políticos terem aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais um caráter de progressividade na implementação⁵⁸.

Uma adequada síntese acerca desta dualidade do tratamento é realizada por Alves:

Desde que se afirmaram como tema legítimo da agenda internacional, entre os propósitos das Nações Unidas, os direitos humanos sempre padeceram de desequilíbrios em seu tratamento, em favor dos direitos “de primeira geração”. A essencialidade de todos os direitos e liberdades fundamentais, conquanto evidente na igual importância atribuída pela Declaração Universal a todos os direitos por ela relacionados, nunca se traduziu com adequação no próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Os dois Pactos de 1966*, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, que dariam natureza obrigatória aos dispositivos da Declaração Universal, ainda que aprovados pela ONU simultaneamente (e sem abrigarem o direito à propriedade), *eram profundamente diferentes em termos de mecanismos de proteção. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispunha desde o início de um comitê de peritos independentes encarregado de monitorar a implementação de suas disposições, com capacidade, inclusive, para acolher queixas individuais (conforme seu Protocolo Facultativo)*. Esse comitê é, sintomaticamente, denominado “Comitê dos Direitos Humanos”. *O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não dispunha originalmente de mecanismo supervisor assemelhado. Somente em 1985 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas decidiu estabelecer um comitê de peritos para examinar os relatórios nacionais dos Estados-partes, formalmente idêntico ao seu homólogo do outro Pacto, mas sem capacidade para acolher comunicações individuais*. A própria denominação dos dois comitês põe em relevo a diferença de nível atribuída aos direitos protegidos para cada um: o novo “Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” não denota no nome o fato de que esses direitos, tanto quantos os civis e políticos, também são inalienáveis e fundamentais.⁵⁹

⁵⁷ LEÃO, Renato Zerbini. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 29-57.

⁵⁸ LEÃO, Renato Zerbini. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 52.

⁵⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 46, grifos nossos.

Para o desempenho da sua função de análise dos relatórios dos Estados⁶⁰, o Comitê do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê do PIDESC ou CDESC) passou a emitir os chamados Comentários Gerais, que abarcam a interpretação do órgão sobre os dispositivos do PIDESC.

Felizmente, no âmbito global, essa diferenciação já se encontra superada, deixando de existir apenas o sistema de relatórios para o monitoramento dos DESC no âmbito global. É que o PIDESC ganhou um Protocolo Facultativo (PF-PIDESC)⁶¹, aprovado em 10 de dezembro de 2008, com vigência a partir de 5 de maio de 2013, atribuindo competência jurisdicional ao CDESC, que passa a também a receber petições individuais com alegações de violações dos DESC⁶².

Portanto, hoje, o CDESC possui duas competências: interpretativa, exercida através da expedição dos chamados Comentários Gerais, sendo que alguns deles, relacionados aos direitos da seguridade social, serão analisados mais adiante; e contenciosa, abrangendo os Estados-partes que aderiram ao Protocolo Facultativo.

Essa divisão se repetiu no SIDH com a adoção em separado da CADH e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais ou Protocolo de São Salvador (PSS).

O Pacto São José da Costa Rica prevê majoritariamente direitos civis e políticos, com exceção do art. 26 que contempla uma cláusula geral de desenvolvimento progressivo aplicável aos direitos econômicos, sociais e culturais, cujo tratamento convencional somente ocorrerá anos mais tarde pelo Protocolo Adicional. Esse tratado foi adotado na cidade de São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo sido aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 27, de 28 de maio de 1992 e ratificado internacionalmente através do depósito da carta de adesão em 25 de setembro de 1992. Por fim, foi promulgado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Atualmente possui 23 Estados-Parte.

⁶⁰ “Os Estados Partes devem apresentar relatórios ao Comitê do PIDESC sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais. O primeiro relatório deve ser apresentado em um ano após a ratificação e os demais, em períodos de cinco anos. No que tange à análise dos relatórios dos Estados, o Comitê ainda recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado ‘relatório sombra’ (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos sociais, econômicos e culturais naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo relatório final contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado”. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 409).

⁶¹ ONU. *Protocolo facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 2008.

⁶² Ressalte-se que o Brasil não assinou o Protocolo Facultativo ao PIDESC.

Por sua vez, o PSS foi adotado durante à XVIII Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos, em São Salvador, em 17 de novembro de 1988, tendo sido aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995 e ratificado internacionalmente em 21 de agosto de 1996, entrando em vigor em 16 de novembro de 1999. Por fim, foi promulgado no Brasil pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Atualmente, ainda possui pouca adesão entre os Estados, contando com apenas 15 ratificações⁶³.

Esse documento é tido, nada obstante os questionamentos que são feitos quanto aos seus mecanismos de implementação, conforme será abordado adiante, como “[...] um importante instrumento para chamar à responsabilidade os Estados da região que insistem em acobertar as mazelas econômicas, sociais e culturais”⁶⁴. Afinal, o Protocolo impõe aos Estados-partes a adoção de medidas até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, para progressivamente atingir a plena efetividade dos direitos reconhecidos no tratado⁶⁵. Ademais, se os direitos não estiverem estabelecidos internamente, é obrigação adotar disposições de direito interno, mediante medidas legislativas ou de outra natureza, com o objetivo de implementá-los⁶⁶.

Dois dispositivos tratam do assunto das restrições dos direitos humanos reconhecidos. O primeiro, ao prever a não admissão de restrições, estabelece que não se poderá restringir ou limitar qualquer direito reconhecido ou vigente num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob a alegações que o Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau⁶⁷. Além disso, somente poderão ocorrer restrições ou limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos no Protocolo mediante leis internas promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e a razão deles⁶⁸.

Existe um catálogo diversificado de proteção de direitos econômicos, sociais e culturais no Protocolo. São protegidos convencionalmente o direito ao trabalho; direito a condições

⁶³ As ratificações são de: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai. Lista disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif..htm. Acesso em: 25 de abr. 2021.

⁶⁴ LEÃO, Renato Zerbini. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 157.

⁶⁵ Cf. art. 1º do PSS.

⁶⁶ Cf. art. 2º do PSS.

⁶⁷ Cf. art. 4º do PSS.

⁶⁸ Cf. art. 5º do PSS.

justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; direitos sindicais; direito à previdência social; direito à saúde; direito ao meio ambiente sadio; direito à alimentação; direito à educação; direito aos benefícios da cultura; direito à constituição e proteção da família; direito da criança; proteção de pessoas idosas; e proteção de deficientes⁶⁹.

Portanto, o SIDH promete, ao prever nos mais variados tratados diversas normas sobre direitos sociais, mas substancialmente por intermédio do Protocolo de São Salvador, a realização de um Estado de Direito que necessariamente deve implementar e respeitar os direitos sociais, sob pena de tornar-se inconveniente e, logo, incongruente para com o (novo) Estado Interamericano de Direito.

A partir de agora, retomando a *morte anunciada* no primeiro parágrafo do tópico, é certo que Cyrillo, Fuentes-Contreras e Legale não deixam claro a intenção ou não de nomear Estado Interamericano de Direito a partir de um paralelismo dos chamados Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Todavia, é possível inferir dos seus argumentos que ao utilizar a expressão *interamericano* subentende-se um Estado que leva a sério, além de outros aportes do direito internacional dos direitos humanos, a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, a democracia⁷⁰ e o Estado de Direito, pois inerentes ao SIDH. Nesse sentido enfatiza-se o seguinte trecho retirado da doutrina analisada:

Therefore, the rights inherent to the human being must be interpreted, as the interpretative norms of the ACHR itself determines, through proposals that: i) promote progressive development (article 26); ii) localize the norms more favorable to the individual as demanded by the pro persona principle (article 29); iii) restrict rights only according to the law and in conformity with the purpose of the ACHR (article 30); and d) include other rights, in protection, not foreseen in the ACHR (articles 31, 76 and 77). The IACourtHR, therefore, provides thought its ruling the development of the interpretative standards that prevents the ACHR normativity from deterioration.

The Declaration of the Rights and Duties of Man also enters the conventionality block of the ACHR, acquiring binding force that it did not originally have, as the Inter-American Court of Human Rights recognized in its Advisory Opinion n. 10th of 1989. The Inter-American Democratic Convention ("ICC") of 2001 also joins the ACHR, reciprocally reinforcing the protection of political rights, as well as the inter-American concept of human rights.⁷¹

⁶⁹ Cf. arts. 6º-18 do PSS.

⁷⁰ Como corretamente afirma Piovesan, “não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático”. (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *Ius commune* sul-americano. In: *Revista do TST*, n. 4, v. 77, out./dez. 2011, p. 108).

⁷¹ CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Edgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitutionalism. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 42, n. 88, 2021, p. 9. Tradução livre: “Portanto, os direitos inerentes ao ser humano devem ser interpretados, conforme determinam as normas interpretativas da própria CADH, por meio de propostas que: i) promovam o desenvolvimento progressivo (artigo 26); ii)

Portanto, nada obstante a nomenclatura poder causar uma certa confusão terminológica sobre a relação do Estado Interamericano com as demais formas de Estados, a proposta parece indicar a defesa de uma nova formação estatal juntamente com as três anteriores. Trata-se da fundação de um *novo paradigma*: uma nova lente para analisar o político, o social e o jurídico na insistente luta de transformação do *status quo*.

Além disso, importante apontar que julgam insuficiente a expressão *Conventional Rule of Law*⁷², uma vez que o “[...] the term ‘Conventional...’ seems to restrict the protection to international treaties”⁷³, sendo que Inter-American Rule of Law “[...] is better, because it emphasizes the need of urgent dialogue among branches of State and the institutions of Inter-American Human Rights System, a fundamental point of constitutionalism in South America”.⁷⁴

O importante é reconhecer que os DESCAs fazem parte do SIDH e da atual pauta da Corte IDH, o que permite afirmar que o fenômeno da *socialização do sistema*, para além da sua inauguração convencional, é algo com influxos recentes e um empreendimento em construção. É possivelmente um dos maiores desafios atuais da Corte IDH, uma vez que a América Latina ostenta grandes níveis de desigualdade, além da implantação de regimes de bem-estar bastante heterogêneos⁷⁵. Se isso é verdade, não se concorda plenamente com Alves, que em mais de uma passagem de sua obra, afirma que não obstante o reconhecimento da indivisibilidade e

localizem as normas mais favoráveis ao indivíduo conforme exigido pelo princípio pro persona (artigo 29); iii) restrinjam direitos apenas de acordo com a lei e em conformidade com o objeto da CADH (artigo 30); e d) incluam outros direitos, na proteção, não previstos na CADH (artigos 31, 76 e 77). A Corte IDH, portanto, prevê através de sua normatização o desenvolvimento de padrões interpretativos que impeçam a deterioração da normatividade da CADH. A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem também entra no bloco de convencionalidade da CADH, adquirindo força vinculante que não tinha originalmente, como reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu Parecer Consultivo n. 10 de 1989. A Convenção Democrática Interamericana de 2001 também adere a CADH, reforçando reciprocamente a proteção dos direitos políticos, bem como o conceito interamericano de direitos humanos”.

⁷² Ou seja, um Estado de Direito Convencional. Terrile utiliza a expressão Estado Constitucional e Convencional de Direito. Cf. TERRILE, Ricardo Alejandro. *Estado Constitucional y Convencional de Derecho*. 2013. Ebook.

⁷³ CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitucionalismo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 42, n. 88, 2021, p. 17.

⁷⁴ CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitucionalismo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 42, n. 88, 2021, p. 17. Tradução livre: “o termo ‘Convencional...’ parece restringir a proteção aos tratados internacionais”, sendo que o Estado Interamericano de Direito “é melhor, pois enfatiza a necessidade de diálogo urgente entre os poderes do Estado e as instituições interamericanas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, um ponto fundamental do constitucionalismo na América do Sul”.

⁷⁵ Sobre essa heterogeneidade, cf. KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 164.

interdependência dos direitos humanos, o atual dismantelamento dos direitos sociais faz com que os direitos voltem a serem apenas os civis e políticos⁷⁶.

De fato, como sintetiza Faria:

No entanto, ao tratar da crise do Estado de Bem-Estar Social, *é preciso não subestimar a capacidade dos mecanismos institucionais dos atores políticos de impor limites à retração do Welfare State*. Depois que os mais enérgicos esforços de Thatcher e Reagan para desmontar o *Welfare State* na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos acabaram deixando relativamente intactas as instituições de bem-estar, alguns autores passaram a afirmar que o Estado de Bem-Estar, que enfrenta dificuldades desde meados dos anos 1970, está sendo reestruturado muito mais do que dismantelado ou destruído⁷⁷.

E, tal como Engstrom afirma, os juízes nacionais são atores políticos dentro do SIDH. Para além da observância pela implementação direta das condenações contra seus Estados no âmbito interno, os padrões de proteção de direitos humanos produzidos pela Corte IDH possuem um forte aliado nos judiciários nacionais ao incorporarem em suas decisões toda a normatividade interamericana mediante o controle de convencionalidade⁷⁸. Com esse pano de fundo, não se pode ignorar o impacto interno que as decisões da Corte IDH podem gerar no âmbito da concretização dos direitos sociais⁷⁹.

Bogdandy, nesse caminho, salienta que dentro do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, que visa a defesa de um constitucionalismo transformador capaz de contribuir para a realização prática das promessas das constituições democráticas, “ninguém aposta em soluções rápidas e revolucionárias, e muitos concentram-se no árduo processo para uma jurisprudência transformadora”, acreditando na contribuição de mudança que o Poder Judiciário pode oferecer⁸⁰. Destaca-se, assim, que “[...] o sistema jurídico pode oferecer uma contribuição

⁷⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 12 e 156-160.

⁷⁷ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 49, grifos nossos.

⁷⁸ ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017, p. 1264-1268. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28027>.

⁷⁹ Não se tem a intenção hierarquizar a capacidade de mecanismos institucionais dos atores políticos que trabalham dentro do SIDH. O enfoque na Corte IDH reflete apenas o recorte realizado no presente trabalho. Para um estudo, por exemplo, sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cf. PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020. *Ebook*.

⁸⁰ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, mai. 2015, p. 31.

importante e específica ao processo de transformação, ainda que claramente não possa substituir o processo político em sentido amplo”⁸¹.

É certo que essa expansão das Cortes Internacionais e sua ingerência em matéria de políticas públicas envolve discussões sobre o papel e limites desses órgãos em relação à democracia e soberania dos Estados. Ao Poder Judiciário, em especial às Cortes Constitucionais, tem se atribuído, não sem a devida crítica, um lugar de protagonismo no âmbito político-social ou de *superego da sociedade*⁸². À Corte IDH é possível encontrar o adjetivo de *locomotiva*⁸³ de direitos humanos no continente americano ou de *pedra angular*⁸⁴ da rede de proteção judicial multinível.

Sem entrar nessa discussão, enfatize-se que essa maior ingerência está ligada justamente as formações estatais sumariamente acima delineadas. Como esclarece Cappelletti é justamente com a ampliação dos direitos fundamentais no âmbito das constituições e da celebração de tratados de direitos humanos no cenário internacional que a jurisdição constitucional e internacional se modifica para, aos moldes dos fundamentos do *Welfare State*, passar a ostentar um caráter mais interventivo e promotor de direitos⁸⁵.

No entanto, como afirma Morais, “a passagem do modelo de estado mínimo ao feitiço liberal clássico para o tipo de Estado de Bem-Estar Social impõe a reconsideração do fenômeno da soberania”⁸⁶. Para o autor existe uma crise do Estado, a qual denomina de conceitual, colocando em xeque a noção de poder como soberania. Segundo ele, “o caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda”⁸⁷.

Nesse sentido, Ferrajoli demonstra que entre o século XIX e a primeira metade do século XX as noções entre soberania interna e externa caminharam em sentido opostos. Enquanto a

⁸¹ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, mai. 2015, p. 37.

⁸² MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade*: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão por Martonio M. B. Lima e Paulo A. de M. Albuquerque. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Sociedade_Traducao_d_o_alemao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁸³ LIMA, Lucas Carlos; MENDES FELIPPE, Lucas. A Opinião Consultiva 26/20 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-esta-em-jogo-com-a-opiniao-consultiva-26-da-cidh-03072020>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁸⁴ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 122.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 61-66.

⁸⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ebook, p. 424, grifos no original.

⁸⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ebook, p. 424

soberania interna restou limitada pela noção de Estado de Direito, ficando claro que todos os poderes constituídos estão sujeitos à lei e devem respeitar os direitos fundamentais inseridos nas cartas constitucionais, a soberania externa caminhou em sentido contrário, uma vez que os Estados em suas relações não possuíam limites e as pessoas não eram vistas como sujeitos na órbita internacional⁸⁸.

Todavia, após o fim das Grandes Guerras, especialmente com o início na normatização internacional de proteção dos direitos humanos, a soberania externa sofre do mesmo influxo anteriormente ocorrido no âmbito interno, também passando a se subordinar juridicamente aos diplomas normativos que começam a surgir no âmbito internacional. Com efeito, as declarações internacionais da época, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos de 1966 representam o fim soberania externa absoluta ao indicarem um verdadeiro *ato constituinte*⁸⁹ e a formação de um *ordenamento jurídico supra-estatal*, passando as pessoas a serem vistas como sujeitos de direito internacional merecedoras de tutela em sua dignidade⁹⁰. Esse fenômeno pode ser ilustrado pela possibilidade que as pessoas passam a ter de acionar os Estados em Tribunais Internacionais - fenômeno impensável no paradigma absolutista anterior⁹¹.

Com isso, conclui Ferrajoli que “repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 27-38.

⁸⁹ Sobre a internacionalização do Poder Constituinte, que para o autor seria a influência do Direito Internacional na produção das normas do Direito nacional, cf. CONI, Luís Cláudio. *A Internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: SAFE, 2006. Para o autor, “o mesmo espírito que animou a idéia de supremacia da Constituição, porque, historicamente, esta era, até então, o único nicho de proteção adequada da liberdade do indivíduo, é, também o que torna a idéia de supremacia insuficiente para a efetiva proteção da liberdade, pois impede a sua concretização em múltiplos níveis de influência recíproca, quando cria uma barreira metodológica desnecessária, ferindo, assim, o sentido das escolhas políticas realizadas e a *ratio essendi* sobre a qual esse princípio repousa”. (CONI, Luís Cláudio. *A Internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 134).

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 39-41.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 41-42. No âmbito do SIDH os indivíduos não possuem a possibilidade de acionar diretamente os Estados perante a Corte IDH, legitimidade atribuída apenas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos próprios Estados. Nada obstante, desde a reforma do regulamento ocorrida em 2001, as vítimas passaram a possuir o chamado *locus standi*, podendo se manifestar diretamente ou por intermédio de seus representantes nas mesmas condições que a CIDH e o Estado réu em todas as fases do processo. Conforme explicita Trindade, o principal artífice dessa transformação social do procedimento regional: “A recente outorga do *locus standi in judicio* aos indivíduos demandantes em *todas* as etapas do procedimento contencioso perante a Corte Interamericana constituiu um avanço processual, no âmbito do sistema interamericano de proteção, de transcendência histórica. Com efeito, direitos humanos se impõem *vis-à-vis* todas as formas de dominação ou poder arbitrário. Nas audiências públicas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sobretudo nas atinentes a reparações), um ponto que nos tem particularmente chamado a atenção tem sido a observação, cada vez mais frequente, por parte das vítimas ou seus familiares, no sentido de que, se não fosse por seu acesso à instância internacional, jamais se teria feito justiça em seus casos concretos”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 3. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 99-100).

direito constitucional”⁹². E, logo em seguida, ao defender um paradigma de constitucionalismo internacional, ressalta que a “[...] ligação entre Estado, constituição e garantias dos direitos fundamentais é totalmente contingente e não reflete nenhuma necessidade de tipo teórico”, o que não impede que direitos e suas correlatas formas de garantias sejam deslocados para o âmbito internacional⁹³.

No mesmo sentido, as palavras de Leal:

Tem-se, pois, que a atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos corresponde, na ordem externa, à função de vinculação e de restrição da soberania que se operou no âmbito interno dos Estados com a consolidação do Estado de Direito, da Constituição e, mais tarde, dos Tribunais Constitucionais encarregados de sua guarda⁹⁴.

Outrossim, também é verdade que os Estados se mostram cada vez mais “incapazes de manter continuamente a ordem nos territórios de sua jurisdição”, seja pela burocracia que ronda os aparelhos domésticos⁹⁵, seja pelo desconhecimento dos preceitos interamericanos, do imperativo da convencionalidade ou mesmo da existência de um *Ius Constitutionale Commune*, como alertado ainda na introdução desse texto.

Nada obstante, é preciso salientar que o PSS foi tímido em relação aos meios de proteção dos direitos garantidos em seu texto. Com efeito, o art. 19 somente estabeleceu o sistema de relatórios periódicos, admitindo apenas a judicialização perante a Corte IDH dos direitos à filiação sindical e à educação⁹⁶. Todavia, tal fato não foi suficiente para que a Corte abdicasse de seu mandato em busca de transformações nas sociedades regionais, o que fez justamente à luz do art. 26 da CADH, conforme discussão que se apresenta no próximo tópico.

1.1.2 A libertação do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte IDH finalmente libertou um forte aliado para o combate da exclusão e da desigualdade social na América Latina. Para compreender essa afirmação, é preciso lembrar

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 46.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 53.

⁹⁴ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 134.

⁹⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. Soberania e Estados fracassados. In: GUERRA, Sidney; LUIZ SILVA, Roberto (Coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 131.

⁹⁶ OEA. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, 1988.

que tanto o sistema global como os sistemas regionais de direitos humanos foram construídos de forma a evitar que as demandas de direitos sociais pudessem ser diretamente judicializadas em Cortes Internacionais⁹⁷. Aos direitos sociais são previstos apenas sistemas de monitoramento através de relatórios periódicos⁹⁸. Em razão disso, Starck afirma que “as experiências até agora mostram, contudo, que as garantias dos direitos sociais vinculadas ao Direito Internacional são totalmente dependentes de cada Estado aderente”⁹⁹.

Isso não significa que demandas de direitos sociais não são apreciadas por Tribunais de Direitos Humanos. Piovesan indica que a defesa dos direitos sociais é efetivada pela Corte IDH de diversas formas: a) mediante proteção indireta através da proteção de direitos civis, como a propriedade, consagrando a ideia de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos,

⁹⁷ Excepciona-se o Sistema Regional Africano de Proteção de Direitos Humanos que permite a justiciabilidade direta dos direitos sociais na Corte Africana. Essa possibilidade de judicialização ampla de direitos decorre da singularidade do sistema africano, que não dividiu a proteção dos direitos humanos de cunho liberais dos sociais em dois diplomas normativos, ao contrário dos dois sistemas anteriores. Desde o seu preâmbulo a Carta Africana reconhece que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade. E, de forma singular, afirma que a satisfação dos direitos sociais garante o gozo dos direitos civis e políticos. Uma melhor compreensão sobre o assunto será desenvolvida na segunda parte da dissertação.

⁹⁸ O Protocolo de São Salvador dispõe no art. 19: “Meios de Proteção. 1. Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto neste artigo e nas normas pertinentes que deverão ser elaboradas sobre o assunto pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos a respeito das medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no Protocolo. 2. Todos os relatórios serão apresentados ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, que os transmitirá ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que os examinem de acordo com o disposto neste artigo. O Secretário-geral enviará cópia desses relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 3. O Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos transmitirá também aos organismos especializados do Sistema Interamericano, dos quais sejam membros os Estados-Partes neste Protocolo, cópias dos relatórios enviados ou das partes pertinentes desses relatórios, na medida em que tenham relação com matérias que sejam da competência dos referidos organismos, de acordo com seus instrumentos constitutivos. 4. Os organismos especializados do Sistema Interamericano poderão apresentar ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura relatórios sobre o cumprimento das disposições deste Protocolo, no que se refere ao campo de suas atividades. 5. Os relatórios anuais que o Conselho Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano da Educação, Ciência e Cultura apresentarem à Assembléia Geral deverão conter um resumo de informação recebida dos Estados-Partes neste Protocolo e dos organismos especializados, sobre as medidas progressivas adotadas, a fim de assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Protocolo e das recomendações de caráter geral que a respeito considerarem pertinentes. 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado-Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for 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. 7. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderá formular as observações e recomendações que considerar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos neste Protocolo, em todos ou em alguns dos Estados-Partes, as quais poderá incluir no relatório anual a Assembléia-Geral ou num relatório especial, conforme considerar mais apropriado. 8. No exercício das funções que lhes confere este Artigo, os Conselhos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverão levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos objeto da proteção deste Protocolo”.

⁹⁹ STARCK, Christian. Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009, p. 281.

como realizado no caso *Cinco Pensionistas vs. Peru*; b) mediante a aplicação da tutela do caráter progressivo dos direitos sociais em se tratando de grupos vulneráveis, como no caso das *Meninas Yean y Bosico vs. República Dominicana*; c) mediante interpretação dinâmica e evolutiva da CADH, concebendo-a como um *living instrument*, exigindo dos Estados medidas positivas que garantam uma vida digna, consoante o caso *Villagran Morales vs. Guatemala*; e d) mediante uma recente tendência de *justiciabilidade direta* de cada espécie de direito social no marco do art. 26 da CADH, inaugurada no caso *Lagos Del Campo vs. Peru*¹⁰⁰.

Assim, recentemente, a Corte IDH, interpretando o art. 26 da CADH, passou a admitir a justiciabilidade direta dos direitos sociais, posicionamento envolto em um grande dissenso teórico¹⁰¹.

O art. 26 do Capítulo III da CADH, que trata dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, sobre a expressa epígrafe denominada *desenvolvimento progressivo*, refere que os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados¹⁰².

É o único artigo do tratado contemplando os DESCAs. Não existe aqui, portanto, nenhuma discriminação sobre as espécies de DESCAs protegidos, salvo a remissão à Carta da OEA, que possui sua interpretação autorizada na DADDH. Destaque-se que a Corte IDH, na Opinião Consultiva n. 10, de 14 de julho de 1989, afirmou que DADDH contém e define os direitos previstos na Carta da OEA, traduzindo-se hoje em fonte de obrigações para os Estados, fazendo

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano: legado, impacto e perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 59-62.

¹⁰¹ Referencial doutrinário bastante abrangente sobre as discussões que envolvem o art. 26 podem ser extraídos de: VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

¹⁰² OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969.

parte do corpo necessário para a adequada interpretação das obrigações regionais em direitos humanos¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Foi somente com o PSS que o SIDH passou a contar com um tratado prevendo um catálogo extenso de DESCAs. E como já adiantado, o protocolo adicional trouxe consigo uma limitação procedimental, ao estabelecer no seu art. 19.6 que somente estão sujeitos ao procedimento de petições individuais os direitos à educação e à liberdade sindical¹⁰⁵.

Diversos problemas foram apontados pela doutrina em razão da existência de um suposto conflito entre os dois tratados: questiona-se se o art. 26 da CADH é exigível judicialmente; se contém e quais seriam os direitos por ele tutelados; se é um marco de abertura para a tutela dos DESCAs ou seria, na linguagem tradicional dos direitos sociais, uma norma programática direcionada para as políticas estatais internas; se o art. 19.6 do PSS teve o objetivo e, caso positivo, se poderia limitar o art. 26 da CADH; por fim, se os dois artigos podem conviver no SIDH¹⁰⁶.

Dito isso, o estudo da justiciabilidade *direta* dos direitos sociais no marco do art. 26 da CADH passa pela compreensão das correntes divergentes no Tribunal manifestadas em

¹⁰³ Transcreve-se dois parágrafos centrais da Opinião Consultiva: “43. *Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.* 44. *Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos*”. (CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-10/89*. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. 1989).

¹⁰⁴ Para Legale “[...] essa OC acaba por colocar a DADDH em um patamar análogo ao da CADH por meio de um processo informal de interpretação judicial da mesma que pode ser designado como ‘mutação convencional’. A DADDH pode, atualmente, servir de parâmetro de validade às demais leis e tratados, ou seja, como ponto de partida para um controle de convencionalidade. Faz parte do que a Corte IDH denominava na década de 90 de *corpus juris interamericano* e que, atualmente, considera como um ‘*bloco de convencionalidade*’ dos direitos humanos”. (LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 55).

¹⁰⁵ Transcreve-se o teor: “6. Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado-Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for 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”. (OEA. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, 1988).

¹⁰⁶ Cf. VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. Ebook; CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCAs bajo la Convención Americana. *Justicia en Las Américas. Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

diversos casos julgados. De um lado, a atual tese vencedora pela justiciabilidade direta, capitaneada de forma majoritária por seus integrantes; de outro, os argumentos divergentes dos votos dos juízes Eduardo Vio Grossi (Chile), Humberto Antonio Sierra Porto (Colômbia) e Ricardo Pérez Manrique (Uruguai).

Para tanto, antes de se iniciar a análise do conjunto de decisões e votos sobre o assunto, para um melhor entendimento, destaque-se que de acordo com a CADH a Corte IDH é composta por sete juízes¹⁰⁷, sendo que o quórum para deliberações é de cinco integrantes¹⁰⁸. As sentenças proferidas devem ser fundamentadas¹⁰⁹, mas adotam o sistema *per curiam decision*, ou seja, é liberada uma única decisão firmada por todos os juízes, mediante votação secreta. Todavia, se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual¹¹⁰⁻¹¹¹.

Outro ponto preliminar a ser lembrado é que os Tribunais de Direitos Humanos, inclusive a Corte IDH, reconhecem, para fins de interpretação, a utilização dos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹¹². Além disso, a CADH possui um

¹⁰⁷ Cf. art. 52 da CADH.

¹⁰⁸ Cf. art. 56 da CADH.

¹⁰⁹ Cf. art. 66 da CADH.

¹¹⁰ Cf. art. 66 da CADH.

¹¹¹ Em razão disso, refere-se a adoção de um *sistema híbrido*, uma vez que o *per curiam* não admitiria a agregação das opiniões individuais. Cf. RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter?, *Northwestern Journal of Human Rights*, v. 17, p. 24-50, 2019. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Acesso em 14 jan. 2023.

¹¹² “Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.

dispositivo próprio sobre regras para sua interpretação no art. 29¹¹³, tido como a fonte do princípio *pro persona*¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Por fim, diga-se que é reconhecido aos tratados de direitos humanos um *regime objetivo* e não sinalagmático, característica que influencia na interpretação dos seus textos. Por esse regime “[...] um Estado assume obrigações internacionais para com os indivíduos sob sua jurisdição e não para os demais Estados”¹¹⁶.

De forma panorâmica, a discussão nasce no caso *Cinco Pensionistas vs. Peru* (2003), no qual a Corte recusou a aplicabilidade direta do art. 26 da CADH. Posteriormente, um passo foi dado no caso *Acevedo Buendia vs. Peru* (2009), no qual, em que pese não aplicar o art. 26, o Tribunal desenvolveu, pela primeira vez, a cláusula da progressividade com base no dispositivo e afirmou a possibilidade de sua justiciabilidade. Tudo desaguou no caso *Lagos Del Campo vs. Peru* (2017), onde finalmente o dispositivo foi interpretado e aplicado para tutelar de forma autônoma do direito social ao trabalho, nada obstante os trinta e oito anos que o separam da instalação da Corte e os oito anos do caso *Acevedo Buendia*¹¹⁷. Esse entendimento continuou sendo aplicado pela Corte em casos subsequentes, como em *Poblete Vilches e outros vs. Chile*, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, *Muelle Flores vs. Peru*, *Nuestra Terra vs. Argentina*, entre outros.

¹¹³ “Art. 29. Normas de interpretación. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

¹¹⁴ Sobre o princípio no SIDH, cf. BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. *Princípio pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. Na segunda parte do trabalho reserva-se um tópico específico para o tratamento do princípio.

¹¹⁵ Nesse sentido: “De acordo com o artigo 29.b) da Convenção Americana e as regras gerais de interpretação dos tratados estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Convenção Americana pode ser interpretada em relação a outros instrumentos internacionais. Portanto, ao examinar a compatibilidade das condutas ou normas estatais com a Convenção, a Corte pode interpretar, à luz de outros tratados, as obrigações e os direitos contidos neste instrumento. Isso significa que a Corte pode observar as regulamentações de normas internacionais concretas relativas à proibição da escravidão, da servidão e do tráfico de pessoas, para dar aplicação específica à normativa convencional na definição dos alcances das obrigações estatais.”¹¹⁵ Portanto, carece de fundamentação a alegação de incompetência formulada pelo Estado, pois a interpretação do alcance do artigo 6 da Convenção não é matéria de uma exceção preliminar, mas corresponde à análise de mérito do caso”. (CORTE IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, para. 79, grifos nossos).

¹¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 115.

¹¹⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). *Constitucionalismo transformador, inclusión e derechos sociales: desafíos del Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 367-412.

No caso *Cinco Pensionistas vs. Peru* (2003), afeto ao direito à previdência social, em apenas três parágrafos, ao dar uma lógica coletiva a interpretação do art. 26, o Tribunal recusou sua aplicação. Para tanto, ressaltou que os direitos sociais podem ser analisados pela ótica individual e coletiva. Todavia, afirmou que o desenvolvimento progressivo “[...] se deve medir [...] em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social [...]”¹¹⁸. Como essa linha de raciocínio, argumentou que o desrespeito ao dever de progressividade previsto no dispositivo convencional não podia ser analisado “[...] em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalecente”¹¹⁹⁻¹²⁰.

Posteriormente, em outro caso previdenciário, o Tribunal enfrentou novamente a interpretação do art. 26¹²¹. Em *Acevedo Buendía vs. Peru* (2009), que é tido por Rivas como um indício da tomada de posição pela justiciabilidade direta dos direitos sociais, uma vez que os fundamentos foram colocados apenas de forma *obiter dicta*¹²² na decisão¹²³, a Corte afirmou,

¹¹⁸ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 147.

¹¹⁹ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 147. Essa lógica coletiva foi criticada no voto fundamentado do juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo (Colômbia), o qual afirmou de forma bastante perspicaz: “entretanto, o fundamento segundo o qual apenas seria procedente submeter ao *test* do artigo 26 as atuações dos Estados que afetam o conjunto da população, não parece ter base na Convenção, entre outras razões porque a Corte Interamericana não pode exercer – à diferença do que ocorre com a Comissão – um trabalho de monitoramento geral sobre a situação dos direitos humanos, sejam os civis e políticos, ou os econômicos, sociais e culturais. O Tribunal apenas pode atuar em casos de violação de direitos humanos de pessoas determinadas, sem que a Convenção exija que estas tenham de alcançar determinado número”. (CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto fundamentado do juiz de Roux Rengifo. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98). Na doutrina, cf. MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru’s Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, a.1, n. 1, p. 51-66, dez. 2005.

¹²⁰ Para Melish essa parte do julgamento representa uma base discriminatória incompatível com os direitos humanos, uma vez que os cinco pensionistas não foram considerados representativos da situação geral prevalecente da previdência social peruana, pois eram homens brancos e ricos. (MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru’s Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, ano 1, número 1, dez. 2005, p. 59).

¹²¹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 92-107.

¹²² Conforme Mitidiero, “as razões que não são necessárias e nem suficientes para a solução da questão são *obiter dicta* e não integram a parte vinculante do julgado”. (MITIDERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2018, p. 99). Todavia, a questão não é singela, apontado a doutrina que os *obiter dictum* possuem diferentes níveis de persuasão e, em determinados casos, são difíceis de diferenciar da parte vinculante chamada de *ratio decidendi*. Conforme afirma Cross e Harris “*cabe señalar que em la práctica los dicta de mayor nivel persuasivo pueden ser dificilmente diferenciables – como ocurre frecuentemente – de aquellos pronunciamientos que se tratan como ratio decidendi, e incluso en ciertas ocasiones los mismos se han considerado de tal importancia que son mencionados separadamente*”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente em el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 102).

¹²³ RIVAS, Juana María Ibáñez. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador; inclusão e*

rejeitando uma exceção preliminar de incompetência material do Peru, que possui competência para apreciar todos os artigos da CADH, inclusive, logicamente, o art. 26¹²⁴.

Ressaltou, numa interpretação histórica, que a análise dos trabalhos preparatórios da Convenção demonstra que os Estados tinham a intenção de dar obrigatoriedade e tutela dos DESCA pelo Tribunal. Além disso, mediante uma interpretação sistemática e de um exercício de direito comparado ao invocar o caso *Ayres vs. Irlanda* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)¹²⁵, destacou os aspectos de indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos, bem como que os direitos econômicos, sociais e culturais estão abarcados pelas obrigações dos arts. 1º¹²⁶ e 2º¹²⁷ da CADH¹²⁸.

Tomando a ideia de progressividade, invocou o Comentário Geral n. 3 do Comitê do PIDESC da ONU, o qual refere que esses direitos demandam tempo, flexibilidade e recursos para serem efetivados, existindo um dever de não regressividade, salvo a existência de justificativas que devem ser analisadas cuidadosamente. De qualquer forma, assentou que a “[...] implementação progressiva destas medidas poderá ser objeto de prestação de contas e, se for o caso, o cumprimento do respectivo compromisso adquirido pelo Estado poderá ser exigido

direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 230-231.

¹²⁴ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 16-17.

¹²⁵ “En el caso *Airey* se contienen interesantes reflexiones sobre el contenido prestacional de los derechos civiles y políticos y se afirma que éstos no suponen únicamente obligaciones negativas del Estado sino también deberes positivos de éste para asegurar su efectividad. En este caso, una mujer con três hijos demandó al Estado por no haberle permitido acceder a los tribunales para defenderse de los malos tratos de su esposo contra ella y sus hijos. En concreto, el Tribunal establece que ‘el deber de asegurar el derecho de acceso a los Tribunales entra en esta categoría de deberes positivos del Estado’. Y condena al Estado por no haber cumplido con estos deberes positivos derivados del art. 6.1 y, nuevamente, del derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH”. (CUENCA, Encarna Carmona. *Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 446).

¹²⁶ O art. 1º prevê a chamada obrigação de respeitar direitos: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

¹²⁷ O art. 2º prevê o chamado dever de adotar disposições de direito interno: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

¹²⁸ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 99-101.

perante as instâncias convocadas [...]”¹²⁹. Todavia, ao final, reconhecendo que o caso não envolvia uma situação de descumprimento da obrigação de não regressividade, mas apenas de não pagamento de valores relacionados às pensões das vítimas, entendeu que não houve violação do art. 26, sendo suficiente a declaração de responsabilidade pelo descumprimento do direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH¹³⁰.

O importante é fixar que até aqui a Corte IDH extraiu do art. 26 apenas uma obrigação de não regressividade, conforme síntese de Rivas:

*El término utilizado por la Corte para referirse al artículo 26 confirma que, en esa sentencia, la única justiciabilidad derivada de dicho artículo fu ella de una obligación estatal – la de no regressividad de los DESC -, y no la de un catálogo de derechos. Ciertamente, a lo largo del fallo, la Corte se refirió al “incumplimiento” del artículo 26, desejando entrever que, en el entendimiento del Tribunal, dicha norma sólo contemplaba una obligación, y no DESC entendidos como derechos autónomos*¹³¹.

O próximo passo somente será dado no caso *Lagos Del Campo vs. Peru* (2017), entrando a Corte antes disso num período de retração na análise do dispositivo convencional, salvo pela existência de alguns votos individuais. Com efeito, entre os casos *Acevedo Buendía* (2009) e *Lagos Del Campo* (2017), Vera¹³² destaca a existência do voto dissidente do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor no caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013)¹³³, no qual desenvolveu um estudo de direito comparado sobre o movimento de efetivação dos direitos sociais no âmbito das

¹²⁹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 102.

¹³⁰ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para 106.

¹³¹ RIVAS, Juana María Ibáñez. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusión e derechos sociales: desafíos del Ius Constitutionale Commune Latino-Americano a luz del Derecho Económico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 234.

¹³² VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

¹³³ Posteriormente, Mac-Gregor reiterou e complementou o voto do caso *Juarez Peralta* (2013), por exemplo, nos casos *Gonzales Lluy* (2015), *Canales Huapaya* (2015) e *Chinchilla Sandoval* (2016). Nesse período, a doutrina também destaca o voto dissidente da juíza Margarette May Macaulay (Jamaica) no caso *Furlán* (2012). Esses votos não serão analisados no presente texto. Para tanto, cf. VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

jurisdições nacionais dos países da América Latina¹³⁴. Posteriormente, no caso *Canales Huapaya e outros vs. Peru* (2015), além do juiz Ferrer Mac-Gregor, o juiz Roberto Caldas (Brasil) passa a aderir à divergência. Em seguida, no caso *Gonzales Lluy y familiares vs. Equador* (2015), o juiz Manuel Ventura Robles (Costa Rica) passa a integrar o grupo pela justiciabilidade direta dos DESCA. O caso *Lluy* é também marcado pelos votos concorrentes dos juízes Alberto Pérez Pérez (Uruguai) e Sierra Porto no sentido contrário à justiciabilidade dos direitos sociais no marco do art. 26¹³⁵.

E, após esse desenrolar, em 2017, vem então à lume o caso *Lagos Del Campo vs. Peru* e o início da virada jurisprudencial em relação ao art. 26, nada obstante dentro de uma Corte dividida e adjetivada de ativista¹³⁶. A adequada compreensão do caso passa, necessariamente, pela análise não somente da decisão principal, mas dos votos dos juízes Ferrer Mac-Gregor, Caldas, Sierra Porto e Vio Grossi - os dois últimos contrários¹³⁷.

Em *Lagos Del Campo*, para acolher o pedido no marco do art. 26, afirmou o Tribunal à luz do já decidido em *Acevedo Buendía*, que possui competência para analisar todos os artigos da CADH. Mas indo adiante da mera obrigação de não regressividade, para preencher o sentido e alcance do dispositivo, ressaltou que os direitos protegidos pelo dispositivo são os elencados

¹³⁴ Sobre esse movimento, cf. LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 99-105, 2009.

¹³⁵ Cf. VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

¹³⁶ ROSA, Marina de Almeida; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais? Um exame do caso Lagos del Campo vs. Peru a partir da crítica hermenêutica do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, v. 47, n. 1, 2019. Sobre o ativismo de um modo geral, cf. SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 391-408, 2015. Especificamente sobre a problemática da utilização do *iura novit curiae*: FREITAS, Felipe Simor de; SQUEFF, Tatiana A. F. R. Cardoso. A Corte IDH entre a cruz e a espada: reflexões sobre as consequências do seu ativismo frente a justiciabilidade do art. 26 da CADH. In: MOREIRA, Thiago Oliveira; LOPES FILHO, Francisco Camargo A.; GURGEL, Yara Maria P. (org). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. v. 1. Natal: Polimatia, 2021, p. 313-341.

¹³⁷ Sobre os votos individuais na Corte IDH, especialmente no aspecto quantitativo, cf. RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter?, *Northwestern Journal of Human Rights*, v. 17, p. 24-50, 2019. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Acesso em 14 jan. 2023. Diz-se quantitativo, já que mesmo o autor buscando verificar a influência dos votos individuais mediante suas citações nas decisões da Corte, não chega a analisar, por exemplo, qual a influência dos votos individuais do juiz Ferrer-Mac-Gregor, mesmo que de forma não expressa, na evolução da interpretação do art. 26 da CADH.

na Carta da OEA e na DADDH. Salientou, ainda, a importância de analisar a presença dos DESCAs presentes nas diversas cartas constitucionais e no âmbito do direito internacional¹³⁸.

Em relação aos votos individuais, Ferrer Mac-Gregor salientou em seu arrazoadado a necessidade do método de interpretação chamado evolutivo, que considera os tratados de direitos humanos como instrumentos vivos. Destacou sua visão que o art. 26 não é apenas uma norma programática. Ainda, ressaltou a importância da utilização do art. 29 da CADH como norma interpretativa. Defendeu que o entendimento adotado pela Corte fortalece a indivisibilidade e interdependência que existem entre os direitos humanos. Por fim, por sua central importância para o presente trabalho, cita-se um dos parágrafos de seu voto:

Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular¹³⁹.

Em sentido contrário, o juiz Vio Grossi ressaltou que a CADH reconhece apenas a garantia de direitos civis e políticos. O magistrado defendeu que a proteção dos direitos sociais no sistema interamericano ocorre mediante o PSS, o qual limita expressamente a possibilidade de análise judicial aos direitos à educação e à associação sindical. Para Vio Grossi o art. 26 é uma norma programática, que reconhece apenas uma obrigação de desenvolvimento progressivo para os Estados, na medida dos recursos disponíveis, não prevendo direitos exigíveis perante o Poder Judiciário. Argumentou, ainda, que a não inclusão na CADH de um rol de DESCAs, atribuindo a tarefa para protocolos adicionais, indica a existência de um tratamento diferenciado feito pela convenção em relação aos direitos civis e políticos de um lado e dos prestacionais do outro¹⁴⁰.

¹³⁸ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, paras. 141-148.

¹³⁹ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, para. 51, negritos nossos. Os chamados *falsos mitos* sobre os direitos sociais, bem como o significado dessa parte do voto do juiz Ferrer Mac-Gregor, serão analisados na segunda parte da presente dissertação. Por ora, destaque-se tratar de expressão utilizada expressamente, por exemplo, por Gerardo Pisarello, ao discutir no seu trabalho a existência de quatro mitos sobre os direitos sociais. Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹⁴⁰ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

O juiz Sierra Porto também apresentou voto divergente com robustos argumentos, buscando apontar diversas falhas argumentativas da sentença. Ressaltou que é diferente analisar a justiciabilidade de direitos sociais sob a ótica do direito constitucional interno e do direito internacional. Afirmou que concorda com a justiciabilidade dos DESCAs, desde que haja competência jurisdicional, o que não seria o caso no âmbito regional americano. Em razão disso, destacou que o art. 26 não contém direitos exigíveis judicialmente, mas apenas uma obrigação do SIDH fiscalizar o desenvolvimento progressivo das suas implementações no âmbito interno dos Estado-Partes.

Demonstrou preocupação em construir um catálogo de DESCAs mediante a combinação do art. 26 da Carta da OEA e um vasto *corpus juris* internacional, o que poderia contribuir para uma *vis expansiva* de responsabilidade internacional dos Estados em face de um catálogo de obrigações até então desconhecido. Aderiu ao entendimento de que a justiciabilidade de direitos sociais é somente a prevista no Protocolo de São Salvador, o qual contemplaria a vontade soberana dos Estados na matéria. Para Sierra Porto, é uma falha argumentativa uma sentença, como a do caso *Lagos Del Campo*, que envolve DESCAs, não fazer referência ao PSS, o que equivale a negar sua existência.

Ele igualmente criticou a chamada interpretação evolutiva e *pro persona*, uma vez que a Corte também deveria utilizar outros métodos interpretativos, como os previstos nos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que elenca como cânones interpretativos o literal, sistemático e teleológico. Segundo o juiz, ao invés de uma interpretação evolutiva, estaria a Corte procedendo em uma verdadeira *mutação convencional*.

Sobre a aplicação do princípio *pro persona*, negou sua incidência, pois no seu entender “*la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma*”¹⁴¹. Por fim, criticou a utilização do caso *Acevedo Buendía*, ao qual entende não ser um precedente claro e prévio sobre o assunto, bem como a omissão da sentença em enfrentar diretamente os argumentos relacionados a sua competência¹⁴².

¹⁴¹ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto parcialmente dissidente del Juez Humberto Antônio Sierra Porto. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

¹⁴² CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto parcialmente dissidente del Juez Humberto Antônio Sierra Porto. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

O raciocínio utilizado em *Lagos Del Campo* foi duramente criticado por Cerqueira¹⁴³. É uma resposta ao artigo de Vera¹⁴⁴, já citado diversas vezes nesse tópico. Vera afirma que a evolução da formação da maioria na Corte IDH pode ser lida com base na metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin¹⁴⁵. Para ele “*la jurisprudencia interamericana, en algunos temas, puede leerse como una “novela en cadena” que dependió de diversas composiciones de la Corte [...], de cierto tipo de votos de jueces en diversos temas y de diversos momentos políticos del Sistema Interamericano*”¹⁴⁶.

Cerqueira não concorda com a construção, negando que o romance possa ser escrito a partir dos votos *dissidentes* de alguns juízes. Com certa ironia, afirma que estaríamos diante de “*una obra fastuosa*”. Rejeita, ademais, que os casos que fazem parte da linha evolutiva da interpretação do artigo 26 da CADH (*Cinco Pensionista*, *Acevedo Buendía* e *Lagos Del Campo*) possam ser considerados parte de uma narrativa com coerência e integridade. Para ele, tal afirmação se assemelha a “*un libro cuyo primer capítulo fue redactado por un escritor desventurado, el segundo por Octavio Paz, y el tercero por Paulo Coelho*”¹⁴⁷.

Para situar o leitor na discussão, ressalte-se que para Dworkin o Direito é uma prática social interpretativa¹⁴⁸. Ele afirma que “nosso direito constitui a melhor justificativa do

¹⁴³ CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCA bajo la Convención Americana. *Justicia en Las Américas. Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

¹⁴⁴ VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

¹⁴⁵ O juiz brasileiro Mudrovitsch também se utilizou dessa metáfora no seu voto concorrente do caso *Guevara Díaz vs. Costa Rica*, salientando a necessidade de se manter uma coerência e integridade na jurisprudência sobre direitos sociais na Corte IDH: “33. *La elaboración paulatina de sentidos que maximizan la eficacia del art. 26 – no siempre perfectamente lineal, pero sí notablemente progresiva – materializa el esfuerzo transgeneracional de los magistrados de esta Corte para producir auténtica ‘novela en cadena’, a la que se refiere Dworkin como uno de los elementos centrales para la integridad de una jurisprudencia centrada en los derechos*”. (CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 33).

¹⁴⁶ VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

¹⁴⁷ CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCA bajo la Convención Americana. *Justicia en Las Américas. Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

¹⁴⁸ Em termos de teorias da interpretação, de um modo geral, aceita-se uma maior influência de Alexy: “Não é fácil desenvolver discursos convincentes de aplicação dos direitos humanos ou de princípios constitucionais

conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”¹⁴⁹. O autor explica a interpretação através da analogia do romance em cadeia, onde cada romancista, cada qual responsável por escrever em continuidade um capítulo de uma história, deve buscar fazê-lo da melhor forma possível, sempre considerando o que foi desenvolvido pelo escritor anterior¹⁵⁰.

No Direito, ao enfrentar um problema interpretativo, o intérprete deve “ler todo o Direito até aquele ponto, como se ele fosse capítulos precedentes de um romance, e deveria entender que a decisão a que deve chegar no novo caso deve ser uma decisão que continue a história da forma mais adequada possível”¹⁵¹. Todavia, ele salienta que as divergências em relação ao Direito não são apenas de fato. Existem desacordos teóricos sobre o Direito. É possível na sua teoria ocorrer consenso sobre os fatos e mesmo assim discordância sobre *qual é o direito*¹⁵².

Dworkin utiliza em sua teoria da interpretação um método que denomina de construtivista. Afirma que interpretação ocorre dentro de práticas sociais que não são destituídas de sentido, mas que ocorrem dentro de um propósito ou finalidade. No entanto, pode ocorrer divergência sobre qual é esse propósito ou finalidade, o que vai gerar a diferenciação de práticas interpretativas na sociedade. A interpretação jurídica também vai depender da definição desse propósito ou finalidade do direito¹⁵³. Ressalte-se, todavia, que “não se trata da escolha e da imposição arbitrária e subjetiva de um propósito estranho à natureza da prática

na tradição jurídica latino-americana, conhecida por seu formalismo; a criação de uma cultura argumentativa de justificação leva tempo. É possível que esse desafio explique a surpreendente recepção de Robert Alexy na América Latina. Sua teoria sobre princípios e argumentação explica, de maneira mais precisa do que Ronald Dworkin, as fórmulas argumentativas às quais os tribunais podem recorrer para cumprir plenamente seu novo papel. Ao mesmo tempo, Alexy mostra que uma orientação baseada nos direitos humanos e nos princípios não necessariamente implica perda de racionalidade”. Em seguida, em nota de rodapé, afirma: “Existem, entretanto, dúvidas se a reconstrução racionalista de Alexy é capaz de conceber analiticamente e guiar normativamente as decisões judiciais de forma convincente, ou seja, se o direito e a política são tão fáceis de distinguir como sustenta. Talvez seja o racionalismo extremo o atrativo da sua teoria para a região”. (BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo*, v. 269, p. 13-66, 1 maio 2015, p. 36). Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 11.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. “Direito, filosofia e interpretação”. In: *Direito, Filosofia e Interpretação – Hans Kelsen e Ronald Dworkin, Cadernos da Escola do Legislativo*, Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, p. 51.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. “Direito, filosofia e interpretação”. In: *Direito, Filosofia e Interpretação – Hans Kelsen e Ronald Dworkin, Cadernos da Escola do Legislativo*, Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, p. 51.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. “Direito, filosofia e interpretação”. In: *Direito, Filosofia e Interpretação – Hans Kelsen e Ronald Dworkin, Cadernos da Escola do Legislativo*, Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, p. 45.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. “Direito, filosofia e interpretação”. In: *Direito, Filosofia e Interpretação – Hans Kelsen e Ronald Dworkin, Cadernos da Escola do Legislativo*, Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, p. 57-61.

interpretada”¹⁵⁴. Para tanto, Shapiro indica que Dworkin utiliza dos critérios de adequação e justificação:

Para determinar quais fatos são fundamentos do direito em um determinado sistema jurídico, Dworkin acredita que o intérprete deve adotar a interpretação construtivista. Primeiramente, ele deve imputar um propósito para a prática específica, que apresente na sua melhor forma, a saber, um propósito que melhor se adeque a ela e justifique moralmente. Então, ele deve usar esse propósito para determinar os fundamentos do direito daquele sistema jurídico¹⁵⁵.

E, assim, Dworkin deixa claro que quando ocorre divergência sobre *qual é o direito*, o que está ocorrendo é um desacordo sobre a “interpretação correta da estória até aquele ponto” em razão de também não haver consenso sobre “qual a melhor atribuição de objetivo ou da finalidade do empreendimento geral do Direito”¹⁵⁶.

Partindo do exemplo das práticas de cortesia existentes nas comunidades, Dworkin defende, ao contrário do positivismo de Hart, que “[...] a prática social ajuda a *justificar* uma regra que é expressa pelo juízo normativo”¹⁵⁷. Com isso, ele demonstra que de uma mesma prática social podem surgir diferentes interpretações. Portanto, sua teoria permite a ocorrência de divergências teóricas sobre uma norma, uma vez que os intérpretes podem objetar a regra social existente com base em diversos fundamentos¹⁵⁸.

Por fim, lembrando da polêmica entre Hart e Dworkin¹⁵⁹, para a teoria dworkiniana não existe discricionariedade em sentido forte. Na ausência de regras e mesmo nos chamados casos difíceis, os juízes não estão livres para decidir. Existem princípios jurídicos que vinculam os juízes nas suas decisões em razão de seu conteúdo moral e não por serem fruto de uma regra social¹⁶⁰.

¹⁵⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

¹⁵⁵ SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin: um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Org.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 261 e 264-265.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. “Direito, filosofia e interpretação”. In: Direito, Filosofia e Interpretação – Hans Kelsen e Ronald Dworkin, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, p. 62.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 61, grifos nossos.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 92.

¹⁵⁹ Cf. o pós-escrito hartiano em: HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 307-356, e SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin: um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Org.). *Interpretando o Império do Direito: Ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

¹⁶⁰ SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin: um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Org.). *Interpretando o Império do Direito: Ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 261 e 264-265.

Cerqueira sabe que texto e norma não se confundem, admitindo ser possível mais de uma interpretação válida do art. 26, rejeitando o voto Sierra Porto tanto nesse aspecto, como quanto a atribuição excessiva de peso a vontade dos Estados. Por outro lado, aceita a interpretação majoritária que o art. 29 da CADH não permite interpretações restritivas de seus dispositivos, razão pela qual a invocação do PSS para restringir o alcance da CADH é uma via hermenêutica inadequada.

Nada obstante, Cerqueira aponta o que considera diversas falhas argumentativas em *Lagos Del Campo*, capazes de retirar-lhe sua autoridade. Três são as principais. Em primeiro lugar, critica a utilização do princípio *iura novit curiae* pela Corte, o que afrontou o contraditório e causou surpresa para as partes. Em segundo lugar, a utilização de critérios hermenêuticos incompatíveis entre si. Para ele, seria incompatível invocar os métodos históricos e sistemáticos que favorecem uma interpretação pela justiciabilidade desde a origem da celebração da Convenção com o método de interpretação evolutivo que considera os tratados de direitos humanos instrumentos vivos que evoluem em decorrência do tempo. Em terceiro lugar, também considera problemática a construção do sentido e alcance do art. 26 mediante a invocação *a la carte* de diversos tratados internacionais e legislações nacionais dos Estados¹⁶¹.

Ainda na linha da evolução do entendimento da Corte IDH sobre a justiciabilidade do art. 26, a doutrina aponta um reforço do entendimento mediante um novo e importante argumento no caso *Poblete Vilches vs. Chile*¹⁶², com sentença proferida em 08 de março de 2018, no qual o Tribunal indica que o dispositivo contempla duas obrigações que devem ser analisadas quando se trabalha com direitos sociais, uma de caráter progressivo e outra de caráter imediato. Veja-se:

Asimismo, este Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los

¹⁶¹ CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCAs bajo la Convención Americana. *Justicia en Las Américas. Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

¹⁶² Sobre o caso cf. ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. *Ebook*.

derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad¹⁶³.

Por fim, pretendendo rebater os diversos argumentos dos votos contrários e as críticas doutrinárias como as de Cerqueira, é no caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, com sentença proferida em 23 de agosto de 2018, que a Corte irá reforçar sua argumentação. Como salienta Rivas, é nela que o Tribunal irá reconhecer expressamente a mudança de seu entendimento, sistematizando e aprofundando sua argumentação, especialmente ao desenvolver sua fundamentação com base nos art. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969¹⁶⁴.

Nessa sentença, a Corte reafirmou seu entendimento que o art. 26 da CADH contempla a proteção de direitos, existindo no dispositivo um compromisso do Estado em torná-los efetivos. Para tanto, destacou que da Carta da OEA também decorrem direitos, mesmo que implicitamente. Empregou um esforço para demonstrar que essa conclusão decorre, inclusive, de uma interpretação literal do dispositivo¹⁶⁵.

Sobre a interpretação sistemática, da mesma forma, buscou fundamentar que ela também favorece a justiciabilidade direta, uma vez que o art. 26 da CADH está sujeito às obrigações dos art. 1.1 e 2 da Convenção, mesmo quando a questão é analisada dentro do conflito com o art. 19.6 do PSS¹⁶⁶. Em razão da importância do entendimento da Corte sobre o conflito entre a CADH e o PSS, cita-se diretamente o parágrafo no qual a questão foi enfrentada:

Sin embargo, la Corte considera que el hecho de que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador establezca límites sobre la competencia de este Tribunal para conocer exclusivamente sobre violaciones a determinados derechos a través del sistema de peticiones individuales, no debe ser interpretado como un precepto que limite el alcance de los derechos protegidos por la Convención, ni sobre la posibilidad

¹⁶³ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, p. 104, negritos nossos.

¹⁶⁴ RIVAS, Juana María Ibáñez. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 248-249.

¹⁶⁵ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, paras. 76-81.

¹⁶⁶ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, paras. 82-89.

de la Corte para conocer sobre violaciones a estos derechos. Por el contrario, el Tribunal advierte que una interpretación sistemática y de buena fe de ambos tratados lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo de San Salvador, que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, ésta limitación no debe ser asumida por este Tribunal. Asimismo, la Corte recuerda que el hecho de que los Estados adopten protocolos o tratados relacionados con materias específicas, y definan la competencia de este Tribunal para conocer sobre aspectos definidos de dichos tratados, no implica una limitación a la competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a la Convención Americana sobre aspectos sustantivos que se regulan en ambos tratados. En ese sentido, la Corte recuerda que el artículo 77 de la Convención prevé la posibilidad de que cualquier Estado parte o la Comisión sometan a consideración proyectos de protocolo adicionales con la finalidad de “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. De esta forma, la Corte considera que no existen elementos para considerar que, con la adopción del Protocolo de San Salvador, los Estados buscaron limitar la competencia del Tribunal para conocer sobre violaciones al artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte advierte que si la Convención Americana no está siendo modificada expresamente con un acto posterior de los Estados, la interpretación que corresponde debe ser la menos restrictiva respecto a sus alcances en materia de protección de los derechos humanos. Asimismo, el Tribunal recuerda que la propia Convención Americana prevé en su artículo 76 un procedimiento específico para realizar enmiendas a la misma, el cual requiere una aprobación de dos terceras partes de los Estados parte de la Convención. De esta forma, sería contradictorio considerar que la adopción de un Protocolo adicional, que no requiere un margen de aceptación tan elevado como una enmienda a la Convención Americana, puede modificar el contenido y alcance de los efectos de la misma. En consecuencia, la Corte considera que la mera existencia del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador no permite inferir conclusiones con consecuencias limitativas respecto a la relación entre los artículos 26, 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención.¹⁶⁷

Prosseguindo, a decisão analisou o argumento da interpretação teleológica e dos métodos complementares de interpretação. Quanto à primeira, destacou o objetivo do tratado e que, do art. 29 da CADH, decorre a necessidade de adoção da melhor interpretação. Por fim, quanto aos métodos complementares, aduziu serem subsidiários para confirmar a interpretação realizada pelos métodos principais, sendo que, no caso, os trabalhos preparatórios da CADH indicam que os Estados possuíam preocupação em dar certa efetividade judicial aos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁶⁸.

A Corte IDH tem recebido o adjetivo de ativista em relação ao seu comportamento em relação ao art. 26. Por exemplo, Mazzuoli refere que “apesar das regras claras do sistema interamericano de justiciabilidade de tão somente *dois* direitos previstos no *Protocolo de San Salvador*”, a Corte IDH outorgou de forma indevida aplicabilidade imediata aos direitos sociais. Para o doutrinador, a ampliação do alcance do art. 26 ocorreu com “[...] com fraqueza

¹⁶⁷ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, paras. 88, negritos nossos.

¹⁶⁸ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, para. 90-96.

argumentativa [...]” e causou surpresa aos Estados ao atribuir justiciabilidade de forma ampla “[...] em franca violação ao que dispõe o Protocolo de San Salvador”¹⁶⁹.

Todavia, é necessário ter cuidado e esclarecer que o termo ativismo está envolto de uma verdadeira *poluição semântica*¹⁷⁰, muitas vezes confundido com a ideia de judicialização da política, o que não é necessariamente coincidente. Tomando por empréstimo as premissas de Abboud, com as devidas adaptações à luz da noção de que a Corte IDH também é uma intérprete constitucional dentro da dimensão transnacional do direito processual constitucional¹⁷¹, assente-se que a realização do controle de convencionalidade, a atuação contramajoritária para a proteção de direitos humanos e a aplicação do direito mediante atividade interpretativa e não de forma literal não são, *ipso facto*, posturas ativistas.

O ativismo pode ser exercido independentemente da posição ideológica - progressista ou conservadora - dos juízes, ou seja, pode ocorrer mediante o exercício de atividade interpretativa do direito e do controle de convencionalidade ou mediante uma postura de interpretação literal e de contenção do exercício da fiscalização de convencionalidade. De modo resumido, uma postura ativista significa impor um posicionamento ideológico pessoal ao invés de procurar a resposta do dissenso interpretativo no Direito¹⁷².

Vê-se que a Corte se esforçou para rebater as críticas da não utilização dos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, passando a incorporar e desenvolver argumentos que abarcassem os dispositivos. Todavia, é importante salientar que hoje, há farta doutrina indicando a insuficiência dos dispositivos para a interpretação dos tratados, bem como a existência de métodos próprios utilizados pelas Cortes de Direitos Humanos¹⁷³.

Além disso, não deve surpreender o intérprete a redação do art. 26 da Convenção. Se as normas de direitos humanos de um modo geral exigem utilização de critérios de interpretação que

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *Ebook*.

¹⁷⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1139.

¹⁷¹ Cf. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional: dimensión transnacional del derecho procesal constitucional. *Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México*, 2001. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/12.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

¹⁷² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1140-1154.

¹⁷³ Cf. BOGDANY, Armin von; VENZKE, Igno. *¿En nombre de quién?: Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado, 2016. *Ebook*; LETSAS, George. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford Press, 2009; KILLANDER, Magnus. Interpreting Regional Human Rights Treaties. *SUR*, São Paulo, n. 13, v. 7, p. 145-169, 2010. Disponível em <https://sur.conectas.org/en/interpreting-regional-human-rights-treaties/>. Acesso em: 20 jun. 2021; NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, p. 101-123, Feb. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn002>. Acesso em: 27 de jul. 2021.

vão além da sua análise literal¹⁷⁴, faz parte da incorporação dos direitos sociais a utilização de uma técnica legislativa com redação aberta ou, como alguns preferem, programática, atreladas a exigência da adoção pelos Estados de condutas positivas que se prolongam no tempo. Todavia, é preciso assentar que tal realidade não significa a inexistência de direitos subjetivos sociais, não obstante possam ter os juízes, num primeiro momento, resistido na aplicação imediata¹⁷⁵.

Como adverte Cappelletti¹⁷⁶:

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.

Em razão disso Cappelletti já alertava que é “manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais”¹⁷⁷. Ainda nas palavras do autor:

Inevitavelmente, o tribunal investido na árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceito e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público. A longo prazo, esta segunda alternativa mostra-se dificilmente defensável. Ela implica, efetivamente, que os juízes, cuja função essencial é propriamente a de proteger direitos, tenham de renunciar a desempenhar um papel na proteção dos direitos mais fundamentais¹⁷⁸.

De fato, hoje parece fora de discussão o papel de *law-makers* exercido pelos juízes e que os textos que contemplam direitos sociais naturalmente são redigidos de forma mais abstrata, sendo natural que a criatividade dos juízes seja exercida de forma mais intensa¹⁷⁹. O

¹⁷⁴ KILLANDER, Magnus. Interpreting Regional Human Rights Treaties. *SUR*, São Paulo, n. 13, v. 7, p. 150.

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 40-41.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 42.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 42.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 68.

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 42. Contextualizando a atividade criativa dos juízes na jurisdição previdenciária, cf. MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. *Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 70-74. Os autores demonstram que a superação do positivismo exegético na aplicação das leis é discurso corrente na jurisdição, nada obstante, na prática, ainda exista resistência na inovação, especialmente no âmbito do direito previdenciário. Na crítica dos autores: “O resumo da análise da situação atual do juslegalismo no domínio da jurisdição em geral e do Direito Previdenciário em

problema não está da produção judicial desse Direito, mas no modo, limites e legitimidade de quando se analisa esse resultado¹⁸⁰.

Parece possível afirmar que na superfície existe uma divergência teórica sobre a força da redação literal dos documentos em conflito, ou seja, a questão sobre a relação da CADH com o PSS. Mas ao se examinar os votos com maior profundidade, mesmo de forma implícita, revela-se uma divergência propriamente política sobre o propósito da proteção internacional de direitos humanos. Por exemplo, o juiz Ferrer Mac-Gregor, ao concluir seu voto no *Caso Lagos Del Campo*, deixou claro sua preocupação com a justiça social em razão da desigualdade, pobreza e exclusão na América Latina. Por sua vez, os juízes vencidos sustentam que não há uma verdadeira divergência teórica sobre o assunto, que os textos dos artigos são claros ao não permitir a justiciabilidade direta dos direitos sociais na Corte, sendo que é necessário respeitar o consentimento estatal ao celebrar um tratado. Preocupam-se, ao fim e a ao cabo, com o papel e os limites da atuação da jurisdição interamericana com a soberania estatal.

Com efeito, as discussões da interpretação do art. 26 da CADH sempre foram marcadas por votos separados, tanto quando a Corte não o aplicava, como após sua virada jurisprudencial. No caso *Lagos del Campo* (2017), tivemos cinco juízes favoráveis pela justiciabilidade – Caldas, Ferrer Mac-Gregor, Odio, Zaffaroni e Pazmiño –, e dois vencidos – Vio Grossi e Sierra Porto. Mais recentemente, no caso *Lhaka Honnat - Nuestra Terra* (2020), já sem o juiz Caldas, o novo integrante, o juiz Pérez Manrique, passou a fazer voz no grupo vencido.

O ano de 2022 foi marcado por profunda alteração no Tribunal com a saída dos juízes Zaffaroni, Odio, Pazmiño e Vio Grossi. Foram eleitos para os novos mandatos o brasileiro Rodrigo Mudrovitsch, a costarricense Nancy Hernández, a argentina Veronica Gomez e a chilena Patricia Pérez Goldberg, podendo o futuro da justiciabilidade direta dos DESCAs mudar de rota. Tal questão, no entanto, depende da análise dos casos de DESCAs que serão julgados a partir da nova composição, especialmente quanto a eventuais votos dissidentes dos novos

particular, é que os julgadores, na sua generalidade – *máxime nos casos em que se faz imperiosa a imediata incidência de princípios e valores constitucionais, Direitos Humanos e Fundamentais* – são mais fiéis às leis escritas e aos seus ditados, do que à necessária eficácia daqueles outros elementos da interpretação. Apesar de, em termos retóricos, os juristas e os juízes costumarem enaltecer a importância dos princípios e dos valores, o que se observa, na sua prática geral, é que eles não dão maior atenção estratégica a esses elementos. Preferem se ocultar atrás das leis para deixarem que as injustiças, no vácuo deixado por sua atitude de passividade, lavrem livremente os mais perniciosos efeitos.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. *Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 111, grifos no original).

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 25-26. No mesmo sentido, questionando se os conceitos teóricos de legitimação, limites, judicialização e ativismo podem ser aplicados à Corte IDH: LEAL, Mônia Clarissa Hening. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

juízes. É claro que para rever seu posicionamento os juízes colocar-se-iam num paradoxo de regressividade da proteção atualmente existente do SIDH¹⁸¹, o que, em si, já seria contrário tanto a própria ideia que está na base dos DESCA, de não retrocesso, quanto ao argumento de que o plano interamericano seria um *living instrument*, o qual deve ser interpretado à luz do princípio *pro persona*, como prescreve a própria CADH e já explanado acima.

Por ora, mesmo na nova composição, a justiciabilidade direta dos DESCA foi mantida pela Corte IDH como é possível verificar, por exemplo, no recente caso *Guevara Díaz vs. Costa Rica*¹⁸². Desse julgamento extrai-se que juíza Goldberg passou a aderir ao grupo vencido, negando a justiciabilidade direta. A juíza Gomez participou do julgamento sem apresentar voto separado, aderindo, portanto, a maioria. O juiz Mudrovitsch apresentou substancioso voto, de leitura obrigatória para aqueles que se interessam sobre o assunto, favorável à justiciabilidade direta dos DESCA e pela necessidade de manutenção da jurisprudência da Corte¹⁸³. A juíza Hernández não participou do julgamento, uma vez que nacional do Estado demandado¹⁸⁴.

Destaque-se que o papel das Cortes Internacionais se transformou nas últimas décadas, que também passaram a decidir casos que envolvem profundas divergências morais da sociedade, políticas públicas e megapolítica¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. Da mesma forma, em especial quanto aos

¹⁸¹ Conforme Pisarello: “Una de las principales obligaciones que los derechos sociales generan para los poderes públicos es, en efecto, la obligación negativa de no regressividad”. (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 62).

¹⁸² CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453.

¹⁸³ De forma parecida com as preocupações desenvolvidas quando argumentados a preocupação com a nova composição da Corte e o futuro dos DESCA, Mudrovitsch assim se manifestou: “56. La deconstrucción del sentido de justiciabilidad de los DESCA causaría, en este sentido, efectos perturbadores imprevisibles no sólo en la capacidad de esta Corte para fiscalizar el cumplimiento global de la Convención, y para promover la unidad e indivisibilidad de los derechos humanos, sino que incluso amenazaría la integridad de los precedentes establecidos en las propias cortes nacionales, que a menudo dialogan con el acervo de la Corte para orientarse y dar uniformidad de sentido al disfrute de los derechos humanos dentro de la jurisdicción doméstica. 57. Los nuevos magistrados deben, por tanto, en aras del ideal de seguridad jurídica y previsibilidad fundado en los valores protegidos por la Convención, sumarse a la mencionada cadena de novela continuada, cuyo imperativo de integridad no permite que cada composición de este Tribunal establezca una interpretación original y particular de la Convención a su antojo. No se puede abrir flanco para que, a cada cambio de composición de la Corte, se tambaleen las bases centrales de aplicación de la Convención, porque los derechos humanos no se harán realidad si se permiten oscilaciones hermenéuticas contingentes”. (CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, paras. 56-57).

¹⁸⁴ CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453.

¹⁸⁵ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, 2009, p. 145-46. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 29 mai. 2022.

¹⁸⁶ Conforme Hirschl: “A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da ‘questão política’; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas,

tratados de direitos humanos, deu-se conta que os juízes internacionais, ao interpretarem, também criam o Direito. Conforme Trindade, “[...] há os que crêem (e entre estes me situo) que, na própria interpretação – ou mesmo na busca – do direito aplicável, há espaço para a criatividade [...]”¹⁸⁷.

No mesmo sentido, Venzke e Bogdandy enxergam como inevitável a criação judicial do direito pelos Tribunais Internacionais:

*La creación normativa por las cortes es una parte inherente a su actividad judicial. La creación del derecho podría debilitarse si las cortes se abstuvieran de dar las razones de su decisión o de publicarlas, pero el precio por tal actitud sería demasiado alto, por una serie de razones. Los tratados en sí mismos solo proporcionan una guía normativa débil, de ahí que las normas abstractas por sí mismas difícilmente generen la estabilidad de las expectativas toda vez que sus significados son demasiado inciertos. Por lo tanto, el derecho internacional necesita de cortes que satisfagan las expectativas normativas. Aun más, sería imposible criticar aquellas decisiones judiciales cuyas justificaciones no fueron publicadas. Es por lo tanto completamente convincente que las cortes internacionales tengan que explicar sus decisiones.*¹⁸⁸

Além disso, Ramos lembra que as Cortes Internacionais que trabalham com direitos humanos exercem um papel contramajoritário ao darem voz para grupos vulneráveis que não são escutados dentro do processo político nacional, mesmo que em democracias¹⁸⁹. Aliás, o autor refere a uma *essência contramajoritária agravada*, pois a sindicabilidade exercida também abrange as decisões emanadas pelo próprio poder judiciário nacional, bem como a própria Constituição¹⁹⁰. Em razão disso, afirma o dever de “[...] produzir uma interpretação *consistente e convincente* das normas de direitos humanos em uma realidade de intensa colisão de direitos e ponderação”, o que ocasiona legitimidade e força para a decisão, bem como impede o decisionismo no âmbito internacional¹⁹¹.

processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d’être* — da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria onstitucional”. (HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, 2009, p. 146. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 29 mai. 2022).

¹⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 59.

¹⁸⁸ BOGDANY, Armin von; VENZKE, Igno. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado, 2016. *Ebook*, p. 2249.

¹⁸⁹ Novais resgata o conceito dworkiniano de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, para afirmar que a noção “assente e reinterpretado à luz do princípio do princípio da igual dignidade da pessoa humana, ela não se confina aos direitos políticos, mas é extensiva a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais)”. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 32).

¹⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 182-183.

¹⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 183.

É sempre importante destacar que esses movimentos de julgamentos por maioria causam tensão dentro dos sistemas de proteção de direitos humanos ao envolverem as vontades estatais que os criam e os alimentam. No limite, os Estados passam a realizar processos de crítica extraordinária - *backlash* - ou seja, além o mero inconformismo e contestação das decisões, com movimentos que buscam mudanças estruturais ou até o desmantelamento das Cortes¹⁹², minando sua legitimidade e a sua autoridade, logo, colocando em risco toda a proteção existente¹⁹³. Exemplo disso está na constante ameaça ou mesmo sua concretização que líderes estatais fazem à atuação efetiva da CIDH ou da Corte IDH frente a situações que são atentatórias aos direitos humanos previstos no âmbito internacional. Nesse sentido, destaque-se que Trinidad e Tobago denunciou a CADH, enquanto Venezuela e Nicarágua denunciaram a própria Carta da OEA, saindo da organização. O Estado Peruano, que nessa dissertação será longamente citado, tentou o mesmo movimento durante o governo de Alberto Fujimori com a denúncia da CADH que foi, inclusive, aprovada pelo Poder Legislativo, somente não se concretizando em razão da queda de Fujimori e o início da transição democrática pela assunção do governo provisório¹⁹⁴. Lembre-se, ainda, a suspensão de repasse financeiro pelo Brasil à OEA em razão das medidas adotadas no caso Belo Monte¹⁹⁵.

Portanto, parece claro num cenário que envolve o poder da Corte desenhar – e quiçá, ampliar – sua própria competência¹⁹⁶, bem como julgar *hard cases*, seria possível controverter o método de julgamento. Nesse caminhar, tentando adaptar os argumentos de Waldron¹⁹⁷ para

¹⁹² Ramos salienta a existência do dilema que as Cortes Internacionais enfrentam “[...] em um contexto no qual o financiamento das atividades depende dos Estados, cada vez mais temerosos com as decisões contramajoritárias”. (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019a, p. 433).

¹⁹³ MADSEN, Mikael; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: Explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, 2018, p. 11-13.

¹⁹⁴ SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, v. 14, 2018, p. 237-257. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058>. Acesso em: 04 jul. 2021.

¹⁹⁵ DILMA retalia OEA por Belo Monte e suspende recursos. *Folha de São Paulo*, 30 abr. 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm>. Acesso em: 14 jul. 2014.

¹⁹⁶ LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE MENDES, Lucas. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad del México, vol. XXI, p. 125-166, 2021. Conforme Trindade, “para o fiel exercício da função judicial internacional, todo tribunal internacional busca zelar pela preservação da integridade das bases de sua jurisdição. É este o complemento inelutável do direito de acesso à justiça. Para preservar a integridade de suas respectivas bases jurisdicionais, os tribunais internacionais contemporâneos contam, para isto, com faculdades inerentes, como mestres que são de sua própria jurisdição, sendo assim, dotados da *compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 59).

¹⁹⁷ O autor neozelandês controverte por qual razão o método tradicional das cortes constitucionais de contar cabeças é tido normalmente como algo já assentado e indiscutível. Em continuidade, considerando que o dissenso interpretativo é inerente ao direito, Waldron questiona como maiorias exíguas podem anular uma votação por representantes eleitos. É interessante que o autor suscita o problema de como é aceita a ideia de

a temática aqui abordada, seria possível questionar se maiorias exíguas nas Cortes Internacionais poderiam, dentro de um cenário de clara divergência teórica, optar pela interpretação que indica um afastamento do possível consenso regional manifestado pelos Estados na formação dos tratados. Quem sabe, a adoção do critério de supermaioria, aos moldes já utilizado por Cortes Constitucionais, poderia diminuir o atual movimento de resistência dos Estados-Partes.

Nada obstante, não sendo o atual critério, é necessário ter firme que o mandado protetivo deve sempre ser *fortalecido*, pois desempenha uma última possibilidade de respeito aos direitos humanos das pessoas. E, assim, sendo inquestionável o papel criativo na interpretação dos tratados de direitos humanos, bem como o caráter objetivo que ostentam, torna-se menor o argumento da suposta vontade dos Estados quando da sua celebração, especialmente quando não há mais razões para se negar que DESCA podem ser, sim, judicializados no âmbito internacional, sendo a interpretação do art. 26 realizada pela Corte IDH adequada e consistentemente justificada¹⁹⁸.

que o poder judiciário seria contramajoritário, protegendo as minorias das votações que ocorrem dentro dos parlamentos, mesmo que essa proteção também ocorra por intermédio de apenas uma maioria de juízes. Em razão disso, levanta o questionamento que talvez não se discuta a questão das decisões por maioria exígua porque é óbvio ou porque acabaria por trazer desconforto nas teorias do contramajoritarismo no poder judiciário. Para Waldron discutir essa forma de deliberação é uma questão de legitimidade, também no sentido de que a decisão judicial “[...] *debe reconciliar a la parte vencida em particular con la decisión que se há tomado*”. Para aprofundar seu problema, Waldron salienta que normalmente as respostas são dadas utilizando-se de argumento de eficiência, argumento epistêmico, argumento de imparcialidade e no argumento híbrido de Hills - o autor está dialogando com Hills, R. M. “*Are Judges Really More Principled than Voters?*”, University of San Francisco Law Review, 2002, p. 37-61 -. No momento, interessa-nos o argumento de eficiência. O método de contar cabeças traria para os tribunais uma eficiência decisional no sentido de que é algo prático de aplicar na busca de uma solução definitiva para os casos concretos. No entanto, o autor suscita que existiria um outro lado da moeda. Com efeito, essa eficiência seria justamente a ideia da existência de uma decisão definitiva, algo central da teoria da decisão judicial e pacificação social, *mas que na verdade não é*, uma vez que uma decisão por maioria exígua sempre poderá ser mudada num pequeno rearranjar de peças, revelando, na verdade, um caráter apenas decisivo. É difícil, obviamente, apresentar alternativas ao tradicional método de *contar cabeças*, mas Waldron salienta ao menos a utilização do critério de supermaioria. (WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018. Ebook). No mesmo sentido, Bolfarini questiona se a existência de opiniões dissidentes pode ser considerada um fator capaz de influenciar a força vinculante de uma sentença da Corte IDH. Mesmo que de forma não conclusiva, já que a hipótese demandaria um estudo não realizado no seu trabalho, a autora aceita que a dissidência pode fortalecer movimentos de contestação das sentenças da Corte, especialmente quando ligada a Estados com tendência de rejeitar a decisão, uma vez que estarão munidos de mais argumentos. (BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019).

¹⁹⁸ Lembre-se, por exemplo, que a ideologia de separação dos tratados já foi superada no âmbito global e regional africano. Da mesma forma, como se verá na última parte desse capítulo, também passou a ser expressamente aceita quando envolver a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

1.2 A jurisprudência da Corte IDH sobre direitos sociais previdenciários

Existem quatro casos paradigmáticos na Corte IDH envolvendo diretamente direitos sociais previdenciários: o caso *Cinco Pensionistas vs. Peru*, julgado em 28 de fevereiro de 2003; o caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru*, julgado em 1º de julho de 2009; o caso *Muelle Flores vs. Peru*, julgado em 06 de março de 2019; e o caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru*, julgado em 21 de novembro de 2019.

Os dois primeiros utilizam a técnica da proteção indireta dos direitos sociais, enquanto os dois últimos reconhecem a proteção autônoma direta do direito à previdência social, dando os primeiros passos na construção do bloco de convencionalidade relacionado ao tema. Com isso em mente, dividir-se-á o tratamento dos casos em dois blocos, utilizando como critério justamente a técnica de proteção adotada.

1.2.1 O caso *Cinco Pensionistas vs. Peru* (2003) e o caso *Acevedo Buendía (Demitidos e Aposentados da Controladoria) vs. Peru* (2009)

A primeira vez que a Corte IDH se deparou com uma demanda previdenciária foi no caso *Cinco Pensionistas vs. Peru*. O caso diz respeito a modificação do regime previdenciário, sem prévio procedimento administrativo, das aposentadorias dos Srs. Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Alvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreira, o que ocasionou redução dos montantes mensais, bem como do não cumprimento de sentenças proferidas em ações de amparo pela Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional do Peru que determinaram o restabelecimento dos valores dos benefícios¹⁹⁹.

As vítimas eram aposentadas pelos serviços prestados para a Superintendência de Bancos e Seguros do Peru (SBS), fazendo parte do regime público do Decreto-Lei 20.530, que garantia o recebimento de aposentadorias de forma nivelada com o pessoal em atividade. Esse regime foi garantido por opção dada aos trabalhadores antigos quando da implementação, em 1981, do regime trabalhista privado.

Todavia, em novembro de 1992, os cinco pensionistas tiveram seus benefícios reduzidos sem qualquer aviso ou procedimento prévio, em decorrência da edição do Decreto-Lei 25.792,

¹⁹⁹ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, paras. 1-3.

de 23 de outubro de 1992, especialmente seu art. 5º, que transferiu a responsabilidade de pagamento ao Ministério de Economia e Finanças (MEF), bem como limitou o pagamento das aposentadorias ao teto dos benefícios pagos aos trabalhadores do próprio MEF²⁰⁰. Foram propostas diversas ações combatendo a redução, sendo que ao final transitaram em julgado decisões proferidas pela Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional do Peru. Em 21 de janeiro de 2002 foi promulgado a Lei 27.650 derogando o art. 5º do Decreto-Lei 25.792. Assim, o Estado cumpriu parcialmente as decisões nacionais, restabelecendo os valores dos benefícios desde março de 2002 e saldando as diferenças do período pretérito²⁰¹.

Após a tramitação, a Corte emitiu sua sentença em 28 de fevereiro de 2003. Em sua parte resolutiva, declarou a responsabilidade do Peru pela violação dos seguintes direitos previstos na CADH: a) propriedade privada (art. 21); e b) proteção judicial (art. 25). Todas as condenações foram relacionadas ao art. 1.1 (obrigação de respeitar direitos) e ao art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção²⁰². Nada obstante existisse pedido da CIDH para condenação nos termos do art. 26 (desenvolvimento progressivo dos DESCAs previstos na CADH), esse foi afastado.

A primeira violação declarada foi ao direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH²⁰³. Para tanto, o Tribunal seguiu o entendimento de que uma vez preenchidos os requisitos de determinado benefício previdenciário sob à égide de determinada legislação, no caso o Decreto-Lei 20.530, que prevê o recebimento de benefício em valor nivelado ao pessoal da atividade, tal direito incorpora ao patrimônio do segurado²⁰⁴. Por outro lado, mesmo considerando a possibilidade que pudesse ocorrer alguma espécie de restrição ao direito de propriedade em razão de utilidade pública ou interesse social, a Corte ressaltou a necessidade

²⁰⁰ Por exemplo, em relação ao Sr. Carlos Torres Benvenuto, verifica-se que “mediante resolução administrativa da SBS de 13 de fevereiro de 1992, a pensão de aposentadoria do senhor Torres foi reajustada em um valor total de S/. 2.086,00 (dois mil e oitenta e seis soles), valor este que recebeu mensalmente até agosto de 1992. A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 75%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio nem qualquer procedimento”. (CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 89.b).

²⁰¹ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, passim.

²⁰² CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 187.

²⁰³ “Artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.”

²⁰⁴ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, paras. 96-103.

de instaurar o devido processo administrativo com respeito das garantias processuais, o que não ocorreu na situação concreta, já que a redução foi operada de forma unilateral²⁰⁵.

A segunda violação declarada foi ao direito de proteção judicial previsto no art. 25 da CADH²⁰⁶. Os cinco pensionistas possuíam sentenças da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional peruano determinando o pagamento das aposentadorias de forma nivelada com os trabalhadores da atividade. As decisões somente foram implementadas no âmbito interno com oito anos de atraso, período que a SBS e o MEF atribuíam responsabilidade entre si.

A SBS alegava que foi parte nos processos, mas não era mais responsável pelo cumprimento das decisões, uma vez que o pagamento teria sido transferido para o MEF pelo Decreto-Lei 25.792. O MEF negava-se a cumprir as decisões nacionais, aduzindo que à época não foi parte dos processos internos. A Corte entendeu que a mera existência de recursos internos não satisfaz o art. 25 da CADH, devendo ser analisado se os meios são efetivos para a tutela do direito. Que as sentenças deveriam ser cumpridas, não se sustentando a alegação sobre as ausências de responsabilidades²⁰⁷.

Foram rejeitados os pedidos de condenação com base no art. 26 e 8º da CADH²⁰⁸. Sobre os motivos da rejeição do art. 26 já se tratou acima, valendo lembrar apenas que o Tribunal destacou a impossibilidade de violação do dispositivo em razão de não estar comprovado que

²⁰⁵ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, paras. 116-118.

²⁰⁶ “Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado precedente o recurso”.

²⁰⁷ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, paras. 125-141.

²⁰⁸ “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

houve violação de direitos humanos de um grupo representativo da situação. Quanto ao art. 8º, que prevê as chamadas garantias judiciais, o argumento é que no decorrer da tramitação das demandas nacionais o Estado peruano teria alterado a competência jurisdicional dos órgãos internos, passando as execuções das sentenças para Varas Empresariais Transitórias de Direito Público, sob responsabilidade de juízes provisórios. No entanto, o Tribunal entendeu que não havia nos autos provas sobre a alegada violação²⁰⁹.

As reparações outorgadas foram: a) o cumprimento das sentenças nacionais que garantiram o pagamento nivelado das aposentadorias das vítimas, restabelecendo o valor correto, bem como pagando os atrasados, valores a serem fixados pelo Estado; b) investigar e sancionar os responsáveis pelo não cumprimento das sentenças nacionais; c) dano moral no importe de US\$ 3.000,00; e d) US\$ 13.000,00 à título de gastos e US\$ 3.500,00 de custas, em atenção aos dispêndios que as vítimas tiveram durante a tramitação do processo²¹⁰.

Há críticas sobre a posição da Corte no presente caso, especialmente por abster-se de iniciar um aprofundamento na proteção direta dos direitos sociais. Para Serau Jr., a decisão proferida “[...] foi um tanto desastrada ao vincular uma questão previdenciária unicamente aos seus aspectos patrimoniais, que existem, mas não são os mais relevantes (sobrepunhando a questão do resguardo à dignidade da pessoa humana)”²¹¹. No mesmo sentido, Matos sustenta que o Tribunal perdeu um momento adequado para afirmar na sua jurisprudência a defesa dos direitos sociais, mantendo-se num processo de reiterada omissão sobre o assunto²¹².

Melish atribuiu à decisão consequências desastrosas para o SIDH ao utilizar uma lógica coletiva na interpretação do art. 26, uma vez que acabou sendo repetida pela Comissão no tratamento de casos posteriores em matéria de DESCAs, gerando um cenário de indevida restrição na proteção desses direitos humanos²¹³. De fato, no caso Cinco Pensionistas a CIDH tinha alegado ao remeter o caso à Corte violação ao art. 26. Uma vez negado, é possível notar que a Comissão deixou de invocá-lo nos casos posteriores em matéria de direitos sociais. O

²⁰⁹ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 149-157.

²¹⁰ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 187.

²¹¹ SERAU JR., Marco Aurélio. Análise do caso “Cinco Pensionistas vs. Peru”, da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso nº 12.034. *Revista Jurídica UCES*, n. 14, 2010, p. 119.

²¹² MATOS, Monique Fernandes Santos. A omissão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/ UFRGS*, Porto Alegre. vol. X, n. 2, 2015, p. 287-288.

²¹³ MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru's Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, ano 1, número 1, p. 51-66, dez. 2005.

retorno do art. 26 ao cenário do SIDH somente ocorreu mediante postura oficiosa da Corte ao utilizar o *iura novit curiae*²¹⁴.

O segundo caso, bastante citado no desenvolvimento da jurisprudência sobre direitos sociais, é o *Acevedo Buendía (Demitidos e Aposentados da Controladoria) vs. Peru*, que favoreceu 273 membros da associação. Novamente, trata-se de litígio que envolve o descumprimento, por parte do Estado, de sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru, proferidas em 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001, que determinaram o nivelamento das pensões, bem como o pagamento das diferenças não pagas no período de abril de 1993 até outubro de 2002. Em resumo, as vítimas estavam submetidas ao Decreto-Lei 25.530, que estabelecia uma pensão nivelada progressivamente com os trabalhadores em atividade na Controladoria Geral da República. Todavia, foi publicado em 07 de julho de 1992 o Decreto 25.597, que novamente passou a atribuição de pagamento ao Ministério de Economia e Finanças e, igualmente, retirou o direito ao nivelamento no pagamento das pensões²¹⁵.

A CIDH submeteu o caso ao Tribunal em 1º de abril de 2008, alegando que o Estado peruano cumpriu parcialmente as sentenças internas, nivelando novamente as aposentadorias, todavia, sem saldar as diferenças pagas a menor no período de abril de 1993 a outubro de 2002²¹⁶. A CIDH solicitou condenações com base nos arts. 21 e 25, ambas conexas com o art. 1.1, todos da CADH, sem fazer menção ao art. 26. O pedido de condenação pelo art. 26 somente foi realizada nos escritos apresentados pelos representantes das vítimas, no caso a CEDAL

²¹⁴ Koch analisou as cartas de submissão dos casos remetidos à Corte no período de outubro de 2010 até dezembro de 2014, totalizando 70 processos. Em nenhuma das cartas analisadas foi alegada pela CIDH violação ao art. 26 da CADH. Também não há nenhuma submissão com base na autorização do art. 19.6 do PSS. (KOCH, Camila de Oliveira. *Crítérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 54).

²¹⁵ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 1-11 e 43-44.

²¹⁶ Dois parágrafos da decisão da Corte IDH direcionam os pontos controvertidos: “52. Não está controvertido que, através das sentenças de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001, o Tribunal Constitucional do Peru declarou que a aplicação de uma normativa contrária à Constituição então vigente restringiu indevidamente o direito a uma pensão nivelável que as supostas vítimas haviam adquirido (paras. 45 e 48 *supra*). Portanto, em conformidade com o objeto do presente caso, não compete a este Tribunal analisar se as supostas vítimas tinham direito a receber uma pensão nivelável nem tampouco se o Estado violou esse direito. Estes assuntos já foram resolvidos a favor das supostas vítimas através das referidas sentenças internas. 53. Tampouco está controversia que, entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002, as supostas vítimas receberam uma pensão não nivelada que era muito menor a que lhes correspondia segundo o regime de pensão nivelável ao qual optaram. O que está em controversia e forma parte do objeto do presente caso é o pagamento dos valores correspondentes à pensão nivelável que as supostas vítimas deixaram de receber entre os meses de abril e 1993 e outubro de 2002”. (CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 52-53).

(Centro de Assessoria Laboral) e a Associação de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República do Peru²¹⁷.

Após a tramitação, a Corte emitiu sua sentença em 1º de julho de 2009. Em sua parte resolutiva, declarou a responsabilidade do Peru pela violação dos seguintes direitos previstos na CADH: a) obrigação de respeitar os direitos (art. 1º); direito à propriedade privada (art. 21); e proteção judicial (art. 25)²¹⁸.

Assim, a decisão não destoou dos fundamentos utilizados no caso *Cinco Pensionistas*. Em relação ao direito de proteção judicial (art. 25), a Corte reiterou sua jurisprudência que devem existir meios rápidos, simples e eficazes para a garantia de direitos, bem como para a sua execução, o que não ocorreu no caso, pois, nada obstante as ações propostas tenham sido de mandado de segurança, passados mais de 10 anos o direito reconhecido não havia sido integralmente implementado²¹⁹.

Em relação ao direito de propriedade (art. 21), novamente afirmou que a redução do valor das aposentadorias e a demora no pagamento das diferenças após o restabelecimento do montante integral dos benefícios afetou o direito de propriedade que havia incorporado ao patrimônio das vítimas²²⁰.

Neste caso, como já visto, a Corte reconheceu que possuía competência para apreciar eventual violação do direito à previdência social no marco do art. 26 da CADH, mas apenas sob o aspecto do desenvolvimento progressivo, sem verificar o direito material de forma autônoma. Todavia, não chegou propriamente a analisá-la, entendendo que não houve descumprimento da cláusula de desenvolvimento progressivo, sendo suficiente às condenações outorgadas²²¹.

As reparações postas foram: a) o cumprimento das sentenças nacionais que garantiram o pagamento dos valores que as vítimas deixaram de receber no período de abril de 1993 a

²¹⁷ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 1-11.

²¹⁸ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 158.

²¹⁹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 72-79.

²²⁰ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 84-91.

²²¹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 104-106.

outubro de 2002; b) dano imaterial no valor de US\$ 2.000,00 para cada vítima; c) a publicação interna de pontos da sentença; e d) o pagamento de US\$ 20.000,00 à título de custas e gastos incorridos²²².

Os dois casos sugerem uma Corte IDH ainda em um estágio de contenção em relação ao desenvolvimento e análise dos direitos sociais previdenciários de forma autônoma. As vítimas foram protegidas e tiveram a violação de seus direitos analisadas, mas pela utilização da técnica indireta, especialmente através do direito propriedade. Uma nova visão sobre o direito previdenciário somente ocorrerá dez anos após, quando do julgamento dos casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT*.

1.2.2 Enfim, o caso Muelle Flores vs. Peru (2019) e a continuidade: o caso ANCEJUB-SUNAT vs. Peru (2019)

O caso *Muelle Flores vs. Peru*, com sentença proferida em 06 de março de 2019, trata da demora na garantia do direito à previdência social para pessoa idosa, reconhecendo pela primeira vez a violação autônoma a esse direito com base no art. 26 da CADH, além de analisar alguns efeitos de uma privatização em matéria de proteção dos direitos humanos.

Refere-se especificamente ao não cumprimento pelo Estado, durante 24 anos, de duas sentenças proferidas pela jurisdição nacional – da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional - bem como uma decisão administrativa, que garantiram à vítima, o Sr. Oscar Rubén Muelle Flores, a sua reincorporação ao regime de pensionamento do Decreto-Lei 20.530.

A vítima era funcionário da empresa estatal peruana Tintaya S.A. Na época, o Peru regulava a aposentadoria dos funcionários estatais pelo plano de previdência previsto no Decreto-Lei 20.530. O Sr. Muelle Flores foi jubulado nos termos da legislação vigente em 30 de setembro de 1990, mas teve sua aposentadoria suspensa em 27 de janeiro de 1991. Todavia, por intermédio de duas sentenças de amparo e uma proferida no âmbito de um processo administrativo contencioso, a suspensão da prestação foi declarada arbitrária.

Nada obstante, o Direito não foi concretizado devido ao não cumprimento das decisões. Além disso, a empresa estatal foi privatizada na década de noventa (1994), sem que houvesse

²²² CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, paras. 115-157.

uma regulamentação adequada sobre a responsabilidade do pagamento das jubilações após a venda da estatal, o que também causou embaraços na efetivação das sentenças²²³.

O caso gerou a denúncia perante a CIDH, petição apresentada em 8 de abril de 1998. Em 16 de julho de 2010 a CIDH emitiu seu informe de admissibilidade. Posteriormente, liberou seu relatório de mérito em 27 de janeiro de 2017, notificando o Estado para cumpri-lo no prazo de dois meses. Não tendo ocorrido o cumprimento das recomendações, mesmo após uma prorrogação, submeteu o caso à Corte IDH em 13 de julho de 2017²²⁴, solicitando a declaração das violações dos artigos 8.1, 21, 25.1 e 25.2.c, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos²²⁵.

Após a tramitação, a Corte emitiu sua sentença em 06 de março de 2019. Em sua parte resolutiva declarou a responsabilidade do Peru pela violação dos seguintes direitos previstos na CADH: a) tutela judicial efetiva e proteção judicial (arts. 25.1 e 25.2.c); b) duração razoável do processo (art. 8.1); c) direito à seguridade social (art. 26), com implicações nos direitos à integridade pessoal (art. 5º) e proteção da honra e dignidade (art. 11.1); e d) propriedade privada (arts. 21.1 e 21.2). Todas as condenações foram relacionadas ao art. 1.1 (obrigação de respeitar direitos) da CADH. As condenações referentes ao direito de tutela judicial efetiva e proteção judicial e seguridade social também foram relacionadas ao art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção²²⁶.

As reparações outorgadas foram: a) o cumprimento das sentenças nacionais que garantiram a aposentadoria da vítima nos termos do Decreto-Lei 20.530 e demais normas relacionadas, bem como sua inclusão e manutenção ininterrupta no seguro saúde do Estado; b) a publicação do resumo da sentença no Diário Oficial e num jornal de grande circulação, além de sua publicização integral em alguma página oficial na internet; c) o pagamento, à título de dano material, de US\$ 10.000,00, em decorrência dos gastos médicos da vítima, uma vez que a falta de materialização do direito ao pensionamento acarretou seu impedimento de cobertura ao seguro de saúde; d) o pagamento de US\$ 120.000,00 à título de indenização compensatória pelo não pagamento da aposentadoria no modo e tempo correto; e) dano moral no importe de

²²³ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 1-17.

²²⁴ Um registro: no procedimento da Corte a vítima foi representada pela Defensoria Pública Interamericana, sendo designadas pela AIDEF (Associação Interamericana de Defensorias Públicas) as defensoras Renée Mariño Álvarez (Uruguai) e Isabel Penido de Campos Machado (Brasil), essa última membro da Defensoria Pública da União (DPU).

²²⁵ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 1-4.

²²⁶ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 284.

US\$ 7.000,00; e f) US\$ 10.000,00 para pagamento das custas e despesas que a vítima teve durante a tramitação do processo²²⁷.

Como o caso é o primeiro julgado dentro da trilha após a virada jurisprudencial pela justiciabilidade direta dos DESCA, detêm-se de forma mais abrangente no raciocínio empregado pelo Tribunal.

A Corte IDH assentou a responsabilidade do Estado por violação dos direitos humanos com base em quatro referenciais normativos: a) direito à tutela judicial efetiva na execução das sentenças nacionais e no contexto da privatização da empresa estatal Tintaya S.A; b) direito à razoável duração do processo; c) direito à propriedade privada; e d) direito à previdência social.

Em relação ao direito à tutela judicial efetiva na execução das sentenças nacionais e privatização da empresa estatal Tintaya S.A, pontue-se que a vítima possuía duas decisões judiciais internas, com trânsito em julgado, determinando o pagamento da sua aposentadoria nivelada na forma do Decreto-Lei 20.530. Essas decisões foram proferidas contra a Estatal antes da sua privatização. Todavia, com a venda da Tintaya S.A, o Estado passou a defender sua ilegitimidade no pagamento da aposentadoria da vítima, sendo que a compradora, da mesma forma, alegava que não havia sido parte dos processos judiciais, razão pela qual também não possuía obrigação pelo pagamento. Essa questão somente foi solucionada anos após a privatização, tendo o MEF peruano assumido o pagamento.

Como as sentenças não foram cumpridas internamente, o Tribunal entendeu que houve violação ao direito de proteção judicial, que também abrange a materialização dos direitos reconhecidos judicialmente. Ressaltou a ocorrência de obstáculos internos para a execução das decisões em razão da privatização da estatal mineradora sem que existisse adequada estipulação sobre o pagamento das aposentadorias dos jubilados, responsabilidade atribuída, inclusive, ao Poder Judiciário que deveria ter analisado o trespasse de ofício²²⁸⁻²²⁹.

²²⁷ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 220-283.

²²⁸ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 109-149.

²²⁹ Em especial: “134. En particular, la Corte nota que el Estado no estableció explícita y claramente quién se encargaría de la administración y pago de la pensión del señor Muelle Flores, en virtud de la orden judicial existente, ya que la empresa pública obligada, pasaría a ser una empresa privada. Esta falta de regulación clara respecto de quién sería el responsable del pago de la pensión del señor Muelle Flores, generó una situación de incertidumbre sobre su cobro, lo cual, a su vez, generó un obstáculo en el cumplimiento y ejecución de la sentencia. El Estado tenía una obligación judicial de cumplimiento, la cual se debió mantener luego de la privatización, o al menos, se debió establecer sobre qué entidad (sea pública o privada) recaería dicha obligación de cumplimiento. [...]”. Ainda: “145. A este respecto, la Corte nota que el Estado no solamente incumplió las sentencias a nivel interno, sino que, durante el proceso de ejecución de estas decisiones, las autoridades judiciales no lograron el cumplimiento de ninguno de los dos amparos dictados. El Estado no adoptó las salvaguardas necesarias para establecer con claridad qué entidad se encargaría del pago de las pensiones del señor Muelle Flores, problemática que tampoco fue solucionada por las autoridades

O Tribunal também declarou violação ao direito à razoável duração do processo, salientando que a execução de uma sentença é parte integrante do reconhecimento de direitos. Referiu que a primeira sentença de amparo foi proferida em 1993 e a segunda em 1999, tendo transcorrido 26 e 19 anos sem que o direito reconhecido fosse efetivado. Ressaltou ausência de complexidade da causa, especialmente por se tratar de sentenças definitivas, a inexistência de inércia da vítima em dar impulso ao processo, bem como a falta de adoção de medidas executivas pelas autoridades judiciárias para tornar efetivas as decisões²³⁰. Destacou, ainda, que a efetividade do processo de execução não pode ser analisada de forma dissociada com o direito à seguridade social que objetiva garantir condições de subsistência das pessoas, ocorrendo, inclusive, uma qualificação no impulso oficial a ser realizado pelos juízes²³¹.

Seguindo a jurisprudência formada no caso *Cinco Pensionistas vs. Peru*, assentou, ainda, a ocorrência de violação ao direito da propriedade privada, pois compreendeu que uma vez preenchido os requisitos para a aposentadoria sob à égide de determinada legislação, houve incorporação do direito ao seu patrimônio jurídico, o que não poderia ter sido afetado por regime jurídico superveniente²³².

Por fim, *pela primeira vez*, o Tribunal declarou a violação do direito humano à seguridade social, no marco do art. 26 da CADH. O caminho desenvolvido para delimitar o conteúdo e o alcance será analisado adiante ao se discorrer sobre o bloco de convencionalidade previdenciário.

Destaque-se a especificidade do caso, que expressamente refere a importância de tutela os direitos humanos de uma pessoa idosa e doente. Com efeito, o Sr. Muelle Flores, no decorrer dos 24 anos, atingiu uma idade avançada e passou a sofrer de diversas doenças em decorrência da deterioração de sua saúde, entre elas alzheimer, hipoacusia severa e fratura de um fêmur. Estando desprovido de sua aposentadoria, necessitou recorrer ao apoio econômico de seus familiares para poder sobreviver e custear seus tratamentos de saúde, já que sua exclusão do

judiciales, ya que ni antes ni después de la privatización, lograron resolver los debates surgidos a lo largo del proceso de ejecución ni adoptaron mecanismos coercitivos para asegurar el cumplimiento de los fallos. La falta de ejecución de las sentencias hasta la actualidad, y la ineficacia del Poder Judicial para resolver los obstáculos surgidos en el proceso de cumplimiento derivados de la privatización, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva e impidieron la materialización del derecho a la pensión del señor Muelle Flores". (CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 134 e 145).

²³⁰ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 150-166.

²³¹ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 157 e 161.

²³² CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 209-219.

regime de pensionamento também acarretou a suspensão da cobertura de saúde garantida pelo regime de saúde do Peru.

Por fim, o caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru* diz respeito ao não cumprimento pelo Estado peruano, durante 27 anos, de uma sentença proferida pela Corte Suprema de Justiça do país, que garantiu às vítimas, ao final do processo delimitadas ao total 597 pessoas, direitos previdenciários relacionados ao pagamento nivelado dos benefícios gozados, novamente no marco dos problemas gerados no âmbito do afastamento do Decreto-Lei 20.530²³³.

Os trabalhadores da ANCEJUB-SUNAT (Superintendência Nacional de Administração Tributária), quer desempregados com mais de vinte anos de serviço, quer aposentados pelo regime público de previdência, tinham suas aposentadorias regidas pelo Decreto-Lei 20.530, uma vez que servidores civis do Estado, que garantia o direito ao recebimento de uma aposentadoria nivelada com o pessoal da atividade. Igualmente, estavam regidos pelo regime laboral público do Decreto Legislativo 276, sendo esse o padrão para o nivelamento. Todavia, posteriormente, o Decreto Legislativo 639, de 20 de junho de 1991, ao reestruturar a SUNAT, estabeleceu, dentre outras medidas, um Programa de Demissões Voluntárias com diversos incentivos econômicos e de contagem de tempo de serviço mediante um adicional ao tempo já trabalhado. As vítimas do presente processo aderiram ao dito programa, o que, como visto, na condição de desempregados com mais de vinte anos de serviço público, também lhes garantiriam o direito ao nivelamento de suas aposentadorias.

Ocorre que o aludido Decreto também autorizou a instituição de um regime de trabalho privado para o pessoal da SUNAT – o que foi feito pelo Decreto-Legislativo 673, de 23 de setembro de 1991 - passando a aplicar o regime previdenciário geral do Peru regulado pelo Decreto 4.916 e Decreto Lei 19.990, que não garantiam direito ao nivelamento. De qualquer forma, os funcionários que não aderiram ao programa de demissão, sendo aprovados em uma seleção e qualificação, poderiam manter o regime de trabalho público, mas sem o benefício de nivelção²³⁴. Para tanto, foi estabelecida uma nova forma de remuneração, mas que não alcançaria o pessoal inativo, nos seguintes termos:

54. El artículo 3 del Decreto 639 estableció que los servidores de la SUNAT que continuarán acogidos al Decreto 276 tendrían derecho a recibir la remuneración mensual dispuesta para el sector público más “(...) la diferencia que existiese con la

²³³ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 1-12.

²³⁴ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, *passim*.

*correspondiente a cargo de similar categoría o nivel remunerativo en la escala salarial establecida por la SUNAT para el personal comprendido en el régimen [privado] de la Ley 4916". Sin embargo, estableció que "la mayor remuneración" que corresponda por efectos de dicha diferencia "(...) tendrá el carácter de no pensionable para aquellos trabajadores comprendidos en el régimen jubilatorio del Decreto Ley No. 20530", por lo que "[e]l monto de la compensación por tiempo de servicios, y en su caso el de la pensión por jubilación o cesantía que conforme al Decreto Ley No. 20530 pudiera corresponder al trabajador, se determinarán en base a la remuneración que a la fecha de su cese le correspondería en el régimen laboral del sector público"*²³⁵.

Com isso, passou a existir dois regimes jurídicos dentro da SUNAT, nascendo a dúvida sobre em qual as vítimas deveriam ter suas aposentadorias niveladas. Ao final, ficou reconhecido que o nivelamento deveria ocorrer com o pessoal do regime público, incluindo todos os incrementos progressivos que o pessoal da atividade obtivera. E, igualmente aos casos anteriores, a responsabilidade do pagamento foi transferida da SUNAT ao MEF²³⁶.

Com sentença proferida em 21 de novembro de 2019, em sua parte resolutiva, a Corte IDH rejeitou as preliminares de falta de esgotamento dos recursos internos e da impossibilidade de o Tribunal atuar como uma quarta instância, vencido o juiz Eduardo Vio Grossi, bem como a preliminar em razão da matéria relacionada a impossibilidade de apreciar alegações relacionadas aos arts. 4º e 26 da CADH, vencidos os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Porto, declarando a responsabilidade do Peru pela violação dos seguintes direitos previstos na CADH: a) vida digna de pessoas idosas (art. 4.1); b) garantias judiciais (art. 8); c) propriedade (art. 21); d) proteção judicial (art. 25); e) e seguridade social (art. 26), todos no marco do art. 1.1, em relação a 597 pessoas, vencidos os juízes Vio Grossi e Sierra Porto; e f) dever de adotar disposições de direito interno (art. 2º), vencido o juiz Vio Grossi²³⁷.

O caso *não difere* dos anteriores em termos de fundamentações em relação as violações aos direitos de garantias judiciais, proteção judicial, direito de propriedade e seguridade social. Como *novidade*, vê-se a condenação com base no direito a uma vida digna para pessoas idosas²³⁸.

²³⁵ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, para. 54.

²³⁶ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 49-55.

²³⁷ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, para. 248.

²³⁸ "Artigo 4. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena,

Para tanto, a Corte afirmou que seguridade social e vida digna são direitos interrelacionados, sendo que a ausência da proteção social afeta a dignidade das pessoas, especialmente quando idosas, pela ausência de recursos para a manutenção de uma vida adequada²³⁹. Outra linha de fundamentação utilizada foi em relação ao dano ao projeto de vida²⁴⁰ das vítimas, o que será desenvolvido com maior profundidade no próximo tópico.

As reparações outorgadas foram: a) pagamento imediato dos valores pendentes em decorrência da condenação efetuado pela sentença nacional de 25 de outubro de 1993; b) publicação nacional da integralidade da sentença, assim como do seu resumo; c) realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; d) criação pelo Estado de um registro para a solução de casos similares como forma de garantia de não repetição; e) dano moral no valor de US\$ 25.000,00 para cada vítima; f) pagamento das custas e gastos no total de US\$ 15.000,00²⁴¹.

Para concluir esse tópico, considere-se que os quatro casos narrados demonstram dois movimentos importantes dentro da Corte IDH. O primeiro, relacionado à *justiciabilidade direta* do direito à previdência social no marco do art. 26 da CADH. O segundo, ligado à evolução das *condenações utilizadas pela Corte IDH* para garantir a não repetição de violações de direitos humanos²⁴².

Quanto ao primeiro, é importante notar que mesmo antes do caso *Lagos Del Campo* os direitos sociais eram protegidos com base na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, utilizando-se da técnica indireta. Os casos *Cinco Pensionistas* e *Acevedo Buendía* são

promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

²³⁹ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 185-186.

²⁴⁰ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 189-191.

²⁴¹ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 214-248.

²⁴² Sobre a utilização de sentenças estruturantes, na qual a Corte passa a construir uma “[...] jurisprudência sustentada em medidas de não-repetição e de educação em direitos humanos, para além das simples reparações pecuniárias”, cf. MORAES, Maria Valentina de; CRESTANE, Dérique Soares. Mandato transformador da Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentenças estruturantes como regra? In: LEGALE, Siddharta; FACHIN, Melina; RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Interamericanização do direito constitucional & constitucionalização do sistema interamericano*. Andradina: Meraki, 2022, p. 179-197.

exemplos dessa atuação. Aliás, os casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT* em pouco diferem das bases fáticas e normativas dos casos anteriores, estando dentro dos mesmos problemas gerados pela mudança de regime da previdência no Peru e o não cumprimento de sentenças judiciais. Logo, é possível inferir que, mesmo com a exclusão do art. 26 das sentenças, as condenações manter-se-iam híginas, focadas, é claro, ao aspecto patrimonial das prestações previdenciárias, relegando para segundo plano a autonomia dos direitos sociais²⁴³.

Todavia, isso não significa que não haja importância no art. 26. Pelo contrário, ele *fortalece* os direitos abrangidos pelo dispositivo, possibilita a construção e desenvolvimento de parâmetros para as suas proteções e, nessa quadra do desenvolvimento do sistema regional, deixa claro aos Estados sobre suas obrigações em matéria de DESCAs²⁴⁴. É sobre esses parâmetros que no próximo tópico disserta-se-á. Em sentido parecido, Ferrer Mac-Gregor já sinalizava essa preocupação na fundamentação de seu voto concorrente no caso *Suarez Peralta vs. Equador*:

En efecto, sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de todos los derechos conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos²⁴⁵.

Quanto ao segundo, apenas realizando uma comparação das sentenças, já que a evolução da estrutura das condenações das sentenças comportaria estudo próprio²⁴⁶, registre-se que a Corte IDH adota o instituto da reparação integral da vítima (*restitutio in integrum*). Para Trindade, no âmbito do DIDH, as reparações devem ser adotadas “a partir da perspectiva das

²⁴³ Em sentido parecido, ao analisar o caso cinco pensionistas, Melish afirma que a sentença poderia estar baseada apenas no art. 25 da CADH (proteção judicial), considerando a existência de decisões judiciais nacionais favoráveis aos pensionistas, apenas pendentes de execução. (MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru's Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, ano 1, número 1, p. 51-66, dez. 2005).

²⁴⁴ Para Ramos “há duas críticas ao uso do modo indireto: (i) seu uso gera baixa visibilidade e reconhecimento dos DESCAs enquanto direitos com força vinculante; bem como (ii) exige que violações a direitos difusos ou coletivos sejam traduzidos como violações de direitos individuais”. (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 274-275).

²⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Voto concorrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, para. 11.

²⁴⁶ Um estudo aprofundado sobre a evolução da estrutura das decisões da Corte pode ser encontrado em: BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019.

próprias vítimas, de suas necessidades, aspirações e reivindicações” e “da perspectiva da integralidade da personalidade da vítima”²⁴⁷.

Para tanto, ao utilizar-se de diferentes formas reparatórias, visualizam-se variados impactos nos Estados, como medidas de restituição, que visam restituir as coisas ao estado anterior; medidas de reabilitação, direcionadas para os casos de danos à saúde física e mental das vítimas e familiares; medidas de satisfação, para reparação de danos imateriais de forma não pecuniária, como é o caso da determinação de publicação interna da sentença condenatória; medidas de compensação, que servem para reparar danos imateriais e materiais de forma pecuniária; obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, punir o autor da violação dos direitos humanos e, por fim, as chamadas medidas de não repetição²⁴⁸.

Bolfarini, em estudo sobre como a estrutura das sentenças da Corte IDH afeta sua força vinculante, demonstra que a partir do ano 2002, após a adoção do 4º Regulamento do Tribunal, ocorrida em 1º de junho de 2001, verificou-se uma mudança do padrão decisórios dos juízes, com a adoção de medidas reparatórias, especialmente de não-repetição, com efeito *extra partes* ou extensivos, ou seja, ultrapassando as vítimas do processo, inclusive incidindo sobre as políticas públicas dos Estados²⁴⁹.

Conforme afirma Engstrom ao analisar os impactos decorrentes do desenvolvimento normativo e institucional do sistema:

O SIDH é cada vez mais ambicioso, não só em termos dos tipos de desafios de direitos humanos que trata, mas também, em termos do que exige dos Estados. Em particular, a evolução das políticas de reparação da Corte Interamericana passa agora da compensação monetária a vítimas e das reparações simbólicas (por exemplo, memoriais), para demandas de reformas estatais e persecução criminal de infratores individuais. Como resultado, o SIDH emergiu como o ponto central de referência dos direitos humanos²⁵⁰.

Nesse sentido, no caso *Acevedo Buendía*, o Tribunal negou o pedido de condenação no sentido de “adoção e colocação em funcionamento de um mecanismo ou política pública para assegurar o cumprimento de sentenças judiciais no Peru”²⁵¹. Todavia, no julgamento do caso

²⁴⁷ TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 172-173

²⁴⁸ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. *Curso de direitos humanos: sistema interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 209-218.

²⁴⁹ BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

²⁵⁰ ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p. 1257.

²⁵¹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 140.

ANCEJUB-SUNAT, além de determinar a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, a Corte IDH, como medida de não repetição, ordenou que o Estado crie um cadastro interno de forma a permitir o adequado cumprimento de decisões proferidas em favor dos segurados, para fins de tutelar outros membros da associação ou desempregados e aposentados não associados, mas que se encontrem em situação similar, ou seja, executando decisões judiciais ou administrativas favoráveis. Transcreve-se por sua importância:

225. *En virtud de ello, como garantía de no repetición, el Tribunal considera conveniente ordenar al Estado la creación de un registro que identifique: a) otros integrantes de ANCEJUB-SUNAT que no figuran como víctimas en este caso, y b) otras personas que, no siendo miembros de dicha asociación, sean cesantes o jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, que enfrentan condiciones similares a las víctimas del presente caso, en el sentido de que han sido beneficiarios de una sentencia judicial o decisión administrativa, ya sea en el marco de un proceso de amparo u cualquier otro recurso judicial o trámite administrativo contra la aplicación del Decreto 673, que les reconoce, restituye u otorga derechos pensionarios, y cuya ejecución no se haya iniciado o todavía se encuentre abierta.*

226. *El Estado se encargará de: a) crear y manejar el registro, en el que inscribirá e individualizará adecuadamente a todas las personas que reúnan las condiciones referidas en esta medida, y b) recopilar, revisar y registrar la información y/o documentación de su proceso judicial, condiciones de trabajo mientras fue servidor del Estado (puesto, categoría, salario, tiempo de servicios, fecha del cese, etc.) y cualquier otro dato o documento necesario para ejecutar integralmente la sentencia emitida a su favor.*

227. *Para la creación del referido registro, el Estado cuenta con un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la Sentencia. Una vez creado el registro, el Estado deberá informar anualmente sobre los avances de la garantía de no repetición antes mencionada por un periodo de tres años. La Corte valorará esta información en la etapa de supervisión de la presente sentencia y se pronunciará al respecto*²⁵².

Nota-se, portanto, que em matéria de previdência social, a Corte IDH avançou desde o caso *Cinco Pensionistas* para, finalmente, adotar uma medida que busque atingir a causa da reiterada e estrutural violação dessa espécie de direito humano pelo Estado Peruano.

Ao se narrar os quatro casos acima, alguns pontos relacionados às fundamentações das sentenças já foram indicados para a adequada compreensão do raciocínio utilizado pela Corte IDH, especialmente quando ligados à técnica de *proteção indireta*. No próximo tópico aprofundaremos os *standards* construídos pelo Tribunal na apreciação dos julgamentos.

²⁵² CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, para. 248, paras. 225-226.

1.3 O bloco de convencionalidade previdenciário construído a partir do caso Cinco Pensionistas até o caso ANCEJUB-SUNAT

Esta seção examina os padrões de proteção delineados nos quatro casos narrados, os quais fornecem as primeiras construções da Corte IDH em matéria de direito previdenciário, bases para um adequado controle de convencionalidade pelos juízes nacionais. Aponta-se, ainda, o importante papel que a CIPDHI poderá desempenhar em matéria de proteção dos DESCA.

Como já salientado, alguns parâmetros utilizados através da justiciabilidade indireta já foram indicados quando da apresentação dos quatro casos, pois indissociáveis das suas narrativas, razão pela qual não serão reproduzidos. O tópico centra-se, portanto, ainda dentro da técnica indireta, na busca de apresentar outros contornos específicos, mas em principalmente demonstrar as formulações utilizadas para a justiciabilidade direta no marco do art. 26 da CADH.

1.3.1 Os standards protetivos fixados pela Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Corte IDH fixa padrões mínimos de proteção de direitos humanos de grupos vulneráveis que devem ser incorporados no âmbito interno através do controle de convencionalidade²⁵³. Dentro de todo *corpus juris* construído desde sua instalação, já há um delineamento aplicável ao direito e ao processo previdenciário. Existem padrões gerais construídos no assunto, aplicável em qualquer demanda, mas um aprofundamento para a análise da proteção de pessoas idosas.

Inicialmente, lembre-se que atualmente a Corte IDH compreende que o direito à seguridade social é autônomo e justiciável no marco do art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica. Sua finalidade é “[...] *asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación com eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas*”²⁵⁴. Utiliza-

²⁵³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: a Corte Interamericana de Derechos Humanos como instrumento de fixação de *standards* protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 668-673, 2021.

²⁵⁴ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 173; CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, para. 157.

se, portanto, do conceito amplamente conhecido na matéria, que atrela a seguridade social ao enfrentamento de determinados riscos ou contingências sociais que privem a pessoa da sua possibilidade de sobreviver e desenvolver suas capacidades, especialmente mediante o trabalho.

Com isso em mente, a partir de agora, sistematiza-se os *standards* protetivos fixados pela Corte IDH nos quatro casos já analisados. Saliente-se, no entanto, que não será realizado nenhum confronto do bloco de convencionalidade interamericano com o direito constitucional e infraconstitucional brasileiro, o que foge ao corte da presente pesquisa.

O direito previdenciário está previsto em diversos tratados internacionais globais²⁵⁵ e regionais. Em matéria de direito previdenciário no âmbito interamericano, os principais dispositivos são retirados da Carta da OEA, da DADDH, da CADH e do PSS²⁵⁶. Mas, como será demonstrado, o Tribunal vai além, utilizando-se de diversos outros documentos, inclusive com caráter *soft law*, para interpretar a normatividade previdenciária prevista no SIDH.

A partir de agora, divide-se a exposição em quatro pontos. No primeiro, destaca-se a vinculação que o Tribunal realizou entre o direito de propriedade e os benefícios previdenciários. No segundo, à luz do caso *Acevedo Buendía*, demonstra-se como a Corte IDH interpretou a progressividade e não regressividade prevista no art. 26 da CADH. Feito isso, à luz dos casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT*, parte-se para o estudo de como o Tribunal preencheu o alcance e o sentido material do direito à previdência social a partir da então consagrada técnica da remissão à Carta da OEA, para fins de finalmente declarar a violação autônoma desse direito social. Por fim, aponta-se algumas particularidades adotadas em relação ao processo previdenciário.

O primeiro ponto refere-se ao direito de propriedade. Os casos analisados demonstram que a interpretação do direito de propriedade de forma ampla pela Corte IDH sempre serviu como fundamento para trabalhar com a proteção de benefícios previdenciários, tendo em vista o inevitável aspecto econômico que os rodeiam.

²⁵⁵ Para um estudo dos direitos sociais no âmbito global: ESTEVES NETO, Ernesto Gomes. *A ONU e a proteção dos direitos sociais no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Para seguridade social: COSTA, José Guilherme Ferraz da. *Seguridade Social Internacional*. Curitiba: Juruá, 2017.

²⁵⁶ Outros documentos do sistema são: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; o Protocolo à CADH referente à abolição da pena de morte; a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará); a Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas; a Convenção interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência; a Convenção interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância; a Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância; a Carta democrática interamericana; a Declaração de princípios sobre liberdade de expressão; os Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas; e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

No caso *Cinco Pensionistas*, por exemplo, ofertou-se uma interpretação da garantia do direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH, fixando parâmetros para a convencionalidade de atos estatais que visem reduzir um benefício de aposentadoria. Os principais parágrafos são os seguintes:

116. Apesar de o direito à pensão nivelada ser um direito adquirido, de acordo com o artigo 21 da Convenção, os Estados podem impor limitações ao gozo do direito de propriedade por razões de utilidade pública ou de interesse social. No caso dos efeitos patrimoniais das pensões (valor das pensões), os Estados podem reduzi-los unicamente pela via legal adequada e pelos motivos já indicados. Por sua vez, o artigo 5 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado “Protocolo de San Salvador”) apenas permite aos Estados estabelecer limitações e restrições ao gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, “mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos”. Em toda e qualquer circunstância, se a restrição ou limitação afeta o direito à propriedade, esta deve realizar-se, de acordo com os parâmetros estabelecidos no artigo 21 da Convenção Americana.

117. Do mesmo modo, ao invés de atuar arbitrariamente, se o Estado queria dar outra interpretação ao Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas conexas, aplicáveis aos cinco aposentados, deveria: a) realizar um procedimento administrativo com pleno respeito às garantias adequadas; e b) respeitar, em todo o caso, as determinações que adotaram os tribunais de justiça em sobreposição às decisões da administração²⁵⁷.

Existe no trecho acima um possível reconhecimento de que, por motivos de utilidade pública ou de interesse social, desde que por intermédio da legislação, seria possível reduzir o valor de um benefício previdenciário, respeitado o direito de instauração de um processo administrativo com todas as garantias processuais. Todavia, como destaca Melish, a Corte não aprofundou a questão, deixando de ofertar uma interpretação convencional mais clara (e necessária), quer na ideia de um direito adquirido imodificável, quer uma que fosse mais flexível permitindo os Estados modificarem eventuais regimes injustos²⁵⁸.

O segundo ponto a ser considerado é como à luz do caso *Acevedo Buendía*, a Corte IDH interpretou a progressividade e não regressividade prevista no art. 26 da CADH. Para isso, a

²⁵⁷ CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, paras. 116-117. Em seu voto concordante, o juiz Cançado Trindade afirmou: “como revelam as circunstâncias do presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, as obrigações de proteção judicial por parte do Estado não se cumprem apenas com a emissão de sentenças judiciais, mas com o efetivo cumprimento das mesmas (de acordo com o disposto no artigo 25(2)(c) da Convenção Americana). Do ponto de vista dos indivíduos, pode-se aqui visualizar um verdadeiro *direito ao Direito*, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico – nos planos tanto nacional com internacional – que efetivamente salvaguarda os direitos inerentes à pessoa humana (entre os quais se encontra o direito à pensão como direito adquirido). (CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto concordante do Juiz A. A. Cançado Trindade. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, para. 3).

²⁵⁸ MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru's Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, ano 1, número 1, dez. 2005, p. 57.

Corte invocou como base o Comentário Geral n. 3 do Comitê do PIDESC da ONU. Em dois parágrafos, afirmou a noção de que os direitos sociais consistem em obrigações de fazer, demandando tempo, flexibilidade e recursos para serem efetivados, existindo um dever de progressividade e de não regressividade, salvo a existência de justificativas que devem ser analisadas caso a caso cuidadosamente. Com isso, concluiu que a regressividade é passível de ser analisada em juízo²⁵⁹.

O Comentário Geral n. 3 do Comitê do PIDESC trata da natureza das obrigações previstas no Pacto. É verdade que prevê obrigações de fazer de natureza progressiva. No entanto, afirma que essa característica não autoriza a postergação indefinida no tempo, devendo os Estados-Partes buscarem a efetivação dos direitos sociais do Pacto dentro de um prazo razoável, utilizando-se de todos os meios necessários (legislativos, administrativos, judiciais, financeiro, educacional, social, dentre outros). De qualquer forma, ressalta que a ideia de desenvolvimento progressivo não pode ser utilizada para postergar o cumprimento das obrigações, como se fosse uma cláusula capaz de retirar o conteúdo obrigacional dos direitos sociais²⁶⁰.

Ademais, o documento é claro em afirmar a existência de obrigações de caráter imediato ou autoexecutáveis como o direito básico de não discriminação, de igualdade, de proteção de crianças e adolescentes, de educação primária obrigatória e acessível de forma gratuita a todos e de respeito à liberdade científica e criadora. Existem obrigações mínimas a serem efetivadas em relação a todos os direitos sociais, os quais devem ser buscados ao máximo de recursos existentes no Estado e, ainda, sem a ocorrência de retrocessos²⁶¹. Por fim, o *Comentário* traz aspectos das obrigações dos Estados em épocas de recessão econômica²⁶², o que será retomado na segunda parte do trabalho.

Até aqui, como já estudado, não se fazia nenhuma incursão específica sobre as normas de direito previdenciário. Tal construção somente será visualizada no caso *Muelle Flores* e, posteriormente, no *ANCEJUB-SUNAT*. Neles o Tribunal preencheu o alcance e o sentido

²⁵⁹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 102-103.

²⁶⁰ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general n° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r34177.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022, paras. 1-9.

²⁶¹ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general n° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r34177.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 5.

²⁶² ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general n° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r34177.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 12.

material do direito à previdência social a partir da então consagrada técnica da remissão à Carta da OEA realizada no caso *Lagos Del Campo*, para fins de, finalmente, declarar a violação autônoma desse direito social.

De um modo geral, a Corte IDH estabeleceu diversas obrigações para o Estado em matéria de direito previdenciário, sendo que as principais foram assim enumeradas no caso *Muelle Flores*²⁶³:

1) receber o benefício previdenciário tão-logo a implementação da idade e demais requisitos estabelecidos pela legislação nacional, devendo existir nos Estados um sistema de seguridade social que funcione e garanta os benefícios. Este sistema deve ser administrado ou fiscalizado pelo Estado (se for administrado por empresas privadas);

2) assegurar que os benefícios sejam suficientes em valor e duração, permitindo ao aposentado gozar de condições de vida adequadas e suficiente acesso aos cuidados de saúde, sem discriminação;

3) oferecer acessibilidade para obter um benefício, ou seja, fornecer condições razoáveis, proporcionais e transparentes para o acesso. Os custos das contribuições devem ser acessíveis e os beneficiários devem receber informações sobre o direito de forma clara e transparente, principalmente se for tomada alguma medida que possa afetar o direito, como a privatização de uma empresa;

4) garantir os benefícios previdenciários em tempo hábil e sem demora, especialmente na terceira idade;

5) haver mecanismos de reclamação eficazes contra uma violação do direito à seguridade social, a fim de garantir o acesso à justiça e a tutela jurisdicional efetiva, o que inclui também a efetivação material do direito por meio da efetiva execução das decisões favoráveis proferidas no âmbito interno.

Mas é preciso desenvolver melhor como a Corte chegou nessas garantias. Então, o ponto central diz respeito à interpretação do art. 26 da CADH, para *além* da cláusula de progressividade e não regressividade. Tomando como padrão o caso *Muelle Flores*, destaque-se que a Corte IDH invocou o artigo 29 da CADH, que, como outrora aludido, prevê as normas de interpretação da Convenção e, segundo o Tribunal, é o fundamento do princípio *pro persona*, autorizando a interpretação das obrigações e direitos no SIDH e o preenchimento do sentido do art. 26 à luz de outros tratados internacionais.

²⁶³ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para 192.

É assente na jurisprudência da Corte que seu trabalho argumentativo pode ser realizado com base em outros tratados internacionais de direitos humanos, inclusive fora do sistema interamericano, como a utilização de tratados do sistema global e dos demais sistemas regionais, ampliando o chamado *corpus juris* internacional²⁶⁴⁻²⁶⁵. Por consequência, o bloco de convencionalidade amplia-se, abrangendo tratados, costumes, sentenças e opiniões consultivas que norteiam o SIDH e o próprio DIDH²⁶⁶.

A CADH não traz nenhum dispositivo específico sobre o direito previdenciário. Todos os direitos sociais estão abarcados no art. 26, o qual, tal como já se abordou acima, é uma disposição que remete aos direitos previstos na Carta da OEA que, por sua vez, dialoga com a DADDH, acabando, por essa via, remetendo às previsões previdenciárias. Assim, o Tribunal passou a indicar os fundamentos legais que servem para fundamentar a decisão. Para delimitar o conteúdo e o alcance do direito à seguridade social, primeiramente foram invocados os artigos 3.j, 45.b, 45.h e 46 da Carta da OEA.

O art. 3.j estabelece ser princípio no âmbito interamericano a busca pela e justiça e segurança sociais que são as bases para uma paz duradoura²⁶⁷. Já os arts. 45.b e 45.h dispõem

²⁶⁴ BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 189. Na Opinião Consultiva n. 01/82, a Corte IDH assentou que possui competência, diante do teor do art. 64 da CADH, para, no exercício da sua função consultiva, interpretar qualquer tratado que possa vir a ser aplicado aos Estados-membros sujeitos à sua jurisdição. Cf. CORTE IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

²⁶⁵ Em *Muelle Flores* a Corte IDH destacou: "174. Corresponde entonces a este Tribunal determinar los alcances del derecho a la seguridad social, en particular del derecho a la pensión en el marco de los hechos del presente caso (supra párr. 171), a la luz del corpus iuris internacional en la materia. La Corte recuerda que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención, incluidos aquellos reconocidos en virtud del artículo 26. Sin embargo, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual prevé el principio pro persona. De esta forma, como ha sido la práctica constante de este Tribunal, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes. De esta forma, la Corte utilizará las fuentes, principios y criterios del corpus iuris internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social. Este Tribunal señala que la utilización de la normativa antes mencionada para la determinación del derecho en cuestión se utilizará en forma complementaria a la normativa convencional. Al respecto, la Corte afirma que no está asumiendo competencias sobre tratados en los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCA. Por el contrario, la Corte realizará una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29, y conforme a su práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención". (CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375).

²⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54.

²⁶⁷ OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*, 1948.

que o trabalho é um direito e um dever social que confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar, bem como que cabe aos Estados desenvolverem uma política eficiente de previdência social²⁶⁸. Ainda, o art. 46 prevê que os Estados membros da OEA reconhecem que, para facilitar o processo de integração regional latino-americana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos²⁶⁹.

Em seguida, foram analisados os arts. 16 da DADDH e 9º do Protocolo de São Salvador. Com efeito, na DADDH o direito à previdência social é tratado diretamente em dois dispositivos: o art. 7º estabelece que toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais, disposição não aplicada no caso em razão do objeto da demanda; e no art. 16, que assegura o direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, impossibilitem as pessoas física ou mentalmente de obter meios de subsistência²⁷⁰.

O PSS, ao seu turno, dispõe em seu art. 9º que toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impeça, física ou mentalmente, de obter meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, os benefícios da previdência social serão aplicados aos seus dependentes. Ainda, que quando se tratar de pessoas que estejam trabalhando, o direito à previdência social abrangerá pelo menos assistência médica e subsídio ou pensão em caso de acidente de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença-maternidade remunerada, antes e depois do parto²⁷¹.

Superada a análise da proteção previdenciária no âmbito dos tratados regionais interamericanos, a Corte IDH passou a analisar nesse julgado o *corpus juris* do sistema global. Nele, foram salientadas as disposições previstas nos arts. 22 e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como o art. 9º do PIDESC. Enquanto neste a disciplina é mais geral,

²⁶⁸ OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*, 1948.

²⁶⁹ OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*, 1948.

²⁷⁰ OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948.

²⁷¹ OEA. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, 1988.

ao afirmar no art. 9º o reconhecimento que toda pessoa possui à previdência social, naquele discorre-se de maneira um pouco mais detalhada sobre o conteúdo do direito em apreço.

No tocante ao art. 22, estabelece-se que todo o ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Já no art. 25 da DUDH, dispõe-se que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. Ainda, que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social²⁷².

Com isso, o Tribunal realizou uma importante conclusão:

Ahora bien, del artículo 45 de la Carta de la OEA, interpretado a la luz de la Declaración Americana y de los demás instrumentos mencionados, se puede derivar elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, como por ejemplo, que es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla. En particular y en el caso que nos ocupa, el derecho a la seguridad social busca proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso²⁷³.

Além disso, o Tribunal demonstrou que a seguridade social também está protegida por diversas normativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT),²⁷⁴ denotando todo o esforço interpretativo realizado por ela junto a outros instrumentos normativos de fora do SIDH,

²⁷² ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

²⁷³ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 183.

²⁷⁴ Em ANCEJUB-SUNAT é possível verificar em três notas de rodapé (n. 251 e 259) a influência de diversos documentos da OIT na fundamentação da decisão, a saber: OIT, *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, No. 102, adoptado en la 35ª Conferencia General de 28 de junio de 1952; OIT, *Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*, No. 128, adoptado en la 51ª Conferencia General de 29 de junio de 1967; OIT, *Recomendación No. 67 sobre la seguridad social de los medios de vida*, de 1944; OIT, *Recomendación No. 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social*, de 1983; e OIT, *Recomendación No. 202 sobre los pisos de protección social*, de 2012.

utilizando-se, principalmente, da publicação de “[h]echos concretos sobre la seguridad social”, produzida pela Oficina Internacional do Trabalho, formulada em Genebra em 06 de junho de 2003, bem como no “*Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*”, inserido no ‘Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución) - Informe III (Parte 1B)’ , formulado na 100ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em 2011.

Prosseguindo, realizou um trabalho interpretativo do Comentário Geral n. 19 do Comitê do PIDESC da ONU, especialmente em relação aos cinco elementos fundamentais que conformam a seguridad social, consolidando-a da seguinte forma:

- a) Disponibilidad:** El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.
- b) Riesgos e imprevistos sociales:** debe abarcar nueve ramas principales a saber: i) atención em salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi) prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos. En cuanto la atención en salud, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud, que deben ser asequibles. En cuanto a la vejez, los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para establecer planes de seguridad social que concedan prestaciones a las personas de edad, a partir de una edad determinada prescrita por la legislación nacional.
- c) Nivel suficiente:** las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.
- d) Accesibilidad:** la cual a su vez incluye: i) cobertura: todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, sin discriminación. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos; ii) condiciones: las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes; iii) asequibilidad: si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos; iv) participación e información: los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las

*organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente, y v) acceso físico: las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda [...]. e) Relación con otros derechos: el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales*²⁷⁵.

O Comentário Geral n. 19 está relacionado com a interpretação do já invocado art. 9º do PIDESC, que garante o direito à seguridade social no âmbito global. O documento destaca que *“la seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social e promover la inclusión social”*²⁷⁶. Ressalta, assim, o caráter de direito humano fundamental da seguridade social, admitindo que pode ser estruturada em planos contributivos, não contributivos como os universais e de assistência social, planos privados e medidas de autoajuda como os planos comunitários e de assistência mútua²⁷⁷.

Para se interpretar o conteúdo normativo da seguridade social, o Comentário indica que se deve *“[...] considerar la seguridad social como un bien social y no principalmente como una mercancía o um mero instrumento de política económica o financiera”*²⁷⁸. Aliás, é indicado como conteúdo normativo principal da seguridade social a proteção dos seguintes riscos: saúde, doença, velhice, desemprego, acidentes de trabalho, encargos familiares, maternidade, incapacidade e morte²⁷⁹.

Alguns assuntos são tratados de forma especial pelo citado Comentário Geral. Primeiro, que deve *“[...] haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente”*²⁸⁰. Segundo, ele proíbe qualquer espécie de discriminação para o exercício dos direitos relacionados à seguridade social. Ademais, exige

²⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 187, negritos nossos.

²⁷⁶ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 3.

²⁷⁷ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, paras. 4-5.

²⁷⁸ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 10.

²⁷⁹ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

²⁸⁰ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

medidas especiais no tratamento de trabalhadores insuficientemente protegidos, como os de jornada parcial²⁸¹, ocasionais, por conta própria ou que trabalham em domicílio. Além disso, ele impõe o dever de não haver discriminação na proteção de populações indígenas ou minorias raciais, étnicas ou linguísticas. Por fim, ele recorda que a necessidade de haver proteção para os não nacionais, com migrantes, refugiados, asilados e apátridas²⁸².

Ato contínuo, o Comentário Geral também trata das obrigações dos Estados, das suas violações por descumprimentos, do cumprimento em plano nacional e das obrigações de agentes distintos dos Estados. Nessa parte há referências sobre a progressividade dos direitos sociais, das obrigações de efeito imediato e do dever de não regressividade, que serão analisadas na segunda parte do trabalho²⁸³.

Por conseguinte, salientou a Corte IDH no caso *Muelle Flores* que o direito à seguridade social, da mesma forma que os demais DESCAs, possui um caráter imediato e outro progressivo. Com isso, assentou-se que nem sempre um caso que envolva a não efetivação de um direito social demandará considerações sobre sua progressividade, podendo estar em jogo o descumprimento de obrigações concretas *prontamente exigíveis*. Veja-se nas palavras da Corte:

Ahora bien, la Corte considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de

²⁸¹ “Em los casos em que los planes de seguridad social para estos trabajadores se basen en una actividad profesional, estos planes deben adaptarse de manera que los trabajadores tengan condiciones equivalentes a las de los trabajadores a jornada completa comparables. Salvo em el caso de los accidentes laborales, esas condiciones podrían determinarse em proporción a las horas de trabajo, a las cotizaciones o a los ingresos, u outro método adecuado. Cuando los planes basados en la actividad profesional no proporcionen una cobertura adecuada a estos trabajadores, el Estado Parte tendrá que adoptar medidas complementares.” (ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). (Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 33).

²⁸² ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

²⁸³ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

*adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.*²⁸⁴

Além disso, delimite-se um ponto importante enfrentado pela Corte neste julgado que diz respeito à “privatização” de direitos fundamentais. É claro que a análise da Corte ficou restrita ao âmbito da responsabilidade estatal por ofensa aos direitos humanos, uma vez que o sistema, ao menos no atual estágio, ainda não trabalha com a responsabilidade direta das empresas por violação de direitos e garantias convencionais.

No caso *Muelle Flores*, a vítima trabalhava para a empresa estatal Tintaya S.A que foi privatizada pelo Peru na década de noventa. No entanto, não ficou adequadamente estabelecido os efeitos que a venda estatal geraria nas aposentadorias dos seus funcionários. Em vista disso, ressaltou o Tribunal que medidas de privatização não estão proibidas, mas os Estados possuem obrigações de proteção dos direitos humanos, devendo estabelecer adequadamente as consequências sobre as prestações sociais, bem como garantir a adequada informação às pessoas impactadas²⁸⁵.

Ao final de tudo, reconheceu a Corte que a falta de pagamento de um benefício previdenciário “[...] genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales del ser humano”²⁸⁶. E, dessa maneira, ela deu seu primeiro passo na construção de um bloco de convencionalidade aplicável aos litígios envolvendo previdência social, no caso, voltado para pessoas maiores e com incapacidade.

Essa forma de construção do bloco de convencionalidade é criticada pelos votos separados dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto, bem como por parcela da doutrina. Com efeito e à luz do ora analisado, tem sido da prática do Tribunal utilizar diplomas externos ao SIDH, mais especificamente aqueles considerados *soft law*, para vincular Estados internacionalmente, o que não estaria, porém, de acordo com as obrigações que estes buscaram se sujeitar, mesmo dentro de uma perspectiva de aplicação objetiva dos tratados de direitos humanos e relativização da soberania.

Neumann realizou adequada síntese sobre assunto:

²⁸⁴ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 190.

²⁸⁵ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 196-199.

²⁸⁶ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 205.

*The Court's easy resort to non-binding external sources discounts the will of OAS member states as a factor relevant to the interpretation of their obligations. This attitude is expressed most clearly in concurring opinions condemning 'state voluntarism', but does appear to inform the decisions that these opinions accompany. Unfortunately, the critique of 'state voluntarism' tends to conflate two different problems. To be sure, letting each state be the judge of its own human rights obligations, free to redefine or retract prior commitments, would negate the effect of the American Convention. **But that observation does not entail that the substantive evolution of the regional human rights regime must be independent of the regional community of states. Ignoring the role of the states raises issues both of legitimation and of effectiveness.***

*The character of a positive human rights treaty entails the involvement of states (jointly) in the design of the system, including the choice of rights to be protected and the means of enforcement. The OAS states went to considerable effort to negotiate and adopt their own regional human rights treaty. They did not reduce the treaty to a local enforcement mechanism for the global Covenants, **and they did not simply delegate to the Court the task of adopting whatever standards it chooses from a future corpus of soft law texts.** Ongoing partnership between the Court and the member states bolsters the Court's authority to define state obligations. The 'humanization' of international law has not proceeded so far as to make international human rights tribunals self-legitimizing on the basis of their direct relationship with individual human beings.²⁸⁷*

É certo que existem dúvidas na doutrina sobre o conceito, a natureza e o caráter de fonte de normas jurídicas das denominadas *soft law*, variando as posições entre não outorgar valor jurídico nenhum, de atribuir um valor jurídico inferior²⁸⁸ ou mesmo de considerá-la fonte normativa²⁸⁹. Mas, como lembra Mazzuoli, “seja como for, não se pode descartar a importância

²⁸⁷ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 101–123, Feb. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn002>, negritos nossos. Tradução livre: “O recurso fácil do Tribunal a fontes externas não vinculativas desconsidera a vontade dos Estados-membros da OEA como um fator relevante para a interpretação de suas obrigações. Esta atitude é expressa mais claramente em opiniões concordantes que condenam o ‘voluntarismo estatal’, mas parece informar as decisões que essas opiniões acompanham. Infelizmente, a crítica do ‘voluntarismo estatal’ tende a unir dois problemas diferentes. Certamente, deixar que cada Estado julgue suas próprias obrigações em matéria de direitos humanos, livre para redefinir ou retirar compromissos anteriores, negaria efeitos à Convenção Americana. Mas essa observação não implica que a evolução substantiva do regime regional de direitos humanos deva ser independente da comunidade regional de estados. Ignorar o papel dos estados levanta questões tanto de legitimação quanto de eficácia. O caráter de um tratado positivo de direitos humanos envolve o envolvimento dos Estados (em conjunto) na concepção do sistema, incluindo a escolha dos direitos a proteger e os meios de execução. Os Estados da OEA fizeram um esforço considerável para negociar e adotar seu próprio tratado regional de direitos humanos. Eles não reduziram o tratado a um mecanismo de aplicação local para os Pactos globais e não simplesmente delegaram à Corte a tarefa de adotar quaisquer padrões que ela escolher de um futuro *corpus* de textos de *soft law*. A parceria contínua entre o Tribunal e os Estados membros reforça a autoridade do Tribunal para definir as obrigações do Estado. A “humanização” do direito internacional não avançou ao ponto de tornar os tribunais internacionais de direitos humanos auto-legitimados com base em sua relação direta com os seres humanos individuais”.

²⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 116-120.

²⁸⁹ SQUEFF, Tatiana Cardoso. *A efetivação do direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés descolonial: soft law como fonte libertadora e de resistência*. 368f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2018.

dessas normas na atualidade, por cristalizarem valores caros à ordem internacional e ao desenvolvimento do direito das gentes”²⁹⁰.

Com efeito, a Corte IDH parece utilizar documentos *soft law* de maneira interpretativa, para alcançar o significado da norma a ser extraída, por exemplo, das disposições da CADH, para ser concretizada no caso concreto. Nesse sentido, mesmo que possa ser visualizada uma certa normatização da *soft law* ao ser utilizada para atribuir significado para as regras de direitos humanos previstas em convenções internacionais obrigatórias que, como já se salientou anteriormente, naturalmente possuem redações abertas, ainda assim não parece haver nenhuma espécie de violação do voluntarismo estatal²⁹¹, caso essa seja a principal crítica.

Sobre o assunto, Bogdandy e Venzke enxergam na utilização da *soft law* um fator de fortalecimento da legitimação democrática das Cortes Internacionais, uma vez que esses documentos provêm de órgãos políticos das organizações internacionais das quais os Estados fazem partes²⁹². De fato, parece haver maior segurança jurídica ao se utilizar um documento *soft law* de conhecimento dos Estados que, de uma forma ou outra, acabaram se comprometendo, anuindo ou tomando conhecimento de determinada diretriz ou agenda, do que deixar para o juiz internacional, de acordo com sua livre subjetividade, atribuir um significado que possa corresponder ao que ele gostaria que fosse o Direito.

Importantes *standards* foram ofertados em matéria de direito processual²⁹³ previdenciário. Frise-se, inicialmente, que para a Corte as garantias processuais previstas no art. 8º e 25 da CADH aplicam-se tanto na esfera administrativa como judicial²⁹⁴. Logo, tanto no âmbito de um processo administrativo no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como

²⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 120.

²⁹¹ Sobre o voluntarismo em contraposição ao jusnaturalismo, cf. SQUEFF, Tatiana Cardoso. As Relações entre o Direito Internacional e o Estado Soberano na visão de Georg Jellinek. *Revista Campo Jurídico*, Barreiras-BA, v. 4, n.2, p. 136-151.

²⁹² BOGDANY, Armin von; VENZKE, Igno. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado, 2016. *Ebook*, p. 3991. Segundo os autores, “para evitar malentendidos, no estamos diciendo que el *soft law* constituye una respuesta fácil a la cuestión democrática, pues estamos conscientes de su problema democrático dado que usualmente esquivamos parlamentos nacionales y a menudo es justificado exclusivamente sobre bases funcionales. Sin embargo, el *soft law* tiene potencial democrático para las decisiones judiciales.” (BOGDANY, Armin von; VENZKE, Igno. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 3991).

²⁹³ Para um estudo aprofundado das garantias do processo civil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, consultar: FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Em sua obra, Fonsêca desenvolve os direitos humanos aplicáveis ao processo, especialmente os direitos a ser ouvido, a um prazo razoável, a ser julgado por um juiz competente, independente e imparcial, à presunção de inocência, de defesa, ao intérprete, de recorrer a à proteção judicial.

²⁹⁴ Cf. CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 35-37.

em um processo judicial no âmbito da justiça estadual ou federal, é possível a ocorrência de responsabilidade estatal pelos seus descumprimentos.

Retornando aos casos, foi reconhecido que o direito ao acesso à justiça faz parte do direito à seguridade social, devendo haver recursos, judiciais ou não, que sejam facilitados e eficazes, tanto no âmbito nacional como no internacional²⁹⁵. Nesse sentido, no caso *Acevedo Buendia vs. Peru*, a seguinte fundamentação foi utilizada em relação ao art. 25 da CADH:

72. Nesse sentido, nos termos do artigo 25 da Convenção, é possível identificar duas responsabilidades concretas do Estado. A primeira, consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação de recursos efetivos perante as autoridades competentes, que amparem todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação dos direitos e obrigações destas. A segunda, garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas emitidas por tais autoridades competentes, de maneira que sejam protegidos efetivamente os direitos declarados ou reconhecidos. Este último, devido a que uma sentença com caráter de coisa julgada concede certeza sobre o direito ou controvérsia discutidos no caso concreto e, portanto, tem como um de seus efeitos a obrigatoriedade ou necessidade de cumprimento. O contrário supõe a negação mesma do direito envolvido.²⁹⁶

Em relação ao segundo aspecto do art. 25, o Tribunal salientou que a normativa interna do Peru que regulava a execução das sentenças não permitiu a satisfação ágil do direito, violando a CADH, não prevalecendo a regulação nacional em detrimento da obrigação regional. Segundo a decisão, “[...] a eficácia de seus recursos judiciais surge da Convenção Americana e não pode ser limitada por disposições de procedimento no direito interno nem deve depender exclusivamente da iniciativa processual da parte demandante dos processos”²⁹⁷ - questão essa que, aliás, se alinha ao disposto no art. 27 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados.

O Tribunal reconheceu a importância da duração razoável do processo²⁹⁸, incluindo tanto a fase de conhecimento como de execução. Em especial, destacou que o processo de

²⁹⁵ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 188; CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 171-172.

²⁹⁶ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 72.

²⁹⁷ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 76.

²⁹⁸ Sobre os critérios verificados pela Corte IDH na análise do direito: “155. El Tribunal ha establecido que la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para analizar si se cumplió con la garantía del plazo razonable, a saber: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado, iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la

execução deve ser mais rápido que o de conhecimento, uma vez que já ostenta uma sentença firme²⁹⁹. Foi destacado, ainda, que a singularidade do direito previdenciário e do tratamento de pessoas idosas exige, inclusive, um especial impulso oficial a ser adotado pelas autoridades judiciais, argumentos destacados em dois trechos principais:

[...] Ello adquiere mayor relevancia en un proceso de ejecución de sentencias, por medio de las cuales fue reconocido a nivel interno el derecho a la seguridad social de la víctima, una persona mayor con discapacidad auditiva, debido al carácter alimentario de la prestación reclamada [...].

(...)

[...] En todo caso, la Corte considera que el impulso procesal para lograr el cumplimiento de un derecho humano (seguridad social) conforme a un mandato judicial, reconocido incluso en la Constitución peruana, no puede atribuírsele completamente a la víctima, ya que el obligado a garantizar dicho derecho es el Estado. Dado lo expuesto, existió una prolongación excesiva del proceso de ejecución y períodos de inactividad de las autoridades. [...] ³⁰⁰.

Trata-se da análise do critério da “*afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso*” ou “efeito do processo sobre o indivíduo”, acrescentado pela Corte, em 2008, no caso *Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*³⁰¹.

Para o Tribunal os influxos do direito material à seguridade social exigem um “*criterio reforzado de celeridad*”³⁰². Então, que fique claro, a responsabilidade estatal por ofensa aos padrões internacionais previdenciários pode ocorrer não só por atos realizados pelo Poder Executivo e Legislativo, mas também por eventuais violações ocorrida dentro do processo pela atividade dos juízes. Aliás, como é possível inferir, não são raros os casos que chegam ao sistema regional em razão de violações praticadas pelo Poder Judiciário³⁰³.

afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La Corte recuerda que corresponde al Estado justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar los casos y, en la eventualidad de que éste no lo demuestre, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto”. (CORTE IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 155).

²⁹⁹ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 157.

³⁰⁰ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, paras. 157 e 161.

³⁰¹ FONSÊCA, Vitor. *Proceso civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 47. Cf. CORTE IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

³⁰² CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 162.

³⁰³ Por exemplo, de acordo com Fonsêca, “[...] das 16 sentenças de mérito proferidas pela Corte IDH apenas em 2015, 15 delas condenaram os Estados por violações ao art. 8º ou art. 25.” (FONSÊCA, Vitor. *Proceso civil e derechos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 33-34). Nada obstante, é importante salientar que a jurisdição internacional é copartícipe da jurisdição nacional na realização da justiça. Como lembra Trindade, “ao contrário do que muitos ainda supõem em tantos países, as jurisdições nacional e internacional, neste início do século XXI, não são concorrentes ou conflitivas, mas sim complementares, em constante

Por fim, ainda dentro do critério da duração razoável do processo, Fonsêca destaca após analisar a doutrina e jurisprudência sobre o assunto, que a Corte IDH não aceita como justificativa capaz de afastar a responsabilidade do Estado o excesso de processos ou a falta de infraestrutura ou pessoal, por exemplo, do Poder Judiciário. Aliás, o autor lembra que tal alegação foi realizada pelo Brasil nos casos *Garibaldi* e *Ximenes Lopes*, mas refutada pelo Tribunal³⁰⁴.

Tal critério é particularmente importante no âmbito previdenciário brasileiro, num cenário administrativo com fila de 2,85 milhões de benefícios aguardando análise para concessão inicial³⁰⁵. Além disso, dados do CNJ, no último Relatório dos 100 Maiores Litigantes, publicado em 2012, indicam que o INSS ocupa o primeiro lugar no ranking das organizações públicas e privadas com mais processos no Judiciário Trabalhista, Federal e Estadual, o que reflete na jurisprudência previdenciária, com o julgamento de diversos casos que deveriam se orientar pela primazia dos direitos humanos, sendo de se esperar decisões aderentes ao bloco de convencionalidade interamericano³⁰⁶.

Sobre o assunto, Ferrer Mac-Gregor apresentou voto fundamentado sustentando a importância do caso *Muelle Flores* para o sistema interamericano ao estabelecer a obrigação de “*debida diligencia excepcional*” (obrigação especial de diligência). Para ele, a execução de sentença firme de seguridade social deve ser rápida, especialmente ao se considerar os efeitos concretos que o processo pode gerar na situação jurídica de uma pessoa em situação de vulnerabilidade, o que inclui pessoas idosas em busca de proteção previdenciária. Este caminhar de forma mais rápida identifica a obrigação especial de diligência. Ou seja, a autoridade judiciária nacional não deve ser apenas diligente, mas excepcionalmente diligente³⁰⁷.

Mas além dessa construção baseada na interpretação do *corpus juris*, a Corte foi além para utilizar outras formas de argumentação. Em *ANCEJUB-SUNAT* lançou mão da teoria do “*daño al proyecto de vida*” ou “*impacto em sua calidad de vida y em su proyecto original de*

interação na proteção dos direitos da pessoa humana e na luta contra a impunidade dos violadores de tais direitos”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 56-57).

³⁰⁴ FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 46-47.

³⁰⁵ INSS tem fila recorde, com, 2,85 milhões à espera de benefício, equivalente à população de Salvador. *O GLOBO*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/epoca/inss-tem-fila-recorde-com-285-milhoes-espera-de-beneficio-equivalente-populacao-de-salvador-25449108>. Acesso em 27 mar. 2022.

³⁰⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 15/10/2020.

³⁰⁷ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

vida”³⁰⁸. Foi ressaltado os impactos psicológicos e sociais que acometeram as vítimas como a deterioração da saúde, contratação de empréstimos e venda de bens, incluindo os reflexos nas suas famílias, em especial aos filhos³⁰⁹.

A autonomia conceitual ao dano ao projeto de vida não é uma categoria nova dentro do Tribunal Interamericano, tendo sido utilizado pela primeira vez no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, com sentença de mérito proferida em 17 de setembro de 1997. Falcón demonstra que não há uma coerência no decorrer do tempo em relação do tratamento do dano ao projeto de vida pela Corte IDH. Por vezes é tratado como um dano autônomo da reparação; outras reconhecem o dano, mas negam uma reparação autônoma, integrando-a aos tradicionais danos materiais ou morais. E, ainda, existem sentenças que não analisam e não reparam a categoria, nada obstante seus suportes fáticos não se diferenciam dos casos em que o dano é reconhecido³¹⁰.

Conforme Schafer e Machado, “o dano ao projeto de vida ocorre quando se interfere no destino da pessoa, frustrando, aviltando ou postergando a sua realização pessoal”³¹¹. Em termos consequenciais, “é natural que o dano ao projeto de vida opere um vácuo existencial na vítima em razão da perda de objetivo de vida, podendo gerar consequências psicossomáticas de autodestruição, às vezes cumulado ou não, com quadros de profunda depressão”³¹².

Por fim, outro ponto destacado por Ferrer Mac-Gregor a ser incorporado foi a questão da ocorrência de múltiplas formas de vulnerabilidades que se interseccionaram³¹³, incluindo a consideração da proteção de pessoas idosas.

³⁰⁸ Analisando a sentença do caso *Muelle Flores* verifica-se que, diferentemente do caso *ANCEJUB-SUNAT*, a Corte não invoca de forma direta o dano ao projeto de vida. Nota-se apenas uma menção ao instituto ao se analisar a narrativa feita de uma das defesas do Estado. Em análise dos Escritos de Argumentos e Provas - ESAP e das Alegações Finais apresentadas pela Defensoria Pública Interamericana, verifica-se a construção de argumentos em busca da condenação do Peru ao *dano ao projeto de vida na velhice* ou *projeto de uma velhice digna* do Sr. Muelle Flores. As peças processuais estão disponíveis em: https://www.corteidh.or.cr/ver_expediente.cfm?nId_expediente=287&lang=es.

³⁰⁹ CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, paras. 189-191.

³¹⁰ FALCÓN, Candelaria Araóz. Dano ao “projeto de vida”: um novo horizonte às reparações dentro do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos e Democracia*, Unijuí, ano 3, n. 5, 2015, p. 48-88.

³¹¹ SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos E. M. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, 2013, p. 189.

³¹² SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos E. M. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, 2013, p. 189.

³¹³ O conceito de interseccionalidade é proveniente dos estudos sobre discriminação de raça e gênero de Kimberle Crenshaw: “A associação de sistemas múltiplos de subordinação tem sido descrita de vários modos: discriminação composta, cargas múltiplas, ou como dupla ou tripla discriminação. A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições

67. *El caso Muelle Flores nos muestra que la confluencia de diversos factores de vulnerabilidad – que tradicionalmente había sido identificados por la Corte IDH en casos de discriminación contra la mujer – también pueden operar en situaciones en donde el sexo/género no se encuentran involucrados; en el caso, la “edad” y “la discapacidad auditiva” se encuentran como múltiples formas de vulnerabilidad en la vida del señor Muelle Flores, lo cual tiene importantes consecuencias si se tiene en consideración la falta de ejecución de las sentencias que han reconocido el derecho a la seguridad social en el ámbito interno.*³¹⁴

Muelle Flores e *ANCEJUB-SUNAT* reconhecem, portanto, a existência de vulnerabilidades interseccionais. Mas, para tanto, partem do enfoque da necessidade de proteção do grupo vulnerável dos idosos com sua íntima relação ao direito de proteção securitária. Esse ponto foi separado em subseção própria, uma vez que demanda uma demonstração pormenorizada do caminho, ainda que limiar, utilizado pela Corte IDH, mas que possui um potencial enorme de complementação em casos futuros.

1.3.2 Uma complementação necessária: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

Quando se estuda os direitos humanos dos grupos vulneráveis no SIDH é comum abordagens envolvendo migrantes, mulheres, pessoas negras, crianças e adolescentes, deficientes, povos indígenas e população LGBTQI+, sem grandes trabalhos sobre a proteção de pessoas idosas. Uma das possíveis causas parece ser a até então inexistência de tratados internacionais³¹⁵, bem como de decisões tratando especificamente dos direitos desse grupo. Ferrer Mac-Gregor destacou que é “[...] um grupo social que, por muchos años, no encontró protección en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos”³¹⁶.

relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento”. (CRENSHAW, Kimberle. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, vol. 10, n. 01, 2002, p. 177. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: Abr. 2019).

³¹⁴ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

³¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 238; HERRMANN, Maria Emiliana Carvalho. *Direitos Humanos da Pessoa Idosa: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso e sua importância para o Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. Ebook, p. 53-54.

³¹⁶ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 68. A primeira decisão da Corte IDH aprofundando a proteção da pessoa idosa relaciona-se ao direito à saúde no caso Poblete Vilches: CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

A última meia década deu suporte para a mudança dessa realidade. O SIDH passou a contar com a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (CIPDHI), concluída no âmbito da OEA, em Washington, no dia 15 de junho de 2015, com entrada em vigor internacionalmente em 1º de novembro de 2017³¹⁷, colocando o sistema regional americano, nas palavras de Mazzuoli, como *o mais avançado de todos*³¹⁸.

Os casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT* deram subsídios para a construção de parâmetros para a proteção dos direitos humanos de pessoas idosas, colocando-as, com razão, como um grupo vulnerável que merece atenção e proteção³¹⁹. Aliás, Ferrer Mac-Gregor salientou que não existe nenhuma estranha causalidade de processos de pessoas idosas comumente envolverem direitos sociais, uma vez que se trata de um grupo que sofre alto grau de exclusão³²⁰.

O tratado conta com a assinatura do Brasil, mas ainda tramitam os expedientes para fins do depósito do instrumento de ratificação. A tabela abaixo, extraída do site da OEA, indica a situação do tratado em março de 2022. O Brasil é o único país que assinou a Declaração, mas ainda não a ratificou³²¹. Ela já está em vigor para Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Peru e Uruguai.

Tabela 1 – Assinaturas e ratificações da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

Países Signatarios	Firma (mm/dd/yy)	Ra/Ac/Ad	Depósito (mm/dd/yy)
Antigua y Barbuda	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Argentina	06/15/15	06/30/17	10/23/17

³¹⁷ Sobre a gênese e o papel do Brasil na tramitação da Convenção, cf. HERRMANN, Maria Emiliana Carvalho. *Direitos Humanos da Pessoa Idosa: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso e sua importância para o Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. *Ebook*.

³¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 245.

³¹⁹ Situação agravada quando combinada com outras vulnerabilidades como incapacidade, pobreza, etnia ou gênero. (CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ALDAO, Martín. Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe em materia de igualdad: sobre la no discriminación, la dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*. É o caso do Sr. Muelle Flores, no qual sua idade avançada acabou combinada com sérios problemas de saúde.

³²⁰ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 68.

³²¹ Isso não significa, conforme entendimento de Mazzuoli, que “[...] já não possa servir como suporte axiológico para a interpretação *pro homine* dos direitos de todos os idosos no país; também não está a impedir que o Poder Judiciário brasileiro tome por base o espírito do texto quando decidir assuntos que envolvam os direitos dos idosos, uma vez que se trata de instrumento norteador das atividades dos Estados no que toca à matéria”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 245).

Bahamas (Commonwealth de las)	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Barbados	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Belize	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Bolivia	06/09/16	03/13/17 RA	05/17/17
Brasil	06/15/15	--/--/--	--/--/--
Canadá	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Chile	06/15/15	07/11/17	08/15/17
Colômbia	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Costa Rica	06/15/15	10/12/16 RA	12/12/16
Cuba	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Dominica (Commonwealth de)	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Ecuador	--/--/--	02/12/19 AD	03/21/19
El Salvador	--/--/--	03/13/18 AD	04/18/18
Estados Unidos	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Grenada	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Guatemala	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Guyana	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Haiti	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Honduras	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Jamaica	--/--/--	--/--/--	--/--/--
México	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Nicaragua	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Panamá	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Paraguay	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Perú	--/--/--	01/13/21 AD	03/01/21
República Dominicana	--/--/--	--/--/--	--/--/--
San Kitts y Nevis	--/--/--	--/--/--	--/--/--
San Vicente y las Granadinas	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Santa Lúcia	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Suriname	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Trinidad y Tobago	--/--/--	--/--/--	--/--/--
Uruguay	06/15/15	11/07/16 RA	11/18/16
Venezuela (República Bolivariana de)	--/--/--	--/--/--	--/--/--

Legenda: D = Declaração; RA = Ratificação; AC = Aceitação; AD = Adhesión; R = Reserva

Fonte: OEA. Assinaturas e ratificações da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. Disponível em:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp. Acesso em 23 de mar. 2022.

Como é possível verificar, o Peru efetuou o depósito de sua adesão em 03 de janeiro de 2021, posteriormente, portanto, às condenações nos casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT*, razão pela qual não se verifica nenhum aprofundamento em matéria de DESCAs com base na Convenção. Por exemplo, no caso *Muelle Flores*, ela foi citada duas vezes. Primeiro, para

indicar a necessidade de um processo célere, simplificado e efetivo, com fundamento no art. 31 da Convenção³²². Segundo, para reforçar a situação de vulnerabilidade da vítima idosa³²³.

É um tratado indivisível, reconhecendo a universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação de todos os direitos humanos. Reconhece que a pessoa, ao envelhecer, deve seguir desfrutando de uma vida plena, independente e autônoma, com saúde, segurança e participação social³²⁴.

Prevê, como todo tratado de direitos humanos, o princípio *pro persona*, ao afirmar que a Convenção não pode ser interpretada como uma limitação a direitos mais amplos reconhecidos pelo direito internacional ou legislações internas³²⁵.

A Convenção garante o direito ao envelhecimento ativo e saudável, considerando-o como um processo pelo qual se otimizam as oportunidades de bem-estar físico, mental e social; de participar em atividades sociais, econômicas, culturais, espirituais e cívicas; e de contar com proteção, segurança e atenção, com o objetivo de ampliar a esperança de vida saudável e a qualidade de vida de todos os indivíduos na velhice e permitir-lhe assim seguir contribuindo ativamente para suas famílias, amigos, comunidades e nações. Ressalta, ainda, um viés coletivo, ao afirmar que o conceito de envelhecimento ativo e saudável se aplica tanto a indivíduos como a grupos de população³²⁶.

São expressamente protegidos pela Convenção os seguintes direitos: igualdade e não discriminação por razões de idade, direito à vida e à dignidade na velhice, direito à independência e à autonomia, direito à participação e integração comunitária, direito à segurança e a uma vida sem nenhum tipo de violência, direito a não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, direito a manifestar consentimento livre e informado no âmbito da saúde, direitos do idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo, direito à liberdade pessoal, direito à liberdade de expressão e opinião e ao acesso à informação, direito à nacionalidade e à liberdade de circulação, direito à privacidade e à intimidade, direito à seguridade social, direito ao trabalho, direito à saúde, direito à educação, direito à cultura, direito à recreação, ao lazer e ao esporte, direito à propriedade, direito à moradia, direito a um meio ambiente saudável, direito à acessibilidade e à mobilidade pessoal, direitos políticos, direito de reunião e de associação, direitos para

³²² CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 148.

³²³ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 197.

³²⁴ Cf. preâmbulo da CIPDHI.

³²⁵ Cf. art. 1º da CIPDHPI.

³²⁶ Cf. art. 2º da CIPDHPI.

situações de risco e emergências humanitárias, direito ao igual reconhecimento como pessoa perante a lei e direito de acesso à justiça³²⁷.

De acordo com Ramos, “o conjunto de direitos previstos na Convenção pode ser resumido no *direito ao cuidado*, com autonomia e protagonismo da pessoa idosa”³²⁸. Esta, aliás, é definida no art. 2º da Convenção, como toda pessoa com 60 anos ou mais, exceto se a lei interna determinar uma menor ou maior, desde que esta não seja superior a 65 anos.

Em termos de seguridade social, a Convenção estabelece que ela deve garantir uma vida digna. Determina que os Estados devem promover progressivamente, de acordo com os recursos disponíveis, que o idoso receba uma renda para garantir uma vida digna através de sistemas de seguridade social e outros mecanismos flexíveis de proteção. Para o idoso migrante, ressalta a necessidade da facilitação por acordos bilaterais ou outros mecanismos hemisféricos, do reconhecimento de contribuições, prestações e recebimento de pensão. De qualquer forma, o tratado refere que a normativa da seguridade social será aplicada de acordo com a legislação nacional de cada Estado³²⁹.

Interessa analisar os mecanismos de acompanhamento e meios de proteção previstos no Tratado Interamericano. Ao lado dos já tradicionais sistemas de monitoramento, no caso, chamado de Mecanismo de Acompanhamento constituído por uma Conferência de Estados Partes e um Comitê de Peritos, foi previsto um sistema facultativo de petições individuais.

Os Estados-Partes, ao ratificarem ou aderirem a Convenção ou ainda em momento posterior, poderão reconhecer como obrigatória a jurisdição da Corte IDH para conhecer, interpretar e aplicar todos os dispositivos convencionais. Prevê, portanto, a cláusula facultativa de jurisdição. Não há, ao contrário do que normalmente acontece, nenhuma ressalva sobre direitos sociais. Pelo contrário, há a afirmação que, nas decisões, deve ser considerada a natureza progressiva da vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais objeto de proteção da Convenção³³⁰.

Parece claro que a Convenção tenta atrelar os direitos sociais quanto ao seu caráter progressivo, como uma espécie de contenção na sua aplicabilidade. Mas, conforme Herrmann, não é “[...] justificativa para postergar a realização de tais direitos (sob o argumento de falta de

³²⁷ Cf. art. 5º ao 31 da CIPDHPI.

³²⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 378, grifos no original.

³²⁹ Cf. art. 17 CIPDHPI. O art. 19 normatiza, em apartado, o direito à saúde física e mental dos idosos sem qualquer espécie de discriminação.

³³⁰ Cf. art. 36 CIPDHPI

recursos, por exemplo, e sim como um compromisso de adotar, tão rápido e efetivamente quanto possível, todas as medidas apropriadas em direção à concretização daquela meta”³³¹.

É possível lembrar, ainda, que a Corte IDH no caso *Poblete Vilches vs. Chile*³³², ao analisar a cláusula de progressividade do art. 26 da CADH, definiu que ela não significa a inexistência de obrigações concretas de implementação de direitos sociais no decorrer do tempo, ou que os Estados possam postergar de forma indefinida suas implementações, especialmente considerando os 40 anos já transcorridos desde a entrada em vigor do Pacto São José³³³. Aliás, a divisão entre obrigações imediatas e progressivas é salientada pelo próprio tratado no seu art. 4º.d³³⁴.

Portanto, incontestemente que violações de direitos humanos de pessoas idosas poderão, independentemente da natureza, individuais, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, serem analisados pelo Tribunal. Mais que isso, *rompe-se definitivamente com a ideologia que DESCA não são justiciáveis perante a Corte IDH* - conclusão esta que também chegou Herrmann³³⁵.

Além disso, se o art. 19.6 do PSS era um forte argumento contra a justiciabilidade direta dos direitos sociais, especialmente considerando que a Convenção de Viena prevê como meio de interpretação acordos posteriores³³⁶, agora a CIPDHI fortalece a interpretação em sentido contrário.

³³¹ HERRMANN, Maria Emiliania Carvalho. *Direitos Humanos da Pessoa Idosa: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso e sua importância para o Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. Ebook, p. 111.

³³² Sobre o caso cf. ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. Ebook.

³³³ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, p. 104.

³³⁴ “Os Estados Partes se comprometem a salvaguardar os direitos humanos fundamentais do idoso enunciados na presente Convenção, sem discriminação de nenhum tipo, e com a seguinte finalidade: d) Adotarão as medidas necessárias e, quando o considerem no âmbito da cooperação internacional, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de obter progressivamente, e em conformidade com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem prejuízo das obrigações aplicáveis de imediato em virtude do direito internacional”.

³³⁵ HERRMANN, Maria Emiliania Carvalho. *Direitos Humanos da Pessoa Idosa: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso e sua importância para o Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. Ebook, p. 111.

³³⁶ “Interpretação de Tratados. Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes

A longevidade humana perturba o capitalismo e é combustível para o discurso da implementação de reformas restritivas nos sistemas de previdência social, mesmo quando ainda não necessárias ou passíveis de alternativas menos injustas³³⁷. Ela é uma das causas³³⁸ atribuídas ao desequilíbrio financeiro dos sistemas de seguridade social, em especial da previdência pública com regime de repartição³³⁹. É, portanto, ofensivo para o conceito de dignidade a forma como a ideia de *desumanização do humano*³⁴⁰ atinge o grupo de pessoas idosas, exatamente quando mais precisam de assistência do tipo securitária.

Com isso, parece correto recusar a abordagem do envelhecimento humano apenas pelo aspecto financeiro, como causa de parte da insolvência dos Estados, existindo consistentes construções teóricas em sentido contrário. Outras perspectivas podem ser exploradas, como a visão econômica que enxerga o envelhecimento como fonte de riqueza, também chamada economia da longevidade³⁴¹.

O presente posicionamento é referenciado para demonstrar que mesmo dentro da área econômica a opção de visualização do envelhecimento apenas como um vilão da previdência não é unânime. Para Felix a questão do envelhecimento não pode ser analisada apenas pelo lado

de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.”

³³⁷ Segundo Vaz: “O Brasil, atualmente, se beneficia do chamado *bônus demográfico* (menos crianças e idosos, mais jovens economicamente ativos: a pirâmide está em forma de pera). Isso deve perdurar até 2040, aproximadamente, quando passará a ter uma população idosa maior, com tendência ao desequilíbrio das contas da Previdência Social. [...]. O problema é, apesar da situação demográfica até o momento favorável, o Brasil não a tem aproveitado. Não adianta termos um número maior de trabalhadores ativos, se estão desempregados. Com 30 milhões de pessoas em situação de desemprego, perde-se a oportunidade demográfica. Não se tem, por outro lado, políticas públicas de apoio aos jovens para que ingressem no mercado de trabalho, nem aos idosos, para que sejam assistidos na terceira idade”. (VAZ, Paulo Afonso Brum. *Judicialização dos direitos da seguridade social*. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 168-169).

³³⁸ Outra causa indicada pela doutrina é queda de natalidade da população. O aumento do envelhecimento humano e a queda das taxas de natalidade pressionam os sistemas de previdência social de repartição. Na equação mais simples, são menos pessoas ativas contribuindo para bancar os benefícios dos inativos que, em decorrência da longevidade, podem receber o benefício de aposentadoria por período superior ao contribuído. Mas o cálculo não é tão simples, pois também envolve taxa de mortalidade infantil, taxa de mortalidade precoce por violência entre jovens, índices elevados de desemprego, redução de arrecadação de contribuições sociais em razão do trabalho informal, dentre outras. (TAFNER, Paulo; NERY, Pedro Fernando. *Reforma da Previdência: por que o Brasil não pode esperar?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2019, p. 19-33).

³³⁹ “Outro aspecto do envelhecimento populacional é seu potencial fonte de riqueza. Em dois aspectos. O primeiro diz respeito à possibilidade de empresas financeiras e seguradoras de um país explorarem o mercado de poupança para a aposentadoria nos países alheios, e isso explica muito o interesse dos *players* globais em reformas redutoras dos sistemas públicos de seguridade social, sobretudo previdência por repartição (*pay-as-you-go*) dos países pobres, como o Brasil. Na concorrência global, a poupança feita alhures é vista como fonte de lucro para a solvência de um Estado do Bem-Estar Social sob ameaça nos países ricos”. (FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 12).

³⁴⁰ Sobre o conceito de desumanização do humano, inclusive em democracias, cf. ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 1-19; DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

³⁴¹ Também chamada de *silver economy* ou *longevity economy*.

da despesa e, em especial, da Previdência Social, o que somente acarretará o contínuo o desmonte dos sistemas de proteção social e aumento da discriminação contrato idosos³⁴². O autor sustenta que é possível olhar pelo lado da receita. Aliás, deixa claro que na nova corrida global os países que são capazes de enxergar isso novamente sairão na frente, já que se trata da nova configuração demográfica mundial,³⁴³ local em que não se situa o Brasil³⁴⁴.

É importante salientar que a proposta do autor supracitado não se resume aos aspectos de desenvolvimento de produtos para idosos e consequente mercado de consumo (por exemplo, na área da saúde, turismo, esporte, dentre outros), o que somente reproduziria aspectos da economia neoliberal e geraria um novo colonialismo econômico dos países ricos vendendo para os países em desenvolvimento, em que pese esse aspecto não possa ser eliminado. É necessário para que o conceito funcione que o Estado assuma um papel regulador e fiscalizador nas políticas públicas dos idosos, orientando o seu papel social no tratamento dessa nova demografia, impulsionando a qualidade de vida desse grupo que só cresce³⁴⁵.

Por uma questão lógica, parece que reformas nos sistemas de seguridade social, em especial de retração nas políticas previdenciárias para os mais idosos, não atende os anseios dessa nova corrida global. Inclusive, Felix propõe ao invés do desmantelamento, que as políticas de cuidado de longa duração para idosos (CLD) façam parte de um *quarto pilar na seguridade social*³⁴⁶. Aliás, com a CIPDHI, foi elevada a condição de direito humano a atribuição de direitos para o idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo³⁴⁷.

³⁴² FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 157-162.

³⁴³ FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 157-162.

³⁴⁴ FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 181-187. Ver, ainda, nota de rodapé acima da doutrina de Vaz.

³⁴⁵ FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 163-168.

³⁴⁶ “Os CLD estão cada vez mais presentes no debate socioeconômico nas sociedades envelhecidas ou em processo de envelhecimento. No Brasil, o envelhecimento populacional em ritmo acelerado nas três últimas décadas fez do segmento etário com mais de 80 anos aquele com maior taxa de crescimento no conjunto da população. De 2010 a 2040 espera-se que os chamados ‘mais idosos’ passem de 1,5% do total da população brasileira para 7% (um contingente de cerca de 13,7 milhões de pessoas). No mesmo período, esse subgrupo saltará de 14% para 25% da população idosa do país (com mais de 60 anos). Essa população é a mais vulnerável a doenças crônicas, situações limitantes das atividades da vida diária e dependência, ou seja, é a maior demandante de CLD. É o chamado ‘superenvelhecimento’.” (FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 175).

³⁴⁷ “Artigo 12. Direitos do idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo O idoso tem direito a um sistema integral de cuidados que proporcione proteção e promoção da saúde, cobertura de serviços sociais, segurança alimentar e nutricional, água, vestuário e habitação, permitindo que o idoso possa decidir permanecer em seu domicílio e manter sua independência e autonomia. Os Estados Partes deverão formular medidas de apoio às famílias e cuidadores mediante a introdução de serviços para aqueles que realizam atividades de cuidados para com o idoso, levando em conta as necessidades de todas as famílias e outras formas de cuidados, bem como a plena participação do idoso, respeitando sua opinião. Os Estados Partes deverão adotar medidas para desenvolver um sistema integral de cuidados que leve especialmente em conta a perspectiva de gênero e o

Também pode ser citada a doutrina de Amartya Sen, que visualiza no incremento das liberdades substantivas das pessoas como fator importante para o correto desenvolvimento e sustentabilidade dos Estados. Piovesan, também amparada em Amartya Sen, ressalta que não há como desvincular os DESCA do direito ao desenvolvimento. Lembra que no âmbito internacional a vinculação é reconhecida pelo artigo 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, ao prever que a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito do desenvolvimento, bem como que os Estados têm o direito e o dever de formular políticas que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre se significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

No mesmo caminho, a Declaração de Viena de 1993, ao assentar no artigo 8º que a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades são interdependentes e reforçam-se mutuamente. E assim, aceita a ideia que na base do desenvolvimento é possível sustentar a necessidade de aumento das liberdades reais das pessoas³⁴⁸. Igualmente, agora, temos a CIPDHI, quando em seu art. 3º.b, ressalta ser um princípio geral aplicável à Convenção a valorização do idoso, seu papel na sociedade e sua contribuição ao desenvolvimento.

Para Amartya Sen o desenvolvimento de um país não pode ser analisado apenas com base em índices econômicos ou de desenvolvimento industrial e tecnológico, devendo

respeito à dignidade e integridade física e mental do idoso. Para garantir ao idoso o gozo efetivo de seus direitos humanos nos serviços de cuidado de longo prazo, os Estados Partes se comprometem a: a) Estabelecer mecanismos para assegurar que o início e término dos serviços de cuidado de longo prazo estejam sujeitos à manifestação da vontade livre e expressa do idoso. b) Incentivar que esses serviços contem com pessoal especializado que possa oferecer uma atenção adequada e integral e prevenir ações ou práticas que possam produzir dano ou agravar a condição existente. c) Estabelecer um marco regulatório adequado para o funcionamento dos serviços de cuidado de longo prazo que permita avaliar e acompanhar a situação do idoso, incluindo a adoção de medidas para: i. Garantir o acesso do idoso à informação, em particular a seus registros pessoais, sejam físicos ou digitais, e promover o acesso aos meios de comunicação e informação, inclusive as redes sociais, bem como informar ao idoso sobre seus direitos e sobre o marco jurídico e protocolos que regem os serviços de cuidado de longo prazo. ii. Prevenir ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, família, domicílio ou unidade doméstica, ou qualquer outro âmbito no qual ocorram, bem como em sua correspondência ou qualquer outro tipo de comunicação. iii. Promover a interação familiar e social do idoso, levando em conta todas as famílias e suas relações afetivas. iv. Proteger a segurança pessoal e o exercício da liberdade e mobilidade do idoso. v. Proteger a integridade do idoso e sua privacidade e intimidade nas atividades que realiza, particularmente nos atos de higiene pessoal. d) Estabelecer a legislação necessária, em conformidade com os mecanismos nacionais, para que os responsáveis e o pessoal de serviços de cuidado de longo prazo respondam administrativa, civil e/ou penalmente pelos atos que pratiquem em detrimento do idoso, conforme o caso. e) Adotar medidas adequadas, quando cabível, para que o idoso que esteja recebendo serviços de cuidado de longo prazo conte com serviços de cuidados paliativos que abranjam o paciente, seu entorno e sua família.”

³⁴⁸ PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2004, v. 1, n. 1, pp. 27-28.

considerar, também, a expansão das liberdades reais das pessoas³⁴⁹. Nesse sentido, para que um adequado desenvolvimento ocorra é necessário eliminar as barreiras que afastam o exercício das liberdades das pessoas, como pobreza, tirania, intolerância, dentre outros³⁵⁰. E no que diz respeito aos idosos e a possibilidade de estes terem *capacidades*³⁵¹ para que possam usufruir de suas demais liberdades no sentido Seniano, o combate ao primeiro item tem na seguridade social um forte aliado.

Veja-se que são cinco as principais liberdades trabalhadas pelo autor, que não se confundem com o conceito de direitos humanos³⁵², e que devem ser analisadas em suas interligações ou encadeamentos empíricos, com o objetivo de aumentar a liberdade humana em geral: 1) liberdades políticas; 2) facilidades econômicas; 3) oportunidades sociais; 4) garantias de transparência; e 5) segurança protetora³⁵³.

Essas liberdades, conforme Sen, não são apenas fins para o desenvolvimento, mas os meios principais para seu atingimento³⁵⁴. Logo, por exemplo, ao não ter acesso a medicamentos ou tratamentos médicos para cuidado de doenças, há afetação das liberdades e implicações nas capacidades das pessoas.

É dentro dessa perspectiva de liberdade que o autor afirmará que opulência econômica não significa necessariamente viver como gostaríamos, uma vida longa e sem privações. Mesmo que haja uma relação, não é exclusiva e uniforme. O desenvolvimento tem de estar relacionado com a melhora de vida que levamos e das liberdades que temos, permitindo que sejamos seres mais completos³⁵⁵. Para Sen as liberdades apresentam um caráter avaliativo. O êxito de uma sociedade pode ser aferido de acordo com as liberdades substantivas das pessoas. Quanto mais liberdade substantiva maior a capacidade das pessoas de “cuidarem de si mesmas e para influenciar o mundo”.³⁵⁶

³⁴⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

³⁵⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

³⁵¹ Portanto, liberdade na teoria do economista indiano é ter condições, os instrumentos, para levar a vida que as pessoas gostariam de levar. Para Sen, “a perspectiva da capacidade humana [...] concentra-se no potencial – a liberdade substantiva – das pessoas para levar a vida que elas têm razão para valorizar e para melhorar as escolhas reais que elas possuem”. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 372).

³⁵² “To conclude, the two concepts — human rights and capabilities — go well with each other, so long as we do not try to subsume either entirely within the other. There are many human rights for which the capability perspective has much to offer. However, human rights to important process freedoms cannot be adequately analysed within the capability approach”. (SEN, Amartya. *Human Rights and Capabilities*. *Journal of Human Development and Capabilities*, v. 6, n. 2, 2005, p. 163). Cf. ainda: SEN, Amartya. *Elements of a Theory of Human Rights*. *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, n. 4, 2004, p. 315–356. Disponível em: www.jstor.org/stable/3557992. Acesso em 22 Jun. 2021.

³⁵³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 25

³⁵⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 25.

³⁵⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 35-37.

³⁵⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

Em sendo assim, o que se quer dizer é que pobreza não é apenas baixa renda, mas a privação das capacidades. A relação entre baixa renda e baixa capacidade é variável de acordo com idade, localização, sexo, dentre outras categorias. E baixa capacidades também influencia na capacidade do indivíduo para auferir renda. Nesse passo, a redução da pobreza de renda não pode ser a principal motivação de políticas de combate à pobreza. Desemprego não causa apenas suprimimento de renda, que poderia ser reduzido pela ajuda do Estado, mas produz efeitos sobre outros aspectos da vida das pessoas. Logo, não considerar apenas a renda para capacidades básicas enriquece a compreensão sobre desigualdade e pobreza³⁵⁷.

Para finalizar, é importante ver que para Sen a liberdade individual está atrelada ao comprometimento social da pessoa. São das próprias pessoas a responsabilidade pelo desenvolvimento e mudança do mundo. Mas para que ocorra essa responsabilidade requer-se liberdade. E o exercício das nossas liberdades individuais dependem das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais. Assim, não só o Estados, mas outras instituições e agentes possuem papel nas liberdades individuais. Mas uma vez realizadas, cabe ao indivíduo decidir o que fazer com essas liberdades para desenvolver suas capacidades. Por exemplo, não se pode negar a educação básica, mas cabe a pessoa decidir como irá utilizar essa educação³⁵⁸.

Savaris, no âmbito do direito previdenciário, apoiado em Amartya Sen e Michael Walzer, destaca:

Para se realçar a importância do direito à segurança social não é raro o apelo ao argumento de que ela busca atender à “liberdade básica de sobreviver”, combatendo à subnutrição que pode afetar um universo de pessoas vulneráveis e prevenindo que elas passem a vida lutando contra uma doença evitável.

Mas esse argumento corresponde apenas a uma parcela do escopo da proteção social. Para além disso, há uma pretensão de se reconhecer o respeito pela dignidade humana, conferindo-lhe os recursos necessários – dinheiro, serviços de saúde, reabilitação, reeducação – para sua proteção e integração comunitária. Há um propósito genuinamente constitucional em romper a lógica da dependência e da passividade da pessoa auxiliada pelos esforços sociais.

Para isso, é indispensável reconhecer na proteção social seu papel constitucional de um desenvolvimento alcançado pela expansão das liberdades substantivas, as quais se incluem capacidades elementares que irão contribuir para a capacidade geral de a pessoas viver com mais liberdade, objetivo primordial do desenvolvimento e seu principal meio³⁵⁹.

E demonstrando a contradição do discurso neoliberal sobre a importância da liberdade das pessoas em um ambiente de restrições dos direitos sociais, escreve Moraes:

³⁵⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 120-133.

³⁵⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 359-371.

³⁵⁹ SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 9. Ed. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 66.

A privação dos direitos sociais à previdência, à saúde, à assistência, à educação, ao trabalho equivalem, na prática, à privação das liberdades, pois a liberdade humana não se resume ao ideário moral, antes exige expressão concreta nas diversas dimensões da vida. A privação social dos bens fruto que as liberdades devem garantir e produzir, como decorrência da falta de gozo real dos direitos sociais, é uma das contradições teóricas da democracia liberal, portanto, é o problema crônico das democracias liberais vulneráveis³⁶⁰.

De fato, na atual quadra da humanidade, é necessário enfatizar construções que incluam os direitos das pessoas, especialmente os sociais, como essenciais para o correto desenvolvimento e sustentabilidade das sociedades, não se podendo colocar os custos dos direitos como entraves para o desempenho das nações³⁶¹.

Adverta-se que, nada obstante o viés liberal da teoria de Sen, tal não significa jogar nas mãos dos indivíduos a responsabilidade por enfrentar todos os problemas da vida, abandonando-os aos seus próprios recursos. Como afirma Felix, “um modelo que pode ser bem resumido em *cada um por si e o Estado por ninguém*. Ou melhor, o Estado para poucos [...]”³⁶². Há em Sen preocupações com a existência de políticas para os mais pobres e diminuição das desigualdades, exigindo-se a presença do poder público nessa equação³⁶³.

No mesmo sentido, as conclusões de Bentes e Brígida:

Assim, com a não prestação estatal positiva, há a limitação de capacidades para o indivíduo, e a conseqüente redução de oportunidades reais da pessoa conseguir a qualidade de vida para exercer os projetos que almeja, ou seja, o desenvolvimento econômico estagna e haverá um ciclo vicioso de carências de bens materiais básicos que constituem o mínimo existencial. No Estado Pós-Social, as prestações estatais positivas auxiliam a garantir o acesso aos direitos sociais, além de oportunizar melhores condições de realização dos próprios direitos clássicos de liberdade (civis e

³⁶⁰ MORAIS, Océlio de Jesús C. *Previdência e dignidade humana: a caminho do Estado Mínimo?* São Paulo: Ltr, 2020, p. 124.

³⁶¹ SOARES JÚNIOR, Jair. *Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 125-166.

³⁶² FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019, p. 143.

³⁶³ No prefácio da sua obra posterior “A ideia de justiça” Sen expõe com bastante clareza sua posição. Nela ele propõe uma teoria da justiça focada nas realizações sociais e na busca da redução e eliminação das injustiças. Critica os chamados modelos de justiça transcendentais, como a de Rawls, ao reconhecer a impossibilidade da construção de instituições políticas perfeitas. Em razão disso, concentra-se no uso da imparcialidade aberta para alcançar uma sociedade justa por meio de comparações entre os diferentes modelos sociais. Nada obstante, não desconsidera os papéis das instituições. Segundo ele “ainda que na abordagem aqui apresentada os princípios de justiça não sejam definidos com relação às instituições, mas sim quanto à vida e às liberdades das pessoas envolvidas, as instituições não podem deixar de ter um papel instrumental importante na busca da justiça. Junto com determinantes do comportamento individual e social, uma escolha apropriada das instituições tem um papel criticamente importante na tarefa de melhorar a justiça. As instituições entram nos cálculos de muitas formas diferentes. Elas podem contribuir diretamente para a vida que as pessoas são capazes de levar de acordo com o que têm razão para valorizar. As instituições também podem ser importantes para facilitar nossa capacidade de examinar minuciosamente os valores e as prioridades que podemos considerar, sobretudo por meio de oportunidades para o debate público (incluindo considerações da liberdade de expressão e do direito à informação, bem como a existência de locais para o debate informado)”. (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 14-15).

políticos), já que sem os bens materiais mínimos não há a possibilidade da pessoa participar da vida política ou desenvolver plenamente a sua personalidade — eles são instrumentos para atingir a finalidade que é o bem-estar e a qualidade de vida. As dimensões da liberdade, de Sen, pressupõe a presença do Estado para se concretizarem de maneira a tornar o indivíduo autônomo, e também, para o alcance do desenvolvimento econômico e social em termos plurais.³⁶⁴

Olhando o caso *Muelle Flores* através da teoria Seniana, veja-se que a vítima, o Sr. Muelle Flores, no decorrer dos 24 anos de restrições securitárias, atingiu uma idade avançada – 82 anos - e passou a sofrer de diversas doenças em decorrência da deterioração de sua saúde e qualidade de vida, como alzheimer, hipoacusia severa e fratura do fêmur. Estando desprovido de sua aposentadoria, não pode fazer frente às necessidades mais primárias e elementares que um ser humano precisa, necessitando recorrer ao apoio econômico de seus familiares para sobreviver dignamente e custear seus tratamentos de saúde, já que sua exclusão do regime de pensionamento também acarretou a suspensão da cobertura de saúde garantida pelo regime de saúde do Peru. Nota-se, aqui, como a restrição do direito previdenciário atingiu os direitos à vida digna, integridade física, propriedade, alimentação adequada e saúde.

Os direitos individuais de personalidade também foram severamente abalados, uma vez que a sentença demonstra o quadro de angústia e sofrimento pela qual passou a vítima.

Além disso, importa salientar que o Sr. Muelle Flores em razão de seu estado de saúde deixou de exercer seu direito democrático de participação no processo judicial. Restou destacado na decisão que “o Tribunal verificou por meio de dois vídeos postados como evidência superveniente dos representantes, a deterioração do estado físico da vítima”³⁶⁵. Ressalte-se que a participação no processo, o direito de ser ouvido por um juiz, é reconhecido como um dos principais direitos fundamentais processuais ligados à democracia processual³⁶⁶.

³⁶⁴ BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, 2018, p. 117.

³⁶⁵ CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, para. 264.

³⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 23-24. Um dos principais casos sobre a garantia de ser ouvido é *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, do qual se extrai: “120. El Tribunal ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a **tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral**. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos, **la Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan ‘amplias posibilidades de ser oídos’ ‘en todas las etapas de los respectivos procesos, [de manera que] puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones’**. 121. Sobre el particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la exigencia de que una persona ‘sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial’ es equiparable al derecho a un ‘juicio’ o a ‘procedimientos judiciales’ justos. Al respecto, la Corte Europea ha desarrollado el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe

Destarte, no âmbito do SIDH, desde a reforma do regulamento ocorrida em 2001, as vítimas passaram a possuir o chamado *locus standi*, podendo se manifestar diretamente ou por intermédio de seus representantes nas mesmas condições que a CIDH e o Estado réu em todas as fases do processo.

Com essas considerações não há como afirmar qual a vida que o Sr. Muelle Flores gostaria de ter vivido durante sua velhice, nada obstante os elementos indiquem que não era a narrada nos autos. De fato, o caso parece evidenciar que ele não teve escolhas. Ele não pôde expandir suas capacidades e planejar as últimas décadas da sua vida. Houve impactos nas liberdades de estar bem alimentado, de viver uma vida livre de doenças, de poder se locomover, participar da vida pública, dentre outras. Ainda, ele não teve a opção de levar a vida que gostaria de levar.

Esse é o atual panorama em matéria de direitos sociais previdenciários na Corte IDH. São os fatos já levados ao Tribunal com suas respostas normativas. Os fatos remontam problemas previdenciários gerados na década de noventa, mas as respostas refletem uma agenda contemporânea no SIDH, preocupado com o desenvolvimento e efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Com base em toda a narrativa desenvolvida, dois caminhos agora se apresentam: primeiro, verificar qual tipo de doutrina geral de direitos humanos e sociais pode ser alimentada e fortalecida e, por outro lado, qual tipo é confrontada e enfraquecida pelos aportes interamericanos; e, segundo, buscar a partir dos parâmetros apresentados pelo Tribunal efetuar generalizações que possam sustentar uma epistemologia regional para o direito previdenciário, em especial se há alguma contribuição sobre o argumento econômico para a adjudicação judicial desse direito de proteção social.

‘un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión’. 122. *El examen requerido en el presente caso amerita que la Corte precise el alcance del derecho a ser oído establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, **por un lado, un ámbito formal y procesal** de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). **Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material** que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”.* (CORTE IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, para. 120-122, negritos nossos).

2 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO HUMANO À PREVIDÊNCIA SOCIAL NO DIREITO INTERNACIONAL: DOS CASOS CONCRETOS DO SISTEMA INTERAMERICANO À TEORIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A segunda parte deste estudo tem por objetivo verificar qual tipo de doutrina sobre os direitos sociais previdenciários é alimentada e fortalecida por intermédio dos casos envolvendo direitos sociais previdenciários na Corte IDH, com especial foco no sempre controvertido argumento econômico que impediria a adequada efetivação desses direitos³⁶⁷. A partir disso, busca-se indicar quais caminhos podem ser utilizados para, através dos *standards* estudados, garantir a interamericanização do direito previdenciário brasileiro.

O capítulo está dividido em três subitens. No primeiro, objetiva-se esclarecer como a exigibilidade dos direitos sociais é tratada no âmbito do DIDH. Para tanto, opta-se por uma revisão do contexto da proteção dos direitos sociais nos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a saber: o sistema europeu e o sistema africano. Além disso, aprofunda-se a natureza das obrigações impostas pelas categorias dos direitos humanos, buscando-se encontrar o local dos direitos sociais, para fins desnudar tratamento dos conceitos de progressividade, não regressividade e exigibilidade imediata. Com isso, será possível verificar de qual espécie de doutrina nutre a Corte IDH.

No segundo momento, estuda-se como um caso de direito previdenciário pode ser analisado à luz do bloco de convencionalidade interamericano. Para tanto, com os olhos voltados para a jurisdição nacional, sustenta-se a existência de parâmetros suficientes e seguros no âmbito da internacionalização do direito previdenciário, o qual deve ser aplicado pelo juiz brasileiro como base no princípio *pro persona* como chave central para que ocorra a primazia dos direitos humanos na interpretação previdenciária. Em seguida, atentando-se para o princípio da subsidiariedade da jurisdição interamericana, busca-se traçar algumas linhas sobre o árduo caminho para que um caso vença os filtros do SIDH e possa ser levado para julgamento na Corte IDH.

³⁶⁷ Cf. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012; SAVARIS, José Antonio. Globalization, economical crisis, consequentialism and application of economical, social, and cultural rights. *Prolegómenos – Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XV, n. 30, p. 21-44, 2012; SAVARIS, Jose Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: conceito editorial, 2011; SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 9. Ed. Curitiba: Alteridade, 2021; SOARES JÚNIOR, Jair. *Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais*. Curitiba: Alteridade, 2018.

Por fim, buscando concluir o objetivo de sistematizar os *standards* interamericanos em matéria previdenciária, incursiona-se no confronto da utilização do argumento econômico que impede a concretização dos direitos sociais do âmbito nacional ao regional interamericano. Após revisar a doutrina nacional sobre a utilização do argumento econômico na doutrina e jurisprudência nacional brasileira, controverte-se a hipótese de a Corte IDH ter que trabalhar com essa linha de argumentação por parte da defesa de algum Estado-parte da CADH como justificativa para o descumprimento de suas obrigações sociais previdenciárias. E se o argumento econômico chegar na Corte IDH?

2.1 A exigibilidade dos direitos sociais na epistemologia dos direitos humanos: o problema da justiciabilidade dos direitos sociais no âmbito internacional

Na primeira parte desse trabalho foi visto como a ideologia reinante na fase legislativa dos tratados internacionais sobre os direitos humanos influenciou a separação dos direitos humanos em tratados diversos – de um lado direitos civis e políticos e, de outro, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais - e os seus mecanismos de implementação e exigibilidade perante os Tribunais Internacionais. No âmbito global a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi juridicizada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e pelo Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). No âmbito regional interamericano teve-se a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) separada do Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PSS).

No entanto, ao menos desde a Conferência de Teerã em 1968, fortalecida pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993, que resultou na Declaração de Viena de 1993, fortalece-se uma doutrina diversa sobre o tratamento das várias espécies de direitos humanos, as quais são vistas como interdependentes³⁶⁸ e indivisíveis³⁶⁹. Portanto, tem-se que negar a justiciabilidade dos direitos sociais significa violar os conceitos de interdependência e indivisibilidade.

³⁶⁸ Interdependência é a “[...] mútua dependência entre os direitos humanos protegidos, pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementariedade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramentos de outros”. (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 32).

³⁶⁹ Indivisibilidade é o “[...] reconhecimento que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna”. (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 230).

Essa doutrina da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos influencia o julgamento de Cortes de Direitos Humanos e já é aceita pelos Estados no âmbito das suas relações internacionais e celebração de acordos mais recentes³⁷⁰. Além disso, já é base da criação e estruturação de sistema regional de proteção de direitos humanos como é o caso Africano. A realidade é que não há mais razões para se defender velhas doutrinas que impedem a realização dos direitos sociais, tanto no âmbito nacional como internacional, situação que desafia uma total incompreensão sobre o tema, ou, em determinadas hipóteses, verdadeira discricionariedade e má vontade na realização desses direitos em detrimento da valorização do ser humano. É sobre essa nova doutrina no tratamento dos direitos sociais que dissertar-se-á no presente tópico.

2.1.1 O contexto da proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais nos sistemas regionais de proteção e a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos

O DIDH estrutura-se a partir do chamado sistema global de proteção da ONU e dos sistemas regionais. Os mais desenvolvidos sistemas regionais³⁷¹ são o europeu, o interamericano e o africano, cada um pertencente a uma organização internacional. O Sistema Europeu faz parte do CoE, o Sistema Interamericano da OEA e o Sistema Africano da UA. Como afirmam Heyns, Padilla e Zwakk, “os três sistemas regionais de direitos humanos em operação atualmente compartilham várias características, mas também mostram diferenças”³⁷².

Os três esquemas protetivos admitem e processam demandas que envolvem direitos sociais, aparentemente, de forma diferente, de acordo com o tratamento convencional e jurisprudencial formado ao longo do desenvolvimento de cada sistema.

O Sistema Interamericano está sendo apresentado desde a introdução do presente trabalho, não sendo o caso de repetir nesse espaço os aspectos de sua estruturação e funcionamento. Sobre a proteção dos direitos sociais no sistema americano a primeira parte do presente trabalho analisou diversos aspectos de sua evolução e, logo adiante, será complementada com outros assuntos específicos.

³⁷⁰ Por exemplo, a já analisada Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (CIPDHI).

³⁷¹ Fala-se, ainda, nos incipientes sistemas Árabe e Asiático, iniciativas que não serão analisadas no presente trabalho.

³⁷² HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. *Revista internacional de direitos humanos*, n. 4, 2006, p. 162.

Agora, busca-se delinear, ao menos nos seus aspectos gerais, os contornos da proteção nos demais sistemas regionais para fins de uma pequena comparação, começando com o europeu.

O Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos nasce a partir da criação do Conselho da Europa no pós-guerra, em 05/05/1949. Inicialmente era constituído de uma Comissão e de uma Corte. No entanto, desde 1º/11/1998, com a adoção do Protocolo n. 11, está estruturado apenas com base na Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual possui competência para o juízo de admissibilidade e de mérito das denúncias³⁷³.

Destaque-se que no sistema europeu a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950) trata apenas de direitos civis e políticos³⁷⁴. Não existe na Convenção sequer uma cláusula de progressividade equivalente ao art. 26 da Convenção Americana³⁷⁵. A proteção dos direitos sociais está prevista na Carta Social Europeia (1961) e seus Protocolos Adicionais. Em 1996, com vigor desde 1999, foi adotado um novo texto chamado Carta Social Europeia Revista, uma versão consolidada dos parâmetros existentes.

Desde o Protocolo n. 11, qualquer indivíduo, grupo de indivíduo ou ONG pode levar um caso à Corte. Como lembra Piovesan, “os indivíduos têm pleno *locus standi* perante a Corte Europeia”³⁷⁶. Todavia, não existe previsão de procedimento de petições individuais para que os direitos sociais possam ser levados ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). De modo geral, a proteção ocorre mediante relatórios periódicos ao Comitê Europeu de Direitos Sociais e ao Comitê Governamental da Carta Social Europeia que pertence ao Comitê de Ministros³⁷⁷. O que existe, desde o Protocolo Adicional de 1998, é a possibilidade de uma denúncia coletiva por determinados órgãos legitimados, mas também direcionada ao Comitê de Ministros³⁷⁸. Lembra Azevedo Neto, que o “direito social à educação é um dos únicos que permitem a justiciabilidade direta, pois consta expressamente do art. 2 do Protocolo de número 1 da CEDH”³⁷⁹. Tal situação

³⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 136.

³⁷⁴ Cf. CoE. *Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, 1950.

³⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 212.

³⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 141.

³⁷⁷ Conforme previsto na Parte IV da Carta Social Europeia. O art. 21 abre as disposições com a seguinte redação: “*Reports concerning accepted provisions The Contracting Parties shall send to the Secretary General of the Council of Europe a report at two yearly intervals, in a form to be determined by the Committee of Ministers, concerning the application of such provisions of Part II of the Charter as they have accepted*”.

³⁷⁸ CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obliaciones positivas del Estado em la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 441.

³⁷⁹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 163.

decorre do art. 5º do Protocolo Adicional, que expressamente refere ser a disposição do direito à educação parte integrante da CEDH, com aplicação de todas as disposições nela presentes. De qualquer forma, adverte Cuenca que o TEDH tem focado sua jurisprudência aos aspectos relacionados à liberdade de educação pelos pais e não em temas direcionados ao âmbito do fornecimento de prestações estatais³⁸⁰.

Portanto, considerando-se as disposições convencionais existentes no âmbito do Sistema Europeu, tem-se que, com exceção do direito à educação, os direitos sociais não podem ser judicializados diretamente no âmbito da Corte Europeia, o que não significa que não estejam obtendo proteção.

Com efeito, Piovesan ressalta que a “jurisprudência da Corte Europeia tem assegurado a proteção dos direitos sociais por via indireta, como obrigações positivas decorrentes de direitos civis, notadamente do direito à vida, privada e familiar, em conformidade com o artigo 8 da Convenção”³⁸¹. Outras técnicas indiretas utilizadas pelo Tribunal são a “*aplicación de la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH a determinadas prestaciones sociales*”, a “*ampliación del contenido a determinadas prestaciones sociales*” e a “*aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado a los derechos sociales de prestación*”³⁸².

Nada obstante, a técnica indireta tem sido aplicada pelo TEDH de forma cautelosa nos direitos sociais de prestação, inadmitindo diversas demandas com base na doutrina da margem nacional de apreciação³⁸³, sendo que as principais exceções estão relacionadas a casos relativos a danos que são de responsabilidade direta dos Estados, quando envolvem pessoas sob custódia, como reclusos e, por fim, a vulnerabilidades especiais como minorias étnicas e pessoas com incapacidades³⁸⁴.

³⁸⁰ CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 441, p. 443.

³⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 213.

³⁸² CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 452-453.

³⁸³ Sobre a teoria, cf. SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018 p. 324-337.

³⁸⁴ CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 451-452.

Nesse caminhar, é possível encontrar na doutrina a indicação de determinados casos considerados paradigmáticos no cenário europeu. Por exemplo, o *caso Feldbrugge vs. Netherlands*³⁸⁵, no qual foi garantido o direito à previdência social através da garantia do direito de ampla defesa, previsto no art. 6.1 da CEDH, que não foi respeitado na esfera administrativa ao suspender sua prestação securitária³⁸⁶.

No caso *López Ostra vs. España*³⁸⁷ foi garantido o direito social à saúde, também mediante justiciabilidade indireta, mediante declaração de ofensa do direito à vida privada e familiar, previsto no art. 8º da CEDH, uma vez que a poluição causada por um sistema industrial de uma empresa privada afetou a saúde da demandante³⁸⁸. O caso é interessante por envolver uma ampla análise de diversas espécies de direitos humanos, uma vez que transita por fundamentações que envolvem direitos civis, sociais e ambientais. Verifica-se da leitura da sentença que uma indústria instalou em terreno pertencente ao Estado e mediante subvenção, uma planta depuradora de água e resíduos na cidade de Lorca, numa distância de doze metros da residência da autora. A decisão narra que indústria “*causó emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminaciones (debido a su defectuoso funcionamiento) que provocaron inmediatamente problemas de salud y molestias a numerosos habitantes de Lorca, y en especial a los del barrio de la actora*”. Reconhece, ainda, “*que podía existir un nexo de causalidad entre las citadas emanaciones y las afecciones padecidas por la hija de la actora*”. Para acolher o pedido, o TEDH invocou o art. 8º da CEDH, no sentido que toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e de sua correspondência. O tribunal afirmou que “*los daños graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de tal modo que su vida privada y familiar se vea perjudicada, sin por ello poner en grave peligro la salud de la interesada*”. Além disso, ao estabelecer as reparações, deixou claro que “*las molestias provocadas por las emanaciones de gases, los ruidos y los olores provenientes de la factoría, sufrió angustia y ansiedad al ver que la situación se prolongaba y que el estado de salud de su hija se degradaba*”³⁸⁹.

³⁸⁵ TEDH. *Caso Feldbrugge vs. Netherlands*. Julgado em 29 mai. 1986. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Feldbrugge%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57486%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Feldbrugge%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57486%22]}). Acesso em: 27 nov. 2023.

³⁸⁶ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 164-165.

³⁸⁷ TEDH. *Caso López Ostra vs. Espana*. Julgado em 09 dez. 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164373>. Acesso em: 24 nov. 2021.

³⁸⁸ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 165.

³⁸⁹ TEDH. *Caso López Ostra vs. Espana*. Julgado em 09 dez. 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164373>. Acesso em: 24 nov. 2021.

Piovesan também ressalta como paradigmático o caso *López Ostra vs. España*, bem como acrescenta o caso *Taskin vs. Turkia*³⁹⁰, o qual está relacionado a riscos decorrentes de atividades de mineração de ouro. O Tribunal entendeu que o Estado não tomou providências necessárias para resguardar a vida privada e familiar, afetando o bem-estar das pessoas. Com outros olhos, estava em jogo o desencadeamento de problemas de saúde e risco de vida de pessoas que residiam próximas à mina³⁹¹.

Dentro desse movimento interpretativo da Corte, vê-se que a forma indireta não torna a proteção necessariamente insuficiente, uma vez a jurisprudência do TEDH “[...] tem sido satisfatória, e, por conseguinte, a efetividade dos direitos sociais tem sido assaz significativa no palco europeu [...]”³⁹².

Trocando de sistema regional, indique-se que o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos tem sua origem na constituição da Organização dos Estados Africanos (OUA) em 1963. Todavia, somente em 1981, que é adotada a Carta Africana de Direitos

³⁹⁰ TEDH. *Caso Taskin vs. Turkia*. Julgado em 10 de nov. 2004. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22taskin%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-67401%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22taskin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-67401%22]}). Acesso em: 27 jan. 2023.

³⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 214.

³⁹² AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 111. Uma explicação adicional sobre o continente europeu é necessária. Com efeito, “é importante ainda salientar que o sistema europeu possui uma particularidade. Diferentemente do sistema americano, em que os blocos regionais estão praticamente sem força, como no caso do Mercosul, e não possuem órgãos jurisdicionais ativos, a União Europeia se submete a outro tribunal, além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que é o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com sede em Luxemburgo, conforme se examinará, mais detalhadamente, adiante. E, como base normativa, este observa, entre outros instrumentos normativos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esta, por sua vez, contempla gama maior de direitos, pois além das proteções mais comuns, como a tutela da vida, da integridade, proibição de tortura e de trabalho escravo, a Carta da União Europeia prevê expressamente o direito à educação no art. 14º, o direito ao trabalho no 15º, a proteção contra a despedida sem justa causa no 30º, a proibição do trabalho infantil no 32º, a proteção da saúde no 35º, além de outros”. (AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 113). Além disso, após a assinatura do Tratado de Lisboa, em 2007, a União Europeia passou a contar com uma “[...] declaração de direitos, comuns a todos os cidadãos europeus, constituindo um passo importantíssimo para a absorção dos valores próprios do constitucionalismo. Assim, os direitos expressos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foram introjetados no Tratado de Funcionamento da União Europeia, que assumiu feição de Constituição, inaugurando uma nova ordem política para a região”. (AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 115). Em razão disso, Azevedo Neto salienta que “[...] embora a Convenção Europeia tenha sido pouco específica em relação aos **direitos sociais**, criando óbices à justiciabilidade direta, os demais instrumentos normativos agregaram disposições acerca desses direitos, permitindo uma ampla proteção no território europeu. De tal forma, a justiciabilidade indireta dos **direitos sociais** vem sendo amplamente exercitada, porém, a direta também tem sido possível, seja pelo art. 11 da citada Convenção, seja pelo art. 2º do Protocolo n. 1, ou mesmo pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e de seu Tratado de Funcionamento, mormente sob a nova égide instaurada após o Tratado de Lisboa.” (AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 115, grifos no original). No entanto, advirta-se que “[...] o Tribunal de Justiça da União Europeia não faz parte propriamente do Sistema de Direitos Humanos”. (AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 167).

Humanos e dos Povos, concedendo à OUA um mandato protetor dos direitos humanos. A Organização dos Estados Africanos foi substituída pela União Africana (UA) em 26 de maio de 2001. Quanto ao seu sistema orgânico, inicialmente o sistema de proteção era composto apenas pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, inaugurada em 29 de julho de 1987, com sede em Banjul, na Gâmbia. Todavia, o sistema foi reformulado pelo Protocolo à Carta Africana de 1998, com entrada em vigor em 2004, passando a contar também com o Tribunal Africano de Direitos Humanos e Direitos dos Povos, situado em Arusha, na Tanzânia³⁹³.

No sistema africano, como regra, apenas a Comissão, os Estados e as organizações africanas intergovernamentais podem submeter casos à Corte, tanto de direitos civis e políticos, como de direitos econômicos, sociais e culturais, conforme dispõe o art. 5º do Protocolo que instituiu a Corte³⁹⁴. Todavia, o Protocolo prevê, em seu art. 34.6, a possibilidade de judicialização direta de ações por qualquer indivíduo, inclusive os sociais, desde que haja uma declaração especial realizada pelo Estado-membro³⁹⁵.

Essa possibilidade de judicialização ampla de direitos decorre da singularidade do sistema africano, que *não dividiu a proteção dos direitos humanos de cunho liberais dos sociais em dois diplomas normativos*, ao contrário dos demais sistemas. Desde o seu preâmbulo a Carta Africana reconhece que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade³⁹⁶. E, de forma singular, afirma que a satisfação dos direitos sociais garante o gozo dos direitos civis e políticos³⁹⁷.

Nesse sentido,

[d]iferentemente dos estatutos de direitos humanos dos sistemas internacionais de proteção que precederam o sistema africano, a Carta de Banjul traz em um único diploma tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais, o que é um avanço daquele sistema no campo do direito positivo, já que esse paradigma precede o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos consagradas na Declaração de Viena. O texto da Carta Africana, aliás, sequer diferencia essas categorias, dispondo indistintamente sobre todas as dimensões de direitos³⁹⁸.

³⁹³ FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-84.

³⁹⁴ OUA. *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the establishment of na African Court on Human and People's Rights*, 1998.

³⁹⁵ OUA. *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the establishment of na African Court on Human and People's Rights*, 1998.

³⁹⁶ OUA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981.

³⁹⁷ OUA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981.

³⁹⁸ FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78-79.

São três os artigos da Carta de Banjul que disciplinam diretamente os direitos sociais. O art. 15 refere que toda pessoa tem direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias, bem como de igual remuneração por trabalho igual. O art. 16 disciplina o direito à saúde, tanto no seu aspecto físico e mental. Por fim, o art. 17 dispõe que toda pessoa tem direito à educação, bem como de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade³⁹⁹.

Conforme Azevedo Neto, “[...] pela data de entrada em funcionamento, a Corte Africana de Direitos Humanos é relativamente recente e não possui a mesma maturidade que as cortes europeia e interamericana”⁴⁰⁰. Diante desse panorama, o autor afirma “[...] que os casos envolvendo direitos sociais praticamente não chegaram a ser analisados mais detidamente”⁴⁰¹.

Além disso, é um sistema que “sofre certa influência de questões políticas”⁴⁰². Ramos destaca que “há, entre os 54 (sic) Estados africanos membros [da UA], ditaduras longevas, com líderes no poder há décadas”⁴⁰³.

De fato, em pesquisa ao site da Corte, verifica-se no campo das estatísticas a existência de 324 casos no total, com 116 (36%) finalizados. Informação interessante é que 300 foram submetidos por indivíduos, 21 por ONGs e apenas 3 pela Comissão⁴⁰⁴.

Nesse caminhar, Azevedo Neto cita três casos submetidos ao Tribunal Africano relacionados aos direitos sociais que não resultaram em decisões importantes para a justiciabilidade. Indica que no caso *Frank David Omary e outros vs. República da Tanzânia*, relacionado ao não pagamento de salários, a petição foi tida por inadmissível. No caso *Urban Mkandawire vs. República de Malawi*, cujo objeto era a dispensa arbitrária, novamente, a Corte decidiu pela inadmissibilidade da inicial por questões processuais. Por fim, no caso *Sindicato de Professores vs. República do Gabão*, no qual se alegava violação de direitos sindicais, a

³⁹⁹ OUA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981.

⁴⁰⁰ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 173.

⁴⁰¹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 174. Além disso, Ramos salienta que se trata de uma Corte desconhecida e que já se encontra em transformação. Com efeito, “ao invés de reforçar os mecanismos de efetivo funcionamento da Corte, com a ampliação da legitimidade ativa e dotação orçamentária adequada, a União Africana decidiu, em 2006, pela fusão entre o Tribunal de Justiça da União Africana (mencionado no ato constitutivo da União Africana e prevista pelo Protocolo de Maputo de 2003) e a Corte ADHP, formando a Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos. O Protocolo de criação da Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos foi elaborado em 2008, na Assembleia da UA em Sharm El-Sheikh (Egito)”. Todavia, atualmente, “apenas seis países ratificaram o Protocolo de Fusão (Burkina Fasso, Mali, Benim, Congo, Líbia e Libéria), longe do número mínimo de 15 ratificações para a sua entrada em vigor”. (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 295-296).

⁴⁰² AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 173.

⁴⁰³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 293. Atualmente são, na verdade, 55 Estados, em decorrência da volta do Marrocos na UA.

⁴⁰⁴ Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic>. Acesso em: 11 nov. 2021.

denúncia não foi analisada pelo fato do país não ter aceitado a jurisdição contenciosa do Tribunal⁴⁰⁵.

Sobre o impacto do sistema africano nos direitos sociais refere Azevedo Neto:

Enfim, embora tenha merecido menção porque faz parte dos sistemas, a Corte ADHP pouco contribui para o fortalecimento dos direitos humanos, ainda. Esperamos que, com o passar do tempo, a Corte possa ter papel relevante, sobretudo porque tem ao seu dispor a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que prevê expressamente os direitos sociais merecedores de proteção, tendo as melhores ferramentas para a justiciabilidade desses⁴⁰⁶.

No mesmo sentido é a leitura de Ramos:

Já os direitos humanos tidos como sociais em sentido amplo, consagrados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entre outros, não possuem o mesmo tratamento no que tange aos mecanismos de apuração de violações cometidas pelo Estado. *A Corte africana seria uma exceção digna de nota, mas a ausência de casos apenas confirma a desigualdade de tratamento com os direitos civis e políticos*⁴⁰⁷.

Portanto, nada obstante sua estrutura seja propícia para a efetivação dos direitos sociais, trata-se de um sistema ainda em maturação que não produziu grandes precedentes em relação à matéria.

Assim, é possível afirmar que o sistema europeu, mesmo tendo um modelo convencional restritivo, ao não permitir a judicialização direta dos direitos sociais com base na CEDH ou na Carta Social Europeia e seu Protocolo Adicional, está sendo capaz de cumprir seu mandato protetivo através da proteção indireta pela interpretação ampliativa dos direitos civis e políticos.

O mais jovem dos sistemas, o sistema africano, é o mais bem estruturado em termos de acesso à Corte Regional e a possibilidade de judicialização de direitos sociais, uma vez que não contempla as restrições convencionais de seus similares. Todavia, ainda não foi capaz de produzir um modelo concreto de proteção adequado às pessoas, diante da ausência de julgamentos enfrentando problemas sociais. Trata-se de evidente limitação do presente do presente trabalho, mas que se abre para acompanhamento e futuras pesquisas.

⁴⁰⁵ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 174.

⁴⁰⁶ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 174.

⁴⁰⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 345, grifos nossos.

Ao comparar-se com o sistema americano, tem-se que ele seguiu por diversos anos os passos de seu irmão europeu, utilizando-se da judicialização indireta para o tratamento dos direitos sociais, recusando aplicação ao art. 26 da CADH, já que o PSS, de modo expresso, somente permite a proteção dos direitos à educação e liberdade sindical. Todavia, desde o julgamento do caso *Lagos del Campo vs. Peru*, em 2017, deu um grande passo na sua interpretação, passando a aceitar a judicialização direta dos direitos sociais com base do art. 26 da CADH, mesmo que dentro de uma corte dividida, conforme já analisado na primeira parte do trabalho.

Nada obstante, os resultados desse tópico oferecem uma compreensão organizada para a comparação dos três sistemas, bem como apontam para a inexistência de um modelo de direito positivo que possa ser apontado como mais adequado. A eficácia do mandato protetor dos direitos sociais parece estar mais atrelada para a capacidade das Cortes de Direitos Humanos em trabalharem com o atual material convencional, propondo interpretações criativas para a soluções dos problemas de direitos sociais que enfrentam, do que em razão da estrutura formal a qual estão submetidas. Obviamente, um sistema estruturado de forma mais abrangente, com material convencional e jurisprudencial sobre DESCAs parece oferecer planos de trabalho de maior eficácia e desenvolvimento da matéria.

O importante é ficar assentado que não sustenta mais a separação em categorias das várias espécies de direitos, sendo a interdependência e indivisibilidade a teoria que melhor explica a dinâmica dos direitos humanos. Reconheça-se que indivisibilidade e a interdependência faz parte do cotidiano das cortes de direitos humanos como método de análise e julgamento dos casos. Os casos do Tribunal Europeu aqui referenciados contemplam complexas demandas de direito ambiental analisadas pelos olhares do direito à vida e à privacidade. A Corte Interamericana também nunca deixou de proteger os DESCAs através desse olhar.

Além disso, para aqueles que são apegados a uma defesa baseada num positivismo exegético, a indivisibilidade e interdependência está contemplada expressamente nas mais recentes convenções de direitos humanos. Além da multicitada Declaração de Viena de 1993, lembre-se da recente CIPDHI e, de forma paradigmática, o atual Sistema Regional Africano.

Por fim, e de central importância para o fio condutor do presente trabalho, destaque-se que não se sustenta mais a defesa que os direitos sociais não podem ser tratados de forma direta no âmbito de Cortes Internacionais. O atual tratamento convencional da matéria no âmbito da

ONU⁴⁰⁸ e o do Sistema Africano demonstram que essa ideologia definitivamente faz parte do passado. Da mesma forma, no âmbito interamericano, a previsão de justiciabilidade direta de direitos sociais prevista na Convenção de Proteção dos Idosos demonstra o melhor caminho a ser perseguindo no sistema.

Com isso, diga-se que a exigibilidade e justiciabilidade dos direitos sociais no plano internacional não está baseada apenas na noção de interdependência e indivisibilidade mediante a técnica indireta através dos direitos à vida, à privacidade, à propriedade, dentre outros. Esse é hoje apenas um caminho, uma faceta no tratamento do assunto. No desenvolvimento do tema, Trindade demonstra que outras doutrinas foram surgindo como forma de fortalecimento dos DESCAs. O doutrinador cita (a) a tese das obrigações mínimas; (b) a tese que os direitos sociais não contemplam apenas obrigações progressivas, mas também possuem aspectos de exigibilidade imediata; (c) a tese das obrigações distintas: “[...] de respeitar, de proteger, de assegurar, e de promover, atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais”; (d) a tese da identificação de componentes justiciáveis como o direito à educação em suas mais variadas formas (liberdade, acesso, primária obrigatória e gratuita), à moradia e ao acesso à saúde. Todos esses padrões, afirma o citado autor, são fortalecidos quando acoplados à ótica da proibição de discriminação que é uma obrigação imediata dos estados em relação aos DESCAs, que independem de qualquer componente relacionado a exigência de recursos financeiros⁴⁰⁹. Algumas dessas noções, que inclusive foram encampadas pela Corte IDH em suas decisões, merecem uma melhor compreensão, o que será realizado no próximo tópico.

2.1.2 A natureza das obrigações impostas pelas categorias dos direitos humanos e as consequências dessa classificação para a progressividade e não regressividade dos direitos humanos sociais

Como salientado na análise dos casos da Corte IDH, o juiz Vio Grossi utilizou para negar a aplicação do art. 26 o conhecido fundamento do caráter programático dos direitos

⁴⁰⁸ Lembre-se que no âmbito global o tratamento diferenciado de tratamento dos direitos sociais deixou de existir, com a superação da existência apenas do sistema de relatórios para o monitoramento dos DESC. O PIDESC ganhou um Protocolo Facultativo (PF-PIDESC), aprovado em 10 de dezembro de 2008, com vigência a partir de 5 de maio de 2013, atribuindo competência jurisdicional ao CDESC, que passa a também a receber petições individuais com alegações de violações dos DESC. Portanto, hoje, o CDESC possui duas competências: interpretativa, exercida através da expedição dos chamados Comentários Gerais; e contenciosa, abrangendo os Estados-partes que aderiram ao Protocolo Facultativo. Nada obstante, o Brasil ainda não ratificou o Protocolo Facultativo.

⁴⁰⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998, p. 200-201.

sociais, o que retiraria a respectiva exigibilidade judicial. Realmente, verifica-se na teoria dos direitos sociais, a afirmação que eles contemplariam normas prestacionais programáticas ou, quando muito, com obrigações progressivas, sendo limitadas ou não justiciáveis. Por outro lado, os direitos civis e políticos contemplariam obrigações negativas de natureza imediata plenamente exigíveis. É a dicotomia que imperou na fase de negociação dos tratados de direitos humanos, exceto para o Sistema Africano, conforme apontado no início de ambas as partes do presente trabalho⁴¹⁰.

Todavia, será visto no presente tópico que essa visão não resiste a uma análise da doutrina e das normas do direito internacional, com repercussão na atividade judicial. É mais aceito hoje que os direitos sociais seriam direitos fundamentais ou humanos, com obrigações imediatas, outorgando direitos subjetivos aos seus titulares, exigíveis judicialmente.

Um ponto de partida para discussão é o texto de Atria, que questiona sobre a existência dos direitos sociais. Para Atria, “[...] se a noção de direito é entendida por referência à ideia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em termos”⁴¹¹. Para ele somente existe direito subjetivo em sentido jurídico quando alguém: “(i) tenha uma obrigação”; “(ii) cuja exigibilidade está juridicamente mediada pela declaração de vontade de outra”; e “(iii) que seja reconhecida ou criada pelo direito em atenção ao interesse desta outra”⁴¹². Em sendo assim, como entende que os direitos sociais são fruto de uma construção socialista, cuja base está na solidariedade, ou seja, onde “cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades”⁴¹³, afirma não ser possível concebê-los como direitos subjetivos, uma vez que a solidariedade⁴¹⁴ não contém uma obrigação que possa ser exigida judicialmente.

Robles, analisando a Constituição Espanhola, que nega a possibilidade de juízes efetivarem direitos sociais diretamente com base no texto constitucional, chega a afirmar que “é evidente que se trata de princípios de política legislativa e não de autênticos direitos

⁴¹⁰ Cf. os aspectos gerais no ponto 1.1 e os aspectos dos sistemas regionais no ponto 2.2.

⁴¹¹ ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari. (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Amprgs, 2005, p. 9.

⁴¹² ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari. (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Amprgs, 2005, p. 16-17.

⁴¹³ ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari. (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Amprgs, 2005, p. 24.

⁴¹⁴ Para Maia Filho e Wirth, “o princípio da solidariedade se revela como resposta eficaz a esse objetivo, comprometendo toda a sociedade na busca de uma existência melhor, mais justa. Vê-se que a solidariedade é um dever de natureza jurídica imposto a todos, do qual o julgador não pode se furtar sob a pálida justificativa de sua atuação estar limitada aos ditames das normas positivadas”. (MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. *Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 203).

subjetivos, e menos ainda de direitos fundamentais. Ainda que continuem sendo chamados direitos, não os são se lhe falta a proteção legal adequada”⁴¹⁵.

No mesmo caminho, Starck afirma que “os direitos sociais são apenas a manifestação especial de uma razoável doutrina dos fins do Estado”⁴¹⁶. Para ele, existem diferenças na estrutura dos direitos de abstenção – civis e políticos - e dos direitos de prestação – sociais - sendo que esse últimos teriam normas com maior abstração, difíceis de serem concretizadas diretamente, bem como exigiriam gastos elevados para a sua concretização⁴¹⁷. Com isso, afirma que, “em princípio, existem direitos fundamentais sociais apenas na medida da política social expressa nas leis”⁴¹⁸.

As contestações realizadas por esses três autores serão confrontadas por outras construções que serão analisadas ao longo deste capítulo. Nesse sentido, a impossibilidade de os direitos sociais serem vistos como verdadeiros direitos subjetivos será debatida dentro da teoria dos direitos fundamentais⁴¹⁹. Igualmente, as diferenciações relacionadas a elevada abstração das normas, da diferença na estrutura das obrigações e dos elevados custos dos direitos sociais serão desmistificadas por essa mesma doutrina, como será visto adiante.

De fato, essa visão restritiva sobre os direitos sociais, sabe-se, foi superada no âmbito de diversas jurisdições nacionais, sendo o Brasil um exemplo⁴²⁰. De um modo geral, nenhum jurista de boa-fé negaria a possibilidade de buscar a efetivação de direitos sociais no judiciário brasileiro.

Infelizmente, no âmbito internacional, ainda apresenta certa resistência como visto nos votos vencidos sobre a temática na Corte IDH, não sendo ainda unânime o desenvolvimento de uma concepção que Cortes Internacionais possam interferir em direitos sociais nas jurisdições dos Estados-partes. Nada obstante, diversos alicerces sobre essa concepção restritiva já foram

⁴¹⁵ ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005, p. 9. No mesmo sentido, analisando também a Constituição Portuguesa da década de 70, cf. STARCK, Christian. Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009, p. 282.

⁴¹⁶ STARCK, Christian. Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009, p. 284.

⁴¹⁷ STARCK, Christian. Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009, p. 287.

⁴¹⁸ STARCK, Christian. Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009, p. 288.

⁴¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011; ROTHENBURG; Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim*. Salvador: Juspodivm, 2021.

⁴²⁰ LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 99-105, 2009.

colocados em dúvida, podendo-se invocar a jurisprudência da Corte IDH, a CIPDHI, bem como o Sistema Regional Africano de Direitos Humanos, todos assuntos já tratados anteriormente.

Trindade indica que no direito internacional a doutrina clássica da separação entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais não resistiu por muito tempo, diante da construção moderna da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Como marco inicial da adoção da indivisibilidade e interdependência entre as duas categorias aponta a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, no ano de 1968⁴²¹.

Como afirmam Abramovich e Courtis, enxergar os direitos sociais apenas como meras normas programáticas, que não outorgam direitos subjetivos e não são justiciáveis, é mais uma questão de ideologia do que de dogmática jurídica. Para os autores, os direitos sociais são justiciáveis, “[...] *justiciabilidad entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho*”⁴²².

Nessa linha de argumentação, Abramovich e Courtis abordam quatro obstáculos normalmente suscitados contra a exigibilidade judicial dos direitos sociais. O primeiro seria a (in)determinação pela norma da conduta devida, ou seja, a densificação do conteúdo e do alcance do direito. O segundo seria a autorrestrição do Poder Judiciário para analisar questões políticas e técnicas, que são próprias de órgãos executivos. O terceiro seria a inadequação dos mecanismos processuais tradicionais, moldados para trabalhar com direitos civis clássicos, especialmente os patrimoniais. O quarto seria a pouca tradição do controle judicial na matéria⁴²³.

Olhando para os obstáculos citados, em especial sobre a indeterminação das normas de direitos sociais, destaque-se que essa abstração não é algo exclusivo dos direitos sociais, sendo que normas de direitos civis também podem e, na verdade, demandam esforço para a

⁴²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998, p. 180-181.

⁴²² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021. Para uma visão completa dos argumentos dos autores, cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

⁴²³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021

determinação do seu conteúdo⁴²⁴. De forma correta, Pisarello destaca que “*todos los derechos, en realidad, presentan <zonas de penumbra> y un <núcleo de certeza> del que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para los poderes públicos*”⁴²⁵. Especificamente sobre a determinação do núcleo de certeza, utiliza-se de “*convenciones lingüísticas y prácticas hermenéuticas que pueden evolucionar y modificarse a partir de nuevos desarrollos interpretativos*”⁴²⁶.

Aliás, aponte-se que um dos princípios interpretativos do DIDH é o princípio da máxima efetividade ou do efeito útil (*effet utile*). O comando do princípio é “[...] *assegurar às disposições convencionais seus efeitos próprios, evitando-se que sejam consideradas meramente programáticas*”⁴²⁷. Portanto, para o DIDH a vagueza e indeterminação dos textos convencionais não retira do juiz o dever de extrair o comando normativo para a regulação do caso concreto. Como afirma Pisarello, ser vago e indeterminado não significa ser ininteligível e, muito menos, uma tarefa insuperável para o intérprete⁴²⁸.

Pisarello, aliás, demonstra que os direitos sociais não são estruturalmente diferentes dos direitos civis e políticos, tratando-se na verdade, de um dos mitos que pairam sobre os direitos sociais. É incorreto afirmar que os direitos civis e políticos comportam apenas obrigações negativas para o Estado, enquanto os direitos sociais comportam apenas obrigações positivas ou prestacionais. Tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais contemplam nas suas estruturas prestações negativas e positivas, bem como prestações normativas. Segundo ele, todos os direitos possuem uma *faceta poliédrica*, contemplado obrigações negativas de respeito, obrigações positivas de promoção e satisfação e obrigações de proteção. Da mesma forma, dizer que apenas os direitos sociais, por envolverem a outorga de prestações, envolvem custos elevados para as suas satisfações, desconsidera o alto custo que a garantia de direitos individuais pode demandar. Todos os direitos humanos custam⁴²⁹.

⁴²⁴ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021

⁴²⁵ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 67.

⁴²⁶ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 67.

⁴²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b. p. 136, grifos do autor.

⁴²⁸ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 67.

⁴²⁹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 60-61.

Sobre a autorrestrrição do Poder Judiciário para a análise de questões políticas e técnicas, que seriam próprias de órgãos executivos, de fato, trata-se de um limite considerável para o processo cognitivo de um processo judicial, mas não totalmente insuperável. Como argumentam Abramovich e Courtis, nem sempre uma demanda que trate de direitos sociais necessariamente vai envolver questões políticas e técnicas, razão pela qual o argumento não pode ser invocado para retirar a exigibilidade judicial. Além disso, a partir da própria conduta estatal adotada em determinada política é possível realizar um controle jurídico de omissão ou excesso⁴³⁰. Por fim, é possível lembrar que o Poder Judiciário seguidamente analisa demandas com questões políticas e técnicas em outras áreas, como no direito tributário, empresarial, sucessório, sem que haja contestações tão fortes sobre a impossibilidade de controle⁴³¹.

Defende-se, ainda, que a inadequação dos mecanismos processuais tradicionais, moldados para trabalhar com os chamados direitos civis clássicos, seria empecilho para a exigibilidade judicial dos direitos sociais. Trata-se de argumento frágil, pois na inexistência de meios para trabalhar com direitos sociais o caminho é criá-los e não impedir sua efetivação judicial. De qualquer forma, o direito processual civil tem evoluído nos seus mecanismos de tutela, deixando de ser um local apenas para o enfrentamento de direitos privados e individuais, alçando para o seu ambiente mecanismos para defesa de direitos coletivos e demandas estruturais⁴³². Essas medidas estruturantes, inclusive, como já visto na primeira parte deste trabalho, fazem parte dos meios utilizados pela Corte IDH em suas sentenças.

Finalmente, diz-se que seria de pouca tradição o controle judicial na matéria de direitos sociais. Trata-se, na verdade, de uma questão ideológica e cultural dos sistemas jurídicos⁴³³. Se ainda existem barreiras para o tratamento em juízo dos direitos sociais, diga-se que é uma tradição que paulatinamente tem sido suplantada⁴³⁴.

Portanto, vê-se que há aportes para demonstrar a artificialidade da dicotomia entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Com afirma

⁴³⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021

⁴³¹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 95.

⁴³² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021

⁴³³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁴³⁴ Cf. LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 99-105, 2009.

Trindade, “[e]m definitivo, todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no quotidiano de nossas vidas: é está uma realidade inescapável. Já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos”⁴³⁵.

Em uma primeira aproximação é a visão de direitos humanos da Corte IDH, conforme se pode ver no seguinte trecho retirado do voto do juiz brasileiro no caso *Guevara Díaz vs. Costa Rica*:

39. También observo que la Corte ha consolidado desde hace tiempo el entendimiento de que todos los derechos requieren, en cierta medida, una aplicación positiva y políticas públicas estructuradas, tanto si están redactados de forma negativa, incorporando predominantemente pretensiones de abstención (como en el caso de los derechos civiles y políticos), como si están redactados de forma positiva, para estructurar pretensiones de acción estatal para su implementación. Todos dependen, en última instancia, de los recursos del Estado y de la acción permanente de las instituciones y burocracias que se mantienen a nivel nacional para lograr una eficacia real.

40. La constatación de la incompatibilidad de la división artificial de los derechos humanos en "categorías" determinadas por dimensiones "negativas" o "positivas" de protección (o en "generaciones" referidas a una supuesta sucesión cronológica) deriva de una comprensión renovada y favorable a la agregación de nuevas dimensiones de tutela (normalmente de carácter provisorio) a la comprensión del núcleo esencial de todos los derechos. Por lo tanto, creo que es inapropiado que las objeciones relacionadas con la dificultad de implementar los DESCAs justifiquen el veto a su justiciabilidad directa ante este tribunal. El carácter "inmediato" y "gratuito" que se asocia exclusivamente a la aplicación de los Derechos Civiles y Políticos es una idea errónea que ya ha sido corregido por esta Corte, cuya autoridad argumentativa depende siempre, conviene reiterarlo, del entierro de las rediscusiones periódicas de la justiciabilidad de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención.⁴³⁶

Diz-se numa primeira aproximação, pois, infelizmente, Trindade aponta que a dicotomia renasceu – ou resistiu! - mesmo que de forma matizada, no Protocolo de São Salvador e na doutrina dos direitos sociais da ONU que interpretou o PIDESC, quando se passou a enxergar que os direitos sociais contemplariam aspectos de exigibilidade imediata e aspectos de progressividade⁴³⁷. Ou seja, ao se manter a características da progressividade, mesmo que não seja mais a única e principal faceta dos direitos sociais, abre-se espaço para a inefetividade e postergação no tempo na busca da plena realização.

Essa dualidade foi adotada pela Corte IDH na atribuição de conteúdo ao art. 26 da CADH nos casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT*, tendo por base o precedente do caso

⁴³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998, p. 198.

⁴³⁶ CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, paras. 39-40.

⁴³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998, p.189.

*Poblete Vilches*⁴³⁸, ao se construir o argumento de justiciabilidade direta com base nas obrigações imediatas à luz dos Comentários Gerais n. 3 e n. 19 do CDESC do PIDESC, esse último específico sobre seguridade social. Para uma melhor compreensão, transcreve-se de forma direta o capítulo terceiro da Observação Geral n. 19:

III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

A. Obligaciones jurídicas generales

40. Si bien el Pacto prevé una aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que plantean los limitados recursos disponibles, **también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato**. Los Estados Partes tienen **obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12**. Estas medidas deben ser deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social.

41. El Comité reconoce que el ejercicio del derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados Partes, pero observa que la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado. Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional. De ser necesario, deben tratar de obtener cooperación y asistencia técnica internacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

42. **Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte.** El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos

⁴³⁸ Lembre-se: “*Asimismo, este Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCs, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.*” (CORTE IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, p. 104, negritos nossos).

*en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.*⁴³⁹

A primeira parte da interpretação realizada pelo CDESC indica a existência de obrigações imediatas aos Estados-membros em matéria de seguridade social. Portanto, o argumento da inexistência de obrigações imediatas na estrutura dos direitos sociais não mais subsiste para o direito internacional. Seria inconveniente qualquer fundamentação que apenas referenciasse o caráter progressivo sem enfrentar as obrigações de natureza imediata. Especialmente, não há lugar para políticas que não garantam direitos sociais sem discriminação alguma ou que tratam de forma diferenciada os direitos de homens e mulheres, argumentos que devem ser apreciados judicialmente em casos concretos ao se realizar o controle de convencionalidade. Sobre o princípio da não-discriminação no âmbito dos direitos sociais, destaque-se a doutrina de Trindade:

Na verdade, o princípio básico da igualdade ou não-discriminação é um *Leitmotif* que permeia todo o *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos. Assim sendo, aplica-se em relação a todas as categorias de direitos. No passado, a doutrina e a jurisprudência muito desenvolveram as consequências jurídicas das violações do princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, às liberdades clássicas, mas curiosamente omitiram-se de fazê-lo também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. Somente nos últimos anos têm voltado a atenção a estes. Trata-se de uma mudança de postura alentadora, porquanto já não faria sentido levar às últimas consequências as violações do princípio da não-discriminação no tocante tão-somente aos direitos civis e políticos, e continuar tratando as mesmas violações em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais complacentemente como meras consequências adversas das políticas econômicas ou públicas dos Estados, se não como uma simples e lamentável fatalidade... Essa visão desequilibrada e distorcida já não tem lugar em nossos dias. A aplicação equânime do *princípio da não-discriminação*, com todo o seu potencial, em relação a todos os direitos humanos, desvenda um caminho amplo e fértil, na atual busca de uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, tão negligenciados no passado⁴⁴⁰.

Como lembram Courtis e Abramovich, o dever de não-discriminação, além de ser uma obrigação imediata, também desmistifica a ideia de que direitos sociais contemplariam apenas obrigações positivas, um fazer. Segundo os autores, “*el incumplimiento de este tipo de obligaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales*

439 ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social* (artículo 9), 4 Febrero 2008, E/C.12/GC/19. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em 10 abr. 2022.

440 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998, p. 202-203.

y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos”⁴⁴¹.

Além das obrigações imediatas de não discriminação e da igualdade de direitos entre homens e mulheres, o CDESC também aponta a obrigação de adotar medidas para alcançar a plena concretização dos arts. 11.1 e 12 do PIDESC. Ou seja, é obrigação imediata os Estados buscarem o direito a um nível adequado de vida para todos, inclusive à alimentação⁴⁴², vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua nas condições de vida. No mesmo caminho, também é obrigação imediata a garantia que toda pessoa possui de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental mediante a adoção de medidas que assegurem: a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; e d) e a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Mas existe uma crítica ao modo que a Corte IDH aplica essa doutrina das obrigações progressivas e imediatas. No caso *Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y Otros) vs. Honduras*⁴⁴³, que também aplicou a nova interpretação do art. 26 da CADH, inclusive para justicializar o direito à seguridade social, o juiz Sierra Porto, em seu voto concorrente, abriu tópico específico para tratar do assunto. O magistrado reitera sua já consagrada posição para negar a possibilidade de utilização do art. 26 para a justiciabilidade direta dos DESCAs e critica a jurisprudência do Tribunal que faz subsumir as prestações dos casos sempre no lado das obrigações imediatas.

⁴⁴¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021. Para Vaz: “Um limite constitucional às reformas que suprimem direitos, patamar que, sob pena de inconstitucionalidade, precisa ser respeitado, reside no princípio da ‘isonomia’”. No Brasil, vê-se claro que a limitação dos direitos da Seguridade Social, porque não alcança a todos de forma uniforme, senão que apenas a alguns grupos de trabalhadores, como é o caso da EC 103/2019, que deixou de fora do seu âmbito algumas categorias de trabalhadores, assim como os militares, sem qualquer fundamento razoável, omitindo-se de aplainar alguns direitos onerosos para a sociedade desta categoria, tidos como verdadeiros privilégios. Toda a legislação, inclusive a constitucional, que consagre consequências gravosas que se façam recair sobre determinado discrimen, infringe o princípio da igualdade, no sentido extado de interdição de toda a discriminação razoável, o que leva também à aplicação ao caso do princípio, de mais amplo raio, da proporcionalidade”. (VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz. *Judicialização dos Direitos da Seguridade Social*. Curitiba: Conceito Editorial, 2021, p. 137).

⁴⁴² Sobre o assunto, cf. SQUEFF, Tatiana Cardoso. *A efetivação do direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés descolonial: soft law como fonte libertadora e de resistência*. 368f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2018, p. 88.

⁴⁴³ CORTE IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

Para ele, o Tribunal não faz nenhuma “[...] *discinción entre las obligaciones de desarrollo inmediato y las de desarrollo progresivo, en particular, sin identificar cuál es el criterio diferenciador entre unas y otras desde el punto de vista de su contenido*”⁴⁴⁴. Enfim, o Tribunal mesmo adotando a distinção, parece atribuir maior peso para a plena exigibilidade dos direitos sociais, direcionando-se para uma posição dogmática que realmente não realiza hierarquizações entre direitos humanos. Talvez um dia chegue o momento da Corte IDH expressamente afastar a distinção entre obrigações imediatas e programáticas e assumir expressamente uma visão única sobre os DESCs.

Continuando a análise do Comentário Geral n. 19, destaque-se que a segunda parte da interpretação do CDESC aborda a questão da progressividade e não regressividade em matéria de seguridade social.

Sobre o conteúdo da progressividade destaque-se os seguintes aspectos:

*Este principio autoriza a los poderes públicos a desarrollar el contenido del derecho en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, en la medida que existan recursos disponibles. Sin embargo, no constituye una carta blanca que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la satisfacción del derecho en cuestión. Por el contrario, es un deber que entraña obligaciones concretas, comenzando por la de demostrar, cuando sean requeridos, que están realizando el máximo de esfuerzos y hasta el máximo de recursos – humanos, financieros, informativos, tecnológicos – para satisfacer el menos el contenido mínimo o esencial del derecho en cuestión y para soluciones, de manera prioritaria, a los grupos en mayores situación de vulnerabilidad*⁴⁴⁵.

O citado Comentário indica, primeiramente, que se presume a proibição da adoção de medidas regressivas nas políticas públicas de seguridade social. Todavia, caso sejam adotadas medidas restritivas, é ônus do Estado demonstrar que foi realizado um exame minucioso de todas as alternativas possíveis e que foi realizada uma justificação devida à luz de todos os DESC contemplados no PIDESC, sempre lembrando que é dever a utilização pelos Estados de todos os recursos financeiros possíveis em matéria de proteção social.

Caso políticas de seguridade social regressivas cheguem ao campo de apreciação do CDESC, sua análise levará em consideração se: a) o Estado demonstrou a existência de uma justificativa razoável das medidas restritivas adotadas; b) o Estado estudou de forma exaustiva

⁴⁴⁴ CORTE IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

⁴⁴⁵ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 66.

todas as medidas alternativas possíveis; c) o Estado propiciou a participação real de todos os grupos afetados no exame das medidas e alternativas propostas; d) o Estado adotou políticas direta ou indiretamente discriminatórias; e) o Estado adotou medidas que tiveram impacto sustentado no exercício do direito à segurança social ou efeito injustificado nos direitos adquiridos em matéria de seguridade social; f) o Estado adotou políticas que retirou de pessoa ou grupo o acesso ao nível mínimo indispensável de proteção social; e g) o Estado realizou uma revisão independente das medidas que foram adotadas em nível nacional.

Pisarello enxerga a obrigação de não regressividade nos direitos sociais como uma obrigação negativa para o Estado⁴⁴⁶. Mas, da mesma forma que previsto no Comentário Geral, aceita a possibilidade de reformas nas políticas públicas sociais, desde que respeitados certos limites. Segundo o autor:

Ciertamente, la idea de no regresividad no excluye la posibilidad de que puedan efectuarse reformas en ciertas políticas sociales, por ejemplo, para destinar esos recursos a clases o grupos en mayor situación de vulnerabilidad. Esa alternativa, sin embargo, no significa otorgar una carta en blanco a los poderes públicos: éstos deben probar, en todo caso, que la modificación que proponen redunde en una mayor protección de los derechos humanos o que sirva a la atención prioritaria de los grupos más vulnerables. También aquí, en definitiva, podría distinguirse entre un contenido básico, indisponible, y un programa de máximos susceptible de modulación normativa de acuerdo con las afinidades de los poderes políticos de turno y a las concretas circunstancias socio-económicas⁴⁴⁷.

A proibição de retrocesso, portanto, não é uma obrigação abstrata incapaz de ser utilizada em casos de previdência social em julgamento. É uma obrigação de caráter concreto prevista internacionalmente sindicável dentro dos juízos de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade⁴⁴⁸. Como já visto, é posição firme da Corte IDH desde *Acevedo Buendía* que a obrigação de progressividade é sindicável.

Como exemplo de sua aplicação na jurisdição nacional cite-se o RESP 1.411.258 que analisou a alteração do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, retirando o menor sob

⁴⁴⁶ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 62.

⁴⁴⁷ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 64.

⁴⁴⁸ Fachin, Cambi e Porto destacam que “o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU esclarece que a progressividade (*‘to take steps’*) deve envolver um conjunto de ações concretas na consecução desses direitos, e não na mera intenção de realizá-los. Progressividade supõe, nesses termos, atividades específicas, palpáveis e deliberadas na realização dos direitos de modo imediato e eficaz. Os passos a serem dados na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais deve impedir a retroação ao *status quo ante* menos protetivo, ou ainda, a inação”. (FACHIN, Melina Giradi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 184-185).

guarda da condição de dependente previdenciário de segurado da Previdência Social⁴⁴⁹. Em seu voto, o relator destacou que “[...] assim, se já definida uma orientação legal mais favorável à proteção dos hipossuficientes, não se afigura aceitável, do ponto de vista jurídico e sistêmico que, a partir da adoção de lei restritiva ocasional, dê-se a inversão da orientação até então

⁴⁴⁹ “*DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO. (...) 3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. 4. A alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente. 5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015. 6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico. 7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna). 8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva. 9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3o. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 10. Recurso Especial do INSS desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). REsp n. 1.411.258/RS. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em 11/10/2017, DJe de 21/2/2018, grifos nossos).*

vigente”⁴⁵⁰. Nada obstante o voto do Ministro Relator analisar detidamente as obrigações decorrentes da não regressividade dos direitos sociais, ele teria sido encaminhado com maior profundidade ao fundamentar também nas obrigações previstas no DIDH, o que, infelizmente, não foi feito. Em que pese já existirem sinais de mudança, como a Resolução n. 123 do CNJ, falta ainda uma cultura jurídica em buscar argumentos e diálogo com o direito internacional, especialmente interamericano, notadamente no âmbito dos direitos sociais de seguridade social.

Um dos maiores argumentos que rodeia as obrigações de progressividade e não regressividade é o econômico, especialmente em tempos de repetidas crises econômicas, sendo as políticas de previdenciários uma das principais a serem objeto de reformas para conter o gasto público. Em razão disso, é necessário aprofundar como o DIDH trabalha com essa questão, bem como se é possível extrair algo da jurisprudência da Corte IDH. Enfim, agora, cabe ingressar em aspectos que podem colaborar no controle de convencionalidade da invocação do argumento econômico. Trata-se de ponto central para a análise de qualquer estratégia que visualize as possibilidades e limites da justiciabilidade dos direitos sociais previdenciários à luz do *corpus juris* interamericano.

2.2 Possibilidades e limites para a justiciabilidade nacional e internacional dos direitos sociais previdenciários: como pode um caso de direito previdenciário ser analisado à luz do bloco de convencionalidade interamericano

O sistema de proteção internacional de direitos humanos rege-se pelo princípio da subsidiariedade. Portanto, como regra geral, antes de um caso chegar à Corte IDH, possui a jurisdição nacional primazia no tratamento das demandas que envolvam violações de direitos humanos. É por essa razão que a Corte IDH afirma que o juiz nacional é o primeiro juiz interamericano nas demandas de direitos humanos⁴⁵¹, devendo no desempenho das suas funções

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp n. 1.411.258/RS*. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 21/2/2018.

⁴⁵¹ “El ‘control difuso de convencionalidad’ convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva

exercer, além do controle de constitucionalidade de acordo com a disciplina do seu sistema jurídico, o controle de convencionalidade à luz do bloco de convencionalidade interamericano.

Somente após o esgotamento da jurisdição nacional ou enquadrando-se o caso nas exceções previstas na CADH e na jurisprudência da Corte IDH, as quais serão analisadas logo abaixo, é que estará aberto o caminho para o SIDH.

Para tanto, o presente ponto está dividido em dois subitens. No primeiro, almeja-se indicar a principal chave para o bloco de convencionalidade interamericano ser incorporado adequadamente no discurso judicial interno. No segundo, busca-se demonstrar como um caso pode ingressar dentro do procedimento contencioso do SIDH, em especial, com envio para a Corte IDH.

2.2.1 A internacionalização do direito previdenciário e o princípio pro persona na interpretação convencional previdenciária

Nesse ponto enfoca-se a justiciabilidade dos direitos sociais previdenciários no âmbito nacional à luz do sistema interamericano mediante o exercício do controle de convencionalidade. Realiza-se, nada obstante, um recorte no desenvolvimento do tema, uma vez que não se intenciona realizar um confronto específico do tratamento da política previdenciária nacional em face das convenções internacionais de direitos humanos⁴⁵². A intenção é apenas municiar o intérprete com conceitos gerais para, de forma independente, realizar seu trabalho criativo da sindicabilidade convencional.

Assim, aborda-se os aspectos relacionados ao princípio *pro persona*, norma chave para a correta sindicância da convencionalidade das leis, atos e políticas públicas nacionais. Sem o correto manejo do *pro persona* o mecanismo de proteção multinível dos direitos humanos pode resultar em uma proteção deficiente ou incorreta.

Para iniciar, diga-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) possui importantes julgamentos para a o desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos, inclusive em

“misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control’.” (CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Voto razonado del Juez ad hoc Ferrer MacGregor Poisto. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, para. 24).

⁴⁵² Para uma análise do controle de convencionalidade mediante o confronto de convenções internacionais em face do ordenamento jurídico brasileiro, mas sem uma abordagem das decisões da Corte IDH, cf. BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto. *Direito previdenciário e controle de convencionalidade: aplicação do direito internacional à prática previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2021.

matéria de seguridade social, da democracia e do Estado de Direito⁴⁵³. Tal constatação é inegável e seria leviano sustentar o contrário.

No entanto, a doutrina aponta o tímido engajamento do STF em relação ao *corpus juris* interamericano. Em estudo empírico sobre a utilização de precedentes estrangeiros e internacionais pelo STF, os doutrinadores Mello e Graça apontam para a existência de quatro⁴⁵⁴ modelos para analisar o diálogo entre Cortes Constitucionais e Internacionais: a) *modelo de resistência*, no qual há rejeição na utilização de precedentes estrangeiros ou internacionais; b) *modelo de convergência*, quando há utilização ampla de precedentes estrangeiros ou internacionais. Nesse cenário, por exemplo, esperar-se-ia a adoção ampla dos precedentes da Corte IDH, jurisdição a qual o Brasil aceitou submeter-se. Os autores salientam que em matéria de direitos humanos, na qual há uma base universal ou pelo fato do país pertencer a um sistema regional de proteção, é mais comum a existência do modelo de convergência⁴⁵⁵; c) *modelo de engajamento argumentativo*, quando há realização de direito com precedentes estrangeiros ou internacionais mediante a verificação de questões comuns que são objeto da decisão e, a partir dessa comparação, argumenta-se sobre a aplicação ou não desses precedentes⁴⁵⁶; e) *modelo híbrido ou ambivalente*, quando há uma oscilação na utilização dos modelos de utilização dos precedentes estrangeiros ou internacionais⁴⁵⁷. Em seguida, após analisarem 145 acórdãos de

⁴⁵³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, 2020, p. 11-19.

⁴⁵⁴ Os autores indicam que os três primeiros modelos foram inspirados nas obras de Jackson: JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010; JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Constitutions as “Living Trees”? Comparative constitutional law and interpretative metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006. O quarto modelo foi proposto pelos próprios articulistas.

⁴⁵⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 98-99.

⁴⁵⁶ “Em síntese, portanto, o modelo de engajamento argumentativo permite a construção de um ponto de equilíbrio entre o universal e o local, por meio do diálogo entre cortes e da argumentação. Não cai no extremo da submissão a posições estrangeiras (que também podem se sujeitar à captura por interesses econômicos e políticos), tampouco se isola e deixa de considerar o valor de tais experiências para um aperfeiçoamento crítico do ordenamento jurídico doméstico”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 100).

⁴⁵⁷ “[...] uma postura que oscila entre ignorar a prática estrangeira em algumas situações; utilizar decisões estrangeiras com um bom nível de engajamento argumentativo em outros casos; e, por fim, invocar decisões estrangeiras de forma superficial e sem grande aprofundamento em outros tantos. De fato, há um universo de cortes em que a interação com o direito comparado e com o direito internacional é, ainda, uma experiência em construção”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 100).

casos relevantes do Plenário Físico do STF no período de 2013 a 2018, os autores indicam que menções à Corte IDH se posiciona em terceiro lugar⁴⁵⁸, com um gradativo aumento da análise de seus precedentes, perdendo apenas para a Suprema Corte dos EUA e para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Nada obstante haja referências aos precedentes estrangeiros e internacionais, o que não indica a adoção do modelo de resistência, tampouco há configuração de um modelo de plena convergência, já que precedentes de direitos humanos são frequentemente desconsiderados, apontando a pesquisa que o nível de engajamento argumentativo é baixo, uma vez que a conduta padrão é de mera citação do precedente e, no máximo, de sua *ratio decidendi*, sem incursionar nos fatos, fundamentos, cotejar o precedente com o caso em julgamento e analisar o contexto político, social, econômico e jurídico no qual foi produzido, havendo um grupo pequeno de precedentes com um diálogo aprofundado, o que indica a existência de muito espaço para o aperfeiçoamento do intercâmbio⁴⁵⁹.

Leal e Vargas, após também analisarem diversas decisões do STF, indicam que mesmo timidamente, é possível apontar uma evolução no diálogo com a jurisprudência interamericana, citando a ADI 4.275/DF (2018) sobre a alteração do prenome e gênero de pessoas transexuais, a ADI 5.543/DF (2020) sobre doação sanguínea por homossexuais e na medida cautelar da ADPF 635 (2020) sobre operações policiais em comunidades durante a pandemia da COVID-19⁴⁶⁰, concluindo que o “[...] posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem evoluído no

⁴⁵⁸ “Com relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual o Brasil aderiu, constatou-se uma linha de tendência progressiva quanto à citação de seus precedentes (v. Quadro 4). O número de citações aumentou a cada ano analisado, com exceção do ano de 2017. O aumento, por si só, não significa necessariamente um maior diálogo. Há de se aferir a qualidade da fundamentação desenvolvida com base em seus precedentes e a disposição para referenciá-los e enfrentá-los quando não confirmam a solução que se deseja defender. De todo modo, o aumento de alusões a julgados do SIDH é um indício de um crescente interesse por seus precedentes, o que por si só é importante”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 108). Nada obstante, tecem a seguinte conclusão: “Também merece menção a constatação de que o número de precedentes do SIDH é quase equivalente ao quantitativo de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos citados pelo Tribunal. Nesse sentido, a relevância dos julgados das cortes norte-americana, alemã e europeia para a jurisprudência do STF, quando confrontada com o quantitativo de citações aos precedentes do Sistema Interamericano, também poderia ser sugestiva de que há, ainda, um elemento de colonialidade e de valorização do pensamento estrangeiro de raiz eurocêntrica na prática do direito brasileiro. De todo modo, parece haver uma tendência de crescimento nas referências a julgados do SIDH”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 110, grifos nossos).

⁴⁵⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020, p. 109-110.

⁴⁶⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 2021, p. 679-681.

sentido de reconhecer a fundamentalidade do exercício do controle de convencionalidade e adequar suas decisões aos precedentes do *Corpus Juris Interamericano*”⁴⁶¹.

Sobre a necessidade desse diálogo, que favorece o que Antoniazzi chama de *interamericanização do direito nacional*⁴⁶², indique-se a recente Recomendação n. 123 do CNJ, de janeiro de 2022, orientando os juízes a observarem os tratados de direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH. Nessa Recomendação o CNJ reconhece a necessidade de um diálogo entre Cortes com o objetivo de controlar a convencionalidade das leis, *aplicando a norma mais benéfica em matéria de direitos humanos*⁴⁶³. A Resolução é um avanço para o conhecimento e utilizações dos padrões interamericanos para a promoção nacional dos direitos humanos. No entanto, é tímida ao referir apenas ao controle de convencionalidade das leis, esquecendo as decisões judiciais, atos do executivo e as políticas públicas. Além disso, parece desconsiderar outros padrões do SIDH, necessários para o adequado controle de convencionalidade, como os oriundos da CIDH e as opiniões consultivas da Corte IDH⁴⁶⁴.

Ora, não há razões para esse tímido engajamento se o Brasil aderiu à jurisdição da Corte IDH e o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos é inegável. Ramos⁴⁶⁵ divide o conceito em internacionalização em sentido amplo e internacionalização em sentido estrito. A primeira consiste no aparecimento de determinadas normas internacionais para regulamentar

⁴⁶¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2. p. 2021, p. 682.

⁴⁶² “A interamericanização envolve o uso de padrões jurisprudenciais no debate público, na atividade judicial e extrajudicial (eg. Ouvidorias, mas também engloba o contencioso estratégico e o discurso acadêmico”. (ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Interamericanização: fundamentos e impactos*. In: LEGALE, Siddharta; FACHIN, Melina; RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Interamericanização do direito constitucional & constitucionalização do sistema interamericano*. Andradina: Meraki, 2022, p. 340-341).

⁴⁶³ “Art. 1º. Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”. (CNJ. *Recomendação 123*, 2022).

⁴⁶⁴ “Como exemplo de decisão em que o Supremo Tribunal Federal utilizou de parâmetros fixados pela Corte IDH através de sua opinião consultiva, pode-se mencionar o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, na qual os ministros do STF reiteradamente mencionaram, em trechos da decisão, o disposto no precedente emitido pela Corte IDH através da Opinião Consultiva n. 24/2017, sobre Identidade de Gênero, Igualdade e Não-Discriminação de Casais do Mesmo Sexo, sem contudo, adotar como fundamento principal da decisão o precedente interamericano sobre o assunto, ao passo que a decisão concedeu interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal”. (LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2. p. 2021, p. 679).

⁴⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 52-53.

alguma temática como a dos direitos sociais que surgiu pela primeira vez através da OIT. É uma internacionalização fragmentária, ligada a determinados grupos – por exemplo, trabalhadores – que confundia o direito das pessoas com o direito dos Estados e ainda sem qualquer acesso a instâncias internacionais para fins de fiscalização e sancionamento estatal. A segunda, que para o autor possui sua origem na Carta das Nações Unidas e na DUDH, consiste na “[...] criação de um corpo sistematizado e coerente de normas, com princípios, objeto e metodologia próprios [...]”⁴⁶⁶.

A internacionalização dos direitos humanos abrange a seguridade social, em que pese bastante ignorada pela jurisdição brasileira nacional. Como lembra o Comitê do PIDESC, “*el derecho a la seguridad social ha sido reafirmado categoricamente en derecho internacional*”⁴⁶⁷. Quanto ao direito previdenciário, não há dúvidas ser possível sistematizar de forma coerente um corpo internacional de proteção de riscos sociais. Além de todas as normas internacionais hoje existentes, recentemente também começou a se desenvolver fortemente na jurisprudência da Corte IDH, formando um amplo *corpus iuris*, conforme visto na primeira parte desse trabalho.

Em outras palavras, é possível afirmar que a seguridade social – e o direito previdenciário – compõe o SIDH em seu aspecto material e, portanto, faz parte da obrigatória estrutura do Estado Interamericano de Direito, sob pena de sua fragmentação.

Esse bloco de convencionalidade, da mesma forma que as normas previstas nas Constituições, podem incidir diretamente na resolução de casos concretos, bem como referenciar, dando suporte interpretativo, na aplicação de outras normas. Serau Jr. lembra, ainda, da obrigação de adequação das normas internas que decorre da assunção das obrigações securitárias internacionais:

Os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos reconhecem a Seguridade Social como direito fundamental, o que impõe aos Estados signatários obrigações e alterações em seu direito interno, a fim de se adequarem ao quanto pactuado em nível internacional. Nesse sentido, a Seguridade Social deve ser realizada no plano interno dos Estados, dado tratar-se de direito fundamental previsto em documentos internacionais dotados de repercussão jurídica⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 53-58.

⁴⁶⁷ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). *Observación general n° 19: El derecho a la seguridad social* (artículo 9), 4 Febrero 2008, E/C.12/GC/19. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em 10 abr. 2022, para. 6.

⁴⁶⁸ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43.

Esses esforços demandam o exercício do controle de convencionalidade. Não se intenciona discutir os diversos aspectos que envolvem a teoria do controle de convencionalidade. Sobre o assunto existe farta doutrina nacional⁴⁶⁹ e estrangeira⁴⁷⁰ que pode ser consultada. No entanto, para o adequado entendimento do argumento do presente tópico, alguns aspectos centrais devem ser pontuados.

Mazzuoli salienta que o controle de convencionalidade das leis é um *dever* do juiz nacional, conceituando o instituto como o exercício da “[...] compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado [...]”⁴⁷¹. O autor explora em sua obra o conceito do controle jurisdicional de convencionalidade das *leis*. No entanto, o conceito hoje resta alargado para abranger o controle de convencionalidade de *políticas públicas*⁴⁷². Até mesmo porque, é por meio destas que muitas leis são concretizadas, de modo que o referido controle sobre aquelas se faz igualmente necessário⁴⁷³.

A doutrina do controle de convencionalidade está intimamente relacionada ao tema das relações entre o direito constitucional interno e o direito internacional na regulação dos fatos sociais. O ponto é compreender que para o DIDH, a despeito do atual entendimento do STF sobre o assunto, existe um sistema multinível⁴⁷⁴ de proteção dos direitos humanos que abandona

⁴⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁴⁷⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial de convencionalidad*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2022; SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales*: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/>. Acesso em: 27 jan. 2023.

⁴⁷¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

⁴⁷² ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Controle de convencionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

⁴⁷³ “Sin perjuicio de lo anterior, es también necesario recordar que la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, incumbe a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, y debe ser realizada ex officio en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁴⁷³. En consecuencia, sin duda corresponde también a todas las instancias judiciales, en todos los niveles, y no sólo a la Corte Suprema, mantener coherencia de criterio respecto de un tema que, en atención al referido cambio jurisprudencial, al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y a la evolución de las políticas públicas chilenas en materia de justicia, verdad y reparaciones para víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en este momento se encuentra resuelto”. (CORTE IDH. Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, para. 135).

⁴⁷⁴ Cf. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014; FACHIN, Melina Giradi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022; GIRARDI FACHIN, M. *Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos*

qualquer espécie de hierarquia entre o direito interno e internacional, rejeitando a conhecida pirâmide de Kelsen e as tradicionais teorias monistas e dualistas de compatibilização entre direito interno e direito internacional. O que importa é buscar a norma que melhor proteja as pessoas e aplicá-la à luz do princípio *pro persona*. Nesse sentido, Piovesan refere a emergência de um novo paradigma jurídico, no qual a pirâmide kelseniana é substituída por um trapézio. Nas palavras da autora:

Testemunha-se a crise desse paradigma tradicional e emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como três características essenciais: a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema endógeno e autorreferencial, destacando-se que as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade); b) a crescente abertura do direito – agora “impuro” –, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica; é a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a ressignificar o direito); c) o *human rights approach (human centered approach)*, sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes da soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a lente *ex parte populi*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio.⁴⁷⁵

O parâmetro para controle de convencionalidade é todo o *corpus juris* internacional. Envolve as normas do sistema global, do sistema americano e, se houver, a interpretação dada pelos órgãos internacionais responsáveis⁴⁷⁶. É o que a Corte IDH também chama de bloco de convencionalidade. Ao lado do produto da competência contenciosa, também é necessário atentar para as Opiniões Consultivas exaradas no exercício da competência consultiva⁴⁷⁷.

Somente no caso de inexistir alguma espécie de interpretação pelo Tribunal de Direitos Humanos é que o juiz brasileiro estará livre para proceder, de forma inaugural, na interpretação

humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, p. 53–68, 2021. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em 21 jan. 2023.

⁴⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 196-197.

⁴⁷⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36-37.

⁴⁷⁷ Para as Opiniões Consultivas Mazzuoli utiliza o conceito de *aferição de convencionalidade*. Para o autor, a Corte IDH na competência consultiva apenas afere a convencionalidade de determinada lei, nada obstante a interpretação por ela oferecida deva ser utilizada pelos Estados no controle de convencionalidade interno. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 51-54.

do bloco de convencionalidade internacional, mas ainda assim com restrições, conforme explica Mazzuoli:

Neste caso, porém, a interpretação que pode fazer o Judiciário local sobre as normas do Pacto de San José (ou de outro tratado de direitos humanos) não é absolutamente livre, mas vinculada às regras internacionais de hermenêutica e aos princípios internacionais de direitos humanos, em especial o princípio *pro homine* ou *pro persona* (como já se viu). É exatamente por esse motivo que os juízes internos, em tais casos, devem postar-se na condição de *juízes interamericanos* para a decisão das questões *sub judice*⁴⁷⁸.

No mesmo sentido, Ximena Urquiaga indica que existe uma carga argumentativa diferenciada quando o juiz nacional interpreta um preceito internacional de direitos humanos: “[...] *em cumplimiento del mandato impuesto por la CADH no sería suficiente que los órganos nacionales invoquen las normas internacionales relevantes, sino que deberán utilizar también los principios de interpretación que se derivan del artículo 29 convencional*”⁴⁷⁹.

A necessidade de considerar o conjunto de precedentes da Corte IDH decorre do entendimento sobre as eficácias de suas sentenças⁴⁸⁰. De acordo com o Tribunal, suas sentenças

⁴⁷⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 55, grifos do autor.

⁴⁷⁹ MEDELLIN URQUIAGA, Ximena. Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 17, n. 1, jul. 2019, p. 409. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2022.

⁴⁸⁰ A Corte IDH em *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* assim delineou os primeiros aportes sobre o controle de convencionalidade: “123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”¹⁴⁹. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”.

possuem duas eficácias: de *res judicata* para o Estado condenado e de *res interpretada* para os demais Estados que aceitaram sua jurisdição⁴⁸¹. É por essa razão que, principalmente na primeira parte do presente trabalho, esforçou-se para sistematizar os padrões internacionais e a interpretação dada pelo Tribunal nos casos previdenciários.

Isso não significa que os *standards* interamericanos devam ser aplicados pelo juiz nacional de forma automática, uma vez que demandará a busca da norma mais benéfica de acordo com o princípio *pro homine*⁴⁸². Mas também não significa que o juiz nacional possa aplicar tratados internacionais desvirtuando a interpretação internacional, praticando o que Ramos chama de internacionalização ambígua ou imperfeita dos direitos humanos. Conforme o autor:

Esse uso da interpretação nacional dos direitos humanos internacionais consagra o que denomino “internacionalização ambígua ou imperfeita dos direitos humanos”: os Estados ratificam os tratados de direitos humanos, mas continuam a interpretá-los localmente. Verdadeira pseudointernacionalização, pois a interpretação final continua sendo nacional⁴⁸³.

Dito isso, para o exercício do controle de convencionalidade na interpretação previdenciária, central importância ganha o entendimento do princípio *pro persona*⁴⁸⁴, que deriva do caráter objetivo dos tratados de direitos humanos⁴⁸⁵. Com efeito, o DIDH é formado por normas internacionais e nacionais – pluralidade de fontes - que podem regular a mesma

(CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, paras. 123-125).

⁴⁸¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *gelman vs. uruguay*). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.

⁴⁸² Cf. MARQUES, Claudia; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Fundamentos e alcances do controle de convencionalidade: do afastamento total do Código de Defesa do Consumidor ao transporte internacional de passageiros no Brasil e do recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de convencionalidade: estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

⁴⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 354-355.

⁴⁸⁴ É possível também encontrar as nomenclaturas de princípio da primazia da norma mais favorável, princípio *pro homine*, princípio *pro ser humano*, princípio *favor persona*, princípio *pro victima*. Cf. BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. *Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Agora21, 2019, p. 45-50.

⁴⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 134.

situação jurídica, exigindo, portanto, que o aparente conflito seja solucionado à luz do *pro persona*⁴⁸⁶.

O princípio não possui um significado unívoco. A doutrina⁴⁸⁷ indica que a primeira conceituação foi dada por Pinto, para quem o princípio é uma pauta hermenêutica para buscar a compatibilização na pluralidade de fontes que pode regular uma mesma situação jurídica, operando da seguinte forma:

*El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*⁴⁸⁸.

Bastos Netto sustenta que o princípio *pro persona* é um princípio geral do DIDH, existindo independentemente de previsão expressa nos tratados ou mesmo que seja ignorado em determinados casos⁴⁸⁹.

Esse autor, após analisar a doutrina sobre o tema, aponta que hoje são atribuídas duas dimensões ao princípio. A primeira dimensão, conforme acima visto na doutrina de Pinto, chamada de *preferência interpretativa*, que exige a adoção da interpretação que mais proteja ou que menos restrinja o direito humano em discussão. Saliente-se que autor não desconhece a diferença entre texto e norma, deixando claro que a norma é o produto da interpretação, sendo esse o parâmetro para a aplicação do princípio *pro persona*⁴⁹⁰. Já a segunda, chamada de *preferência de fonte*, exige que no conflito do direito internacional com outra norma de direito internacional ou uma norma de direito interno, deve-se aplicar a mais benéfica. Nesse âmbito,

⁴⁸⁶ PINTO, Mônica. *El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 163-171.

⁴⁸⁷ MEDELLIN URQUIAGA, Ximena. Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 17, n. 1, jul. 2019, p. 400-401. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2022.

⁴⁸⁸ PINTO, Mônica. *El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 163.

⁴⁸⁹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. *Principio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019, p. 79- 88.

⁴⁹⁰ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. *Principio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019, p. 61-65

prevalece a norma que melhor proteja de acordo com seu conteúdo material, mesmo que seja de hierarquia inferior ou temporalmente anterior a norma menos benéfica⁴⁹¹.

Ainda sobre o tema, anote-se o entendimento de Pinto, no sentido de que “[...] *las sentencias judiciales que reconozcan um alcance de protección más amplio deberían prevalecer, especialmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”⁴⁹² *cuando se refieren al contecindo de las normas de derechos humanos*”⁴⁹³. Por outro lado, a eficácia de *res interpretada* não impede que o juiz nacional, utilizando-se do princípio *pro persona*, afasta-se da exata interpretação da Corte IDH, outorgando à decisão regional uma hermenêutica mais favorável⁴⁹⁴.

Medellin Urquiaga propõe uma revisão do significado do princípio à luz das bases do DIDH e da jurisprudência da Corte IDH. Para tanto, defende não ser suficiente compreender o *pro persona* dentro da dimensão de seleção ou precedência da norma aplicável que privilegia uma lógica de conflito normativo típico da resolução de conflitos de sistemas jurídicos nacionais, mas sim buscando privilegiar uma significação que vise uma interpretação harmônica ou sistemática, evolutiva, consensual e expansiva das normas internacionais e nacionais de direitos humanos, espécies de hermenêutica que são próprias desse ramo específico do direito internacional público⁴⁹⁵. Em sendo assim, a autora chancela os significados que a Corte IDH extrai do art. 29 da CADH como formas de manifestação da norma mais favorável, quais sejam: a) interpretação expansiva do conteúdo normativo dos direitos humanos, que reclama uma hermenêutica sistemática, evolutiva e interdependente entre vários direitos humanos reconhecidos em tratados interamericanos e outros instrumentos internacionais; b) interpretação ampla das obrigações estatais, como a de atribuir a obrigação

⁴⁹¹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. *Principio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019, p. 55-61. Essa mesma abordagem na evolução do princípio é utilizada por: MEDELLIN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos*. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 17, n. 1, jul., p. 397-440, 2019. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2022.

⁴⁹² A doutrinadora escreve seu texto de forma direcionada para a Argentina.

⁴⁹³ PINTO, Mônica. *El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 165.

⁴⁹⁴ FACHIN, Melina Giradi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 171.

⁴⁹⁵ No Brasil, defendendo a superação da noção de conflito em prol de uma solução coordenada, cf. MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

positiva de proteger o direito à vida; e c) interpretação limitada de restrições de direitos humanos que devem ser construídas como exceções das previsões convencionais, constitucionais e legais⁴⁹⁶.

Nas palavras conclusivas da autora:

Según se evidencia en la jurisprudencia interamericana, la selección de una norma no es suficiente para plantear soluciones concretas ante los problemas que surgen de la operación de las normas de derechos humanos en los contextos sociopolíticos actuales. Más aún, difícilmente se podría sostener que un derecho humano corresponde, incluso normativamente, a una disposición jurídica única, independiente o aislada. Por el contrario, la preferencia por la interpretación armónica, expansiva y evolutiva de los derechos implica reconocer que su contenido solo puede ser definido a través de la interacción de distintas disposiciones, sean nacionales y/o internacionales. Esta postura se confronta directamente con la lógica que ha guiado por décadas el análisis constitucional de las garantías individuales, al menos en el caso mexicano⁴⁹⁷.

Essa forma de compreender o princípio também é salientada pela doutrina de Ramos ao indicar que sua aplicação “[...] impõe interpretação sistemática do conjunto de normas de direitos humanos, de modo a reconhecer *direitos inerentes, mesmo que implícitos*”⁴⁹⁸. É uma visão, à luz do que defende Trindade, advinda da própria reorganização do sistema internacional e prol da proteção da pessoa humana, ocorrida após a 2ª Guerra Mundial e com a inauguração das Nações Unidas, em detrimento de uma centralidade estatal⁴⁹⁹.

O princípio *pro persona* está inserido no texto de diversos tratados internacionais⁵⁰⁰. Na CADH está previsto no art. 29.b ao dispor que nenhuma disposição do seu texto pode ser interpretada com o objetivo de limitar o gozo e exercício de qualquer direito reconhecido de

⁴⁹⁶ MEDELLIN URQUIAGA, Ximena. Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 17, n. 1, jul., p. 397-440, 2019. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2022.

⁴⁹⁷ MEDELLIN URQUIAGA, Ximena. Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 17, n. 1, jul., 2019, p. 435, negritos nossos. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2022.

⁴⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 134, grifos do autor.

⁴⁹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Internacional Law for humankind: towards a new Jus Gentium*. 2. Ed. Leiden: Brill Nijhoff, 2013.

⁵⁰⁰ No âmbito interno, indica-se que “este princípio ainda está contemplado na Constituição Federal de 1988, no art. 4º, inc. II, pelo qual se afirma que a República Federativa do Brasil deve se reger, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos”. (FACHIN, Melina Giradi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 163).

acordo com as leis dos Estados Partes ou outra convenção internacional vigente em seu território.

Já no PSS, o art. 4 dispõe que não se pode restringir ou limitar o gozo e exercício de qualquer direito previsto na legislação nacional ou em outras convenções internacionais, sob o argumento de que o Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor medida.

Na CPDHI foi consolidado já no art. 1º, ao referir que a Convenção não pode ser interpretada de modo a limitar direitos ou benefícios mais amplos contemplados pelo direito internacional ou nacional dos Estados Partes.

Interessante crítica sobre a aplicação do princípio pela Corte IDH é feita por Bastos Netto. O doutrinador indica que é comum a sua utilização para fins de definição de questões processuais relacionadas à competência da Corte IDH. Todavia, refere que se trata de uma inconsistência na sua aplicação, uma vez que o *pro persona* teria por objeto da precedência interpretativa ou a preferência de fontes no âmbito do direito material, sendo equivocada a aplicação para ampliação da competência de julgar. Lembre-se, por oportuno, que o princípio *pro persona* foi utilizado pelo Tribunal para fins de interpretação da sua competência sobre o art. 26 da CADH, o que parece não ser aceito pelo autor. Em suas palavras:

No entanto, há de se refletir se o mandato do artigo 29.b realmente deve ser entendido dessa maneira. Como já visto, o princípio será aplicado quando houver a coexistência de normas que prevejam diferentes graus de proteção para o *mesmo direito*, ou quando, a partir do enunciado, for possível extrair interpretações que prevejam graus diferentes de proteção *para o mesmo direito*. Portanto, o princípio *pro persona* se aplica a normas de direito material, e não a enunciados que tratam da fixação da competência de um tribunal internacional, como se entendeu no caso Miguel Castro. Dessa maneira, o *pro persona* não pode ser usado para definir o alcance e conteúdo da CADH.⁵⁰¹

Para finalizar, cite-se que a centralidade do princípio *pro persona* já foi expressamente indicada no âmbito do STF no caso que discutiu a prisão civil por dívida do depositário infiel:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder

⁵⁰¹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019, p. 240, grifos no original.

Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.⁵⁰²

O grande problema que pode surgir para o juiz brasileiro é que a contradição pode ocorrer entre uma norma constitucional e uma norma internacional, considerando que o STF não adota o sistema multinível de proteção, mas se mantém preso na pirâmide kelseniana. Assim, com exceção dos casos de internalização da norma internacional nos termos do art. 5º, § 3º da CF, na qual ambas possuirão *status* constitucional, nos demais casos o entendimento vigente é pela posição supralegal, mas infraconstitucional do tratado internacional⁵⁰³.

Nada obstante, avulta-se que o presente trabalho está fincado no referencial teórico do DIDH e, mais especificamente, no sistema interamericano. Nesse contexto, é importante salientar que para a Corte IDH, mesmo no conflito aqui analisado, os Estados não podem invocar que os dispositivos de suas Constituições são empecilhos para não adotar disposições mais protetivas decorrentes do SIDH, sendo obrigação estatal, inclusive, reformar seu ordenamento constitucional⁵⁰⁴. Considerando, ainda, o art. 27 da Convenção de Viena, pelo qual um Estado não pode invocar as disposições de seu direito para justificar o inadimplemento de um tratado, não se trata de uma mera deferência, mas, como afirma Acosta Alvarado, de um dever jurídico⁵⁰⁵. Esse entendimento é essencial para uma correta compreensão do objeto do presente trabalho, uma vez que não se poderá privilegiar eventual posição contrária, inclusive sobre o argumento econômico utilizado pelo STF em matéria de direitos sociais se em desacordo com bloco de convencionalidade interamericano, conforme será visto mais adiante.

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). HC 96772. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 21/08/2009.

⁵⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 466.343. Rel. Min. César Peluzo. Julgado em 03/12/2004. DJe 04/06/2009.

⁵⁰⁴ CORTE IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Trata-se de caso ligado ao direito de liberdade de expressão e pensamento em confronto com a honra religiosa. O governo chileno censurou a exibição do filme A Última Tentação de Cristo com base em autorização do seu texto constitucional. No entanto, a Corte IDH entendeu que a disposição constitucional chilena estava em desacordo com a CADH. Nesse caso a condenação do Chile abrangeu, inclusive, o dever de alterar sua Constituição.

⁵⁰⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 87.

2.2.1 Encaminhando casos de direito previdenciário para a Corte Interamericana de Direitos Humanos: os filtros nem tão expressos e o monopólio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A jurisdição nacional pode falhar na resposta a uma violação de direitos humanos, quer por não aceitar ou não responder adequadamente a demanda, quer por responder em desacordo com as obrigações assumidas internacionalmente em matéria de direitos humanos, abrindo o caminho para o envio da violação para o SIDH.

A Corte IDH possui jurisdição para um contingente de aproximadamente 550 milhões de pessoas, mas sua atuação, de fato, ainda é para poucos. Existem filtros de variadas naturezas. Assim, antes de ingressar especificamente no tema do presente tópico, faz-se necessário abordar alguns aspectos da responsabilidade internacional dos Estados e sumarizar o procedimento de responsabilização no contencioso da Corte IDH, uma vez que o ingresso à jurisdição regional apresenta algumas particularidades importantes previstas na CADH, além de outras decorrentes da prática dos órgãos responsáveis pela tramitação. Não se almeja nenhum aprofundamento, mas apenas esclarecer os pontos centrais do caminho a ser percorrido.

Primeiramente, assente-se que a responsabilidade internacional dos Estados no SIDH é subsidiária, ou seja, em regra, exige que sejam esgotados os recursos internos, cabendo à jurisdição nacional o dever de primeiro analisar as violações de direitos humanos e oferecer uma solução⁵⁰⁶.

Além disso, pode-se dizer que a competência da Corte IDH é de natureza de responsabilidade civil internacional, julgando apenas os Estados por violações de direitos humanos de forma comissiva ou omissiva. Os Estados-membros ao ratificarem a CADH não estão obrigados a aceitarem a jurisdição da Corte IDH. Todavia, uma vez aceita, conforme o artigo 68.1 da CADH, os Estados comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes.

Em linhas gerais o procedimento de petições individuais na Corte IDH desenvolve-se da seguinte forma:

⁵⁰⁶ Conforme Ramos: “A subsidiariedade dos mecanismos internacionais de apuração de violações de direitos humanos consiste no reconhecimento do dever primário do Estado em prevenir violações de direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, *para somente após seu fracasso*, ser invocada a proteção internacional. Por isso, as vítimas de violações de direitos humanos devem, em geral, esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, para, após o insucesso da tentativa nacional, buscar remédio no plano internacional.” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 74).

a) *procedimento na CIDH*: um caso não nasce diretamente na Corte IDH, sendo necessário passar pela primeira fase do procedimento perante a CIDH⁵⁰⁷⁻⁵⁰⁸. Em decorrência da subsidiariedade, o art. 46 da CADH apresenta os seguintes requisitos para que a CIDH admita uma petição: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Existem exceções ao esgotamento formal previstos no mesmo artigo e na OC n. 11: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos⁵⁰⁹; d) a pobreza extrema das supostas vítimas; e e) o medo generalizado na comunidade jurídica inviabilizando o acesso ao judiciário nacional⁵¹⁰.

As petições individuais são recebidas pela CIDH, sendo apresentadas pelos legitimados previstos no art. 44 da CADH⁵¹¹. Existe um primeiro momento de admissibilidade da petição, sendo o Estado notificado para se manifestar sobre os requisitos no prazo de três meses. Não preenchidos os requisitos de admissibilidade, o caso é arquivado sem qualquer espécie de recurso. Preenchidos os requisitos, ambas as partes são notificadas para apresentarem suas

⁵⁰⁷ No Pacto São José da Costa Rica a Comissão Interamericana de Direitos Humanos está prevista nos arts. 34-51. Para um estudo pormenorizado e crítico sobre a origem, estrutura, funcionamento, dados, papel da CIDH no SIDH, entre outros temas correlatos, cf. KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

⁵⁰⁸ A CIDH é composta por sete membros, eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados Membros, chamados de comissionados. Koch explica que essa primeira fase, na verdade, ocorre perante a Secretaria Executiva da Comissão Interamericana, a qual é contemplada com o monopólio de diversas funções. A Secretaria é dividida em diversos grupos, formados por advogados, bolsistas, estagiários, dentre outros, responsáveis pela análise dos casos em suas diversas fases (registro, medidas cautelares, relatórios, solução amistosa e acompanhamento na Corte IDH. (KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 23-24).

⁵⁰⁹ Cf. art. 31.2 do Regulamento da CIDH.

⁵¹⁰ Cf. CORTE IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

⁵¹¹ “Art. 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações desta Convenção por um Estado Parte”.

alegações e provas sobre o mérito. Nessa fase pode ocorrer instrução na CIDH com a apresentação de relatórios, visitas *in loco*, dentre outras provas. Entendendo que não houve violação de direitos humanos, o mérito é julgado improcedente sem qualquer espécie de recurso. Caso a CIDH entenda que houve alguma espécie de violação, emitirá o primeiro relatório de mérito com envio para o Estado reparar a violação no prazo de três meses. Esse relatório é confidencial. Caso o Estado não cumpra as recomendações desse relatório preliminar, o caso será remetido para a Corte IDH, salvo decisão da maioria dos comissionados, quando se emite um segundo relatório de mérito, o qual será público. Portanto, na atual sistemática, tem-se que *somente a CIDH pode enviar os casos para a Corte IDH*.

Koch demonstra que existem *filtros* que atuam nesse momento de formação de casos. Com efeito, nada obstante haja a possibilidade de denúncia individual por parte de qualquer pessoa, fato é que a mobilização internacional e a presença de ONGs (nacionais, regionais ou internacionais) especializadas na defesa de direitos humanos⁵¹², normalmente financiadas por grandes fundações do mundo⁵¹³, que podem agir em rede com organismos nacionais, aumentam a chance da aceitação da tramitação do caso⁵¹⁴. No entanto, essas ONGs possuem atuação ou recursos financeiros limitados. Com isso, acabam optando por casos relacionados a algum tema específico, fatos que possam gerar alguma espécie de impacto dentro do SIDH ou aqueles que são de interesse das suas agências financiadoras⁵¹⁵.

Dessa forma, no SIDH prevalece o viés de *litígio estratégico* com a escolha de casos paradigmáticos que possam influenciar a jurisprudência interamericana e a mudança do cenário do Estado-membro denunciado como um todo.

Em razão dos critérios de admissibilidade de demandas, somados ao alto custo do litígio, é preciso que as organizações que irão representar as vítimas de violações de direitos humanos escolham o caso *adequado*. A escolha quanto à adequação pode variar em razão de uma série de fatores: tema, direitos ou tratados violados, perfil das vítimas, impacto pretendido, entre outros aspectos. Essas escolhas por meio de critérios, que analisam o custo-benefício de uma demanda, é chamada de “litígio estratégico”⁵¹⁶.

Trazendo para a temática do presente trabalho, uma agenda de defesa de direitos previdenciários para o Brasil dependeria da especialização interamericana de algum instituto

⁵¹² Por exemplo, o *Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL)*.

⁵¹³ Por exemplo, o *Brazil Fund for Human Rights*.

⁵¹⁴ KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 86-87.

⁵¹⁵ KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 118-122.

⁵¹⁶ KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 89

como o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), que já desenvolve forte trabalho como *amicus curiae* no âmbito dos tribunais brasileiros, em rede com as clínicas de direitos humanos das universidades nacionais⁵¹⁷ e ONGs nacionais e internacionais⁵¹⁸.

Mas, para além do caso chamar atenção desses organismos que possuem maior capacidade para impulsionar os casos, Koch demonstra que é necessário vencer o filtro existente dentro da própria CIDH. A Comissão também carece de recursos materiais e humanos para dar conta das aproximadas duas mil petições que recebe por ano. Em razão disso, da mesma forma, acaba optando por tramitar e encaminhar para a Corte IDH um pequeno número de casos *que possa gerar um impacto na jurisprudência da Corte ou no Estado denunciado*⁵¹⁹.

b) *início do processo ou procedimento escrito mediante submissão do caso pela Comissão à Corte IDH mediante uma nota de envio*: somente a CIDH pode submeter um caso à Corte IDH, não vigorando o paradigma do *jus standi* como ocorre no sistema regional europeu⁵²⁰. É remetido o expediente que tramitou perante a CIDH e cópia do relatório preliminar, o qual passa a ser público. Notifica-se a vítima ou seu representante para apresentação de seu escrito de petições, argumentos e provas (EPAP)⁵²¹. A CIDH não atua mais como representante da vítima, mas participa de todo procedimento como uma espécie de fiscal do sistema interamericano⁵²². Notifica-se o Estado para apresentar sua contestação.

⁵¹⁷ É crescente na academia brasileira as chamadas Clínicas de Direitos Humanos e a preparação de alunos em matéria de litígio internacional.

⁵¹⁸ Por exemplo, no caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, com sentença em 7 de setembro de 2021, a petição foi apresentada na CIDH pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) / Regional Nordeste e o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP). Na Corte IDH, como *amicus curiae*, fizeram-se presentes: advogados e pesquisadores brasileiros, a Clínica de Direito Internacional do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), a Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Amazonas, a Clínica Interamericana de Direitos Humanos da Universidade do Rio de Janeiro, a Clínica de Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia. (CORTE IDH, *Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435, paras. 2 e 10).

⁵¹⁹ KOCH, Camila de Oliveira. *Crêterios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 122-124. Em 2022 a CIDH admitiu 131 casos e enviou 17 para a Corte IDH. Os dados podem ser visualizados em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pc/admisibilidades.asp>.

⁵²⁰ Desde o Regulamento da Corte IDH em 2000 vigora o paradigma do *locus standi*, existindo a possibilidade de participação autônoma das vítimas no procedimento após a submissão do caso à Corte IDH.

⁵²¹ A CIDH desde a Reforma Regulamentar de 2009 não apresenta mais a petição inicial. Deixou de ser parte. A suposta vítima atua mediante seu representante legal ou Defensor Público Interamericano. Não existe uma instituição de Defensoria Pública Interamericana no SIDH. As funções são exercidas por Defensores Públicos dos países partes da OEA, de forma não remunerada e sem afastamento integral de suas funções internas, os quais são indicados pela AIDEF (Associação Interamericana de Defensorias Públicas). Sítio: <http://aidef.org/>>. O caso paradigmático *Muelle Flores vs. Peru* utilizado na presente dissertação contou com a representação dos Defensores Públicos Interamericanos.

⁵²² LEGALE, Siddharta. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Transacional? Entre a análise empírica e uma visão impressionista. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (ORGS.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020. Ebook.

c) conciliação e instrução: superada a primeira fase escrita, segue-se para o procedimento oral mediante realização das audiências necessárias, inclusive públicas, a oitiva da vítima, testemunhas e peritos. É possível, como visto acima, a intervenção *de amicus curiae*.

d) procedimento final escrito: mediante alegações finais da vítima ou representante e Estado demandado. A CIDH, se entender conveniente, também poderá apresentar observações finais.

e) sentença: uma vez proferida a sentença, nos termos do artigo 63.1 da CADH, decidindo que houve violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção, a Corte determina que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como, sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. Não se trata de uma sentença estrangeira, mas decisão de Tribunal Internacional, não necessitando, portanto, de *exequatur* pelo STJ nos casos envolvendo o Brasil, devendo ser cumprida de acordo com o procedimento previsto internamente⁵²³.

f) supervisão do cumprimento da sentença: ocorre mediante a apresentação de relatórios estatais e observações a esses relatórios pela vítima e representantes. A CIDH apresenta observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas e representantes. Se for necessário, a Corte IDH pode convocar as partes para uma audiência de supervisão do cumprimento. Com as informações, o Tribunal determinará o estado do cumprimento e emitirá as resoluções que estime pertinentes.

A Corte IDH também possui uma competência tutelar e cautelar, cuja decisão é vinculante para o Estado demandando⁵²⁴. No âmbito das medidas de urgência é possível que a Corte IDH emita medidas provisionais⁵²⁵. Estabelece o art. 63.2 da CADH que em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis as pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Tratando-se de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu

⁵²³ No Brasil não existe legislação específica sobre o tema, nada obstante haja projeto legislativo em tramitação. Sobre o assunto, consultar: <https://www.camara.leg.br/noticias/829598-COMISSAO-APROVA-PROPOSTA-QUE-OBRIGA-BRASIL-A-CUMPRIR-DECISOES-DE-CORTE-INTERAMERICANA-DE-DIREITOS-HUMANOS>.

⁵²⁴ LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 97.

⁵²⁵ No âmbito da Corte IDH o Presidente pode expedir medidas urgentes quando o Tribunal não estiver em sessões e medidas provisórias quando a Corte estiver em sessão ordinária ou extraordinária. Estabelece o art. 27.6 do Regulamento da Corte IDH: “Se a corte não estiver reunida, a Presidência, em consulta com a Comissão Permanente e, se for possível, com os demais juízes, requererá do Estado interessado que tome as providências urgentes necessárias a fim de assegurar a eficácia das medidas provisórias que a Corte venha adotar depois, em seu próximo período de sessões”.

conhecimento, poderá emitir uma medida provisional a pedido da CIDH. Não há impedimento para a adoção de medidas provisórias em matéria de direitos sociais, o que já foi admitido pela Corte⁵²⁶, sendo, portanto, possíveis de serem utilizadas em direitos previdenciários:

Do mesmo modo, a indivisibilidade de todos os direitos humanos se manifesta na aplicação das medidas provisórias de proteção. Sendo assim, não há, jurídica e epistemologicamente, impedimento algum a que estas medidas, que até o presente momento têm sido aplicadas pela Corte Interamericana em relação aos direitos fundamentais à vida e à integridade pessoal (artigos 4º e 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), sejam aplicadas também em relação a outros direitos protegidos pela Convenção Americana. Sendo todos estes direitos interrelacionados, pode-se perfeitamente, em meu entender, ditar medidas provisórias de proteção de cada um deles, sempre e quando reúnam os requisitos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis às pessoas, consagrados no artigo 63.2 da Convenção⁵²⁷.

Viu-se, então, que o acesso à Corte IDH demanda uma visão dentro do litígio estratégico, tendo demandas estruturais que possam implicar na mudança de uma política pública estatal maiores chances de romperem o filtro interamericano. *Essa demanda pode chegar através de um caso individual ou mesmo coletivo*. Os dois últimos casos do Peru são exemplos. Enquanto o *Muelle Flores* tinha apenas um sujeito, o caso *ANCEJUB-SUNAT* representou centenas de segurados. Mas ambos representavam um problema estrutural do Peru que envolviam o sistema de previdência e o sistema judicial. Se o primeiro acarretou situações de desproteção social, o segundo não foi capaz de responder satisfatoriamente aos reclamos internos, nada obstante diversas ações judiciais manejadas.

E, de forma simétrica, como já se pontuou na primeira parte desse trabalho, é inegável a evolução da jurisprudência da Corte IDH em matéria de medidas de reparação para utilizar sentenças com características estruturantes focadas na garantia de não repetição de violações de direitos humanos, alcançado não apenas as partes do processo, mas também com efeitos *extra partes*. Nas palavras de Antoniazzi:

⁵²⁶ Nesse sentido, o juiz Mudrovitsch destaca que “30. En este contexto, como ya se reconoció en la sentencia del presente caso, la Corte ya ha admitido la violación de alguno de los DESCAs por la aplicación directa del artículo 26 de la Convención en al menos 24 casos contenciosos y en dos opiniones consultivas. 31. El mismo reconocimiento por parte de la Corte también se ha producido en lo que respecta a las medidas provisionarias, destacando la decisión pionera dictada en el caso Vélez Loor vs. Panamá, en la que se decidió adoptar medidas sanitarias para proteger el derecho a la salud de la población migrante en medio de la pandemia de COVID, así como, con la actual composición de la Corte, en el caso de los pueblos indígenas Yanomami, Ye’kwana e Munduruku vs. Brasil (CORTE IDH. Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 33).

⁵²⁷ Voto do Juiz Cançado Trindade na Resolução de medidas provisórias no *Caso Hiatianos e Dominicanos e origem haitiano na República Dominicana vs. República Dominicana*, de 18.08.2000.

[...] O conceito de reparação integral em casos de violações de direitos humanos possibilitou nutrir o sistema jurídico interamericano para gerar transformações estruturais. Uma vez estabelecida a responsabilizada internacional do Estado, surge a obrigação de reparar, e esta deve ser abrangente. A jurisprudência da Corte preencheu a obrigação de reparar com conteúdo próprio. Uma das dimensões que pode ter a obrigação de reparar é justamente as garantias de não repetição.

Sempre entrelaçada com a democracia, a jurisprudência da Corte Interamericana ampliou seu espectro de atuação. A disputa interamericana trata de casos relacionados a violações massivas, bem como aborda o padrão de discriminação estrutural e direciona suas sentenças a favor de grupos mais vulneráveis (mulheres, migrantes, indígenas, crianças, idosos) e outros direitos que estão no centro da democracia (eleições, independência judicial, liberdade de expressão)⁵²⁸.

Ressalta-se que mesmo que se possa verificar essa evolução no âmbito do sistema de reparação utilizado pela Corte, há posição que defende a necessidade de aperfeiçoamento na matéria. Com efeito, Mudrovitsch salienta em seu voto no caso *Guevara Díaz* que a discussão central em matéria de DESCA não é mais sua justiciabilidade direta no âmbito interamericano, mas a técnica de decisão a ser utilizada pela Corte. Nas palavras do juiz o ponto central é desenvolver “[...] técnicas de decisión que prestigien el método dialógico com las jurisdicciones internas, especialmente em los casos em los que existe una gran magnitud y presistencia de lesiones a los derechos sociales, económicos, cultulares o ambientales em el ámbito nacional”⁵²⁹. E complementa:

50. Desde otro ángulo, la realización de los DESCA, en casos individuales como el que aquí se presenta, no requiere de un esfuerzo hermenéutico muy diferente al utilizado para los derechos civiles y políticos (como lo ha demostrado la Corte en el presente caso, por cierto); sin embargo, en las hipótesis más difíciles de resolver, en las que se configura una violación colectiva o masiva, por obstáculos deliberativos políticos o fallas de coordinación institucional a nivel doméstico, la Corte, en mi opinión, no tiene por qué retroceder o rehuir a afirmar que el derecho violado es del tipo no justiciable; bastará con que tenga el debido cuidado y administre remedios dialógicos, deferentes al proceso democrático, al reparto de responsabilidades y a la necesidad de planificación económica y fiscal para la implementación del derecho retenido (en el caso de una omisión), o para la implementación de su reparación (en el caso de una acción comisiva violatoria). La estructura de cumplimiento necesita, finalmente, estar al servicio de un continuo intercambio de razones entre la Corte y los Estados, similar a lo que el jurista Roberto Gargarella recomienda para la solución de controversias sobre derechos constitucionales complejos a nivel local.

51. Sin embargo, estos requisitos en cuanto a la técnica especial de toma de decisiones no deben confundirse en absoluto con un indeseable retorno a una doctrina de lavar las manos (hands off doctrine). En un sentido diametralmente opuesto, lo que se requiere de este Tribunal, en mi perspectiva, es un esfuerzo de imaginación institucional, permeable a algún grado de experimentalismo, para que, al final del diálogo transnacional con el Estado-violador, se garantice la restauración total del ámbito de protección de algún DESCA eventualmente vulnerables. Solo

⁵²⁸ ANTONIAZZI, Mariela Morales. Interamericanização: fundamentos e impactos. In: LEGALE, Siddharta; FACHIN, Melina; RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Interamericanização do direito constitucional & constitucionalização do sistema interamericano*. Andradina: Meraki, 2022, p. 349-350.

⁵²⁹ CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 48.

*entonces las víctimas serán conducidas a un status activus de pleno disfrute de los derechos protegidos por el art. 26 de la Convención.*⁵³⁰

O sistema jurídico brasileiro conhece violações massivas de direitos fundamentais por omissão, por exemplo, no sistema carcerário brasileiro (ADPF 347). Essa discussão envolve no Supremo Tribunal Federal a doutrina do chamado *Estado de Coisas Inconstitucional*⁵³¹.

Utiliza-se o exemplo do sistema carcerário brasileiro pelo fato de já ter chegado no SIDH. A Corte IDH já proferiu diversas medidas provisionais em desfavor do Brasil em razão dos problemas ocorridos no Cárcere Urso Branco, no Complexo Penitenciário de Araraquara, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Complexo Penitenciário de Curado e no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho⁵³². Hoje essas discussões integram o que se convencionou chamar de supercaso na Corte IDH. Legale e Araújo nomearam a questão, buscando um paralelismo semântico com a tese utilizada pelo STF na ADPF 347, de *Estado de Coisas Inconvencional*. Para os autores o Estado de Coisas Inconvencional, termo que não é encontrado na jurisprudência da Corte IDH, *demandaria uma violação massiva dos direitos humanos em decorrência da omissão persistente em cumprir a CADH, com a existência de um litígio estrutural que demanda interação institucional para a solução do problema*⁵³³. O exemplo também é importante, já que a doutrina excepciona esse tipo de violação na aplicação da chamada jurisprudência da crise - que será analisada no próximo tópico do presente trabalho -

⁵³⁰ CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Murovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 50-51.

⁵³¹ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF 347 MC*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Dje 18/02/2016).

⁵³² Para um estudo pormenorizado das medidas provisionais emitidas pela Corte IDH, cf. ARAÚJO, David Pereira de. *O Bloco de Constitucionalidade: uma chave para entrar na Sala de máquinas no novo constitucionalismo sul-americano?* Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2022. *Ebook*.

⁵³³ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, v. 2, n.2, p. 67-82, 2016.

razão pela qual o argumento econômico seria secundário nessas espécies de violações estruturais em razão da magnitude do direito humano violado⁵³⁴.

Mas qual a relação desses argumentos com a seguridade social, em especial o direito previdenciário, no Brasil? Primeiro, veja-se que na sua origem a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional nasceu no direito previdenciário em decisões da Corte Constitucional colombiana⁵³⁵. Segundo, há nas políticas públicas previdenciárias violações estruturais que se adequadamente trabalhadas poderiam vencer o filtro interamericano. Entenda-se que não se está afirmando ou mesmo defendendo que o Brasil vive um Estado de Coisas Inconstitucional e Inconvencional em matéria de previdência social. Tal afirmação demandaria um estudo próprio, extrapolando, de outra banda, o objeto deste. No entanto, nos últimos anos, vive-se um limiar bastante significativo de desproteção social. E não se está falando aqui das reformas da previdência social de caráter restritivo. O foco aqui são alguns problemas estruturais no âmbito do Regime Geral de Previdência Social decorrentes de sistemáticas omissões que acabam violando direitos humanos previdenciários. São problemas que não estão circunscritos ao Poder Executivo e Legislativo, mas também assolam o Poder Judiciário. Pela magnitude poderiam vencer os filtros do SIDH. Abaixo, traz-se alguns exemplos que podem documentar essa questão no decorrer do tempo⁵³⁶.

⁵³⁴ Escreve Magalhães: “[...] o caso das torturas e massacres ocorridos nas prisões do Amazonas, a chancela de eventual corte de gastos representa uma violação muito maior ao núcleo da dignidade da população carcerária, de modo a impor um custo maior à medida”. (MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 257).

⁵³⁵ “Foi na SU – 559, de 1997, quando a Corte Constitucional declarou, em primeira oportunidade, o estado de coisas inconstitucional. Na espécie, 45 professores dos municípios de *Maria La Baja* e *Zembrano* Tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. Os professores contribuíam com 5% de seus subsídios para um fundo previdenciário denominado *Fundo de Prestación Social*. Todavia, não recebiam cobertura de saúde ou de seguridade social. Apesar dos pagamentos efetuados pelos profissionais, os agentes municipais não admitiram filia-los no fundo social, recusando-lhes os benefícios correspondentes. Alegaram escassez de recursos orçamentários para o custeio do pleiteado. Obrigados a contribuir em razão de o desconto ser obrigatório sobre os subsídios, os docentes não recebiam a contrapartida dos direitos sociais básicos” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. 2015. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2015, p. 108). A segunda decisão da Corte Constitucional Colombiana também analisou ineficiência administrativa do sistema de previdência: “A segunda vez na qual a Corte Constitucional reconheceu o estado de coisas inconstitucional foi na *Sentencia T – 068*, de 1998, envolvida mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias. A entidade administrativa afirmava haver atraso em responder cerca de 45.000 petições e, devido ao número elevado, demoraria entre 2 e 3 anos para realizar os atos administrativos necessários. Julgando em conjunto cinco *acciones de tutela*, a Corte concluiu estar presente um quadro insuportável de ineficiência administrativa, vulnerando permanentemente o direito fundamental de petição dos administrados, e gerando grande quantidade de *acciones* contra a entidade previdenciária”. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. 2015. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2015, p. 111-112).

⁵³⁶ Em *Guevara Díaz* o juiz Mudrovitch também incursionou sobre o tema, acrescentado seu entendimento que as decisões da Corte IDH formam superprecedentes: “85. *El reciente desarrollo de los procesos de*

Veja-se primeiro o Tema 1006 do STF⁵³⁷. Trata-se, na origem, de uma Ação Civil Pública (n. 5004227-10.2012.404.7200/SC)⁵³⁸ ajuizada pelo MPF em desfavor do INSS, em 09 de março de 2012, distribuída na Seção Judiciária de Santa Catarina, narrando fatos ocorridos desde o ano de 2009, buscando resolver o problema do atraso das perícias médicas na Autarquia, que estava afetando a concessão dos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte para incapazes e benefício de prestação continuada para deficientes. A petição inicial narra o prazo excessivo para a realização do ato pericial, que chegava ao total de cinco meses, decorrente do quadro deficitário de servidores e problemas administrativos e gerencias da Autarquia. Para o MPF o atraso estava ocasionando riscos à saúde e integridade física dos segurados pela ausência de proteção social. O pedido teve deferida antecipação de tutela pelo juízo de primeiro grau para que o INSS, no prazo de quinze dias do requerimento administrativo, realizasse as perícias médicas, ou, descumprido o limite, que os benefícios fossem concedidos e mantidos até a realização do ato médico. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF4) foi atribuído efeito suspensivo ao agravo interposto pelo INSS, com o objetivo de buscar uma solução ao problema pela via conciliatória, uma vez que a ré teria demonstrado a existência de esforços para solucionar o problema, especialmente diante de outra Ação Civil Pública (n. 5025299-96.2011.404.7100) interposta pela Defensoria Pública da União na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, conciliação que restou infrutífera. No âmbito do agravo de instrumento (AI 5006631-03.2012.404.0000/SC, Rel. Rogerio Favreto, j. 23/01/2013) o relator no TRF4 manteve tutela de urgência apenas para

estructuración dentro de la jurisdicción constitucional brasileña es también un desarrollo inequívoco del lenguaje común formado a partir del reconocimiento de la justiciabilidad de los DESCAs. En el argumento del incumplimiento de precepto fundamental n. 347, el Supremo Tribunal de Brasil reconoció el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario, con la violación masiva de los derechos fundamentales de los presos. Y este año, el mismo Tribunal inició el juicio del Argumento de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 760, que pretende la declaración de un estado de cosas inconstitucional en la protección del medio ambiente, concretamente en la lucha contra la deforestación de Amazonia, con votos ya emitidos que, entre otras razones, se basan en sentencias relevantes de esta Corte. Todo ello demuestra que las sentencias de la Corte sobre DESCAs tienen hoy un status de superprecedentes que dialogan con los ordenamientos jurídicos nacionales de forma directa y que no pueden abandonarse sin más. Brasil no está solo en esto, Colombia, entre otras naciones latinoamericanas, es también un laboratorio vivo de decisiones estructurantes, que han llevado al desarrollo de la doctrina del estado de cosas inconstitucional para hacer frente a los fallos de coordinación que ponen en peligro la fructificación de los variados DESCAs). (CORTE IDH. Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica. Voto concurrente del Juez Rodrigo Murovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 85).

⁵³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 1171152/RS. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 03/10/2019. Dje 10/10/2019.

⁵³⁸ Toda a análise narrativa aqui realizada foi feita com base no arquivo PDF gerado no site do Supremo Tribunal Federal, na aba peças do RE 1171152 (Tema 1006), que pode ser acessado no link: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=5573573. Em razão disso, deixa-se de referenciar, de forma separada, cada um dos processos gerados em praticamente 09 anos de tramitação total (principal, agravos, apelação, reexame necessário, recurso especial e recurso extraordinário).

autorizar a contratação emergencial de serviços médicos para a realização das perícias⁵³⁹, decisão que perdeu seu objeto diante da sentença proferida na ação originária. No final, foi proferida sentença nos termos da liminar inicialmente concedida. No julgamento da apelação/reexame necessário no TRF4, ficou decidido pela fixação do prazo de 45 dias para a realização das perícias médica, sob pena de implantação automático das prestações, bem como pela possibilidade de credenciamento temporário de novos peritos médicos para atender a crescente demanda.

Foram admitidos na origem recurso especial e recurso extraordinário. No âmbito do recurso especial, o STJ reconheceu sua inviabilidade, diante da existência de matéria constitucional, sob pena de usurpar a competência do STF. Na admissão do RE, o Min. Alexandre de Moraes *retoma a questão financeira* que envolve os direitos sociais previdenciários:

No presente caso, destaca-se a questão do acentuado impacto da decisão judicial para as finanças públicas. Com efeito, a implantação automática de milhares de benefícios previdenciários, em curto período de tempo, traz em si repercussão econômica imensa para o Poder Executivo. Sobreleva discutir a legitimidade de tais ordens judiciais, sem que haja específica e prévia dotação orçamentária para atendê-las.

(...)

Efetivamente, desconsiderar as consequências econômicas da decisão judicial pode significar o comprometimento de outros direitos, eventualmente até mais prioritários, em razão da impossibilidade de o Estado satisfazer a todas as necessidades sociais.

Penso que este peculiar caso proporciona uma especial oportunidade para o Plenário voltar ao tema da “reserva do possível”, a respeito do qual vale invocar as palavras do eminente Decano desta CORTE, Min. CELSO DE MELLO:

(...)

Enfim, este caso terá a importante função de definir como o magistrado deve proceder quando a solução, pela via judicial, do imobilismo da Administração acarretar enorme comprometimento das verbas públicas. Além da alternativa adotada neste caso – a imposição da obrigação ao Poder Público, sem se levar em conta os gastos decorrentes do cumprimento da decisão –, merecem ser sopesadas e discutidas as seguintes opções:

⁵³⁹ O argumento para não adotar a concessão automática pelo excesso de prazo *foi econômico em desfavor do segurado, nada obstante não houvesse dados sobre o custo da contratação emergencial de serviços médicos pela Autarquia*: “Antes de melhor sinalizar esse caminho, cumpre registrar o entendimento pessoal sobre a concessão automática de benefícios de incapacidade quando a avaliação pericial superar o tempo pré-fixado, nos termos do pleito postulado pelo Ministério Público Federal. Por um lado, essa medida atenderia de forma rápida o direito do segurado com a concessão do benefício previdenciário, mas também abriria portas para a migração de segurados em todo o país (não existe a vinculação territorial da residência do segurado, que pode postular em qualquer agência da Previdência social), com a geração de benefícios indevidos, mormente porque ainda existem os conhecidos ‘despachantes’ que poderão aproveitar da situação para direcionar os pleitos de seus ‘clientes’. Além disso, diante do entendimento jurisprudencial de que é desnecessária a devolução de pagamentos de benefícios previdenciários recebidos de boa-fé, a concessão automática de benefício pelo atraso de perícias mostra-se fragilizada como solução do problema. Isso porque, inúmeros pedidos poderiam vir a ser deferidos automaticamente, pelo mero decurso do prazo e, embora realizada perícia conclusiva de modo desfavorável ao segurado, o INSS não recuperaria os valores pagos, gerando prejuízos à previdência social. Em suma, o tratamento generalizado e de concessão automática dos benefícios poderá agravar ainda mais a atual situação, em especial os locais que o tempo de espera supera os limites de razoabilidade, retroalimentando a crise do sistema decorrente da falta de estrutura material e humana”.

- i) a impossibilidade da decisão judicial conceder efeitos financeiros gigantescos em face da inércia em se fazer a perícia em 45 dias;
 - ii) a ordem judicial depender da aferição não apenas da inércia propriamente dita, mas também das reais condições de a Administração superá-la. Com efeito, além das dificuldades em arcar com valores expressivos para necessidades específicas, outros fatores podem concorrer para a inviabilidade da satisfação plena do serviço público. O INSS registra o número elevado de aposentadorias e exonerações de peritos, cuja reposição seguramente não se dará com facilidade. Comprovadas essas contingências, cabe discutir se também devem ser levadas em conta pelo juiz ao julgar o pedido de implementação de políticas públicas.
- Na presente hipótese, portanto, patente a repercussão geral.

Após praticamente oito anos de tramitação total, no bojo do recurso extraordinário, foi firmado acordo entre as partes, *não tendo o STF enfrentado as questões suscitadas pelo Min. Alexandre de Moraes*, que homologou a avença em 8 de dezembro de 2020. No acordo, o objeto da demanda foi ampliado para estabelecer prazos administrativos para análise de todas as espécies de benefícios administrados pelo INSS⁵⁴⁰, a contar do encerramento da instrução do requerimento administrativo, da seguinte forma: a) benefício assistencial à pessoa com deficiência – 90 dias; benefício assistencial ao idoso – 90 dias; aposentadoria, salvo por invalidez – 90 dias; aposentadorias por invalidez comum e acidentária – 45 dias; salário maternidade – 30 dias; pensão por morte – 60 dias; auxílio-reclusão – 60 dias; auxílio-doença comum e por acidente de trabalho – 45 dias e auxílio acidente – 60 dias. Em razão que a deficiência administrativa também reflete no quantitativo e no atendimento das demandas judiciais, o acordo também estabeleceu os seguintes prazos a serem implantados em juízo: implantações de tutelas de urgência – 15 dias; benefícios por incapacidade – 25 dias; benefícios assistenciais – 25 dias; benefícios de aposentadorias, pensões e outros auxílios – 45 dias; ações revisionais, emissão de CTC, averbação de tempo e emissão de boletos de indenização – 90 dias; juntada de documentação de instrução – 30 dias.

Mas o fato é que a política pública previdenciária se mantém com o mesmo e outros problemas, agravados pela pandemia da COVID-19, mas não dela exclusivamente decorrentes, uma vez que o quadro deficitário de servidores e a falta de organização administrativa e

⁵⁴⁰ Da petição do acordo extrai-se a amplitude dos problemas administrativos que foram judicializados: “CONSIDERANDO a existência de diversas Ações Cíveis Públicas (1002597-82.2018.4.013700, da 13ª Vara Federal de São Luiz/MA; 1000422-90.2019.4.01.3600, da 3ª Vara Federal Cível de Mato Grosso; 5021377-06.2019.402.5101, da 31ª Vara Federal do Rio de Janeiro; 5029390-91.2019.402.5101, da 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro; 1021150-73.2019.401.3400, da 2ª Vara Federal do Distrito Federal; 1006661-98.2019.401.3701, da 2ª Vara Federal de Imperatriz/MA; 0802083-54.2019.405.8102, da 16ª Vara Federal de Fortaleza/CE; 5027299-68.2017.404.7100, da 17ª Vara Federal de Curitiba/PR; 1002682-71.2019.401.4302, da Vara Federal Cível e Criminal de Gurupi/TO; 0824660-32.2019.405.8100, da 2ª Vara Federal de Fortaleza/CE; 5000600-40.2020.403.6102, da 5ª Vara Federal de Ribeiro Preto SP) em que o autor da ação requer comando jurisdicional semelhante aquele da ação objeto do presente acordo, com o objetivo de determinar ao INSS a análise e conclusão dos processos administrativos em determinado prazo, sendo proferidas decisões judiciais de conteúdo e abrangência territorial diversos (nacional e regional)”.

gerencial, especialmente por restrições orçamentárias impostas, continuam mesmo após o acordo entabulado.

Veja-se, em segundo, notícia publicada em 27 de março de 2022, indicando que o INSS estava com uma fila recorde, com 2,85 milhões de pessoas à espera de análise do seu requerimento de benefício, sendo que a principal causa era o atraso da perícia médica, afetando o direito de pessoas com incapacidade laboral. Também é noticiado um fenômeno conhecido das estatísticas judiciais: “o INSS aparece entre os principais alvos de ações judiciais. Segundo dados oficiais, 75% das ações apresentadas contra a União em 2021 foram contra o INSS, o que correspondente a 2,4 milhões de processo.”⁵⁴¹

Outro recente problema é a constante falta de aprovação de orçamento para pagar as perícias médicas no âmbito dessas milhares de ações judiciais por incapacidade, entrave que se arrastou de setembro 2021, quando expirou o prazo da Lei 13.876/19, até 2022, chegando ao ponto de alguns segurados, beneficiários da assistência judiciária gratuita, buscarem recursos para pagar suas perícias e verem seus processos julgados⁵⁴².

Nessa mesma temática, em 17 de fevereiro de 2002, noticiou-se que a manutenção da indefinição do pagamento dos peritos médicos nomeados judicialmente estava comprometendo o atendimento da população. Seriam 84 mil perícias já realizadas sem pagamento, acrescidas de um número não mensurado de processos que estavam parados sem designação do exame médico⁵⁴³.

Para que o argumento utilizado seja bem compreendido é preciso uma boa dose de alteridade, sem qualquer amesquinamento do sofrimento humano pela desproteção social. Por exemplo, o caso *Muelle Flores vs. Peru* demonstra como os direitos humanos à vida digna e à integridade física podem ser afetados pela ausência da adequada proteção previdenciária.

O fato é que toda deficiência do serviço público envolve o conflito entre o argumento econômico, do custo das medidas necessárias para o correto funcionamento do sistema de proteção e, do outro, a efetivação do direito humano à previdência social previsto na Constituição Federal e nos tratados internacionais. Portanto, o próximo tópico visa justamente

⁵⁴¹ INSS tem fila recorde, com, 2,85 milhões à espera de benefício, equivalente à população de Salvador. *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/epoca/inss-tem-fila-recorde-com-285-milhoes-espera-de-beneficio-equivalente-populacao-de-salvador-25449108>. Acesso em 27 mar. 2022.

⁵⁴² Sem renda, brasileiros têm que pagar a própria perícia em ações contra o INSS após lei que definia o custeio expirar. *G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/10/27/sem-renda-brasileiros-tem-que-pagar-a-propria-pericia-em-acoes-contra-o-inss-apos-lei-que-definia-custeio-expirar.ghtml>. Acesso em: 14 mai. de 2022.

⁵⁴³ Segurados do INSS em risco. *Correio Brasiliense*. Disponível em: <http://buscacb2.correioweb.com.br/correio/2022/02/17/A08-ECO-1702.pdf>. Acesso em 14 mai. 2022.

encontrar, mesmo que indiciariamente, como seria possível contextualizar o argumento econômico no âmbito do bloco de convencionalidade interamericano.

2.3 Ponderações sobre o argumento econômico: do âmbito nacional ao regional interamericano

Em meio ao alegado estado de crise econômica e fiscal discute-se se o Poder Judiciário deveria desconsiderar esse cenário, que seria alheio ao Direito, e agir firmemente na realização dos valores constitucionais escolhidos pela nação, ou, por lado, se suas decisões poderiam fazer concessões e admitir restrições aos direitos fundamentais em prol do equilíbrio econômico-financeiro do sistema ou do bem-estar geral da sociedade.

Esse é um problema bastante comum na análise de casos previdenciários, uma vez que envolve um sistema de segurança social bastante dispendioso financeiramente, que é cada vez mais afetado, por exemplo, pela mudança demográfica decorrente do envelhecimento humano, fazendo com que o argumento econômico que assombra os direitos sociais se apresente como um dos principais pontos a serem analisados.

Esse enfrentamento é conhecido da jurisdição nacional brasileira em matéria previdenciária, especialmente no âmbito do STF. O que se buscará na parte final desse trabalho é, portanto, diferente: almeja-se, mediante a análise da pesquisa realizada até o momento, verificar se existe algum aporte que possa sugerir a visão da Corte IDH sobre o argumento econômico em detrimento dos direitos humanos.

2.3.1 Sobre o argumento econômico no âmbito nacional

Demonstrou-se anteriormente que os direitos sociais sempre foram vistos como programáticos, que dependem do transcurso do tempo e de recursos financeiros para serem concretizados. Note-se que essa é uma ideia que assombra os direitos sociais *independentemente* da inserção do argumento de crise financeira dos Estados. Seriam altamente dispendiosos por si sós. No entanto, o mito que somente os direitos sociais custam para serem implementados foi desmistificado pela doutrina. Todos os direitos, individuais, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, dependem de toda uma organização estatal que em grande parte envolve quantias para serem efetivados. Veja-se o sempre lembrado exemplo de

garantia de respeito à vida que depende de todo um aparato de segurança pública, ou, do direito de acesso à justiça que depende da estruturação do Poder Judiciário. Os exemplos são muitos e largamente desenvolvidos na doutrina⁵⁴⁴.

Ocorre que, de uns tempos para cá, somou-se à corrente dos custos ordinários o argumento do déficit orçamentário, da crise econômica dos Estados que, pela ainda questão ideológica já desmistificada, é sempre invocado para justificar a impossibilidade de concretização dos direitos sociais ou, até mesmo, infringir perdas aos já conquistados, em arrepio aos ditames da progressividade e não regressividade. E dentro dos direitos sociais, os direitos previdenciários parecem ser uma das primeiras espécies a sofrerem com políticas e reformas restritivas.

E se o argumento econômico faz parte das políticas públicas discutidas no seio dos Poderes Legislativo e Executivo, natural sua alegação e transposição para dentro do processo judicial, fazendo que juízes tenham que lidar com esse complexo argumento, em especial no âmbito das Cortes Constitucionais.

Essa lógica da utilização do argumento econômico para restringir ou negar direitos previdenciários já foi objeto de diversas pesquisas nacionais⁵⁴⁵. Variados autores concentraram suas preocupações na utilização de argumentos econômicos na aplicação judicial do direito previdenciário, buscando demonstrar sua recepção ou não, notadamente, pelo STF⁵⁴⁶. Portanto, não se intenciona aprofundar essa questão, o que deve ser feito nos autores referenciados. Faz-se necessário, no entanto, realizar uma pequena revisão do assunto para situar o argumento do presente tópico que é verificar a existência de técnica de decisão similar no bloco de convencionalidade interamericano: uma passagem *do âmbito nacional ao regional interamericano*.

Sobre o tema, Savaris demonstra que com a superação do positivismo legalista que atribuíra ao juiz o papel de mero aplicador de regras por subsunção, o direito foi instrumentalizado por teorias de cunho consequencialistas como o utilitarismo e a análise

⁵⁴⁴ Por todos, cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

⁵⁴⁵ Sem foco específico em políticas de seguridade social, cf. MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁵⁴⁶ Cf. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012; SAVARIS, José Antonio. Globalization, economical crisis, consequentialism and application of economical, social, and cultural rights. *Prolegómenos – Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XV, n. 30, p. 21-44, 2012; SAVARIS, Jose Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: conceito editorial, 2011; SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 9. Ed. Curitiba: Alteridade, 2021; SOARES JÚNIOR, Jair. *Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais*. Curitiba: Alteridade, 2018.

econômica do direito, sendo compreensível que decisões judiciais acabem sendo sensíveis e acatem argumentos políticos, sociais e econômicos de um Estado em crise financeira, em detrimento da efetivação dos direitos sociais das pessoas. O autor não nega que exista um local para o consequencialismo no direito, mas contrapõe o consequencialismo de natureza econômica de viés utilitarista ao consequencialismo possível e necessário em matéria de DESCA. Para tanto, salienta que decisões judiciais são sempre tomadas em casos concretos e devem considerar o substrato axiológico-normativo que norteia a razão da criação dos sistemas de proteção social⁵⁴⁷. Segundo o autor:

*El argumento de la protección contra la necesidad humana y para su desarrollo e integración social, justificador de los principios que fundamentan los derechos económicos, sociales e culturales, consubstancia legítima adopción de consideraciones consecuencialistas em materia social*⁵⁴⁸.

Em pesquisa de maior fôlego, o mesmo autor demonstra ser possível afirmar a predominância de uma ética utilitarista na jurisprudência do STF à luz de uma ênfase na preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, mesmo que o argumento seja utilizado de forma abstrata, sem o enfrentamento de estudos técnicos e mais sistêmicos sobre as consequências da decisão⁵⁴⁹. Para o autor:

Deveras, a mais recente doutrina do Supremo Tribunal Federal é aquela que, de modo expresso ou não, revela-se preocupada com o equilíbrio financeiro e atuarial – entenda-se, eficiência econômica – da Seguridade Social. O discurso utilizado para implementação das reformas restritivas, compreendido em seu objetivo último de redução do déficit público, se tornou, segundo esta perspectiva, norma jurídica de mais alto quilate e é acriticamente reproduzido pela maioria dos atuais magistrados do STF. Tais julgadores passam, então a compor decisões orientadas ao resultado que – supostamente – maximiza a satisfação do interesse comunitário de preservação do sistema previdenciário, mas que, na verdade, implica a restrição – ou sacrifício – de direito fundamental⁵⁵⁰.

No mesmo caminho, Serau Junior sustenta que a análise dos direitos sociais com base no viés econômico é praticamente incontestada no âmbito da doutrina da seguridade social. Não

⁵⁴⁷ SAVARIS, José Antonio. Globalization, economical crisis, consequentialism and application of economical, social, and cultural rights. *Prolegómenos – Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XV, n. 30, 2012, *passim*.

⁵⁴⁸ SAVARIS, José Antonio. Globalization, economical crisis, consequentialism and application of economical, social, and cultural rights. *Prolegómenos – Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XV, n. 30, 2012, p. 42.

⁵⁴⁹ SAVARIS, Jose Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: conceito editorial, 2011, p. 145-188.

⁵⁵⁰ SAVARIS, Jose Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: conceito editorial, 2011, p. 180.

nega que a análise econômica possui premissas importantes dentro de um cenário de escassez ou desequilíbrio de recursos. Todavia, tece críticas que esse viés de análise desconsidera a normatividade dos direitos fundamentais e as escolhas realizadas pela sociedade no texto constitucional sobre a forma de proteção social que deve ser ofertada pelo Estado⁵⁵¹. Para o autor também é incongruente o discurso da escassez e da busca da eficiência econômica preconizada pela análise econômica quando contraposto ao cenário de desvinculação de receitas da seguridade social, da abertura de créditos extraordinários para pagamentos de outras despesas, das frequentes abdições de créditos por programas de parcelamento e pela falta de combate à corrupção e recuperação de valores desviados ou sonegados⁵⁵². Em razão de tudo, defende que é possível encontrar outras formas de pensar, sendo para o autor a jusfundamentalidade material da seguridade social a chave para o tratamento do assunto, uma vez que um sistema de seguridade social adequadamente protetivo está de acordo com o texto constitucional, que para além de concretizar a solidariedade, a redistribuição de renda e a eliminação da miséria, acaba, ao final, potencializando a emancipação das pessoas e a participação no processo democrático⁵⁵³.

Mais recentemente, Soares Júnior passou a engrossar o discurso acima, criticando a utilização do argumento econômico na aplicação dos direitos sociais, sustentando que a seguridade social deve ser vista como um fator de contribuição para a sustentabilidade social. Na sua defesa, ressalta que desenvolvimento econômico não significa apenas aumento do Produto Interno Bruto (PIB), sendo que a adoção de um conceito multidimensional de sustentabilidade, que compreenda as dimensões social, ambiental e econômica seria um caminho mais adequado como hipótese de trabalho. A Seguridade Social deve ser vista como um instrumento de emancipação e inclusão social capaz de garantir um adequado desenvolvimento sustentável⁵⁵⁴.

As obras citadas referenciam diversas decisões às suas épocas, não sendo o caso de reproduzi-las. Dando um passo para frente, é possível demonstrar as mesmas conclusões com recentes julgamentos proferidos após os trabalhos analisados. Podemos citar, por exemplo, a

⁵⁵¹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 57.

⁵⁵² SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74-80.

⁵⁵³ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 125-130.

⁵⁵⁴ SOARES JÚNIOR, Jair. *Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 125-221.

decisão do Min. Fux, na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.221.446/RS, sobre o adicional de 25% em benefícios diversos da aposentadoria por invalidez:

Em termos de repercussão econômica, há informação nos autos de que a utilização imoderada desse adicional de grande invalidez levaria a um possível impacto bilionário causado **aos já combalidos cofres públicos**, revelando-se particularmente preocupante no **cenário de crise fiscal e econômica vivenciado**. De se rememorar, também, **os esforços para a recente reforma da previdência, a qual consome progressivamente o orçamento público e impede investimentos em áreas essenciais, como a segurança, a saúde e a educação**⁵⁵⁵.

Nessa decisão foi invocada a PET 8.002, no qual o Min. Fux fundamenta sua decisão no consequentialismo:

No que diz respeito ao *periculum in mora*, ressalto a existência de informação nova veiculada no Agravo, qual seja, a de que “o impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese do STJ é da ordem de R\$ 7,15 bilhões por ano, segundo estudo da Secretaria de Previdência do extinto Ministério da Fazenda – Nota Técnica SEI nº 50/2018/CGEDA/SRGPS/SPREV-MF”. O quadro apresentado indica que a eficácia imediata do acórdão recorrido representa grave risco para as contas públicas, revelando-se particularmente preocupante no cenário de crise fiscal e econômica atual.

Sob uma **perspectiva consequentialista**, no abalizado magistério de Richard Posner, o magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social (POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64). Com efeito, parte-se de uma premissa de que, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, **as Cortes Constitucionais alocam recursos escassos**, já que em razão **do juízo consequentialista**, juízes são comprometidos com os resultados de suas ações (MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 190).⁵⁵⁶

No entanto, ainda se encontra no âmbito do STF um exercício de interpretação diverso, mesmo que temperado por votos contrários. Veja-se o inteiro teor do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327⁵⁵⁷, que possui por objeto a extensão do

⁵⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.221.446*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 07/08/2020. Dje 01/09/2020.

⁵⁵⁶ Para Savaris: “*Según el análisis económico, para la definición de reglas de conducta, el Derecho deberá considerar los impactos económicos decorrentes de estas reglas, la designación de los recursos y los incentivos que influyen el comportamiento de los agentes económicos privados. No debe causar preplejidad que, em el ejercicio de su jurisdicción constitucional, el juez se permeable a la orientación consequentialista. Esto será más comprensible cuando, aún tratándose de derechos humanos económicos sociales y culturales, las decisiones consequentialistas sean percibidas en un momento histórico-político de austeridad fiscal y de acuerdo con programas legislativos restrictivos de esos derechos*”. (SAVARIS, José Antonio. *Globalization, economical crisis, consequentialism and application of economical, social, and cultural rights. Prolegómenos – Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XV, n. 30, 2012, p. 30-31).

⁵⁵⁷ REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. IMPUGNAÇÃO DE COMPLEXO NORMATIVO QUE INCLUI ATO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. FUNGIBILIDADE. ADPF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

salário-maternidade para o período posterior ao de internação de mães e bebês que precisaram de internação prolongada. Com efeito, a Lei 8.213/91 prevê, como regra geral, o pagamento do salário-maternidade pelo prazo de 120 dias, com termo inicial em 28 dias antes do parto. No caso, discute-se a possibilidade de início do pagamento para período posterior ao parto e internação de longa duração, uma vez que somente após a alta médica é que seria possível falar

REQUISITOS PRESENTES. CONHECIMENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO. PROTEÇÃO DEFICIENTE. OMISSÃO PARCIAL. MÃES E BEBÊS QUE NECESSITAM DE INTERNAÇÃO PROLONGADA. NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE PAGAMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE NO PERÍODO DE 120 DIAS POSTERIOR À ALTA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. ABSOLUTA PRIORIDADE DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA. ALTA HOSPITALAR QUE INAUGURA O PERÍODO PROTETIVO. 1. Preliminarmente, assento, pela fungibilidade, o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que impugnado complexo normativo que inclui ato anterior à Constituição e presentes os requisitos para a sua propositura. 2. Margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais que ganha relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. Possibilidade de conformação diante da proteção deficiente. Precedente RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. 3. O reconhecimento da qualidade de preceito fundamental derivada dos dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais fundamentais (art. 6º) e a absoluta prioridade dos direitos da crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227), qualifica o regime de proteção desses direitos. 4. Além disso, o bloco de constitucionalidade amplia o sistema de proteção desses direitos: artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), Objetivos 3.1 e 3.2 da Agenda ODS 2030 e Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), que alterou a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), a fim de incluir no artigo 8º, que assegurava o atendimento pré e perinatal, também o atendimento pós-natal. Marco legal que minudencia as preocupações concernentes à alta hospitalar responsável, ao estado puerperal, à amamentação, ao desenvolvimento infantil, à criação de vínculos afetivos, evidenciando a proteção qualificada da primeira infância e, em especial, do período gestacional e pós-natal, reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento do HC coletivo das mães e gestantes presas (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018). 5. É indisputável que essa importância seja ainda maior em relação a bebês que, após um período de internação, obtêm alta, algumas vezes contando com já alguns meses de vida, mas nem sempre sequer com o peso de um bebê recém-nascido a termo, demandando cuidados especiais em relação a sua imunidade e desenvolvimento. A alta é, então, o momento aguardado e celebrado e é esta data, afinal, que inaugura o período abrangido pela proteção constitucional à maternidade, à infância e à convivência familiar. 6. Omissão inconstitucional relativa nos dispositivos impugnados, uma vez que as crianças ou suas mães que são internadas após o parto são desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial. 7. Premissas que devem orientar a interpretação do art. 7º, XVIII, da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores à “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.” Logo, os cento e vinte dias devem ser considerados com vistas a efetivar a convivência familiar, fundada especialmente na unidade do binômio materno-infantil. 8. O perigo de dano irreparável reside na inexorabilidade e urgência da vida. A cada dia, findam-se licenças-maternidade que deveriam ser estendidas se contadas a partir da alta, com o respectivo pagamento previdenciário do salário-maternidade, de modo a permitir que a licença à gestante tenha, de fato, o período de duração de 120 dias previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição. 9. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a liminar, a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), e assim assentar (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das razões sistemáticas antes explicitadas) a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto n.º 3.048/99. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020).

em período de convivência inicial entre genitor e criança, aspecto de proteção incluído no salário-maternidade.

A decisão é importante por vários pontos da sua fundamentação, sendo dela resgatáveis aspectos que sustentam a presente dissertação. Nesse sentido, o Min. Fachin foi capaz de demonstrar que o processo de interpretação diferencia texto e norma⁵⁵⁸, bem como o papel que esse reconhecimento tem no âmbito da interpretação dos direitos sociais, especialmente nos casos de proteção deficiente por parte do legislador. Veja-se:

No entanto, penso que a ausência de previsão legal não é óbice legítimo. A ausência de lei não significa, afinal, ausência da norma.

Entre a autocontenção e a discricionariedade/ativismo judicial existe uma margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais. Essa margem ganha especial relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que, como se sabe, exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. Nestes casos, a efetividade dos direitos sociais não só não afasta, como depende da atuação jurisdicional até mesmo para enriquecer a deliberação pública (GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 121-144, p. 134-135)⁵⁵⁹.

Para o relator, baseando-se agora no princípio da antidiscriminação na interpretação dos direitos sociais, “subsiste, por ora, omissão legislativa quanto à proteção das mães e crianças internadas após o parto, a qual não encontra critério discriminatório racional e constitucional. Essa omissão pode ser conformada judicialmente”⁵⁶⁰.

Além disso, o Ministro Fachin afirmou que o bloco de constitucionalidade restou ampliado para a proteção integral da criança, invocando o art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Trouxe, ainda, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, no que tange a meta de reduzir a taxa de mortalidade materna e infantil⁵⁶¹.

Ponto importante foi o afastamento do argumento econômico. Para o Ministro, “[...] não se pode invocar o óbice do art. 195, § 5º: ‘Nenhum benefício ou serviço da seguridade social

⁵⁵⁸ No mesmo sentido no âmbito convencional: “[...] *La norma convencional, desde esta perspectiva, no puede confundirse con su texto, sino que debe representarse objetivamente como el resultado de un proceso de interpretación y aplicación*”. (CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 54).

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020, p. 7-8.

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020, p. 9.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020, p. 10-11.

poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.’ O benefício e sua fonte de custeio já existem”⁵⁶². No final, salientou o que a decisão significava, incluindo o respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil: “Trata-se enfim de levar a sério e compreender integralmente os compromissos assumidos constitucional e convencionalmente em prol da proteção à infância e à maternidade”⁵⁶³.

Nada obstante, no mesmo processo, a necessidade de enfrentar o argumento econômico apareceu com força no voto do Ministro Gilmar Mendes. Este acompanhou o relator, alinhando-se ao entendimento que estava ocorrendo uma proteção insuficiente de um direito social previdenciário. Contudo, salientou que quando do julgamento de mérito da ação, seria necessário que a Corte “[...] trate de forma mais aprofundada da questão crucial referente ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário nacional, garantido pelo art. 195, § 5º, da Constituição Federal”⁵⁶⁴.

O conceito chave parece ser o de *crise econômica e financeira* do Estado, a falta de recursos do orçamento e o temor de um dia faltar. Também é correntemente invocado o receio da inviabilização e destruição de várias outras políticas públicas de proteção como saúde, educação, assistência, mesmo que isso, paradoxalmente, implique em acatar o viés de desproteção da previdência social e dos riscos por ela abrangidos, o que acaba, como visto na primeira parte do presente trabalho no caso *Muelle Flores*, igualmente repercutindo, por exemplo no direito à saúde. E isso, passados mais de 30 anos de seguidas reformas restritivas de benefícios previdenciários ou de reformas de ampliação do sistema tributário de arrecadação, parece ainda pouco contestado ou aprofundado.

Uma análise geral dessa jurisprudência da crise foi realizada por Magalhães em sua dissertação de mestrado⁵⁶⁵. O trabalho, em sua versão comercial⁵⁶⁶, como visto acima, já foi

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020, p.16.

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020, p. 16-17.

⁵⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020, p. 10.

⁵⁶⁵ MAGALHÃES, Andréa da Fonseca Santos Torres. *Precisamos falar sobre a crise: a jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática*. 2017. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9756>. Acesso em 22 abr. de 2022.

⁵⁶⁶ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

citado no STF pelo Ministro Fux, para referir que juízes alocam recursos e, portanto, devem se orientar pela análise das consequências, incluindo as econômicas, de suas decisões.

Magalhães não enfrenta diretamente a noção de crise econômica dos Estados, parecendo partir da sua aceitação como algo certo, sem analisar o conceito de uma forma mais sistemática. Ela não nega a existência da doutrina que controverte o perfil contínuo da crise, mas não chega a controvertê-lo. De qualquer forma, extrai-se do trabalho que ela utiliza a noção tradicional de crise, qual seja, que envolve algo temporário, transitório, que visa ser superado. Nesse caminhar, a chamada jurisprudência da crise deveria ter essa característica de temporariedade, ou seja, formatada para enfrentar esses momentos de recessão por medidas de austeridade enquanto necessárias. Essa noção, por outro lado, foi controvertida em obra conjunta escrita em forma de diálogo por Bauman e Bordoni, que demonstram que a temporariedade não existe mais, pois sempre haverá uma crise fiscal para ser invocada pelos Estados, mesmo que induzida⁵⁶⁷.

Para confirmar o argumento utilizado, pense-se que, paradoxalmente, a utilização do argumento econômico nas políticas reformistas e o acatamento do argumento econômico pelo STF não parece repercutir na superação da sempre invocada crise. Ora, veja-se o sistema de seguridade social brasileiro. A Constituição Federal de 1988 instaurou um completo arcabouço de proteção da previdência, da saúde e da assistência social. No entanto, rapidamente, sempre com base no discurso do déficit orçamentária, instaurou-se sucessivas reformas constitucionais: EC 20/1998; EC 41/2003; EC 47/2005; EC 88/2015 e, mais recentemente, a EC 103/2019. E isso apenas para citar as reformas no âmbito da Constituição que deveriam ser mais difíceis. Se a busca abrangesse as reformas legislativas infraconstitucionais o panorama seria mais dilatado. E não parece que haja uma pretensão de cessação das reformas, sendo a futura implantação do regime de capitalização e de um sistema de proteção mínima a sombra do nosso sistema de previdência.

Inclusive, para nos mantermos dentro das lentes desse ponto, para Serau Junior as reformas constitucionais desconsideram pontos importantes da análise econômica do direito, sugerindo uma aplicação segmentada dessa espécie de doutrina. Para ele, os segurados não

⁵⁶⁷ “Quando uma crise caba, outra, que nesse ínterim chegou roendo nossos calcanhares, entra em cena e toma seu lugar. Ou talvez se trate da mesma imensa crise que alimenta a si mesma e muda com o tempo, transformando e regenerando a si própria como uma entidade teratogênica monstruosa. Ela devora e muda o destino de milhões de pessoas, fazendo disso uma regra, e não uma exceção, tornando-se um hábito cotidiano com o qual temos de lidar, em vez de uma inconveniência inoportuna ocasional da qual nos vemos livre o mais rápido possível”. (BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 15).

podem ser considerados agentes racionais uma vez que premidos por uma contingência social, por exemplo, a incapacidade, dentro de um cenário de poucas opções para sua sobrevivência⁵⁶⁸. E, mesmo que se pudesse atribuir essa racionalidade, o fato é que as constantes reformas da previdência social retiram qualquer opção de organização diante das constantes quebras de confiança que essas reformas acarretam⁵⁶⁹.

Mas é preciso retornar a já anunciada utilização do argumento consequencialista pelo Ministro Fux ao citar Magalhães. E faz-se isso pela qualidade da doutrina citada que deixa claro que na análise das consequências na análise judicial de políticas restritivas não existe um critério de preponderância do argumento econômico, ou seja, *nem sempre ele deve se sair vencedor*.

Magalhães defende em seu viés pragmático que juízes podem flexibilizar textos normativos quando preocupados com as consequências de suas decisões, especialmente quando envolvem alocação de recursos, o que acaba por desmistificar a noção que o poder judiciário não faz políticas públicas. E, por vezes, essas decisões são tomadas em um contexto de alegada crise econômica, razão pela qual no método de decisão dever-se-ia incluir instrumentais econômicos para a análise das consequências possíveis⁵⁷⁰. Em razão disso, a autora propõe que em um contexto de jurisprudência da crise, as Cortes Constitucionais devem-se valer de um método que inclua o consequencialíssimo, o custo-benefício e a exigibilidade. Para esse momento, considerando o foco do tópico, importa a visão da autora sobre o consequencialismo no poder judiciário. Isso porque a autora deixa claro que na análise das consequências uma alternativa inconstitucional sequer é uma alternativa⁵⁷¹. Da mesma forma, então, uma alternativa inconveniente também sequer deve ser uma alternativa. Além disso, a melhor decisão nem sempre é a que irá reduzir custos, trazer maior eficiência econômica ou propiciar maior bem-estar geral. É necessário analisar as consequências sistêmicas para além do

⁵⁶⁸ “Diante desta linha de argumentação, apenas com muita dificuldade se pode enquadrar o segurado ou o beneficiário da Seguridade Social na condição de *perfeito agente racional*. A situação em que se encontra (estado de necessidade ou risco social) impede sua *perfeita escolha racional*. A necessidade dita outra perspectiva que, àquela de obter o máximo resultado dentre várias alternativas possíveis: muitas vezes a alternativa é única ou a assimetria de oportunidades é relevante, impedindo, na prática, a *perfeita escolha racional do agente econômico*”. (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 61).

⁵⁶⁹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96-97.

⁵⁷⁰ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 190-197.

⁵⁷¹ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 214.

econômico, e isso é particularmente importante em restrições de políticas sociais de longo prazo, sempre tendo como norte o texto constitucional e, aqui, inclui-se pelo objeto tratado, também os textos convencionais⁵⁷².

Para tanto, a autora propõe que a decisão leve por parâmetros a análise de três variáveis: (a) a gravidade da crise: nesse ponto, a autora ressalta que é possível viver diversas crises, sendo a análise da intensidade, da gravidade, o fiel da balança do juízo prognóstico. Interessante é a invocação do entendimento do Comitê do PIDESC, sinalizando como um dos parâmetros para se atestar um estado de grande repercussão econômica a utilização ou não dos mecanismos de cooperação financeira internacional⁵⁷³; (b) o impacto econômico da decisão; e (c) a essencialidade do bem jurídico em discussão e a dignidade. Conforme explica, decisões com foco em medidas de austeridade econômica naturalmente podem restringir direitos fundamentais, sendo necessário, portanto, analisar a essencialidade do bem jurídico em jogo, bem como a repercussão na dignidade das pessoas, notadamente o impacto a longo prazo⁵⁷⁴. E sem desconsiderar a lógica protetiva do DIDH a autora disserta:

Sob uma perspectiva dos direitos humanos, é preciso identificar os grupos vulneráveis e desfavorecidos e protegê-los como uma questão de prioridade. Os Estados têm a obrigação de tomar medidas especiais e positivas para combater as condições que contribuem para perpetrar a discriminação contra esses grupos, bem como promover medidas de inclusão social, como as ações afirmativas. Com efeito, as políticas de austeridade devem evitar colocar uma carga maior sobre

⁵⁷² MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 208 e 217. Importante, portanto, diferenciar o juízo pragmatista que inclui o consequencialista do utilitarista: “Essencial já nesse momento é destacar que o consequencialismo jurídico não pode ser traduzido apenas nas consequências econômicas de determinadas alternativas. O argumento econômico deve ser sempre considerado, conforme exaustivamente declarado e adiante demonstrado, mas longe de ser o único fator de decisão. Daí decorre uma importante distinção a fazer entre consequencialismo e utilitarismo. Este último contempla o método consequencialista, mas adota como razão de decidir a produção de vantagens de hipótese. Há quem restrinja ainda mais o âmbito conceitual do utilitarismo, afirmando que valoriza a hipótese que represente maiores vantagens para um maior número de pessoas, diferenciando de outras linhas que prestigiam a maximização de riqueza em geral. De todo o modo, o utilitarismo abrange um consequencialismo voltado para a análise de custos e benefícios numérica ou financeiramente comparáveis, que tacitamente incorporou *argumentum ad consequentiam*. Amplamente difundido nos anos 50 e 60, o método divide uma decisão em um conjunto de ‘resultados’ mutuamente exclusivos e, em seguida, atribui um valor de probabilidade numérico e valor de utilidade (tipicamente, em cifras) a cada resultado. A decisão pode então ser feita mecanicamente, simplesmente escolhendo o resultado que tem o maior valor numérico quando a probabilidade de cada resultado é multiplicada pelo seu valor de utilidade (ou se houver um empate, escolhendo entre os que têm o valor mais alto)”. (MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 208 e 217. p. 224-225).

⁵⁷³ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 247-248.

⁵⁷⁴ “Novamente, os agentes estatais devem examinar o impacto das medidas de austeridade não só a curto e médio prazo, mas também a longo prazo. A retirada ou redução de alguns serviços sociais podem ter um impacto devastador sobre a igualdade substantiva a longo prazo”. (MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 260).

certos indivíduos ou grupos da sociedade, tais como as famílias monoparentais, crianças e jovens, pessoas com deficiência, minorias étnicas ou imigrantes. O Estado deve lutar ativamente contra qualquer impacto desproporcional que uma política de corte de gastos possa ter especificamente sobre esses grupos. Se esse efeito não é identificado e evitado, como consequência da crise, as medidas de austeridade acirrarão ainda mais a desigualdade e a exclusão social, possivelmente comprometendo o núcleo da dignidade desses grupos já vulneráveis. Essa ordem de prioridades é uma obrigação para o Estado, diretamente aplicável aos poderes políticos, mas que não pode ser ignorada pelo Judiciário⁵⁷⁵.

Aqui é preciso apenas redimensionar os grupos vulneráveis elencados pela autora, mesmo que pareça claro não ter sido sua intenção realizar qualquer exclusão, mas apenas exemplificar, para incluir os beneficiários da previdência social como um todo (deficientes, crianças, mulheres, etc.), especialmente os idosos que fazem parte da atual preocupação do *corpus juris* interamericano.

E, assim, para concluir essa primeira parte do ponto, deixa-se as palavras de Bordoni sobre o desmantelamento dos sistemas de proteção social, que bem contextualiza o enigma que envolve os sistemas de previdência no mundo, que não parecem receberem o valor que deveriam ao serem o meio de subsistência após uma contingência social ou anos de atividade laborativa das pessoas:

Com uma percepção de impotência, nós assistimos ao desmantelamento, peça por peça, dos nossos sistemas sociais ou de previdência, mas esse exemplo adicional de desconstrução resultante da modernidade não produz o alarme disseminado. A indignação, a despeito da exortação de Stéphane Hessel, resta limitada, quase um problema pessoal, cercada pela indiferença generalizada de uma comunidade que está cada vez mais desnorteada e confusa, preocupada em sobreviver a uma crise temporária e salvando tudo o que pode ser salvo, como numa economia de tempos de guerra, ou em estado de emergência, em que todo mundo pensa primeiro em si, pisoteando os outros e se agarrando ao salva-vidas mais próximo.

As garantias sociais que até poucas décadas atrás eram o sustentáculo da existência individual foram descontinuadas, rebaixadas, esvaziadas de sentido. A certeza do emprego foi questionada por contratos rescindíveis, acirrando o fenômeno da insegurança do emprego temporário. Cortes nos gastos públicos limitam os serviços essenciais, desde o direito à educação até o atendimento de saúde, cuja insuficiência afeta a qualidade, a rapidez e a adequação da assistência aos doentes crônicos, aos debilitados e aos menos capazes. A necessidade de revisões de despesas, para economizar – em oposição ao hábito prolongado de desperdiçar recursos, pelo qual o sistema político foi responsável em primeiro lugar –, põe em questão a legitimidade de direitos adquiridos, sancionados pela lei e pelo senso comum; inclusive a certeza de uma idade determinada de aposentadoria, o direito de receber subsídios de subsistência decentes e fundo de garantia para aqueles que trabalharam ao longo de toda uma vida. Tudo se tornou discutível, questionável, instável, destinado a perecer ou ser eliminado com uma canetada, em função de necessidades urgentes, problemas de orçamento e obediência a regulamentações europeias⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 259.

⁵⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 73.

O que parece, portanto, não estar sendo considerado na equação de equilíbrio financeiro e atuarial em detrimento dos direitos fundamentais são as consequências sociais que as restrições de proteção podem acarretar no longo prazo. Para a jurisdição configura mais fácil o prognóstico da falência dos sistemas de previdência, mas não o que acarretará na vida dos mais fracos que trabalham durante suas vidas sem qualquer condição de poupança individual como almejam as reformas que buscam implantar regime de capitalização e poupança complementar privada. Novamente, nas palavras de Bordoni:

Na lógica neoliberal, prevalece o princípio econômico segundo o qual toda ação, toda concessão, todo serviço deve produzir seu próprio lucro, cujo custo deve ser assumido por aqueles que o utilizam, e não distribuído por toda a comunidade, cuja única obrigação é contribuir coletivamente para manter o aparato de Estado. A aplicação irrestrita desse princípio rigoroso produz consequências desastrosas em termos de justiça social, como fica evidente nos lugares onde é adotado. Enquanto nos Estados Unidos, durante a administração Obama, inaugurou-se um processo para limitar os efeitos mais devastadores do neoliberalismo (começando com a assistência de saúde), na Europa podem-se sentir os primeiros golpes de uma política econômica inversa. É verdade que a tendência neoliberal das medidas já tomadas antes só se realizará plenamente quando as primeiras medidas de seguridade social expirarem – por exemplo, a diminuição de pensões, calculadas segundo a contribuição para o sistema ou o aumento da idade da aposentadoria –, mas hoje há sinais preocupantes e provas tangíveis de que os efeitos dos cortes progressivos já se fazem presentes.

O aspecto mais odioso dessa manobra, anunciada com a solenidade de pessoas corajosas tomando decisões corajosas para a salvação do mundo, é que essas decisões invariavelmente afetam os fracos, aqueles que não podem se defender e todas as pessoas que não têm outra escolha a não ser sofrer, porque a injustiça se encontra na generalidade e na totalidade das restrições, apesar de seu equilíbrio aparente e de sua aparente democracia. Parece haver uma contradição em termos, mas subtrair de todos na mesma medida (ou fazer mais pessoas pagarem mais, proporcionalmente) é um ato ostensivo de injustiça porque prejudica os mais desfavorecidos, os pobres e os necessitados. Se não for corrigido adequadamente, esse efeito perverso cria uma cisão na sociedade, separando as classes privilegiadas e a vasta maioria da população, que são pessoas afetadas pela recessão.

Essa separação já existe e lentamente começa a mudar os hábitos, o consumo e os estilo de vida de milhões de pessoas. Não foi difícil ver que ela estava chegando. Não é difícil, agora, saber quais serão as consequências no futuro. Mesmo aqueles que teorizam sobre isso, que estão aplicando suas teorias, escondendo a questão sob o rótulo de crise a ser superada, não são capazes de saber quais as consequências. Suspeita-se, portanto, que alguém queira que assim o seja: uma crise induzida, deliberadamente implementada para obter o resultado preciso que todos tememos⁵⁷⁷.

Feita essa rápida revisão sobre os pontos que se consideram relevantes para o entendimento do assunto, voltam-se os olhos novamente para o SIDH. E aqui colocam-se os seguintes questionamentos: Teríamos um caminho diverso para considerar o argumento econômico se a análise envolvesse o bloco de convencionalidade internacional? O que a Corte

⁵⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 73-74.

Interamericana tem dito sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos sociais e a defesa da inexistência de recursos disponíveis? Existe ou não um argumento econômico para o exercício do controle de convencionalidade em matéria previdenciária? É o último ponto a ser analisado para fechar a análise do tipo de dogmática jurídica alimentada pelo Tribunal, uma vez que vinculado aos argumentos de obrigação de progressividade e proibição de regressividade.

2.3.2 A responsabilidade interacional dos Estados pela inadequação dos sistemas previdenciários: e se o argumento econômico chegar na Corte IDH?

A presente dissertação não se constitui em um verdadeiro estudo de caso(s), nada obstante haja uma linha comum ao se utilizar de quatro casos peruanos. Todavia, tal fato deve ser visto como algo acidental, uma vez que coincidentemente os paradigmas previdenciários até o momento são formados principalmente a partir desse grupo de sentenças. Fossem decisões proferidas contra outros Estados-partes a linha de pesquisa e sistematização dos *standards* seria a mesma.

Todavia, tendo em vista a particularidade de a Corte IDH ter se debruçado essas diversas vezes sobre sistema previdenciário do Peru, torna-se importante verificar se há algo que se possa absorver desse movimento para fins de responsabilização internacional dos Estados pela inadequação de seus sistemas previdenciários.

Entenda-se que a realidade da evolução demográfica do Peru não difere do Brasil. Estudos indicam a existência de uma transição demográfica relacionada a queda das taxas de natalidade e o respectivo envelhecimento da população, impactando no sistema de proteção social⁵⁷⁸.

Sendo assim, se o sistema de proteção peruano passou por uma expansão na sua cobertura especialmente no período de 1961 a 1992, os noventa são marcados pelo início das reformas do sistema público, incluindo a implantação de um sistema privado de pensões, buscando o equilíbrio financeiro e atuarial⁵⁷⁹.

Um resumo sobre a organização previdenciária peruana é dado por Sanabria Montañez:

⁵⁷⁸ SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, 2008, p. 157-158. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022.

⁵⁷⁹ SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, 2008, p. 161. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022.

La seguridad social en pensiones en Perú opera actualmente bajo un esquema paralelo en el que coexisten básicamente dos sistemas. El Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones. Así, pertenecen al Sistema Público los regímenes: a) Decreto Ley N.º 19990 (denominado Sistema Nacional de Pensiones-SNP), y b) Decreto Ley N.º 20530 (denominado Cédula Viva), actualmente cerrado a nivel constitucional; y el régimen bajo el Sistema Privado de Pensiones (SPP), administrado por entidades privadas denominadas Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP). Además, existen regímenes pensionarios menores, como el del personal militar y policial de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales; y la Caja de Beneficios Sociales del Pescador⁵⁸⁰.

O chamado sistema privado foi implantado sob o regime de capitalização, ou seja, de contas individuais sem qualquer nota intergeracional. Tem-se apontado, após esses anos de sua instituição, algumas limitações, uma vez que gerou a diferenciação entre os valores das prestações em relação ao sistema público; é um sistema concentrado com poucas administradoras; possui um elevado custo administrativo; não alcança uma cobertura satisfatória, especialmente em razão dos mais pobres não conseguirem financiar uma conta individual⁵⁸¹; a inexistência do princípio da solidariedade e eventual desequilíbrio poderá acarretar que o Estado também tenha que apoiá-lo⁵⁸².

O Regime do D.L 20.530, de 26/02/1974, chamado de *Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles al Estado*, outorgava pensões vitalícias e com paridade para os funcionários estatais após a prestações de serviços prestados, encontrando-se atualmente sem financiamento e exercendo forte pressão nas contas públicas⁵⁸³. Dessa pressão geraram-se diversas reformas que afetaram a expectativa previdenciária dos beneficiários, uma vez que se pretendeu aplicar novas regras de forma imediata nas relações jurídicas já existentes, desembocando em intensa judicialização interna para fins de interpretação do princípio do direito adquirido em matéria de relações continuativas previdenciárias, o que, como visto na

⁵⁸⁰ SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, 2008, p. 163. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022.

⁵⁸¹ “Existe preocupación acerca del nivel de sus pensiones en el futuro, y especialmente las de los más pobres. Solo el 50% de su población cotiza, la densidad promedio de aportación no supera el 70%, la tasa de aportación ha estado rezagada en 8% por casi 10 años, las expectativas de vida vienen siendo mayores, lo que llevará a autofinanciar pensiones por más tiempos”. (SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, 2008, p. 166. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022).

⁵⁸² SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, 2008, p. 166. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022.

⁵⁸³ SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, 2008, p. 164. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022.

primeira parte do trabalho, também foi objeto da Corte IDH⁵⁸⁴. Essa análise pelo Tribunal compreende o importante lapso de 16 anos, uma vez que o caso *Cinco Pensionistas* foi julgado em 2003 e o caso *ANCEJUB-SUNAT* em 2019.

Mas, enfim, transcorridos tantos anos de análise de violações de direitos humanos pelo Peru pela Corte IDH, o que se pode absorver dos casos de importante para o presente tópico? Melish sustenta que o caso *Cinco Pensionistas* poderia ter sido resolvido pela Corte IDH apenas com base no art. 25 da CADH, considerando que existiam sentenças favoráveis e com trânsito em julgado em favor das vítimas. Em boa medida, como já afirmado anteriormente, a mesma conclusão pode ser estendida aos casos *Acevedo Buendía*, *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT*. No entanto, lembra a autora que o Tribunal também tinha a oportunidade de analisar o caso sob a ótica do direito previdenciário, podendo optar como melhores opções o direito de propriedade (art. 21) e o direito à seguridade social (art. 26). Optou pelo direito de propriedade, *passando a mensagem que violações do direito previdenciário seriam analisadas, mas que a Corte não ingressaria nos contornos substanciais do regime previdenciário adotado pelo Estado*⁵⁸⁵. De fato, à época, a solução adotada baseou-se na interpretação extensiva do direito de propriedade, relacionando-o com a tese dos direitos adquiridos.

Agora, é possível sustentar que o raciocínio da autora restou, ao menos parcialmente, superado. Anote-se que não é possível afirmar que a Corte IDH estaria disposta a aprofundar em um caso concreto os contornos do regime previdenciário adotado por um Estado demandando. No entanto, com os casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT* a Corte emitiu uma mensagem mais sólida sobre sua posição em relação ao direito previdenciário, demonstrando sua aptidão em avançar na análise de forma mais aprofundada em matéria de direito e processo previdenciário quando relacionada a violações concretas desse direito humano à luz do direito internacional, preocupada com o alto nível de exclusão e pobreza da região. Com efeito, ao afirmar a justiciabilidade direta da previdenciária social, fundamentando com base num sólido *corpus juris* internacional, o Tribunal se permite desenvolver aspectos substanciais relacionados à proteção securitária, à vida digna, ao projeto de vida na aposentadoria, ao mínimo de proteção na matéria, à obrigação de progressividade em direitos sociais, à proibição de regressividade, dentre outros.

⁵⁸⁴ Cf. NEVES MUJICA, Javier. *Pensiones – Reforma y jurisprudencia*: el D.L 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: PUC del Perú, Fondo Editorial, 2016.

⁵⁸⁵ MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru's Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, ano 1, número 1, dez. 2005, p. 51-66.

Com isso, abre-se o caminho para buscar eventuais relações que a Corte IDH possa fazer em matéria de direitos sociais previdenciários com a cláusula do dever de utilização do máximo dos recursos disponíveis, especialmente em um cenário de alegada insustentabilidade dos sistemas de proteção e de um cenário de crise econômica. Lembre-se que o argumento econômico possui forte peso dentro da jurisdição nacional, especialmente no STF. Mas, qual seria o peso no SIDH? E se o argumento econômico chegar na Corte IDH?

Claro que existe uma franca limitação para responder a essas perguntas retóricas. Seria pretensioso tentar responder como a Corte IDH, de fato, trabalharia o argumento econômico por parte dos Estados em uma demanda internacional. Não parece haver uma jurisprudência formada pelo Tribunal sobre o assunto. No entanto, as decisões analisadas na primeira parte do trabalho, bem como recente caso julgado contra o Brasil, parecem orientar para uma Corte que leva a sério a essencialidade do bem jurídico e a dignidade que norteiam os direitos humanos previdenciários.

Nesse caminhar, foi visto que a Corte IDH integrou ao bloco de convencionalidade previdenciário os Comentários Gerais do Comitê do PIDESC, notadamente o n. 3 e o n. 19. Os dois comentários trazem parâmetros importantes para a análise dos direitos sociais previdenciários, tanto em aspectos gerais para o sistema de proteção - ou seja, independentemente de alegação de insuficiência de recursos financeiros -, tanto para um momento de alegada crise econômica. Lembra Trindade que já na Conferência de Viena em 1993 o CDESC da ONU, “[...] insistiu que é precisamente nos períodos de crises econômicas que se impõe a plena vigência de tais direitos, particularmente em relação aos membros mais vulneráveis da sociedade”⁵⁸⁶.

O Comentário Geral n. 3 refere que a efetivação dos DESC previstos em seu texto deve ser realizada pelos Estados-partes *até o máximo de seus recursos disponíveis*⁵⁸⁷, conforme preconiza seu art. 2º. O não cumprimento ao menos do núcleo mínimo de cada direito transfere

⁵⁸⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998, p. 198.

⁵⁸⁷ Essa obrigação também consta expressamente do PSS: “Artigo 1. Obrigação de Adotar Medidas. Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, *até o máximo dos recursos disponíveis* e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”. (OEA. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, 1988).

para o Estado o ônus de comprovar o seu esforço em utilizar o máximo dos recursos, sem que sua obrigação de continuar empregando esforços para a concretização reste afastada⁵⁸⁸.

De forma direta, o Comentário afirma que em tempos de restrições econômicas, seja por razões de ajustamento, de recessão econômica ou outras causas possíveis, *os membros mais vulneráveis da sociedade devem permanecer protegidos de forma prioritária*. Ou seja, o enfoque na proteção de grupos vulneráveis, nos quais se incluem, por exemplo, os idosos, as crianças, os deficientes, grupos por excelência tutelados pela previdência, permanece com o *status* de prioritária proteção. Esse ponto é importante pois, como visto acima, na verdade, sempre são os grupos mais vulneráveis que acabam sofrendo com as medidas restritivas, o que acaba sugerindo aspectos de inconveniência⁵⁸⁹.

Portanto, considerando as normativas internacionais, faz parte do confronto de leis e políticas públicas nacionais em relação ao bloco de conveniência a análise do respeito ao núcleo mínimo de proteção do direito humano à previdência social, bem como a atenção ao respeito dos grupos sociais mais vulneráveis que não podem ser desprotegidos.

O Comentário Geral n. 19, específico sobre o direito da seguridade social, é produto interpretativo do CDESC que merece dedicada atenção no exercício do controle de conveniência. Já se tratou na primeira parte alguns aspectos que envolvem os alicerces da seguridade social. Agora, sobre os aspectos que envolvem os custos desse direito, se reconhece que a seguridade social, como todos os direitos do Pacto, também deve ser realizada à luz do máximo dos recursos disponíveis do Estados, sem qualquer espécie de discriminação⁵⁹⁰. O Comitê expressa que ao se interpretar os elementos que compõem o direito da seguridade social, deve-se considerar que ela é *um bem social e não uma mercadoria ou mero instrumento de política econômica ou financeira*⁵⁹¹. Sendo um bem social, deve ser utilizado para fins de alcançar uma contínua melhora nas condições de existências das pessoas, nos exatos termos da obrigação prevista no art. 11.1 do PIDESC.

Extrai-se desse Comentário o seguinte:

⁵⁸⁸ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridade social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, paras. 10-11.

⁵⁸⁹ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridade social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 12.

⁵⁹⁰ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridade social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 4.

⁵⁹¹ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridade social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 10.

41. El Comité reconoce que el ejercicio del derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados Partes, pero observa que la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por parte de los Estados Partes supone que se le debe dar prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado. Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional. De ser necesario, deben tratar de obtener cooperación y asistencia técnica internacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto⁵⁹².

Outro ponto importante que envolve a utilização do argumento econômico é o distanciamento da análise entre as contribuições efetuadas pelos segurados e a contraprestação estatal. De fato, foi visto acima que as políticas realizadas com base no argumento econômico passam pela diminuição do aspecto protetivo das prestações e pelo aumento nas políticas de arrecadação tributárias. Nada obstante, o CDESC esclarece que deve haver uma relação razoável entre os ingressos, as cotizações realizadas e a quantia das prestações concedidas.

*Las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficiente en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. **Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente**⁵⁹³.*

Um ponto bastante sensível é sobre a regulação dos níveis mínimos de proteção. Sabe-se que de modo geral a regulação internacional dos direitos humanos serve para garantir o mínimo de proteção para as pessoas. O problema é quando as Cortes utilizam de um consequencialíssimo mitigador de categorias jurídicas, que impede o avanço do Estado Social, ao redesenharem institutos jurídicos consagradas como o mínimo existencial e a proibição de retrocesso. Com efeito, sem enfrentar francamente o argumento econômico, as Cortes

⁵⁹² ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 41.

⁵⁹³ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 22.

redesenham institutos para se adaptarem ao quadro de crise⁵⁹⁴. Por exemplo, no âmbito da doutrina da eficácia dos direitos fundamentais, “a maior eficácia possível se traduz em ‘menor eficácia aceitável’ e o conceito de aceitável se adequa à vontade do intérprete”⁵⁹⁵.

Para Magalhães, essa espécie de consequencialismo teria sido utilizado pela Corte IDH no caso *Cinco Pensionistas* para justificar a não aplicação do art. 26 da CADH redimensionando o conteúdo da categoria de desenvolvimento progressivo, que somente poderia ser analisado quando existisse uma lógica coletiva, o que não estaria presente no caso diante da presença de apenas cinco pensionistas⁵⁹⁶. É controverso se a intenção do Tribunal tenha sido manipular o instituto em razão do critério econômico. Conforme já visto na primeira parte da dissertação, Melish atribuí a essa parte do julgamento uma base discriminatória, uma vez que os cinco pensionistas não foram considerados representativos da situação geral prevalente da previdência social peruana, pois eram homens brancos e ricos⁵⁹⁷. De qualquer forma, após fortes críticas da doutrina e de outros juízes, essa interpretação foi abandonada nos julgamentos seguintes.

Essa espécie da manipulação do consequencialismo poderia ser utilizada para justificar reformas restritivas que supostamente manteriam o mínimo existencial quando, na verdade, o sistema de proteção estaria sendo todo desnaturado. Conforme Vaz:

Defende-se abertamente hoje no Brasil que a Previdência Social seja privatizada, saindo das mãos do Estado e indo para o Sistema Financeiro Privado. Remanesceria o Estado Social apenas como a responsabilidade pelo mínimo existencial. Com isso, desaparece o Sistema de Seguridade Social em sua parte mais importante, ou, pelo menos, aquela que contempla maior número de pessoas (Segurados) e representa o maior aporte financeiro do sistema. O próprio interesse no estudo dos direitos da Seguridade Social praticamente esmaece, porque a temática previdência privada não se compreende no Direito da Seguridade Social. As prestações deixam de ostentar a condições de direitos sociais exigíveis do Estado. Anos de estudo serão imediatamente sepultados pela migração das relações de direito social para o campo do direito privado⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 76-80.

⁵⁹⁵ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 80.

⁵⁹⁶ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 82-84.

⁵⁹⁷ MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru's Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, ano 1, número 1, dez. 2005, p. 59.

⁵⁹⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Judicialização dos direitos da seguridade social*. Curitiba: Alteridade Editora, 2021, p. 147-148. Cf. ainda, MORAIS, Ocêlio de Jesús C. *Previdência e dignidade humana: a caminho do Estado Mínimo?* São Paulo: Ltr, 2020.

A preocupação de Vaz é legítima, mas dependendo de como fosse feita essa transposição não retiraria a responsabilidade internacional do Estado. O direito da seguridade social, mesmo que privatizado, não deixa de ser um direito humano. Em razão disso, aplicar-se-ia o entendimento da Corte IDH que as empresas privadas são responsáveis pelo respeito aos direitos humanos, sendo dever dos Estados prevenir qualquer violação, sob pena de eventual responsabilização⁵⁹⁹. Foi visto no caso *Muelle Flores* como a Corte IDH atribui responsabilidade ao Peru em um contexto de privatização de direitos fundamentais. Além disso, o PIDESC fornece parâmetros importantes para esses casos. A ideia básica é que os Estados Partes conservam sua responsabilidade de administrar o sistema de seguridade social e assegurar que os agentes privados não ponham o sistema em perigo em condições de igualdade, suficiente e acessível a todos. É necessário que haja um marco regulatório, com supervisão independente, com garantia da participação pública e previsão de sanções para o caso de descumprimento⁶⁰⁰. Portanto, mesmo que não se vede a administração privada, para o direito internacional a seguridade social tem que permanecer sendo tratada como um bem social, não podendo ser pensada apenas dentro de economia de livre mercado com total retração estatal.

De qualquer forma, o Comentário Geral n. 19 ainda reconhece que o PIDESC possui na sua base uma obrigação básica de satisfação dos mínimos indispensáveis de cada um dos direitos previstos no seu texto, incluindo, portanto, o direito de seguridade social. Sobre o mínimo em matéria de seguridade social:

59. Los Estados Partes tienen la obligación básica de asegurar, por lo menos, la satisfacción del nivel mínimo indispensable de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En consecuencia, los Estados Partes deberán:

- a) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener al menos la atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación. Si un Estado Parte no puede proporcionar ese nivel mínimo para todos los riesgos e imprevistos hasta el máximo de los recursos de que dispone, el Comité recomienda que el Estado Parte, tras celebrar amplias consultas, seleccione un grupo básico de riesgos e imprevistos sociales.*
- b) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.*
- c) Respetar los regímenes de seguridad social existentes y protegerlos de injerencias injustificadas.*
- d) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social.*

⁵⁹⁹ Cf. CORTE IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, para. 42-53.

⁶⁰⁰ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridade social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022, para. 46.

e) Adoptar medidas específicas para la aplicación de los planes de seguridad social, en particular de los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.

f) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social.

60. Para que un Estado Parte pueda atribuir el incumplimiento de sus obligaciones mínimas a la falta de recursos, deberá demostrar que ha hecho todo lo que está a su alcance para utilizar todos los recursos a su disposición, con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas.

61. El Comité desea destacar que incumbe especialmente a los Estados Partes, así como a los otros agentes que estén en condiciones de aportar su ayuda, el prestar asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica, que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas.

Passando especificamente para a jurisprudência da Corte IDH, em *Acevedo Buendía vs. Peru*, no qual estava em discussão o pagamento de valores atrasados no importe de 75 milhões de dólares, o Estado alegou insuficiência financeira para seu pagamento, o que não foi suficiente para afastar sua condenação. Veja-se:

61. No presente caso, segundo se observa dos autos perante a Comissão, depois de haver cumprido a nivelção das pensões das supostas vítimas em novembro de 2002, o Estado afirmou em várias oportunidades que “deve ficar claramente estabelecido que em nenhum momento foi dado por esgotado o cumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional” e que estava realizando ações dirigidas “a financiar o pagamento das pensões acumuladas a que alude [...] a Associação. Assim, o Estado afirmou que “o pagamento das pensões acumuladas constitui um problema econômico antes de ser um problema jurídico, já que a Controladoria [...] não tem recursos econômicos [para efetuar o pagamento correspondente]”⁶⁰¹.

Em *Lagos del Campo vs. Peru*, o juiz Ferrer Mac-Gregor desenvolveu importantes aspectos para a interpretação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e a disponibilidade de recursos econômicos:

*Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular*⁶⁰².

⁶⁰¹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210, para. 61, grifos nossos.

⁶⁰² CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, para. 51, grifos nossos.

Com efeito, ao diferenciar as obrigações sociais de realização progressiva das de exigibilidade imediata, a Corte IDH torna pequeno o argumento econômico para as obrigações de respeito e garantia que são assumidas tão logo os Estados-partes ratificam os tratados de direitos humanos, não podendo se escusar de seus deveres ao argumento da progressividade e de ausência de recursos.

Ademais, à luz dos casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT*, a Corte IDH parece estar disposta em garantir a plena realização dos direitos protegidos pela CADH, esforçando-se em dar um conteúdo normativo que prescreva condutas que devem ser realizadas sob pena de responsabilização internacional, assumindo seu mandato em busca de transformação nas sociedades regionais. Destarte, se existe algum consequencialismo atualmente que possa ser extraído da jurisprudência do Tribunal, ele está mais próximo daquele que analisa as consequências da falta de respeito ao direito humano violado.

E agora, descendo para a realidade brasileira, outro indício interessante no sentido de que a Corte IDH pode ter uma visão diferente do STF⁶⁰³ é retirado do caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*, onde juiz Pazmiño Freire, em seu voto concordante, manifestou preocupação com as restrições dos gastos pela Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos e a efetivação dos DESCAs, em contundente afirmação da impossibilidade de se invocar o texto constitucional para se desrespeitar as obrigações convencionais assumidas:

1. Em virtude da análise feita no parágrafo referente à EC/95, pode-se vislumbrar, com base em uma interpretação literal da lei, que sua implementação poderia provocar um significativo impacto negativo na garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais da população brasileira, ao longo dos vinte anos de vigência da Emenda Constitucional, e, em especial, dos direitos à saúde e à educação.
2. É certo que o orçamento público é um componente fundamental para a realização dos DESCAs, pois o exercício desses direitos exige a implementação de projetos, programas, políticas públicas e legislação, em geral, ou seja, prestações positivas por parte do Estado. Nesse sentido, caso uma determinada norma imponha um limite fixo e contundente a esse orçamento, a aplicação dessa norma pode resultar em graves e eventuais violações e restrições aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com o que se violaria o princípio da progressividade e não regressividade em matéria de DESCAs. A esse respeito, e caso se queira evitar essas condutas inconventionais, se deverá levar em consideração que uma das categorias conceituais dos indicadores de progresso usados pela Assembleia Geral da OEA para

⁶⁰³ Ramos, ao analisar se os direitos sociais são autoaplicáveis, lembra que a falta de implementação está ligada ao argumento da progressividade, uma vez a plena satisfação dependeria do passar do tempo e a acumulação de recursos econômicos através de políticas de desenvolvimento. No entanto, refere que no Brasil essas políticas de desenvolvimento estão mais ligadas a concentração de renda, razão pela qual a cláusula do desenvolvimento progressivo não deve ser potencializada. Para o autor, desenvolvimento progressivo e falta de recursos não são mais argumentos para isentar os Estados da responsabilidade internacional pelo não oferecimento de condições materiais mínimas. (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 270-272).

avaliar a realização dos direitos contemplados no Protocolo de San Salvador inclui justamente o contexto financeiro básico e os compromissos orçamentários do Estado. Os indicadores constantes dessa categoria permitem avaliar a disponibilidade efetiva de recursos do Estado para executar o Gasto Público Social, entre outros; instrumentos que, conseqüentemente, deverão ser levados em conta para evitar que os Estados Partes incorram nas violações previamente apontadas.

3. Em atenção ao exposto, urge manifestar minha preocupação a respeito da possível utilização de uma leitura ou interpretação literal da EC/95, cujas conotações possam constituir um óbice ou argumentação para esquivar-se do cumprimento das medidas de reparação ordenadas na Sentença. **A esse respeito, gostaria de ressaltar que, em virtude das obrigações internacionais assumidas pelo Estado, este não pode alegar a EC/95 como obstáculo, especialmente para o cumprimento da medida de reparação referente à elaboração e implementação do programa socioeconômico ordenado na sentença. Manifesto e exponho essa preocupação, levando em conta que esse programa exigirá um investimento considerável de recursos públicos, uma vez que se trata de uma política estrutural, cujo principal objetivo é permitir que a população vulnerável de Santo Antônio de Jesus possa ter acesso a outros mercados de trabalho. Isso, ademais, sem prejuízo dos eventuais impactos que, em matéria de proibição de regressividade, possa chegar a ter a implementação das disposições constantes da EC/95.**

4. Levando em conta as considerações previamente expostas, **é imprescindível que o Estado do Brasil, com o propósito de dar cumprimento às medidas de reparação, garanta a aplicação dos princípios da progressividade e não regressividade, numa interpretação conforme com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com aplicação do Controle de Convencionalidade, à luz da jurisprudência deste Tribunal internacional, segundo a qual claramente está vedada a alegação de existência de lei interna em vigor para descumprir as responsabilidades internacionais que emanem da sentença, ou delas se evadir.**⁶⁰⁴

Extraí-se do voto que as cláusulas do dever de progressividade e proibição de regressividade são levadas a sério no âmbito internacional, tidas verdadeiramente como uma obrigação estatal. A Corte IDH parece acolher a normatividade da obrigação de forma mais contundente que os tribunais nacionais ao analisarem as objeções de proibição de retrocesso e da reserva do possível. Com efeito, ao se evidenciar a existência de um vasto bloco de convencionalidade internacional em matéria de DESCAs, de fato, é possível reconhecer de forma mais objetiva as obrigações assumidas pelos Estados.

Portanto, o desenvolvimento até aqui realizado oferece pistas sobre o entendimento da Corte IDH em matéria de concretização dos direitos sociais, dando bastante ênfase para a proteção do direito humano social violado e do grupo vulnerável atingido.

A Corte IDH não indica estar disposta a realizar concessões que impliquem no desrespeito à CADH e as demais fontes utilizadas para interpretá-la. Essa também parece ser a leitura de Mudrovitsch, ao afirmar que “*La Corte se toma, em language dworkiniano, los*

⁶⁰⁴ CORTE IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. Voto concordante do Juiz L. Patricio Pazminô Freire. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, grifos nossos.

DESCA en serio; no los ve solamente como compromisos programáticos, o como meros objetivos políticos que ceden ante escenarios contingentes”⁶⁰⁵.

Com isso, para finalizar, aponte-se que as violações ao direito internacional que possam acarretar a responsabilização internacional podem ocorrer de variadas formas, tanto comissivas como omissivas, sendo impossível prever todas as hipóteses. De um modo geral, é previsto que podem acarretar a responsabilização por ação, por exemplo, na adoção de medidas *deliberadamente* regressivas incompatíveis com o princípio da progressividade. No âmbito da omissão, quando os Estados não adotam medidas suficientes e adequadas para garantir o direito à previdência social como a não aplicação da legislação pertinente ou políticas destinadas a garantir o exercício efetivo do direito; a não garantia da sustentabilidade financeira dos planos de previdência; a não alteração ou revogação da legislação manifestamente incompatível com o direito; a não regulamentação das atividades de determinados grupos ou pessoas para impedi-los de violar direitos econômicos, sociais e culturais; não reprimir com prontamente os obstáculos que o Estado Parte deve remover para permitir o exercício imediato de um direito garantido social e; o incumprimento das obrigações básicas acima vistas; e a falha do Estado Parte em levar em consideração suas obrigações sob o Pacto ao celebrar acordos bilaterais ou multilaterais com outros Estados, organizações internacionais ou empresas multinacionais⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, para. 38.

⁶⁰⁶ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). *Observación general n° 19: el derecho a la seguridad social* (artículo 9), 4 Febrero 2008, E/C.12/GC/19. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em 10 abr. 2022, para. 64-65.

CONCLUSÃO

Com base no estudo realizado vê-se que não é possível ler os atuais Estados-Partes Americanos à revelia da força normativa da CADH e das demais fontes que lhe dão suporte interpretativo. O SIDH promete, ao prever nos mais variados tratados diversas normas sobre direitos sociais, a realização de um Estado de Direito que necessariamente deve implementar e respeitar os direitos sociais, sob pena de tornar-se inconvenção. Com efeito, a CADH e o PSS oferecem um amplo catálogo para o tratamento dos direitos sociais, complementadas por outros tratados internacionais do sistema americano e do sistema global. A consideração do bloco de convencionalidade interamericano é de central importância na busca da transformação *do status quo* em busca de uma sociedade com menores índices de exclusão social.

Ficou evidenciado que no âmbito da Corte IDH resta ultrapassada a velha ideologia dos direitos individuais e políticos de um lado, e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais do outro, esses últimos despidos de justiciabilidade. Todas as categorias são interdependentes e indivisíveis e são levadas à sério pelo Tribunal.

Como consequência da pesquisa, agora é possível dizer que os direitos sociais fazem parte do SIDH e da atual pauta da Corte IDH, o que permite afirmar que o fenômeno da socialização do sistema, para além da sua previsão convencional, é algo com influxos recentes e um empreendimento ainda em construção.

Destarte, para o julgamento dos casos envolvendo direitos sociais, a partir do caso *Lagos Del Campo vs. Peru* (2017), a Corte IDH consolidou sua jurisprudência no sentido que os direitos sociais são plenamente justiciáveis no âmbito de sua jurisdição à luz do art. 26 da CADH, de forma direta e autônoma, passando a desenvolver substancial bloco de convencionalidade sobre esses direitos, incluindo o direito da seguridade social e seu imprescindível direito previdenciário.

Especificamente no que tange ao direito previdenciário, foi possível verificar a existência de uma linha segura na evolução do pensamento da Corte IDH ao julgar casos que envolveram o sistema previdenciário peruano. Nota-se a partir do estudo dos casos *Cinco Pensionistas vs. Peru*, julgado em 28 de fevereiro de 2003; do caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru*, julgado em 1º de julho de 2009; do caso *Muelle Flores vs. Peru*, julgado em 06 de março de 2019; e do caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Peru*, julgado em 21 de novembro de 2019, o aperfeiçoamento e refinamento da argumentação do Tribunal para lidar com a violação dessa espécie de direitos sociais.

E, como empreendimento em construção, para além dos casos peruanos, outros julgamentos, como o caso *De los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, de 31 de agosto de 2021, demonstram a continuidade e ampliação do tratamento de casos securitários, deixando portas em aberto para a continuidade de estudos na matéria.

Portanto, não restam dúvidas que os Estados-Partes podem ser responsabilizados no âmbito da Corte IDH pela inconveniência no tratamento dos direitos sociais previdenciários. O direito previdenciário encontra-se internacionalizado e compõe o SIDH em seu aspecto material e, portanto, faz parte da obrigatória estrutura do Estado Interamericano de Direito, sob pena de sua fragmentação. Em razão disso, os *standards* interamericanos devem ser aplicados pelo juiz nacional mediante a realização do controle de convencionalidade, mas não de forma automática, uma vez que demandará a busca da norma mais benéfica de acordo com o princípio *pro homine*. Mas isso tampouco significa que o juiz nacional possa aplicar tratados internacionais desvirtuando a interpretação internacional, devendo sempre buscar o diálogo a Corte IDH.

E, para tanto, com base no estudo realizado, esta dissertação ofereceu uma compreensão mais organizada sobre o bloco de convencionalidade construído até o momento pela Corte IDH em matéria de direitos previdenciários.

Nesse caminhar, dos casos *Cinco Pensionistas e Acevedo Buendía e outros*, nota-se que a Corte, à luz do direito de propriedade e do direito adquirido, entende que uma vez preenchidos os requisitos de determinado benefício previdenciário sob à égide de determinada legislação, tal direito incorpora ao patrimônio do segurado. Não está claro na jurisprudência da Corte a possibilidade da afetação de direitos previdenciários adquiridos. Parece ter sinalizado pela possibilidade de ocorrer alguma espécie de restrição em razão de utilidade pública ou interesse social, nada obstante tenha sinalizado pela necessidade de instaurar o devido processo administrativo com respeito das garantias processuais.

Para além do direito de propriedade e do instituto do direito adquirido, para o Tribunal, seguridade social e vida digna são direitos interrelacionados, sendo que a ausência da proteção social afeta a dignidade das pessoas, especialmente quando se trata de grupos vulneráveis como pessoas idosas, pela ausência de recursos para a manutenção de uma vida adequada.

De fato, com os casos *Muelle Flores* e *ANCEJUB-SUNAT* a Corte IDH emitiu uma mensagem importante sobre sua posição em relação ao direito previdenciário, demonstrando sua aptidão em avançar na análise de forma mais aprofundada em matéria de direito e processo previdenciário quando relacionada a violações concretas desse direito humano à luz do direito internacional, preocupada com o alto nível de exclusão da região. Afirmou a justiciabilidade

direta da previdenciária social, fundamentando com base num sólido *corpus juris* internacional, permitindo-se desenvolver aspectos substanciais relacionados à proteção securitária, à vida digna, ao projeto de vida na aposentadoria, ao mínimo de proteção na matéria, à obrigação de progressividade em direitos sociais, à proibição de regressividade, dentre outros. Em outras palavras, ingressa através da interpretação da CADH e de outros tratados e documentos internacionais, na construção de um *Ius Constitutionale Commune* em matéria de direito previdenciário.

Nesse sentido, com base no PIDESC e sua interpretação pelo CDESC, fonte largamente utilizada pela Corte desde *Muelle Flores*, verifica-se que existem obrigações mínimas a serem efetivadas em ao direito social previdenciário, as quais devem ser buscados até máximo de recursos existentes no Estado. Essa base previdenciária deve ser efetivada mesmo em momentos de crise econômica, especialmente quando a proteção está direcionada para os grupos mais vulneráveis da sociedade.

Com este estudo foi possível ampliar a compreensão sobre o tratamento do caráter programático dos direitos sociais no âmbito da Carte IDH. O direito à seguridade social, da mesma forma que os demais DESCAs, possui um caráter imediato e outro progressivo. Com isso, assentou-se que nem sempre um caso que envolva a não efetivação de um direito social demandará considerações sobre sua progressividade, podendo estar em jogo o descumprimento de obrigações concretas prontamente exigíveis. Não está clara essa diferenciação de obrigações na Corte IDH, nada obstante a interpretação dada nas decisões privilegie a busca de conclusões relacionadas a obrigação de exigibilidade imediata. Trata-se, ainda, de uma lacuna na jurisprudência dos direitos sociais do Tribunal, que demandará o acompanhamento de futuros desenvolvimentos. Talvez um dia chegue o momento da Corte IDH expressamente afastar a distinção entre obrigações imediatas e programáticas e assumir expressamente uma visão única sobre os DESCAs.

A Corte leva a sério a obrigação de progressividade e a proibição de regressividade, aceitando sua sindicabilidade judicial. Reconhece, ainda, que a concretização dos direitos sociais exige tempo, flexibilidade e recursos para serem efetivados, existindo um dever progressividade, sendo que a regressividade deve ser analisada caso a caso cuidadosamente. Ademais, a Corte é cuidadosa ao analisar o conceito de progressividade, chamando a atenção dos Estados que essa cláusula não autoriza a postergação indefinida no tempo e sua interpretação para retirar o conteúdo obrigacional dos direitos sociais.

Em matéria de direito processual previdenciário, é possível concluir que o direito ao acesso à justiça faz parte do direito à seguridade social, devendo haver recursos, judiciais ou

não, que sejam facilitados e eficazes, tanto no âmbito nacional como no internacional, havendo, inclusive, um critério reforçado de celeridade. A execução de uma sentença previdenciária faz parte do reconhecimento do próprio direito, devendo-se priorizar a razoável duração do processo. A efetiva do processo de execução deve levar em consideração o direito material de proteção social que objetiva garantir a subsistência das pessoas, o que qualifica e singulariza o princípio do impulso oficial, existindo uma obrigação judicial de especial diligência.

Ademais, a Corte se mantém firme no seu projeto de defesa do grupo de vulneráveis. Reconhece que demandas previdenciárias exigem a análise da existência de vulnerabilidades interseccionais, sendo que a proteção de pessoas idosas, ao lado de outros grupos vulneráveis, guarda íntima relação com o direito de proteção social. Com a recente Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, espera-se que uma evolução nos *standards* sobre a matéria.

Dentro das relações que a Corte IDH poderia fazer em matéria de direitos sociais com a cláusula do dever de utilização do máximo dos recursos disponíveis, notadamente diante de uma alegação de insustentabilidade dos sistemas de proteção em um cenário de crise econômica, a resposta ao questionamento retórico “E se o argumento econômico chegar na Corte IDH?”, quando buscada nos casos já julgados, indica que o Tribunal parece estar disposto em garantir a plena realização dos direitos protegidos pela CADH, esforçando-se em dar um conteúdo normativo que prescreva condutas que devem ser realizadas sob pena de responsabilização internacional, assumindo seu mandato em busca de transformação nas sociedades regionais.

Os resultados da pesquisa indicam que na Corte IDH, até o momento, inexistem na jurisprudência focada na utilização de argumentos econômicos ligados a sustentabilidade dos sistemas de previdência nacionais em detrimento da efetivação dos direitos humanos sociais previdenciários. As decisões utilizam-se no tratamento dos direitos sociais de um modelo mais voltado para a responsabilização pelo descumprimento de obrigações de exigibilidade imediata, em detrimento de aspectos progressivos que demandam a análise do transcurso do tempo e de recursos econômicos. O Tribunal não demonstra estar disposto a realizar concessões que impliquem no desrespeito à CADH e às demais fontes utilizadas para interpretá-la. Enfim, se existe algum consequencialismo atualmente que possa ser extraído da jurisprudência do Tribunal, ele está mais próximo daquele que analisa as consequências da falta de respeito ao direito humano violado, em detrimento de um viés mais econômico.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2018.
- ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, 2001, n.p. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031282>. Acesso em: 01 nov. 2021
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. <https://doi.org/10.2307/j.ctv13qfwxr>.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Controle de convencionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano: legado, impacto e perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ANTONIAZZI, Mariela Morales. Interamericanização: fundamentos e impactos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. *Ebook*.
- ARAUJO, David Pereira de. *O Bloco de Constitucionalidade: uma chave para entrar na Sala de máquinas no novo constitucionalismo sul-americano?* Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2022. *Ebook*.
- ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari. (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Amprgs, 2005, p. 9.
- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017.

BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto. *Direito previdenciário e controle de convencionalidade: aplicação do direito internacional à prática previdenciária*. Curitiba: Juruá.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. *Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 99-120, 2018. <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i3.5596>.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, p. 13-66, 1 maio 2015. <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>.

BOGDANDY, Armin Von; FRANZ, Ebert. O Banco Mundial frente ao Constitucionalismo Transformador Latino-Americano: panorama geral e passos concretos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 354-379, 2022. <https://doi.org/10.5102/rdi.v19i1.7961>.

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Igno. *¿En nombre de quién?: Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado, 2016. *Ebook*.

BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp n. 1.411.258/RS*. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 21/2/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *HC 96772*. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 21/08/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *RE 1171152/RS*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 03/10/2019. DJe 10/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF 347 MC*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Dje 18/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-Ref. ADI 6327*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 03/04/2020. DJe 19/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 466.343*. Rel. Min. César Peluzo. Julgado em 03/12/2004. DJe 04/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.221.446*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 07/08/2020. Dje 01/09/2020.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudência a la audacia. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. 2015. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999.

CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCAs bajo la Convención Americana. *Justicia en Las Américas. Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

CIDH. *Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales: estándares interamericanos*. Ciudad de México, 2021.

CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ALDAO, Martín. Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe em materia de igualdad: sobre la no discriminación, la dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

CNJ. *Recomendação 123*, 2022.

CoE. *Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, 1950.

COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Org.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CONI, Luís Cláudio. *A Internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: SAFE, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 15/10/2020.

CORTE IDH, *Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435, paras. 2 e 10

CORTE IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

CORTE IDH. *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

CORTE IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto fundamento do juiz de Roux Rengifo. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

CORTE IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CORTE IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Voto razonado del Juez ad hoc Ferrer Mac-Gregor Poisto. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

CORTE IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

CORTE IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

CORTE IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. Voto concordante do Juiz L. Patricio Pazminô Freire. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407,

CORTE IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453.

CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

CORTE IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372.

CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

CORTE IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

CORTE IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

CORTE IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

CORTE IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-10/89*. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. 1989.

COSTA, José Augusto Fontoura. Soberania e Estados fracassados. In: GUERRA, Sidney; LUIZ SILVA, Roberto (Coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

COSTA, José Guilherme Ferraz da. *Seguridade Social Internacional*. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de convencionalidade: estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

CRENSHAW, Kimberle. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, vol. 10, n. 01, 2002, p. 171-189. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: Abr. de 2019. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente em el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado em la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. Os quatro modelos da posição hierárquica do direito internacional dos direitos humanos nas constituições dos países da América do Sul. In: NASCIMENTO, Valéria Ribas e SALDANHA, Jania Maria Lopes. *Os Direitos Humanos e o constitucionalismo: espectros da DUDH e da Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. The Inter-American Rule of Law in South American constitucionalismo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 42, n. 88, p. 1-27, 2021. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e83437>.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A atualidade do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018.

DILMA retalia OEA por Belo Monte e suspende recursos. *Folha de São Paulo*, 30 abr. 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm>. Acesso em: 14 jul. 2014.

DWORKIN, Ronald. “Direito, filosofia e interpretação”. In: Direito, Filosofia e Interpretação – Hans Kelsen e Ronald Dworkin, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 5, p. 27-71, jan./jun. 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1250-1285, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28027>. Acesso em: 27 jun. 2021

ESTEVES NETO, Ernesto Gomes. *A ONU e a proteção dos direitos sociais no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

FACHIN, Melina Giradi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022.

FALCÓN, Candelaria Araóz. Dano ao “projeto de vida”: um novo horizonte às reparações dentro do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos e Democracia*, Unijuí, ano 3, n. 5, p. 48-88, 2015. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2015.5.47-88>.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de Bem-Estar Social no século XXI*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018.

FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012,

FÉLIX, Jorge. *Economia da longevidade: o envelhecimento populacional muito além da previdência*. São Paulo: Editora 106, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FORTES, Simone Barbisan. *Previdência Social no Estado Democrático de Direito: uma visão à luz da Teoria da Justiça*. São Paulo, LTr: 2005.

FREITAS, Felipe Simor de; SQUEFF, Tatiana A. F. R. Cardoso. A Corte IDH entre a cruz e a espada: reflexões sobre as consequências do seu ativismo frente a justiciabilidade do art. 26 da CADH. In: MOREIRA, Thiago Oliveira; LOPES FILHO, Francisco Camargo A.; GURGEL, Yara Maria P. (org). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. v. 1. Natal: Polimatia, 2021.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial de convencionalidad*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2022.

GIRARDI FACHIN, M. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, p. 53–68, 2021. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em 21 jan. 2023.

GUERRA, Sidney; LUIZ SILVA, Roberto (Coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERRMANN, Maria Emiliania Carvalho. *Direitos Humanos da Pessoa Idosa: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso e sua importância para o Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. Ebook. <https://doi.org/10.48021/978-65-252-3198-3>.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. *Revista internacional de direitos humanos*, n. 4, p. 161-169, 2006. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452006000100010>.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, 2009, p. 145-46. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 29 mai. 2022.

INSS tem fila recorde, com, 2,85 milhões à espera de benefício, equivalente à população de Salvador. *O GLOBO*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/epoca/inss-tem-fila-recorde-com-285-milhoes-espera-de-beneficio-equivalente-populacao-de-salvador-25449108>. Acesso em 27 mar. 2022.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KILLANDER, Magnus. Interpreting Regional Human Rights Treaties. *SUR*, São Paulo, n. 13, v. 7, p. 145-169, 2010. Disponível em <https://sur.conectas.org/en/interpreting-regional-human-rights-treaties/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

KOCH, Camila de Oliveira. *Crêterios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 99-105, 2009. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200006>.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 668-673, 2021. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7783>.

LEÃO, Renato Zerbini. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: SAFE, 2001.

LEGALE, Siddharta. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Transacional? Entre a análise empírica e uma visão impressionista. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (orgs.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020. Ebook.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, v. 2, n.2, p. 67-82, 2016.

LEGALE, Siddharta; FACHIN, Melina; RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Interamericanização do direito constitucional & constitucionalização do sistema interamericano*. Andradina: Meraki, 2022.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009.

LETSAS, George. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford Press, 2009.

LIMA, Lucas Carlos; MENDES FELIPPE, Lucas. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad del México, vol. XXI, p. 125-166, 2021. <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15590>.

LIMA, Lucas Carlos; MENDES FELIPPE, Lucas. A Opinião Consultiva 26/20 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-esta-em-jogo-com-a-opiniao-consultiva-26-da-cidh-03072020>. Acesso em: 01 nov. 2021.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman

vs. uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.
<https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200017>.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional: dimensión transnacional del derecho procesal constitucional. *Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México*, 2001. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/12.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

MADSEN, Mikael; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: Explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, v. 14, p. 1-40, 2018. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3131641>.

MAGALHÃES, Andréa da Fonseca Santos Torres. *Precisamos falar sobre a crise: a jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática*. 2017. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9756>. Acesso em 22 abr. de 2022.

MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. *Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciarista*. Curitiba: Alteridade, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Claudia; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Fundamentos e alcances do controle de convencionalidade: do afastamento total do Código de Defesa do Consumidor ao transporte internacional de passageiros no Brasil e do recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de convencionalidade: estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MATOS, Monique Fernandes Santos. A omissão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/ UFRGS*, Porto Alegre. vol. X, n. 2, p. 269-294, 2015. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50142>.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução do alemão por Martonio M. B. Lima e Paulo A. de M. Albuquerque. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Socieda

[de Tradução do alemão por Martonio M B Lima e Paulo A de M Albuquerque.](#)
Acesso em: 01 nov. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

MEDELLIN URQUIAGA, Ximena. Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 17, n. 1, p. 397-440, jul. 2019. Disponível em:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso. Acesso em 15 out. 2022. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397>.

MELISH, Tara J. A pyrrhic victory for Peru's Pensioners: pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL*, a. 1, n. 1, p. 51-66, dez. 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 1-31, 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 93-124, 2020.
<https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6614>.

MITIDERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2018.

MORAES, Maria Valentina de; CRESTANE, Dérique Soares. Mandato transformador da Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentenças estruturantes como regra? In: LEGALE, Siddharta; FACHIN, Melina; RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Interamericanização do direito constitucional & constitucionalização do sistema interamericano*. Andradina: Meraki, 2022, p. 179-197.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ebook.

MORAIS, Océlio de Jesús C. *Previdência e dignidade humana: a caminho do Estado Mínimo?* São Paulo: Ltr, 2020.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, p. 101–123, Feb. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn002>.

NEVES MUJICA, Javier. *Pensiones – Reforma y jurisprudencia*: el D.L 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: PUC del Perú, Fondo Editorial, 2016.

NIKKEN, Pedro. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*, 1948.

OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969.

OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948.

OEA. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, 1988.

ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 febrero 2008. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general nº 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r34177.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

ONU. *Protocolo facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 2008.

OUA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981.

OUA. *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the establishment of an African Court on Human and People's Rights*, 1998.

PINTO, Mônica. *El principio pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*: la experiencia de una década. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020. Ebook.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios do Ius commune sul-americano*. In: *Revista do TST*, n. 4, v. 77, out./dez. p. 102-139, 2011.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. *Curso de direitos humanos: sistema interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano: legado, impacto e perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *Ebook*.

PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020. *Ebook*.

PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (orgs.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020. *Ebook*.

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

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019b.

RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter?, *Northwestern Journal of Human Rights*, v. 17, p. 24-50, 2019. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Acesso em 14 jan. 2023.

RIVAS, Juana María Ibáñez. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Génesis de la inovadora jurisprudência interamericana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005.

ROSA, Marina de Almeida; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais? Um exame do caso Lagos del Campo vs. Peru a partir da crítica hermenêutica do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, v. 47, n. 1, p. 225-251, 2019. <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v47n1a2019-47479>.

ROTHENBURG; Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim*. Salvador: Juspodivm, 2021.

SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/>. Acesso em: 27 jan. 2023.

SANABRIA MONTAÑEZ, César. A. Marco para el análisis de la seguridad social en el Perú. *Pensamiento Crítico*, v. 9, p. 151–170, 2008. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9030>. Acesso em: 8 nov. 2022. <https://doi.org/10.15381/pc.v9i0.9030>.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 9. Ed. Curitiba: Alteridade, 2021.

SAVARIS, José Antonio. Globalization, economical crisis, consequentialism and application of economical, social, and cultural rights. *Prolegómenos – Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XV, n. 30, p. 21-44, 2012.

SAVARIS, Jose Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: conceito editorial, 2011.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos E. M. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, p. 179-197, 2013.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018 p. 324-337. <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i2.5351>.

Segurados do INSS em risco. *Correio Brasiliense*. Disponível em: <http://buscacb2.correioweb.com.br/correio/2022/02/17/A08-ECO-1702.pdf>. Acesso em 14 mai. 2022.

Sem renda, brasileiros têm que pagar a própria perícia em ações contra o INSS após lei que definia o custeio expirar. *G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/10/27/sem-renda-brasileiros-tem-que-pagar-a-propria-pericia-em-aco-es-contr-a-o-inss-apos-lei-que-definia-custeio-expirar.ghtml>. Acesso em: 14 mai. de 2022.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, n. 4, 2004, p. 315–356. Disponível em: www.jstor.org/stable/3557992. Acesso em: 22 Jun. 2021. <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2004.00017.x>.

SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development and Capabilities*, v. 6, n. 2, 2005, p. 163. <https://doi.org/10.1080/14649880500120491>.

SERAU JR., Marco Aurélio. Análise do caso “Cinco Pensionistas vs. Peru”, da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso nº 12.034. *Revista Jurídica UCES*, n. 14, p. 114-126, 2010.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito – seguridade social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JR., Marco Aurélio. Prefácio. In: BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto. *Direito previdenciário e controle de convencionalidade: aplicação do direito internacional à prática previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2021.

SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin: um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Org.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 5, número especial, p. 391-408, 2015. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3168>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

SOARES JÚNIOR, Jair. *Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais*. Curitiba: Alteridade, 2018.

SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, v. 14, p. 237-257, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058>. <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058>.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. *A efetivação do direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés descolonial: soft law como fonte libertadora e de resistência*. 368f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2018.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. As Relações entre o Direito Internacional e o Estado Soberano na visão de Georg Jellinek. *Revista Campo Jurídico*, Barreiras-BA, v. 4, n.2, p. 136-151, 2016.

STARCK, Christian. Direitos sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política & Teoria do Estado*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TAFNER, Paulo; NERY, Pedro Fernando. *Reforma da Previdência: por que o Brasil não pode esperar?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

TEDH. *Caso Feldbrugge vs. Netherlands*. Julgado em 29 mai. 1986. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Feldbrugge%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57486%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Feldbrugge%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57486%22]}). Acesso em: 27 nov. 2023.

TEDH. *Caso López Ostra vs. Espana*. Julgado em 09 dez. 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164373>. Acesso em: 24 nov. 2021.

TEDH. *Caso Taskin vs. Turkia*. Julgado em 10 de nov. 2004. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22taskin%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-67401%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22taskin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-67401%22]}). Acesso em: 27 jan. 2023.

TERRILE, Ricardo Alejandro. *Estado Constitucional y Convencional de Derecho*. 2013. Ebook.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional. In: *Presente y futuro de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Internacional Law for jumankind: towards a new Jus Gentium*. 2. Ed. Leiden: Brill Nijhoff, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 3. Porto Alegre: SAFE, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1999.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Judicialização dos direitos da seguridade social*. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

VERA, Oscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana: El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FLORES, Rogelio Pantoja (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. *Ebook*.

WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018. *Ebook*.