

A OMISSÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: ANÁLISE A LUZ DO CASO CINCO APOSENTADOS VS PERU

THE OMISSION OF THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE PROTECTION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: ANALYSIS IN LIGHT OF THE CASE OF FIVE RETIRED PERSONS V PERU

*Douglas Santos Mezcasa*¹

Centro Universitário do Vale do Araguaia

*Dandara C. A. de Amorim*²

Centro Universitário do Vale do Araguaia

*Felipe Magalhães Bambera*³

Unicentro Alves Farias

Resumo

O presente artigo busca analisar a omissão das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de violação dos direitos de

¹ Mestre em Direito pela Centro Universitário de Maringá - UniCesumar. Advogado. Coordenador do Curso de bacharelado em direito da Universidade Estadual de Goiás – UEG.

² Mestre em Desenvolvimento e Planejamento Territorial pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Doutoranda em Direito pela Universidade Nacional de Mar Del Plata. Advogada. Coordenadora e professor do Curso de bacharelado em direito do Centro Universitário do Vale do Araguaia (UNIVAR).

³ Mestre e Doutor em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Pós-Doutor pela Universidade Federal de Goiás - Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar de Direitos Humanos (PPGIDH). É Professor no Unicentro Alves Farias (Goiânia e São Paulo) - Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico (mestrado em Direito), pesquisador bolsista da FUNADESP, e no Centro Universitário Vale do Araguaia (UNIVAR).

segunda geração, mais especificamente, nos direitos sociais. No primeiro momento, o artigo aborda as gerações dos direitos fundamentais (sem entrar na discussão terminológica das eras desses direitos) para demonstrar a evolução da proteção dos direitos humanos ao longo da história. É demonstrada a interferência dos fatores históricos e mundiais que contribuíram para a efetivação da proteção desses direitos. Posteriormente, é abordado, de forma resumida, o caso dos “cinco aposentados contra o estado do Peru”, no qual aqueles recorreram à Corte Interamericana de Direitos Humanos no intuito de recuperarem suas aposentadorias reduzidas pelo Estado. Por fim, é analisada a decisão da Corte no caso citado, constatando-se a sua omissão, que, como demonstrado na conclusão, incrementa a insegurança jurídica e não se alinha aos padrões de proteção exigíveis aos Direitos Humanos.

Palavras-chave

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Sociais. Standard de Proteção aos Direitos Humanos.

Abstract

This article analyses the omission of the Inter-American Court of Human Rights in cases of violations of second generation rights, more specifically, social rights. Firstly, the article addresses the generations of fundamental rights (without entering the terminological discussion of the eras of these rights) to clarify the evolution of the protection of human rights throughout history. It is demonstrated the interference of the historical and world factors that contributed to the realization of the protection of these rights. Subsequently, the case of the "5 retirees against the state of Peru" is summarized, where they have appealed to the Inter-American Court of Human Rights to recover their pensions, once reduced by the State. Finally, the decision of the court in the cited case is analyzed, which doesn't comply with the minimal standard of human rights's protection, increasing, otherwise, the legal insecurity.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights. Social Rights. Human Rights' standard protection.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, teve o papel de consolidar e reconhecer, dentro no continente Americano, parâmetros de proteção internacional dos direitos fundamentais do homem. Tal proteção é derivada da consagração da Carta da Organização dos Estados Americanos, na

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH).

No percorrer dos capítulos dessa Convenção, observa-se uma proteção construída com base nos valores históricos-sociais decorrentes de acontecimentos mundiais. Tais acontecimentos passaram a exigir regulamentações que defendessem as garantias de um ser humano livre, com melhores condições de vida, preconizando, a princípio, uma melhor participação do indivíduo na sociedade, conferindo-lhe autonomia privada livre de qualquer arbitrariedade Estatal. Dessa forma, os direitos civis e políticos dos cidadãos estariam sendo garantidos por esse grande instrumento de efetivação de direitos humanos que se constitui a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além de proporcionar uma ampla proteção aos direitos civis e políticos, localizados doutrinariamente na primeira geração dos direitos fundamentais, a Convenção também abrigou em seu texto normativo, uma proteção de Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais Culturais, incorporados, posteriormente, por um protocolo adicional denominado Protocolo de San Salvador, entrado em vigor no dia 16 de novembro de 1999. O protocolo fora incorporado pela Convenção Americana de Direitos Humanos tendo em vista essa estabelecer submissões dos Estados signatários, demais projetos de protocolos adicionais, cuja finalidade é de sempre contribuir de forma progressiva com a proteção de outros direitos e liberdades do homem.

É a partir do Protocolo de San Salvador que os direitos sociais do homem, denominados como direitos fundamentais de segunda geração, passaram a ser tutelados Corte de forma mais ampla. Contudo, mesmo atualmente, ao analisar a jurisprudência da CIDH nos processos que envolvem a violação dos direitos sociais por parte dos Estados, as decisões ainda não estão alcançando um patamar justo de efetividade.

Ao analisar o caso dos cinco aposentados contra o Estado do Peru, constata-se que a Corte é omissa ao embasar suas decisões pautadas na violação desses direitos. No caso em

específico, os argumentos utilizados se deram no sentido de que considerando serem apenas cinco aposentados, não haveria condições de efetivar um direito com base na coletividade, não alcançando assim, o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Dessa forma, a não observância da CIDH em relação a direitos sociais violam algumas das características reconhecidas dos direitos fundamentais, tais como a universalidade, efetividade, horizontalidade e verticalidade.

2. GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Para compreender a aplicação dos direitos fundamentais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se necessário demonstrar os seus conceitos e relembrar a sua dinâmica estrutural, dividida em gerações. Embora alguns autores afirmem existir uma diferença na nomenclatura entre os termos Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem, tratar-se-á, nesse artigo, como sinônimos. Nesse mesmo sentido, tomamos por base a escolha do termo “gerações” para referenciar cada etapa evolutiva desses direitos, limitando a explicativa, somente nas três primeiras gerações existentes.

Os direitos humanos são as prerrogativas (direitos e garantias) inscritas em tratados e costume no âmbito internacional, elevando-se à tipificação no Direito Internacional Público (FILHO, 2009, p. 65). Nas palavras de Moraes (2006, p. 39), os direitos humanos formam um conjunto institucionalizado de direitos e garantias aptos a garantir o respeito, a dignidade do ser humano e a proteção contra o arbítrio do Estado, assegurando condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O posicionamento dos autores Almeida e Apolinário (2009, p. 67) refere-se a uma conquista histórica, a saber os seus dizeres:

No sentido material, os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico,

concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Em sentido formal, restrito e normativo, os direitos humanos seriam direitos que o Direito vigente qualifica como tais.

Nesse contexto, a definição desses direitos, para Filho (2009, p. 66), vai ao encontro de toda conceituação citada, pois considera os direitos fundamentais como um conjunto de prerrogativas e garantias inerentes ao homem, cuja finalidade básica é o respeito à sua dignidade e prevenir-se contra o excesso do Estado, estabelecendo um mínimo de condições de vida. Para Bobbio (2004, p. 36), os direitos humanos são direitos históricos derivados de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nasceram de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Ou seja, a determinação dos direitos humanos foram surgindo na sociedade conforme esta se encaminhava para uma construção histórica.

O surgimento dos direitos fundamentais possui ligação direta com os ideais revolucionários do século XVIII, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade. Tais ideais evoluíram conforme sua sequência temporal, estando a liberdade diretamente ligada aos direitos de primeira geração, a igualdade com os direitos de segunda geração e a fraternidade com os direitos de terceira geração (NOVELINO, 2008, p. 88). Essa proposta de triangulação dos direitos humanos, dividida entre gerações, foi apresentada em 1979 por Karel Vasak, em conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, localizado em Estrasburgo e inspirado no lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade) (MAZZUOLI, 2014, p. 54). Ainda, de acordo com Macklem (2015), pesquisador da *University of Toronto*, este cita Karel Vasak dizendo que os direitos humanos passaram a existir em diferentes “ondas” no decorrer da história, como se vê:

[...]Em outro ensaio publicado alguns anos depois da UNESCO Sua contribuição para Courier, o próprio Vasak entendeu que a concep-

ção dos direitos humanos capta gerações existência em diferentes 'ondas' ao longo da história. A primeira onda, que acompanhou a Revolução Francesa, deu origem à geração de direitos civis e políticos. Com a segunda onda, após a Revolução Russa de 1917, os Direitos Económicos, Sociais e Culturais ganhou reconhecimento universal. A terceira onda Acompanhado 'a emancipação dos colonizados e de povos dominados' no meio do século 20 [TRA-DUÇÃO NOSSA]⁴

Assim, a explicação de Patrick Macklem nos impulsiona a avaliar as gerações dos direitos humanos em sua origem e analisar os direitos individuais e coletivos decorrentes dos acontecimentos históricos mundiais ocorridos, despertando uma maior necessidade de direitos do homem. A partir dessa narrativa, pode-se dizer que a Primeira Geração dos direitos humanos se iniciou na primeira metade do século XIX, correspondendo aos direitos e liberdades de carácter individual, como por exemplo, a liberdade de religião, de consciência, liberdade de circulação e de expressão e, também, o direito de propriedade e da inviolabilidade de domicílio (LOBATO, 1998, p. 91). Tais direitos são indisponíveis ao ser humano pois, são direitos que ostentam uma pretensão universalista e abstrata (MENDES, 2007, p. 233).

Essa geração corresponde aos direitos civis e políticos do homem pois, surgiram com as Revoluções Americana e Francesa. De acordo com Mendes (2007, p. 234) os direitos humanos foram conquistados a partir das reivindicações da burguesia onde exigiam respeito às liberdades dos indivíduos por parte do Estado. Por isso, tais direitos estão intimamente ligados às obrigações de

⁴ [...] In another essay published a few years after his contribution to the UNESCO Courier, Vasak himself intimated that a generational conception of human rights captures how human rights came into existence in different 'waves' throughout history. The first wave, which accompanied the French revolution, gave rise to the generation of civil and political rights. With the second wave, after the Russian revolution of 1917, economic, social and cultural rights gained universal recognition. The third wave accompanied 'the emancipation of colonised and dominated peoples' in the middle of the 20th century

não fazer do Estado e dele não interferir na esfera individual do ser humano. No Brasil, esses direitos de primeira geração, considerados como as liberdades públicas e direitos políticos já haviam sido institucionalizados a partir da Constituição de 1215 do Rei João Sem Terra e, também se fizeram presentes no surgir de outros documentos históricos, tais como o *Habeas Corpus Act* em 1679 e a *Bill of Rights* em 1688, representando os direitos civis do povo (FILHO, 2009, p. 69).

Os direitos civis ou de liberdades individuais são aqueles direitos do homem que garantem uma integridade física e moral, que possam assegurar a personalidade de cada um, conforme os dizeres de Sampaio (2010, p. 241):

[...] bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um [...]. O Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo.

No contexto atual, a liberalidade do Estado e o seu dever em adotar medidas públicas, na tentativa de garantir o amplo acesso à justiça e no intuito de efetivar esses direitos da personalidade, tem se dado através de meios que impulsionam o indivíduo a procurar a garantia de seus direitos, como por exemplo, o acesso a gratuidade da justiça.

Já os direitos de Segunda Geração nasceram no início do século XX, oriundos das más condições de trabalho exercidos pelos trabalhadores nas fábricas. Ainda, alguns movimentos sociais (como a Comuna de Paris e Cartista, na Inglaterra) contribuíram para a busca de melhores condições sociais dos indivíduos.

Dessa forma, esse período ficou caracterizado pela defesa dos direitos sociais, culturais e econômicos, traduzidos no valor da Igualdade (FILHO, 2009, p. 70). É estampado que nos direitos da segunda geração, está mais do que presente o processo de

industrialização e os graves impasses socioeconômicos sofrido pela sociedade ocidental por volta da segunda metade do século XIX e início do século XX. (WOLKMER, 2013, p. 101).

Tais direitos são compostos pelos direitos de igualdade *latu sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais e, também, os direitos da coletividade, introduzido no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram de obra de ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Esses direitos, localizam-se na esfera dos direitos pragmáticos, pois não são compostas pelas garantias processuais que protegiam os direitos de primeira geração. (MAZZUOLI, 2014, p. 63). Como expõe Lobato (1996, p. 99), os direitos de segunda geração são os direitos de caráter coletivo, como o direito a greve, reunião ou, ainda, os direitos à participação política dos cidadãos e a possibilidade de criações dos partidos político. O autor ainda complementa dizendo que, no Brasil, o maior exemplo desse período foi a criação da Constituição de 1891.

A última geração dos direitos fundamentais pertence à denominada Terceira Geração⁵. Segundo menciona Filho (2009, p. 75), os direitos de terceira geração decorrem de grandes alterações sociais na esfera internacional ensejada pela globalização da economia, avanços tecnológicos e científicos, tais como, a viagem ao espaço, robótica, avanço da Internet, todos direcionando ao avanço da qualidade da vida humana. Percebe-se também uma maior cautela com o meio ambiente. O autor ainda considera que nessa geração, o homem está mais inserido na sociedade, traduzido nos valores da solidariedade.

Nesse viés de desenvolvimento e avanço tecnológico, Sampaio (2010, p. 242) demonstra que existem pensadores que preferem restringir os direitos da terceira geração em apenas um, qual seja, o direito ao desenvolvimento, cujo objetivo é criar uma

⁵ Diga-se último direito a ser tratado pois, a jurisprudência majoritária como José Adércio Leite Sampaio, Nestor Sampaio Penteado Filho, Zulmar Fachin e Valerio de Oliveira Mazzuoli, prevê outras gerações dos direitos fundamentais. Contudo, por interesse do trabalho apenas serão apresentados as 3 primeiras gerações.

ordem internacional mais justa. O entendimento de Bonavides (2006, p. 103), ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, nos direciona para o seguinte:

“Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”

Ao definir esses direitos, Wolkmer (2013, p. 102) vai ao encontro da ideia do citado acima, afirmando serem os direitos metaindividuais. Diz ainda que o titular desses direitos não são mais voltados para a centralização do homem, mas sim visa proteger uma categoria ou grupos de pessoas (família, povo, nação, etc...) onde não se enquadram nem na esfera pública e nem na privada. Na mesma direção, Mazzuoli (2014, p. 66) destaca os direitos pautados no princípio da fraternidade e os exemplifica com o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade e a paz.

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos visa proteger todas as dimensões dos direitos do homem pactuados pelos países do continente Americano signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Entretanto, ao analisar as jurisprudências da Corte, averigua-se uma ausência de decisões quanto aos direitos de segunda geração, mais especificamente quanto aos direitos sociais. Um dos casos em que ela se omitiu a declarar a violabilidade desses direitos, foi dos “cinco aposentados contra Estado do Peru” que será exposto, brevemente, a seguir.

3. DO CASO SUBMETIDO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Os 5 aposentados contra o Estado do Peru.⁶

Em 1982, a Superintendência de Bancos e Seguros (SBS) sediada na cidade de San Isidro – Peru, passou por uma forte mudança de regime trabalhista, deixando de pertencer ao Regime Jurídico Público, regulado pelo Decreto-Lei nº 20.530/1974 e, passando então a ser regulado por Lei Orgânica própria (Lei nº 23.495/82). A empresa fora privatizada, devido a uma forte onda neoliberal que atingiu a América Latina no final do século XX.

Para adequar os funcionários que pertenciam ao regime antigo, a Lei Orgânica estipulou, através de um dispositivo clausular, a possibilidade de permanecer ou migrar de regime trabalhista. Se optassem por continuar no regime antigo, eram-lhes garantidos, quando de suas aposentadorias, a remuneração igual ao do pessoal ativo que exerciam o mesmo cargo à época. Tal garantia à aposentadoria passou a ser denominada de “Aposentadoria Nivelada”.

Sobre essa transição de regimes, é de uma importância referenciar a Lei nº 23.495 (“Lei de Nivelación Progressiva das Pensões dos Desempregados e dos Aposentados da Administração Pública não submetidos ao Regime do Seguro Social ou a outros Regimes Especiais” do Peru), onde realça em seu art. 1º:

A nivelación progressiva das pensões dos aposentados com mais de 20 anos de serviços e dos aposentados da Administração Pública não submetidos ao regime do Seguro Social ou a outros regimes especiais, realizar-se-á com a remuneração dos servidores públicos das respectivas categorias em atividade.

⁶ Este tópico ocupa-se, exclusivamente, da decisão da CIDH disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/94e99edfc08ad3aa6a2b2cb5fed16fff.pdf>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

Dessa forma, alguns funcionários, em especial os srs. Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra optaram em permanecer no regime antigo. Contudo, após se desligarem da empresa e, pouco tempo após o gozo de suas aposentadorias niveladas, a SBS cortou drasticamente o valor de seus benefícios, sem qualquer comunicação prévia.

Houve inúmeros entraves na tramitação do processo perante a justiça Peruana, e nenhuma das ações ajuizadas teve efetiva resolução (Mandados de Segurança, Ações Penais e Cíveis em todos os graus de jurisdição). Diante desse quadro, os pensionistas decidiram recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos, requerendo o reestabelecimento de suas aposentadorias, re-niveladas como de direito.

A Comissão recebeu a denúncia com o número 12.034 e, em 03 de dezembro de 2001, e decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgamento. A Corte, assim como nas demais jurisprudências, estabeleceu que é um princípio de Direito Internacional reparar toda violação de direito protegido pela Convenção, baseando-se no art. 63.1 da Convenção Americana, segundo o qual:

quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que 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.

As cinco vítimas fundamentaram a sua petição à Corte sob o aspecto de violação dos direitos Direito à Propriedade Privada (art. 21 da Convenção Americana), Proteção Judicial (art. 25) e, Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 26).

Contudo, a Corte somente instruiu sua decisão condenatória baseando-se na violação dos direitos à propriedade

privada e na proteção judicial. Quanto ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, pode-se observar uma omissão ao julgar os referidos direitos.

4. DA OMISSÃO DA CORTE NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir sobre o caso dos 5 aposentados contra o Estado do Peru, proferiu sentença condenando o Estado à reestabelecer o valor da aposentadoria das partes e pagar uma indenização por danos morais e materiais. A sentença foi embasada na violação do direito à propriedade, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, juntamente com a violação do artigo 25 (Proteção Judicial), dos artigos 1.1 e 2 (Obrigação de Respeitar os Direitos e Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) e pelo artigo 63.

No que diz respeito à violação do artigo 26 (Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) a Comissão argumentou que o Estado violou este artigo ao promulgar o Decreto-Lei nº 25.792, referindo ser um retrocesso no desenvolvimento ao direito da previdência social pois, as vítimas já haviam alcançado o direito às aposentadorias nivelas com Decreto nº 20.530 e, posteriormente, tiveram o valor do benefício reduzido em aproximadamente um quinto do valor da implantação.

Já o Estado do Peru, em sua defesa, alegou que não houve ofensa ao artigo 26 da Convenção, pois, o valor da pensão que os aposentados passaram a receber eram consideravelmente superiores ao que lhes corresponderiam legalmente caso suas pensões tivessem sido regulamentadas de acordo com o regime que lhes correspondia. A Corte, em decisão final, rejeitou o pedido de violação do artigo 26 a partir do argumento que o desenvolvimento progressivo desses direitos deveria ser medido em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais

(direito à previdência social e à aposentadoria em particular) em prol da coletividade e não de apenas cinco aposentados.

A partir da análise da sentença proferida pela Corte, é importante destacar que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais do homem de segunda geração, especificamente, o direito à previdência social, a preservação de todos os seus benefícios, a preservação de seus valores reais e a correção do salário-de-contribuição (CORREIA, 2004, p. 112). Ainda, ao observar o preâmbulo da Convenção, constata-se que os Estados signatários reiteram o acordo realizado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o qual afirma que somente é materializado um ser humano livre se proporcionado condições das pessoas gozarem de seus direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.

Embora a Corte seja considerada um grande instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, quando se fala em proteção aos direitos sociais no âmbito internacional, esta não tem se comprometido para com a efetivação desses direitos, como pode ser observado na decisão do caso apresentado acima. Essa premissa efetiva-se a partir da observância da estrutura da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que possui um rol amplo em defesa dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), estabelecidos entre o artigo 3º e o 25º. Em contrapartida, somente o artigo 26º faz menção ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais (MATOS, 2015, p. 123).

Um fator contribuinte para essa constatação é o entendimento de que as normas econômicas, sociais e culturais constantes na Organização dos Estados Americanos (OEA) não tinham o condão de garantir direitos humanos, mas, determinar objetivos e linhas de conduta para os Estados membros (TRINDADE, 2003, p. 154). Ainda, embora a Convenção Americana de Direito Humanos ordenasse aos Estados o comprometimento em adotar providências na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais em seu artigo 26º, foi adotado um protocolo adicional em matéria de direitos Econômicos, Sociais e

Culturais, denominado de Protocolo de San Salvador⁷. Esse protocolo entrou em vigor no dia 16 de novembro de 1999, com o fito de preencher um vazio histórico deixado pela Convenção Americana em relação a esses direitos (ROBLES, 2006, p. 50).

Segundo Matos (2015, p. 125), no caso da sentença em apreço, a Corte condenou o Estado do Peru a restabelecer a aposentadoria dos cinco pensionistas. O direito à previdência social fora violado, porém, a Corte decidiu por não aplicar esse direito na sentença, mas, considerar que a aposentadoria incorporou ao patrimônio das vítimas, ferindo o direito de propriedade. O caso em questão demonstra a tendência, ainda hoje observada de a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) preferir concentrar suas decisões na violação dos direitos civis e políticos, considerando-os cada vez mais dentro de seus aspectos econômicos, sociais e culturais, deixando de lado algumas das características dos direitos fundamentais, quais sejam: a universalidade, a efetividade e, a horizontalidade e verticalidade.

Trata-se de jurisprudência defensiva, no sentido de que se prefere, ao julgar, não adentrar em temas que podem gerar polêmicas, buscando como norte de fundamentação elementos mais consolidados, ainda que sejam laterais à discussão da causa *sub judice*.

Em que pese o ganho individualmente considerado, no caso, dos cinco aposentados, perde-se a oportunidade de lançar e consolidar um entendimento mais sólido a respeito dos direitos de segunda geração, de modo a delinear, de forma mais clara, balizas hermenêuticas que podem ser utilizadas, inclusive, pelos próprios Estados.

⁷ De acordo com Bobbio (2002) os direitos de segunda geração somente foram elencados no sistema jurídico interamericano (elencando as espécies de direitos sociais protegidos) quase vinte anos depois da Vigência da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com o Protocolo de San Salvador que entrou em vigor em 1999, porém, ratificado apenas por 14 Estados-membros.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo propôs analisar, a partir de caso concreto, a opção decisional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a direito social, notadamente, o direito à aposentadoria. Para tanto, foi elaborado estudo sobre o caso dos cinco aposentados contra o Estado do Peru, que tiveram suas aposentadorias cortadas pelo governo de forma arbitrária. Utilizou-se, além da metodologia de estudo de caso, a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de doutrinas, artigos científicos nacionais e internacionais, Leis, Convenções e tratados internacionais para melhor compreensão do tema.

Após a análise da decisão, pode-se constatar a omissão da Corte ao fundamentar a sua sentença referente à violação de direitos econômicos, sociais e culturais (no caso específico dos direitos sociais que engloba o direito à previdência social e à aposentadoria, em particular) não se preocupando com a universalidade, efetividades e a horizontalidade e verticalidade dos direitos fundamentais. Tais omissões contribuem com a sensação de insegurança jurídica dos cidadãos frente a um dos maiores meios de efetivação e garantias dos direitos do homem.

Para chegar a essa conclusão artigo abordou, a princípio, o conceito de direitos fundamentais, segundo o entendimento de diversos autores e, a divisão desses direitos por meio de suas gerações, cuidando, assim, de apontar a positivação dos direitos civis e políticos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigos 3º ao 25º), de caráter coletivo, tais como à greve, reunião, direitos de participação política e a criação partidária. Enquadraram-se nessa segunda modalidade os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 26º da CADH). E por fim, abordou os direitos de terceira geração, incorporando os direitos a tecnologia, espaço, internet e robótica. Tais gerações são traduzidas pelos ideais da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade.

No final, após expor os fatos da análise da sentença sob o caso concreto dos cinco aposentados contra o Estado do

Peru, conclui-se que a Corte Interamericana demonstra ser omissa ao julgar casos de progressividade econômica, social e cultural. Ou seja, a Corte optou por não julgar o Estado do Peru com base no artigo 26 da Convenção e, fundamentar sua decisão, apenas, respaldado com os direitos civis e políticos (de primeira geração).

Pode-se concluir, também, que essa decisão com base na violação apenas dos direitos de primeira geração, deve-se pela quantidade, peso e polêmica envolvida em relação a direitos sociais, previsto em apenas um dispositivo, enquanto há vários artigos consolidando os direitos de primeira geração (art. 3º ao 25º). Ainda, essa diferença quantitativa e qualitativa no que toca à proteção dos direitos individuais ou sociais, que impactam a preferência das decisões da Corte, também se deve pelo fato de o Protocolo Adicional de San Salvador ter sido recepcionado pela Convenção muito tempo depois de sua criação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis. APOLINÁRIO, Silvia Menicuccio de Oliveira Selmi. **Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CORTE IDH. **Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Serie C No. 98. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/94e99edfc08ad3aa6a2b2cb5fed16fff.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2017.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de São Pulo**. v.99. 2004.

FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Direitos Humanos**. Doutrina – Legislação. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. v. 6, n. 22, p. 141–159, jan./mar., 1998.

MACKLEM, Patrick. Human Rights in International Law: Three Generations or One? *London Review of International Law*. Volume 3, Issue 1, 1 March 2015, Pages 61–92.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Método, 2014.

MATOS, Monique Fernandes Santos. A omissão a omissão da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. V.10, nº02, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. **Revista IIDH**, v.42, 2006.SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos volume I**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. Revista Jurídica – Unicuritiba. v. 2, n.31. 2013.

BRASIL. Decreto n.º 1205, de 1 de agosto de 1994, Aprova a estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 132, n. 146, p. 11509, 2 ago. 1994. Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Lei n.º 8926, de 9 de agosto de 1994. Torna obrigatório a inclusão, nas bulas de medicamentos, de advertências e recomendações sobre o seu uso por pessoas de mais de 65 anos. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF, v. 132, n. 152, p. 12037, 10 ago., 1994. Seção 1. pt. 1.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n.º 1848, de 23 de julho de 1991. Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 1992 e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 132, n. 155, p. 12247. 15 ago. 1994. Seção 1, pt. 1.