



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA PAULA DE JESUS SOUZA

**A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE PERANTE À CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS:
um aporte teórico acerca do caso Poblete Vilches vs. Chile**

**São Cristóvão/SE
2020**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS:
um aporte teórico acerca do caso Poblete Vilches vs. Chile**

ANA PAULA DE JESUS SOUZA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Concretização dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais.

Orientador (a): Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias.

São Cristóvão/SE
2020



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ANA PAULA DE JESUS SOUZA

**A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS:
um aporte teórico acerca do caso Poblete Vilches vs. Chile**

APROVADA EM: _____, _____, _____.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe e aprovada pela Banca Examinadora.

Profª. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias
Programa de Pós-graduação em Direito/UFS

Profª. Dra. Tanise Zago Thomasi
Prof. Examinador
Programa de Pós-graduação em Direito/UFS

Prof. Dr. Tiago Bockie de Almeida
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Gratidão, certamente é o sentimento que me abraça nesse momento. Hoje meu coração se alegra com essa vitória e só tenho a agradecer a todos que contribuíram para essa conquista.

Primeiramente, agradeço a Deus que foi e sempre será a minha fortaleza, a minha fonte inesgotável de amor, o meu guia eterno. A minha mãe, meu alicerce, por todo o amor incondicional. Obrigada por me ensinar a sorrir mesmo em dias frios, a cantar, mesmo em dias de choro, você me ensinou que tudo há uma solução e que a vida é muito mais do que qualquer obstáculo. Você me ensinou o que é superação! Ao meu pai, *in memoriam*, que mesmo ausente fisicamente, é o meu maior combustível, minha inspiração diária. Com todo o meu amor, essa vitória é de vocês.

Aos os meus irmãos e familiares, em especial à Ângela Souza, Luciano Brasilense pelo apoio incondicional na jornada.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos que me ofertarem um carinho incondicional durante a caminhada, a Geisa, Thiago, Ana Carolina Santana, Ana Carolina Fontes, Renata Lage, Renata Brunelle, Rebecca e Amanda, por todo o amor.

Gostaria de agradecer a todos os poetas, músicos e compositores que me inspiraram a avançar nos dias mais gélidos, a arte traz sentido à vida e a vida é um tanto opaca sem a arte! Parafraseando Caetano Veloso “*A utopia torna a vida uma fantasia necessária*”.

À minha querida orientadora Clara Angélica Dias, pelo apoio e carinho. Aos professores Augusto César Leite, Tanise Zago e Flávia Santiago por todos os conselhos ofertados.

Não poderia deixar de expressar o meu afeto por todos aqueles que me rodeiam. A gratidão é um terno sentimento e a jornada se tornou mais leve com vocês!

O meu eterno afeto!

RESUMO

O presente estudo tem a pretensão de analisar a primeira decisão que reconheceu a violação autônoma do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão com função jurisdicional do Sistema Interamericano. A recente decisão escreveu um novo capítulo na tutela dos direitos sociais, considerando que o art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Rosé da Costa Rica) e o art. 19. 6 do Protocolo de São Salvador, limitam a análise direta dos direitos econômicos, sociais e culturais perante a Corte Interamericana, com exceção do direito à educação, liberdade sindical e associação sindical. Nesse sentido, o estudo propõe-se a explorar a mudança do paradigma interpretativo acerca da temática na decisão do caso Poblete Vilches Vs. Chile, haja vista o reconhecimento de uma violação direta à saúde da vítima, com fundamento legal no art. 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 10 Protocolo de San Salvador e da própria Constituição Federal do Estado do Chile, país violador. A sentença corrobora a tese de que a Corte Interamericana está atenta ao novo movimento regional de proteção aos direitos humanos, enfrentando a discussão acerca da indivisibilidade dos direitos humanos. Por esse ângulo, intenta-se, ainda, analisar os reflexos da decisão no Brasil com base no ideário do diálogo entres corte e considerando o *ius commune* latino-americano para a progressão dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Sistema interamericano. Proteção. Interpretação evolutiva. Indivisibilidade.

ABSTRACT

This study has the goal to analyze the first decision concerning health right in an autonomous way in Interamerican Court of Human Rights, an organ with jurisdictional function in the Inter-American System. The recent decision has written a new chapter in the protection of social rights, considering that art. 62 of the American Convention on Human Rights (Pact San Rosé of Costa Rica) and art. 19. 6 of the Protocol of San Salvador, limit the direct analysis of economic, social and cultural rights before the Inter-American Court, with the exception of the right to education, freedom of association and union association. In this sense, the study proposes to explore the change in the interpretative paradigm about the theme in the decision of the Poblete Vilches Vs. Chile case, in view of the recognition of a direct violation of the victim's health, with legal basis in art. 25.1 of the Universal Declaration of Human Rights, art. 10 Protocol of San Salvador and the Federal Constitution of the State of Chile, a violating country. The sentence supports the thesis that the Inter-American Court is attentive to the new regional movement for the protection of human rights, promoting the end of the dichotomy between rights based on the indivisibility of human rights. From this angle, it is also intended to analyze the reflexes of the decision in Brazil based on the ideal of dialogue between courts and considering the Latin American *ius commune* for the progression of human rights.

KEYWORDS: Right to health. Inter-American system. Protection. Evolutionary interpretation. Indivisibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	15
2.1 A justiciabilidade do direito à saúde	15
2.2 A estrutura normativa do Sistema Interamericano.....	17
2.3 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Rosé da Costa Rica)	18
2.4 Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador)	22
2.5 A tutela da saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos	25
a) Caso Albán Cornejo versus Equador	36
b) Caso Yakye e Axa versus Paraguai	38
c) Caso Damião Ximenes Lopes Versus Brasil.....	41
2.6 A sentença do caso Poblete Vilches versus Chile.....	44
2.7 Direito à saúde em situação de urgência de pessoas vulneráveis	51
2.8 Saúde e a posição concorrente na Sentença	54
3 A INTERDISCIPLINARIDADE DO CONCEITO DE SAÚDE	58
3.1 Da progressividade do conceito sanitário.....	58
3.2 A saúde como um direito.....	62
3.3 O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988.....	66
3.4 Direito à saúde como norma social/ fundamental.....	69
3.5 Eficácia e autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal	73
3.6 A tutela internacional do direito à saúde	75
3.7 A incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos	76
4 DA INTERPRETAÇÃO À CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA.....	83
4.1 A interpretação do princípio Pro-Homine	84
4.2 A indivisibilidade dos Direitos Humanos	87
4.3 A interpretação evolutiva a favor do Direito social à saúde.....	92
4.4 O diálogo entre cortes e o Ius Comum Latino-Americano	95
4.5 A tutela do direito à saúde sob a perspectiva do caso Poblete Vilches Vs. Chile	101
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS.....	112

1 INTRODUÇÃO

Pensar em saúde é pensar em vida, não há como dimensionar a sua relevância na vida de todos os cidadãos. No contexto jurídico, a proteção do direito à saúde tem sido centro de discussões acadêmicas e jurídicas, na seara internacional, a temática tem sido ainda mais questionada, diante da sua característica emergencial e singular. Neste sentido, com escopo na ampla proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem proferindo decisões que visam tutelar os direitos sociais. Em março de 2018 a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão com função contenciosa do Sistema Interamericano, proferiu a primeira decisão de reconhecimento autônomo do direito à saúde, o caso *Poblete Vilches versus Chile*. A decisão inaugura um novo capítulo no âmbito do sistema interamericano, por reconhecer a possibilidade da tutela do direito à saúde com base nos artigos 1.1, 8.1, 25.1 e 26 do Pacto São José da Costa Rica.

O fundamento da sentença reflete um novo olhar do sistema regional na proteção dos direitos sociais. O Sistema Interamericano é um organismo regional de proteção dos direitos humanos, composto por dois subsistemas, a Carta Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo resultado da 9ª Conferência Interamericana realizada em 1948 e o segundo, ligado à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), idealizada em 1969, sendo considerado uns dos principais instrumentos de proteção dos direitos humanos dos países da América.

Internamente, o Sistema Interamericano é composto por dois órgãos centrais, a Comissão Interamericana, órgão autônomo, com função de requisitar informações dos Estados-partes e realizar recomendações e a Corte Interamericana, órgão com função contenciosa de julgar demandas e aplicar sanções.

A Convenção Americana foi idealizada com o objetivo de tutelar direitos civis e políticos na esfera regional, sendo reconhecido como um código latino-americano de direitos. Não obstante o avanço, o documento não faz menção sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, tratando apenas da necessidade de se pensar na progressividade de direitos por meio do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Algum tempo depois, mais especificamente no de 1999, surge o Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador), que tratou de forma minuciosa da proteção do direito à saúde no âmbito regional.

Apesar da previsão do direito à saúde, o art. 19.6 do Protocolo de São Salvador limitou o acesso dos direitos sociais no seara contenciosa da Corte Interamericana, possibilitando que somente os casos envolvendo o direito à educação, associação sindical e liberdade de associação pudessem ser levados à jurisdição contenciosa.

Do mesmo modo, o art. 62 da Convenção Americana restringe a competência da Corte Interamericana somente aos direitos previstos no próprio documento regional, limitando a análise dos direitos econômicos, sociais e culturais ao órgão jurisdicional do sistema regional.

A limitação ainda persiste e por vezes direitos sociais como à saúde deixaram de ser tutelados por uma ausência de abertura legal. Logo, diante da essencialidade do direito à saúde, a Corte Interamericana passou a analisar possíveis violações ao direito à saúde de forma reflexa, justificando o recebimento da denúncia por possíveis violações a direitos civis previstos na Convenção Americana.

Por esse ângulo, a decisão do caso *Poblete Vilches versus Chile*, atenta a um novo movimento regional de proteção de direitos humanos, inovou ao tutelar de forma autônoma e ampla o direito à saúde, levando em consideração diversos documentos da ordem internacional e a própria Constituição do Estado do Chile, país violador. Rompendo um paradigma da interpretação puramente gramatical, o tribunal conferiu uma interpretação progressista com o objetivo de tutelar o direito à saúde, levando em conta, a indivisibilidade dos direitos humanos, que impede que haja uma predileção de direitos civis e políticos, em face dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse norte, o objetivo geral do presente estudo será analisar a proteção do direito à saúde perspectiva da sentença do caso *Poblete Vilches vs. Chile*, que, mesmo com ausência de previsão legal, reconheceu a violação autônoma deste direito no caso em análise.

E, ainda, tendo como objetivos específicos a) investigar a previsão normativa do direito à saúde no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, b) Compreender a indivisibilidade dos direitos humanos com um caminho para a tutela ampla do direito à saúde e; c) Explorar, por meio do diálogo entre cortes como a decisão pode refletir na jurisdição brasileira e favorecer na proteção do direito à saúde no sistema regional e a promoção do *Ius Commune Latinoamericano*.

O problema da pesquisa é justamente a compreensão de como a corte interamericana reconheceu uma violação autônoma do direito à saúde diante da limitação normativa dos artigos 62 da Convenção Americana e 19.6 do Protocolo de São Salvador.

Tentando solucionar a problemática, a hipótese do estudo demonstra que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem evoluindo no seu entendimento ao longo dos anos e

reconhecendo violações ao direito à saúde por meio de uma interpretação constitucional evolutiva e repensando a norma através do caso concreto e da característica da indivisibilidade dos direitos humanos, que propicia uma integração entre os direitos humanos, impossibilitando de se pensar em qualquer hierarquia entre estes. É possível se extrair com a análise da decisão do caso em estudo a consolidação do princípio pro homine e da interpretação progressista dos juízes do tribunal regional.

A pesquisa é desenvolvida através do método de estudo caso, especificamente por desenvolver um estudo exploratório da sentença do Caso Poblete Vilches Vs. Chile, com escopo na análise do viés interpretativo utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção autônoma do direito à saúde. A construção metodológica da pesquisa será pelo raciocínio indutivo, buscando através de uma observação casuística identificar as nuances do diálogo entre corte e os reflexos da decisão no Brasil. Ademais, a pesquisa será realizada através de um levantamento documental de leis e decisões judiciais e, ainda, por meio de um levantamento bibliográfico em livros e artigos científicos. O marco teórico para o desenvolvimento da pesquisa da justiciabilidade do direito à saúde no Sistema Interamericano será por meio das pesquisas da doutrinadora e atual conselheira da Corte Interamericana, Flávia Piovesan.

Destarte, a pesquisa será desenvolvida por meio de três capítulos e a conclusão. A primeira seção buscará explorar a justiciabilidade dos direitos sociais no contexto da Corte Interamericana, ressaltando os documentos de proteção a nível regional, explorando a progressividade dos direitos sociais previstos no art. 26 da Convenção Americana e a extensão da norma para a proteção desses direitos. Analisando, ainda, a previsão do direito à saúde no Protocolo de São Salvador e as mais relevantes decisões da Corte Interamericana que tutelaram, por via reflexa, o direito à saúde. A análise progressista deságua na primeira decisão que protegeu o direito à saúde de forma autônoma, o Caso Poblete Vilches vs. Chile, que promoveu um novo olhar acerca da possibilidade de tutela da saúde de pessoas idosas e em situação de vulnerabilidade social.

O segundo capítulo analisará o conceito de saúde, evidenciando que a concepção de saúde sofreu diversas alterações ao longo dos anos, deixando de ser considerada a simples ausência de doenças para uma conceituação mais ampla de completo bem estar físico, mental e social. No Brasil, o direito à saúde ganhou ainda mais destaque com o nascimento da Constituição Federal de 1988, que elevou a saúde, que até o momento era considerada uma norma social, para um status de norma de cunho fundamental. Sem embargo a ampla tutela no âmbito nacional, o direito à saúde também tem a sua normatividade na seara internacional.

Assim, intenta-se explorar a previsão internacional do direito à saúde no âmbito global de proteção dos direitos humanos.

O terceiro capítulo analisará a indivisibilidade como um caminho para o fim da dicotomia velada entre os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, buscando explorar como a decisão do caso Poblete Vilches vs. Chile utilizou a característica da indivisibilidade para superar o ideário limitado. Explorando, bem como, a interpretação utilizada pela Corte Interamericana para a concretização da tutela do direito à saúde, com base na interpretação evolutiva e do princípio *pro homine*. Nesse contexto, será realizado um estudo acerca do diálogo entre corte e a possibilidade de se pensar num ordenamento jurídico aberto por meio de um *ius commune* latino-americano.

2 OS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos sociais nascem com o propósito de garantir atuação prestacional do Estado, são normas que se propõem a garantir a igualdade dos cidadãos. (SILVA, 2005, p.290). Diferentemente do que se propagou por muito tempo, os direitos civis e políticos não se diferem dos econômicos sociais e culturais por conta da atuação negativa, levando em conta que todos os direitos tem custos e precisam de uma atuação significativa do estado. No entanto, a normas que protegem os direitos civis e políticos são dotadas de autoaplicabilidade, diferentemente dos direitos sociais, que a sua aplicação é feita progressivamente. (PIOVESAN, 2011, p.111)

O cerne dos direitos de segunda geração dimensão é o conteúdo prestacional, com promoção de políticas públicas em benefício da população, busca-se uma prestação material do Estado e não mais somente a garantia de direitos naturais inerentes, mas sim a garantia de direitos, como saúde, educação e outros que possibilitem proteção dos cidadãos em situação de vulnerabilidade social.

O processo de constitucionalização dos direitos sociais contribuiu para sua consolidação normativa, especialmente com surgimento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de alemão de Weimar de 1919, que contribuíram para a sua exigibilidade jurídica. (SILVA, 2005, p.287)

Nesse cenário, diante do conteúdo progressivo dos direitos sociais e da necessidade de execução de políticas públicas ou mecanismo para a sua exigibilidade, o estudo da proteção internacional regional apresenta-se como urgente e substancial.

2.1 A justiciabilidade do direito à saúde

A justiciabilidade dos direitos sociais no Sistema Interamericano é resultado de um grande avanço na interpretação hermenêutica dos documentos internacionais. A justiciabilidade é gênero da exigibilidade, sendo considerada não só o acesso direto a justiça, mas também a garantia de uma análise meritória. (WATANABE, 2011, p.216). É a garantia de demandar em juízo e ter o seu pleito analisado, sem ausência de limitações ou obstáculos jurídicos. O estudo da exigibilidade do direito à saúde no âmbito da Corte Interamericana é instigante justamente por conta das barreiras normativas que impedem de alguma forma o pleno acesso ao tribunal regional.

No estudo sobre a acionabilidade dos direitos prestacionais positivos ensina Robert Alexy (2015, p. 461):

Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental, diferença teórico-estrutural. Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo.

Nessa linha, a construção ideológica da sentença do caso em estudo tem o condão de contribuir sobremaneira na solidificação da exigibilidade dos direitos sociais no contexto do sistema regional, especialmente o direito à saúde. O processo de internacionalização dos direitos humanos contribuiu veementemente na consolidação jurídica dos direitos sociais no contexto regional.

O surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 transmutou a concepção ideológica dos direitos humanos, consolidado o entendimento de que a proteção dos direitos humanos não está adstrita a seara nacional, destacando a internacionalização dos direitos humanos no âmbito global. Por esse seguimento, o período posterior a Declaração Universal foi marcado pelo surgimento de diversos documentos internacionais com intuito de promover a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O incipiente crescimento do processo de internacionalização fez os países da América repensassem os direitos humanos, refletindo a cerca da necessidade de criar um sistema regional de proteção dos direitos humanos.

A regionalização da proteção dos direitos humanos é resultado de diversos movimentos históricos que colocaram em risco os direitos humanos. Na América latina, a decorrência de regimes ditatoriais e a transição política/democrática geraram um grandioso debate acerca da necessidade de repensar o ideário dos direitos humanos. No contexto, uma série de direitos foram ultrajados e entender os fatores sociais como meios de formalização do sistema tem a sua importância, considerando que a transição de um regime arbitrário para o democrático pode gerar dois importantes processos, o primeiro seria as consequências que essa transição gera e o segundo poder ser observado nas dificuldades da efetivação do processo de redemocratização (PIOVESAN, 2007, p.85).

Nesse cenário, os países latino-americanos enfrentaram diversos desafios na busca da concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, considerando a dificuldade latente de se romper uma ordem autoritária e construir um Estado baseado em princípios democráticos. Assim, o ideário dos direitos humanos começou a ser repensado como um

caminho a enfrentar os movimentos autoritários e enfrentar uma nova ordem (PIOVESAN, 2013, p.341).

O desfecho da segunda guerra mundial também teve um forte impacto na tutela direta dos direitos humanos, diante das mazelas resultantes desse infortúnio. Nesse sentido, além da do advento da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, que serviu de grande incentivo e promoveu o universalismo dos direitos humanos, outros instrumentos regionais começaram a serem pensados.

Dentro dessa moldura surge o Sistema Interamericano, um órgão regional com o fulcro de tutelar os direitos dos países da América de modo mais intimista, respeitando a história e a cultura dos povos da América. A criação do sistema regionalizado deu um novo respiro aos direitos humanos, um novo momento, uma nova era na proteção dos direitos humanos.

2.2 A estrutura normativa do Sistema Interamericano

O Sistema Interamericano é composto por importantes diplomas normativos, dotados de integral eficácia e aplicabilidade, no qual se impõem ante a omissão estatal em casos de grave violação aos direitos humanos. O sistema é gerido por dois subsistemas, o primeiro, ligado à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens e o segundo é ligado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) (PIOVESAN, 2013, p.345).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres e a Carta da Organização dos Estados Americanos foram resultados de toda a discussão realizada na 9ª Conferência Interamericana, realizada em 1948, na cidade de Bogotá, na Colômbia. Os diplomas apregoavam de forma genérica a proteção dos direitos humanos e o dever de responsabilidade por parte dos Estados-membros. Em 1967, a Carta da OEA foi reformada pela terceira vez na Conferência Interamericana Extraordinária, realizada em Buenos Aires e em 1985 por meio do Protocolo de Cartagena das Índias, o cerne das modificações eram promover ações cooperativas entre os Estados e fomentar o desenvolvimento econômico e a proteção dos direitos fundamentais. (RAMOS, 2014)

A carta da OEA foi um importante instrumento na concretização da solidariedade Americana e na política da boa vizinhança, reconhecendo a dignidade da pessoa humana

como elemento central dos direitos fundamentais, sem nenhuma acepção por cor, raça ou religião. Sem embargo da importância da Carta da OEA, os Estados-membros também estão vinculados ao cumprimento dos direitos inseridos na Declaração Americana, que melhor traduz os direitos na Carta (RAMOS, 2014)

Como todo processo, após a vinculação da Carta e da Declaração, houve um lento movimento de desenvolvimento do Sistema Interamericano, com a fundação de um órgão específico para a proteção dos direitos humanos, a comissão interamericana de Direitos Humanos (RAMOS, 2015, p. 122). Destarte, a Comissão Interamericana se tornou um órgão com estrutura permanente da OEA, tendo funções peculiares que serão detalhadas mais adiante.

No contexto do Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Americana (Pacto San Rosé da Costa Rica) é considerada um dos seus principais diplomas. Adotada em 1969, por meio da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, passou a vigor no Brasil por meio do Decreto nº 678 e por ato multilateral em 25 de setembro de 1992. Apesar da adesão tardia do Estado Brasileiro, o referendo foi um marco histórico e social, diante da sua grandiosidade na tutela dos direitos essenciais para uma vida digna (RAMOS, 2014, n.p).

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos traduz uma espécie de aparato de proteção aos direitos humanos, expressando um “constitucionalismo regional”, já que a Convenção Americana estampa uma espécie de “código latino-americano de direitos humanos”, sendo acolhida por 23 Estados-partes¹, expressando o seu caráter universal, objetivando resguardar os direitos humanos na região latino-americana. Nesse toar, os Estados submetidos aos preceitos da Convenção Americana não podem, subsequentemente, reclamar o não cumprimento de alguma de suas cláusulas, considerando a característica da bilateralidade (PIOVESAN, p.9).

Em seu preâmbulo, o diploma assegura a universalidade dos direitos humanos, garantido que a tutela dos direitos independe de qualquer óbice, como nacionalidade, raça, cor ou religião, sendo destinados a todos os cidadãos. Justificando, assim, o seu caráter de instância coadjuvante ou complementar a dos Estados (RAMOS, 2014, n.p).

2.3 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Rosé da Costa Rica)

¹ São 12 Estados que ainda não são partes da CADH: Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guiana, Saint Kitts e Nevis, Saint Lucia, Saint Vicent e Grenadines, Trinidad e Tobago (foi parte de 1991 a 1998), Venezuela (foi parte de 1977 a 2012) (RAMOS, 2017).

A Convenção Americana é composta por 82 artigos e surge como um catálogo repleto de direitos e obrigações, impondo aos Estados-parte o dever de tutela e garantia do livre exercício destes direitos. Para além da necessidade de medidas preventivas, o diploma assegura a implementação de medidas legislativas, com o fulcro na promoção das políticas públicas preventivas.

Nesse sentido, ensina Flávia Piovesan (2014, p. 332):

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

É indiscutível a relevância da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que o seu cerne ideológico engloba diversos direitos que devem ser resguardado de forma integral por todos os países signatários.

Ademais, a Convenção Americana possui um duplo papel, com deveres positivos e negativos, que se concretiza na promoção do exercício de todos os direitos ali conferidos e na concretização de políticas públicas, a exemplo disso, o art. 13², que resguarda o direito à liberdade de pensamento e expressão, podendo ser enquadrado como um direito que depende da atuação negativa do Estado e o art. 7³, que consagra o direito a liberdade pessoal, podendo

² Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em

resultar numa necessidade do Estado concretizar medidas para os casos de recorrente que desaparecimento forçado.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi referenda no Brasil no ano de 1992, através do decreto 687/1992, ao qual corroborou ainda mais a tutela dos direitos humanos, sendo incorporado de forma constitucional, com fulcro no art. 5, parágrafo 2º da Constituição Federal que acentua “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, infere-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos tutela direitos e garantias fundamentais, sendo assim a sua aplicabilidade pode ser imediata.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não dispôs sobre os direitos sociais, culturais ou econômicos, tratando apenas em seu art. 26 da necessidade de edição de medidas legislativas para a concretização destes direitos. Diante da relevância da temática, em 1988 surge o Protocolo Adicional à Convenção, também conhecido como Protocolo de São Salvador, que tratou de forma específica dos direitos sociais, culturais e econômicos (PIOVESAN, 2014, p. 333).

Além da concretização da tutela dos direitos civis e o políticos, a Convenção Americana reservou espaço para o detalhamento das funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão com a função de observar a defesa dos direitos humanos. E, ainda, registrou a função contenciosa da Corte Interamericana, órgão com função judicial do Sistema Regional.

Destarte, ante o contexto apresentado, percebe-se que a finalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é dispor sobre diversos direitos por meio de seus diplomas normativos, com vista a promover a sua proteção com abrangência internacional, não se limitando apenas a determinada sociedade ou contexto social, mas abarcando todos os Estados-partes que tenham como fundamento nacional a proteção dos Direitos Humanos

liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar

Notadamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) consagrou importantes direitos civis e políticos, tais como a vida ⁴, integridade pessoal ⁵ e garantias judiciais⁶ e dentre outros direitos essenciais para vida em sociedade. No entanto, apesar de todos os esforços para a concretização do Sistema Regional, não houve na Convenção Americana um registro minimalista sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Por esse ângulo, somente o art. 26 da Convenção Americana⁷ fez um registro sobre a necessidade de tutela progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). O registro normativo não foi feito por acaso, sabe-se da importância da tutela dos DESC para todos os cidadãos, não existindo motivos para qualquer tipo de hierarquia entre direitos. Logo, a interpretação extraída do referido artigo justifica a necessidade da tutela progressiva e a justiciabilidade desses direitos no âmbito do Sistema Interamericano.

Na ótica do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) (2005, p.76), os direitos previstos no art. 26 da CADH referem-se aos direitos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos homens (DADDH), considerando que na convenção não existe registro de direitos econômicos, sociais e culturais. Na Declaração Americana é possível observar a clara previsão de direitos sociais como saúde, educação e previdência social.

O primeiro problema na interpretação refere-se à extensão da norma, ou seja, quais os direitos que estão inseridos nesse contexto. Sempre existiu uma controvérsia acerca da dimensão interpretativa, seriam apenas os direitos previstos na Declaração Americana os protegidos pelo referido artigo? Ou existe uma maior extensão? As indagações foram respondidas pelo próprio Tribunal ao longo dos anos através da sua construção jurisprudencial, sendo necessário antecipar que a tendência à interpretação evolutiva tem sido um caminho contínuo na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁴ 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.

⁵ Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

⁶ 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.

⁷ Artigo 26. 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 Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Apesar do alargamento da sua dimensão, sempre existiu um incômodo por parte dos juristas acerca da ausência de um documento específico para tratar dos direitos econômicos, sociais e culturais, havia a necessidade de se pensar num documento mais abrangente na garantia destes direitos. Diante disso, com a necessidade de se tratar de forma específica dos direitos sociais, culturais e econômicos, surge o Protocolo Adicional à Convenção, intitulado com Protocolo de São Salvador, passando a vigor no ano de 1999. (PIOVESAN, 2014, p. 333). Assim, faz-se necessário entender a dimensão normativa e interpretativa do Protocolo para que se compreenda o problema da pesquisa, considerando algumas limitações acerca da justiciabilidade dos direitos econômicos sociais e culturais que foram impostas no documento em análise.

2.4 Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador)

Quase vinte anos após o nascimento da Convenção Americana, surge o Protocolo de São Salvador que dispôs de forma pormenorizada sobre os direitos sociais e traduziu um importante marco para a história da humanidade, tendo em vista a essencialidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2013, p. 89).

Sabe-se que a grandiosidade do direito à saúde é inquestionável, e nada mais adequado que o Sistema Interamericano descrevesse da forma detalhada a sua proteção no âmbito internacional, já que a omissão gramatical poderia causar um sentimento de desalinho com um direito tão vultoso. Assim, com a vigência do protocolo houve um notório reforço a característica da interdependência dos direitos humanos.

Com vistas a superar a ausência de uma norma que tutelasse o direito a saúde no âmbito do sistema regional, nasce o art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador)⁸, que assegurou o caráter universal para a saúde, acentuando que toda pessoa tem direito à saúde, destacando que à saúde não é destinada apenas a uma classe desprovida de recursos financeiros ou a determinada parte da população, mas indistintamente a todos os cidadãos, baseando-se na universalidade dos direitos humanos. Ainda se imprime que a saúde é um bem público, ofertado a todos e prioritariamente de responsabilidade do

⁸ Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Estado, ente responsável por promover políticas públicas de execução da saúde. (RAMOS, 2014, p.458).

Notadamente, o Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de São Salvador), dispôs de forma aprimorada sobre todos os direitos sociais, econômicos e culturais não contemplados na Convenção Americana, a referida previsão foi considerada um marco importante na história do Sistema Interamericano.

Salienta-se, ainda, que o Protocolo de São Salvador trata em seu art. 1º⁹ da necessidade dos Estados adotarem medidas necessárias para a proteção dos direitos sociais, determinando a necessidade de cooperação entre os Estados-parte, levando em conta os recursos disponíveis de cada Ente e com fulcro a melhor promover os direitos humanos. Insta mencionar que o objeto do referido artigo funda-se no princípio da progressividade, que leva em conta a destinação de recursos para fins de resguardar os direitos humanos. Assim, vejamos:

Ademais, o princípio da progressividade deve ser interpretado sistematicamente com o princípio da aplicação máxima dos recursos disponíveis porque o Estado somente se desincumbe do dever fundamental de concretizar progressivamente os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais se comprovar a aplicação do máximo dos recursos disponíveis nesse sentido (RESENDE, 2015, p. 143).

Ante o exposto, resta claro que os direitos inseridos no Protocolo de São Salvador devem ser efetivados de forma plena, considerando a essência imperativa dos direitos inseridos. Nessa linha, a República Federativa do Brasil, como Estado-parte do Protocolo de São Salvador, tem o dever de assegurar todos os direitos sociais, econômicos e culturais e garantir um amparo mínimo para a concretização destes direitos.

Além das prestações positivas, como a concretização de políticas públicas preventivas, investimentos em hospital, unidades básicas de saúde e continuidade no fornecimento de medicamentos essenciais, o Estado não pode ser omissor diante dos casos de graves violações aos direitos humanos, sem observar quais os motivos determinantes que acarretaram as omissões na seara da saúde.

Registre-se que qualquer das violações apontadas podem ser analisadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela análise de atentados contra a

⁹ Art.1.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.

Convenção Americana e do Protocolo de São Salvador, tendo competência para emitir relatórios sobre o caso em concreto.

O diploma impõe os meios de execução de políticas de promoção à saúde, como a assistência médica a toda a comunidade e a prevenção de doenças endêmicas, com vistas a favorecer um atendimento igualitário a todas as classes, com o acesso direito à saúde.

A tutela da saúde no Sistema Interamericano também assegura que os países violadores promovam políticas públicas preventivas de doenças infecciosas e endemias. Extrai-se que o diploma demonstrou cautela na sua execução, determinando ações concretas de proteção à saúde. Para além das ações de cunho reparatório, o Protocolo imprimiu a necessidade de políticas educacionais de prevenção da saúde, denotando um olhar prudente no que tange às ações preventivas. Por fim, registrou a necessidade de se garantir maior atenção para a população em situação de riscos, pois, apesar do caráter universal dos direitos humanos, os cidadãos que vivem em situação de vulnerabilidade social necessitam de maior atenção nos cuidados básicos de saúde, considerando a ausência, muitas vezes, de informações ou discernimento sobre os seus direitos.

Apesar da previsão minimalista do direito à saúde perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sabe-se da dificuldade de muitos Estados partes em executarem todas as medidas determinadas no Protocolo de São Salvador. Assim, o órgão prevê possibilidade de se assegurar a concretização destes direitos através de denúncias de indivíduos e organizações não governamentais com o objetivo de impor a execução de políticas públicas que promovam a concretização do direito à saúde. (PIOVENSAN, 2013, p.450)

Desse modo, no Sistema Interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem a sua base em resguardar e fiscalizar os direitos humanos, a fim de consubstanciar a finalidade destes direitos.

O regional tem como característica principal a bilateralidade da adesão, ou seja, Estados signatários precisam cumprir as determinações da Comissão Interamericana para a real proteção dos direitos humanos. No entanto, não se pode generalizar a boa-fé de todos os Entes no cumprimento das obrigações inseridas no órgão regional. Nesse sentido, havendo omissões ou violações constantes, a Comissão pode impor recomendações, ou até mesmo encaminhar a problemática a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar das consequências legais, o Estado ainda pode sofrer uma repressão moral por parte da comissão, o que pode prejudicar de forma latente as relações diplomáticas com outros países.

Assim, vejamos:

A ação internacional tem também auxiliado a publicidade/visibilidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, o que tem permitido avanços e progressos na proteção dos direitos humanos. Vale dizer, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificações a respeito de sua prática, o que tem contribuído para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas (PIOVESAN, 2013, p.21).

Destarte, a proteção da saúde no Sistema Interamericano de direitos humanos impede que o Estado seja omissor na promoção dos direitos humanos, impondo que os entes assegurem os parâmetros mínimos de proteção à dignidade, com vistas a obstar possíveis retrocessos ou violações e promover a evolução desse direito, com o fundamento na dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2014, p.359).

Apesar do nascimento com propósito do Protocolo de São Salvador, a justiciabilidade do direito à saúde encontra diversos desafios no âmbito da corte interamericana, sendo importante entender o processo contencioso no tribunal e quais os limites impostos para a proteção do direito sanitário no contexto judicial.

2.5 A tutela da saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como um órgão jurisdicional e autônomo, possui legitimidade para analisar casos de violações aos Direitos Humanos. Além da sua função consultiva, que se concretiza com a emissão de pareceres, o Tribunal também possui uma função jurisdicional e contenciosa, que soluciona casos drásticos de ameaça aos Direitos Humanos. Infere-se que a Corte, apesar da sua relevância, restringe a sua competência a alguns casos, conforme dispõe o seu art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰.

O tribunal é um órgão jurisdicional composto por sete juízes, possuindo o objetivo de resguardar os preceitos dispostos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e

¹⁰ Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial (grifo nosso).

solucionar controvérsias. A sua criação se deu no mesmo ano da criação da Declaração Universal de Direitos Humanos, por meio da 9ª Conferência Internacional Americana, em Bogotá, na Colômbia. Entretanto, o seu real estabelecimento somente se operou após a vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1979, dez anos após a sua criação. Apesar do processo lento, a Corte Interamericana já nasce com um essencial papel de um órgão judicial e autônomo, com competência para interpretar e aplicar o art. 62 da Convenção Americana (TRINDADE, 1998, n.p).

Após o seu estabelecimento, o Brasil se submeteu a jurisdição da Corte Interamericana por meio do Decreto Legislativo nº 89 de 3 de Dezembro de 1998, aprovado de forma unânime pelo Congresso Nacional e corroborando a efetivação da Corte no países da America. A aceitação da jurisdição do órgão contencioso foi uma medida de grande importância para o Estado brasileiro, considerando a discricionariedade de participação dos países inseridos no sistema regional.

No discurso de Antônio Augusto Cançado Trindade (1998), juiz da Corte Interamericana à época, ressaltou que a anuência do Estado Brasileiro corrobora a tutela mais ampla para todos os jurisdicionados em caso de omissões estatais. De outra banda, além da possibilidade de submeter casos contenciosos à corte, a aceitação gera um fortalecimento sem igual na estruturação do órgão, levando em consideração a dimensão territorial do Brasil (TRINDADE, 1998, n.p).

A iniciativa demonstra que o Estado não respira teorias ufanistas e adere a um sistema sem a intenção de realmente tutelar os direitos humanos, a adequação de instrumentos processuais internacionais reflete na maior efetividade das normas inseridas na convenção. Nesse sentido, o intuito é de fortalecer a conversação entre o direito internacional e o direito interno e promover uma mais proteção do indivíduo nos casos em que a jurisdição interna se mostra insuficiente para proteção dos direitos humanos.

Prosseguindo, é salutar mencionar a natureza dúplice da Corte, sendo de uma lado um órgão consultivo de interpretação das normas inseridas na Convenção Americana e dos demais tratados relacionados a proteção dos direitos humanos, e, bem como, um órgão jurisdicional com competência para julgar os casos de violações dos direitos previsto na Convenção Americana. Na forma do art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a corte nasceu com a dupla função, consultiva e jurisdicional, havendo legitimação para os Estados-partes submeterem casos ao órgão.

É salutar mencionar que só se é possível submeter um caso à Corte Regional por meio do Estado-parte ou da Comissão Interamericana, não estando prevista a possibilidade de um

indivíduo impor um caso pessoalmente à corte. Entretanto, diante das substanciais alterações promovidas pela Corte no ano de 2001, se discutiu a possibilidade dos indivíduos e as ONGs submeterem os seus fatos de forma autônoma perante o órgão, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2014, p. 347).

Ademais, as demandas da Corte de cunho contencioso são submetidas à análise após a recomendação do primeiro parecer técnico da Comissão Interamericana, conforme dispõe o seu art.51, havendo aceitação, a Comissão emitirá um segundo relatório, e, após isso, a demanda será submetida à Corte.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão que integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto por 7 (sete) membros eleitos através da Assembléia Geral, com mandato de quatro anos. A comissão é uma entidade autônoma, criada no ano de 1959, em Santiago, no Chile, por meio de uma resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. O objetivo central da Comissão é a proteção dos direitos humanos dos Estados-partes localizado na América (RESENDE, 2015, p. 126).

O cerne da Comissão Interamericana é tutelar os direitos humanos, possuindo também competência para requisitar informações aos Estados-partes e bem como fazer recomendações nos casos em que haja latente violação aos direitos humanos. Ademais, possui legitimidade para realizar estudos dos casos concretos que necessitem de melhor análise, com obrigação de submeterem um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2014, p. 335).

Inúmeras são as competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme dispõe o art. 41 da CADH¹¹, todas dotadas de grandiosa importância no âmbito internacional, haja vista que a Comissão se faz presente ante as ações e omissões estatais que violem os direitos humanos. Assim, o Estado que se compromete a cumprir os acordos internacionais são obrigados a honrar os seus compromissos, tendo em vista que a fiscalização da Comissão é feita de forma direta e muito cautelosa.

11 Artigo 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b. 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; c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, 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; f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

A Comissão possui legitimidade para receber solicitações de entidade governamentais, grupos de indivíduos ou tão-somente de um único indivíduo, quando houver notificação de grave violação dos Direitos Humanos, nos moldes do art. 44 da CADH¹². A solicitação é feita através de petição, devendo ser respeitado alguns requisitos de admissibilidade, o primeiro é o prévio esgotamento dos recursos internos, sendo necessário que não haja mais possibilidade de recursos disponíveis para resguardar o direito fundamental violado, não sendo possível que o legitimado ativo impetre uma petição, sem antes requerer a tutela jurisdicional nacional. O segundo requisito é ausência de litispendência internacional, impedindo que a mesma matéria venha a ser discutida no âmbito nacional e internacional (PIOVESAN, 2014, p. 337, 338).

Ante o exposto, assim dispõe o art. 46 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: 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.

Não obstante a determinação expressa, a Convenção também excetua alguns casos em que não haja legislação interna que resguarde o devido processo legal no país violador dos direitos humanos, ou, bem como, quando houver empecilho para o acesso aos recursos ou ainda quando persistir uma demora injustificada das decisões destes recursos.

Constata-se que a previsão da segunda parte do art. 46 da Convenção Americana¹³ de Direitos Humanos possibilitou que todos os indivíduos lesados tenham o acesso direto a Comissão, haja vista que, por vezes, os Estados não promovem diligências necessárias para a apreciação de alguns casos e tal inércia poderia causar um grande obstáculo para que o indivíduo ou a organização não-governamental tivessem acesso à Comissão. Assim, a Convenção prevê hipóteses em que os Entes ou indivíduos possam provocar a Comissão Interamericana à análise de algumas matérias.

¹² Artigo 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 violação desta Convenção por um Estado Parte.

¹³ Artigo 46. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: 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 recursos.

Após o recebimento da petição, a Comissão analisará os requisitos de admissibilidade mencionados e iniciará uma análise minuciosa sobre o caso em concreto, inexistindo os requisitos de admissibilidade, o caso é arquivado, subsistindo a questão, será submetida à parte contrária para o exercício do contraditório. Inicialmente a Comissão buscará solucionar a lide de forma pacífica, havendo êxito, a Comissão formulará um informe que será noticiado para as partes e encaminhado para a Secretaria da Organização dos Estados Americanos, onde será publicado o resultado do acordo entre as partes. Não sendo exitoso o acordo, a Comissão produzirá um relatório expondo todos os fatos e motivos, analisando se houve violação à Convenção, sendo afirmativo, a Comissão enviará o referido relatório para o Estado-parte que terá o prazo de 3 (três) meses para cumprir as recomendações, haja vista que a natureza do relatório é compulsória (PIOVESAN, 2014, p. 340).

Consoante dispõe o art. 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴, ultrapassado o prazo inicial de 3 (três) meses e não sendo cumprida as recomendações expressas, ou não sendo submetida a questão a Corte Internacional de Justiça, a Comissão poderá, por maioria absoluta do membros, emitir um segundo informe com novas opiniões sobre o caso em concreto. Após a análise em concreto, não logrando êxito, a demanda será encaminhada a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O rito processual designado na Corte possui características semelhantes ao Código de Processo Civil Brasileiro, possuindo fase postulatória, probatória e decisória. Havendo aceitação pela Corte, sendo preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, será iniciada a fase contenciosa com a notificação do caso ao Presidente, Juízes do Tribunal, Estado-parte e a Comissão, sendo notificadas no prazo de dois meses, com possibilidade de se apresentar petições, resguardando o contraditório e a ampla defesa e todos os direitos de provas. Assim, ultrapassado o prazo de dois meses ou sendo confesso o Estado-parte, à Corte terá a função de produzir uma sentença de cunho internacional (RESENDE, 2015, p. 136).

A função contenciosa da Corte Interamericana tem um relevante papel na tutela dos direitos humanos violados. Sem embargo a relevância da função jurisdicional, os países signatários do Sistema Regional possuem liberdade de reconhecer ou não a jurisdição da Corte. No Brasil, a jurisdição da Corte Interamericana só foi reconhecida no âmbito

¹⁴Artigo 51. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

internacional em 1998, por meio do Decreto n.86/98. No entanto, a atuação contenciosa só foi de fato validada através do Decreto n.4.463, editado em 8 de novembro de 2002, quatro anos após o reconhecimento internacional.

Diversamente da Corte Européia de Direitos Humanos, a legitimidade para submeter os casos o Tribunal é conferida a própria Comissão Interamericana ou os Estados-partes, não havendo possibilidade de um indivíduo submeter um caso diretamente a Corte Interamericana.

Importa ressaltar que todos os Estados signatários podem submeter questões à Corte, até o próprio suposto Estado violador, com o objetivo de garantir um relatório da Comissão que o desonere de qualquer obrigação reparatória.

Diante disso, após três meses da notificação do primeiro informe ao Estado violador e sem qualquer resposta positiva das recomendações ofertadas, a Comissão pode acionar a Corte para o início dos procedimentos. Logo após, as vítimas ou os representantes são convidados a apresentarem a petição inicial no processo no prazo máximo de dois meses. Na segunda etapa, o foco passa para o suposto Estado violador e para as vítimas, atuando a Comissão como fiscal da lei.

Importa ressaltar que inicialmente a Comissão tinha total liberdade para decidir a submissão dos casos à Corte, atuando de modo discricionário, sem regras e procedimentos específicos. Com o novo Regulamento da Comissão Interamericana de maio de 2011, a Comissão passou a seguir um procedimento mais justo e objetivo, logo, inexistindo solução amigável, a Comissão deve submeter diretamente o caso ao Tribunal. Na visão de Flávia Piovesan, o sistema ganha um novo contorno com o regulamento, evitando a seletividade política das Decisões e ampliando juridicidade do sistema. (PIOVESAN, 2013.p.99)

Após a abertura do procedimento, o Estado réu é convidado a apresentar a sua defesa, que poderá impugnar todos os fatos e provas ou reconhecer a violação do direito, na segunda possibilidade, a Corte estará apta a sentenciar.

Havendo impugnação específica, o Estado pode suscitar exceções preliminares, que, no caso, não suspende do procedimento, devendo o réu anexar todos os fatos e provas que sustentem a sua defesa. Após a juntada de todas as provas, a Comissão e as supostas vítimas e seus representantes poderão apresentar uma espécie de “contrarrazões” sobre todas as provas e possíveis exceções apresentadas pelo Réu. Considerando pertinente, a Comissão poderá realizar uma audiência para decidir sobre as questões preliminares, e, logo após, poderá promover o arquivamento ou prosseguir no caso. Na fase probatória, o procedimento é similar

ao processual brasileiro, sendo permitida a produção de provas testemunhais, documentais e periciais. (RAMOS, 2014, n.p)

O processo contencioso na Corte poder resultar em três situações distintas, a primeira seria a solução amistosa, onde as partes acordam, não havendo obrigatoriedade da Corte homologar o acordo. A segunda pode ser por meio da desistência por uma das vítimas, que também não vincula a atuação do Tribunal, podendo decidir sobre as consequências jurídicas. Outra situação seria o reconhecimento total ou parcial da violação por parte do Estado, no qual a Corte decidirá sobre as consequências. (RAMOS, 2014, n.p)

É salutar entender que o Tribunal deve considerar a indisponibilidade dos direitos humanos na análise dos casos, por esse motivo que inexistente qualquer vinculação nas decisões tomadas no bojo do processo, havendo uma liberdade na aferição das provas e no desfecho da lide.

Com o fim da fase instrutória, o Tribunal proferirá uma Sentença que poderá reconhecer de forma total ou parcial a culpa do Estado ou isentá-lo. Nesse aspecto, conforme o art. 66 da CADH¹⁵, a decisão deverá ser fundamentada, possibilitando que os juízes com posicionamento contrário possam ter a oportunidade de juntar o seu voto individual.

Na ótica de Guerra (2012, p.357) há necessidade de que haja motivação na sentença, com detalhamento de todos os fatos, provas e fundamentos jurídicos. Ademais, importa ressaltar que a Decisão proferida se torna imutável, sendo inapelável. O conteúdo das decisões tem o condão de responsabilizar o Estado réu em casos de violações aos direitos humanos, podendo conter obrigações de dar, fazer ou não fazer.

No aspecto, vejamos:

Note-se que o conceito de reparação no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos é amplo porque compreende, além da obrigação de indenização econômica às vítimas, as sentenças condenatórias internacionais que incluem reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação e as chamadas “medidas de não repetição”, que podem envolver a implementação ou alterações de políticas públicas, a realização de ações administrativas concretas, mudanças da legislação interna e da jurisprudência pacificada até mesmo na corte Suprema do país. (RESENDE, 2015, p. 246).

Nos moldes do art. 68 da CADH¹⁶, todos os Estados que aderiram à jurisdição da Corte Interamericana têm obrigação de se comprometerem a cumprir todas as decisões em

¹⁵ Artigo 66. A sentença da Corte deve ser fundamentada. 2. 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 individual.

¹⁶ Artigo 68. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

que forem partes. Sendo imputada decisão de cunho compensatório, a segunda parte do citado artigo registra que a execução se dará nos moldes do processo interno do Estado violador.

No que se refere a eficácia das sentenças, o art. 65 da CADH¹⁷ assegura que caso de não cumprimento dos comandos sentenciais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos encaminhará relatórios anuais a Assembléia Geral da Organização com a lista de Estados que não cumpriram com as suas obrigações. Ademais, ainda se faz necessário que o Estados apresentem relatórios periódicos, podendo, ainda, a CIDH promover um audiência para verificar o cumprimento das decisões (RAMOS, 2017, n.P).

Por esse norte, havendo convencimento imaculado sobre a veracidade dos fatos, à Corte poderá determinar a promoção de medidas reparatórias para vítimas e sendo possível a imposição de indenização justa na forma do art. 63 da Convenção Americana¹⁸. Podendo ser impostas diversas medidas, não só de cunho reparatório, mas também imposição de implementação de políticas públicas ou até mesmo reparações de conteúdo simbólico, com fulcro de proteger e restaurar a dignidade humana.

As decisões também podem impor os Estados a se comprometerem a concretizar medidas legislativas, com o intuito de garantir a tutela coletiva dos direitos humanos. No que tange ao seu cumprimento, com base no art. 65, a CIDH¹⁹ tem obrigação de observar o cumprimento das decisões e de elaborarem um relatório anual. O relatório tem o condão de pontuar os acertos de desacertos dos Estados-partes no cumprimento das obrigações contidas na Sentença e podem impor sanções mais rigorosas aos infratores em caso de descumprimento. (FREITAS, PIOVESAN, 2018, p.248).

Não obstante a cautela da Corte em resguardar a garantia dos direitos humanos, insta mencionar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não abarcou todos os direitos fundamentais essenciais para o ser humano, haja vista que os direitos sociais, econômicos e culturais não foram dispostos de forma ampla na Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁷ Artigo 65. A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

¹⁸ Art. 63. 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 conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

¹⁹ Artigo 65. A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

É salutar entender que existe um óbice gramatical no art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, já que caso haja violação a direitos sociais, econômicos e culturais previstos no Protocolo de São Salvador não se é possível submeter os casos a crivo da Corte Interamericana, por meio do sistema de petições. Os referidos direitos previstos no Protocolo de São Salvador não se submetem diretamente a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exceto os direitos à liberdade sindical, educação e livre associação, conforme dispõe o art. 19.6 do referido Protocolo²⁰. (RESENDE, 2015, 143).

Nesse sentido, extrai-se que o art. 62 da Convenção Americana assegura a jurisdição contenciosa somente aos direitos previstos no seu próprio diploma, não englobando o Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de São Salvador), apesar de toda a sua importância.

Preliminarmente, a previsão do artigo parece limitar a tutela jurisdicional aos direitos sociais, econômicos e culturais. No entanto, a Corte Interamericana tem repensado a interpretação do art. 62 para que seja possível construir mecanismos de proteção do direito à saúde.

Nesse sentido, mesmo que supracitado artigo impossibilite a tutela direta do direito à saúde perante o tribunal, tem se entendido que por meio de uma análise reflexa os direitos econômicos, sociais e culturais possam ser tutelados. Destacando-se, assim, a possibilidade de proteção de direitos que se interligam diretamente com a saúde, como a vida, direito à integridade pessoal e a proteção à honra e a dignidade.

Nessa interpretação, é possível perceber que a saúde está conectada diretamente com o direito à vida, haja vista a relação de complementaridade entre ambos. Sendo assim, havendo omissão, no que tange a ausência de implementação de políticas públicas da saúde, ocorre uma transgressão, em linha reflexa, o direito à vida.

A Convenção Americana de Direitos Humanos consagrou o direito à vida de forma minimalista, tratando em sua boa parte de acepções negativas de não intervenção do Estado ou de particulares em face da vida de qualquer ser humano. O art. 4 da Convenção Americana²¹ enfatizou de forma mais abrangente a proibição de pena de morte, vedações a

20 Art.19. 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²¹ 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

arbitrariedades, garantias a grupos vulneráveis e possibilidade de requerer a anistia, indulto ou comutação de penas.

Apesar da maioria das disposições sobre o direito à vida na Convenção Americana serem no aspecto negativo, o inciso 1º, do supracitado artigo, afirma que toda pessoa tem o direito de ter a sua vida respeitada, a disposição traduz de forma velada grandes aspectos positivos, basta ver que para a efetivação de uma vida digna se é necessário a implementação de políticas públicas estatais e a disposição de bens e utilidades essenciais. Levando em conta que se torna inimaginável que um indivíduo tenha a vida respeitada se, por exemplo, lhe é negado o acesso direto à saúde.

A constituição de uma vida digna perpassa por diversos questionamentos, considerando que a centralidade do conceito de dignidade se aufere de forma subjetiva para cada indivíduo.

Nesse sentido, Gilmar Mendes (2010, p. 443-444,) aduz:

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única o direito de existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos ocidentais que marcam a existência de cada pessoa.

Destarte, a concepção do conceito de uma vida digna transita por diferentes acepções, todas objetivando a promoção da dignidade comum, acentuando o caráter da universalidade dos direitos humanos, dispondo não ser razoável impor um conceito de dignidade subjetivo, levando em conta os aspectos culturais ou sociais, a dignidade é uma construção mais complexa. Observa-se que a dignidade, apesar de algo tão subjetivo e peculiar, deve ser considerada, para a promoção do direito à vida, como os fatores essenciais e indispensáveis para a consecução de uma vida digna, levando em conta a universalidade dos direitos, considerando que todos os direitos humanos são internacionalizados e universais, sendo conferido a todos sem distinção de cultura, opção religiosa ou classe social.

estabeleça tal pena, 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.

Sobre o conceito de dignidade, ensina Ingo Wolfgang (2006, p. 60):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínima para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Constata-se que os fatores que contribuem para uma vida digna são distintos de acordo com a sociedade em que vive o destinatário do direito, todavia, a essência do direito à vida se contempla em dispor de garantias mínimas para uma vida digna, sendo fatores essenciais para todos os cidadãos, sem distinção social, com base na universalidade. Assim, o que se protege são os direitos negativos e positivos que possam desqualificar o direito à vida, a proibição da pena de morte, como exemplo, é um fator universal, tendo em conta que nenhum cidadão merece ter a sua vida ceifada pelo Estado como resposta a execução de um crime. Do mesmo modo, qualquer indivíduo que tenha a negatória de um acesso direto a um medicamento ou um leito hospitalar tem o seu direito à vida violado, independente do país ao qual se encontre o destinatário. (PIOVESAN, 2013, p.455).

Por esse ângulo, é notório que o direito à vida relaciona-se diretamente com o direito à saúde, considerando que um depende diretamente do outro. Analisa-se que quando existe uma violação ao direito à saúde, tais como, a negatória de fornecimento de medicamentos ou com ausência de políticas públicas preventivas, se viola diretamente à vida, acentuando o caráter da interdependência, levando em conta a complementaridade destes direitos.

Com análise da indivisibilidade dos direitos humanos, percebe-se também a presença destas características entre estes direitos, considerando que os direitos humanos não possuem uma maior importância entre um ou outro, todos possuem a mesma carga de imperatividade e relevância, haja vista que a violação de qualquer um destes direitos pode acarretar as mesmas consequências jurídicas para a parte violadora ou omissa.

É cristalina a importância da saúde, sendo dotada de grande fundamentalidade na vida de todos os cidadãos. Notadamente, a proteção da saúde depende de inúmeras ações estatais com fulcro em promover o acesso a hospitais, unidades básicas de saúde, ações preventivas contra endemias e até mesmo o direito a aquisição de medicamentos. As referidas ações estatais, por vezes, não são executadas de forma satisfatória, por imensuráveis motivos,

acontece que, a saúde não espera, não se pode aguardar a execução de novas políticas públicas para quem precisa urgentemente de ações reparatórias de saúde.

Nesse toar, a ausência de ações concretas pode comprometer em linha reta o direito à vida, haja vista a relação de interdependência entre a vida e a saúde. É necessário compreender que a proteção à saúde necessita de todos os meios de guarita, seja na esfera nacional ou internacional, considerando a sua universalidade. A própria Carta Maior prevê a proteção à saúde a brasileiros e estrangeiros, corroborando a o caráter universal dos direitos humanos. Assim, presume-se que a proteção á saúde no sistema interamericano tem o condão de robustecer a necessidade de toda a sociedade ter uma vida salutar, tendo com norte a proteção à saúde através da promoção de garantias mínimas. Nesse espeque, considera-se que se o direito à vida fosse simbolizado por um mosaico, com diversas partes e peculiaridades, à saúde seria parte fundamental desse objeto.

A proteção da saúde tem o condão único e exclusivamente de proteger a vida do indivíduo, basta ver que a ausência de um medicamento essencial para uma classe destituída de recursos financeiros pode ofender diretamente o direito à vida destas pessoas. Do mesmo modo, a ausência de uma máquina de radioterapia, indispensável para o tratamento de pacientes oncológicos, pode ocasionar uma ruptura direta ao direito à vida.

É nítida a relevância da saúde, e, portanto, a garantia de uma tutela jurisdicional internacional tem o condão de corroborar para a defesa deste direito tão primordial. Diante da sua notória relevância, estudaremos alguns casos em que a Corte Interamericana decidiu acerca do direito à saúde, mas de forma reflexa. Apesar do direito à saúde ser considerado um aspecto periférico, pode-se perceber a progressividade e a tentativa do Tribunal em tutelar esse direito tão vultoso.

As questões relacionadas ao direito à saúde são frequentes em todas as cortes e jurisdições, o caso Albán Cornejo versus Equador também trouxe a tona a necessidade de se repensar os direitos sociais na Corte, apesar de reconhecer indiretamente o direito à saúde.

a) Caso Albán Cornejo versus Equador

Em 13 de dezembro de 1987 a senhorita Laura Susana Alban ingressou no Hospital Metropolitano de Quito, no Equador, instituição privada, com um suspeita de quadro clínica de meningite bacteriana. Durante a internação e com uma crise de dor fora ministrado uma dose de 10 (dez) miligramas de morfina. Em 18 de dezembro a vítima faleceu por conta da prescrição excessiva do medicamento (CIDH, 2007, p. 2).

Os representantes das vítimas alegaram a omissão do Estado do Equador para encontrar o paradeiro do médico residente que à época havia prescrito o medicamento em doses excessivas. Asseguram que toda morosidade contribuiu para impunidade no caso e suscitaram a tutela por meio da Comissão Interamericana.

Posteriormente a Comissão reconheceu violações aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar direitos), 2 (promoção de adoção de medidas) e após a análise, a Corte Interamericana reconheceu a violação direta ao direito à vida pela morte da Sr. Laura Alban diante de todos os elementos e provas presentes nos autos. No que tange ao direito à integridade pessoal, a Corte reconheceu a busca incessante dos familiares da vítima como uma ofensa direta a integral pessoal dos seus parentes (CIDH, 2007, p. 3).

Nesse sentido parte do depoimento da Sra. Carmen Alban (CIDH, 2007, p.5) proferido em audiência pública retrata a angústia pessoal dos familiares em busca de justiça.

Prácticamente todo el tiempo [se dedicó a buscar justicia en el caso,] porque salía de [su] casa alrededor de las siete y media de la mañana y regresaba como a las siete de la noche. Primero, de biblioteca en biblioteca haciendo consultas bibliográficas, acudiendo donde un médico, donde otro, rogando que [l]e d[ieran] un criterio sobre la muerte de [su] hija, después tratando de conseguir un abogado, después durante el proceso, yendo al Juzgado para que despacharan pronto un escrito, que [les] contesten, porque en definitiva toda la investigación se la dejaron a [su] abogado y a ellos. Después de todo esto, en verdad, se burló la justicia, se pisotearon [sus] derechos y se consagro la impunidad. Pero no quiero [que] estas cosas sigan sucediendo, que nadie más pase por lo que ellos pasaron, y por eso y porque cre[e] también en los derechos humanos acudi[ó] a la Comisión en busca de justicia [...] por lo que fue su hija. Ella se ha prometido luchar contra la injusticia, luchar contra la impunidad y quisiera que los médicos se humanicen, que tomen su profesión como un sacerdocio no como un negocio. Quisiera que cambien las cosas de alguna forma.

Assim, quanto as alegações de violações ao art. 17 da Convenção (proteção a família), a Corte manifestou-se sob o fundamento de que diante de todo o contexto factual os familiares da vítimas encontraram um caminho tortuoso até a jurisdição internacional.

Por fim, houve ainda indicação de violação aos artigos 8.1, 25.1 e 1.1 da Convenção Americana, o tribunal assegura que têm justificado a ausência de responsabilidade estatal com base no art. 1.1 e justifica o acesso a justiça com base nos artigos. 8.1 e 25.1. No caso em tela, a corte faz menção ao direito à saúde, mas, a menção é totalmente vinculada ao direito fundamental à vida²² e os demais direitos vinculados ao protocolo adicional à Convenção e a própria Convenção Americana (CIDH, 2007, p. 4).

²² 117. La Corte ha reiterado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos¹⁰⁸. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a La integridad personal se hallan directa e

Ademais, a decisão faz menção às leis relacionadas à saúde, referindo-se à Constituição Equatoriana de 1998, que assegura a proteção da Saúde em seu art. 44 e aduz a necessidade de construir uma política pública nacional. Nesse sentido, também menciona a Lei Orgânica Nacional de Saúde de 2002 e assevera a necessidade de observância do art. 10 que obriga o Estado a se responsabilizar pela omissão na seara da saúde.

Diante do exposto e após todas as alegações e defesas, a Corte condenou o Estado do Equador pela morte da vítima em 18 de dezembro de 1987, como resultado de uma negligência médica diante do seu grave estado de saúde e da dosagem excessiva de morfina.

A sentença condenou o Estado a 1) publicação da sentença no diário oficial com prazo máximo de 6 (seis) meses; 2) a promover um projeto de divulgação dos direitos dos pacientes e asseveração a aplicação da legislação interna; 3) pagamento de indenização aos familiares das vítimas por danos morais e materiais sofridos; 4) pagamento de gastos e custas aos familiares por todo processo estendido até o âmbito internacional (CIDH, 2007, p. 45).

Sem embargo a menção ao direito à saúde, infere-se que todo contexto decisório fora embasado em artigos que tutelam o direito à vida, proteção da família, proteção judicial. Utilizando a previsão do art. 10 do protocolo de São Salvador como uma previsão existente, mas inaplicável no caso em tela. Extrai-se que o fundamento central para análise da ação perpassa diretamente pelo direito à vida, proteção e garantias judiciais, restando à saúde objeto periférico da decisão.

b) Caso Yakye e Axa versus Paraguai

Em 10 de janeiro de 2000 as Organizações Não Governamentais (ONG) Terra Viva de Los Pueblos Indígenas Del Chaco Paraguayo (Terra viva) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) suscitaram análise de uma possível violação realizada pelo Estado do Paraguai aos membros da comunidade indígena Yakye e Axa. (CIDH, 2005, p.2).

Em 2003, após a análise da Comissão o caso foi levado para Corte Interamericana para julgamento das possíveis violações ao direito à vida (art. 4º), garantias judiciais (art. 8), direito à propriedade privada (art. 21) e bem como ao acesso à justiça condensado nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana. (CIDH, 2005, p.3).

inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público (artículo 10)109.

O fundamento do insurgimento funda-se nas alegações dos povos da comunidade Ayka pela reivindicação das terras pertencentes a sua comunidade. O pedido de reconhecimento de devolução da propriedade ancestral da comunidade Ayka já perdurava desde 1993, considerando que a ausência das terras da comunidade gerou grandes prejuízos a sua comunidade, expondo os membros a sua situação de vulnerabilidade social e econômica, implicando a violações à saúde, vida e direito a propriedade. (CIDH, 2005, p.18).

Os membros da comunidade indígena Yakyé Axa foram submetidos a uma situação de vulnerabilidade, onde foram obrigados a deixarem a sua terra por conta de diversos embates sobre as mesmas. Os indígenas foram obrigados a permanecerem na margem da rodovia pública entre Pozo Colorado e Concepción, sem qualquer tipo de assistência estatal. Em 1996 houve uma tentativa de regresso a comunidade, todavia, sem êxito, já que foram impedidos de ingressar nas terras reclamadas. (CIDH, 2005, p.27).

Diante da ausência de pertencimento e da falta de estrutura para alocar mais de 90 (noventa) famílias, os mesmos passaram a habitar lugares insalubres.

As vítimas foram impedidas de realizar atividades rotineiras com o cultivar, caçar, colher frutos, mel e água, praticar ações comuns à comunidade. Na tentativa de conseguir alimentos, os homens da comunidade precisaram se deslocar em longas distâncias para caçar e cultivar, toda essa dificuldade transformou a vida da comunidade em um verdadeiro martírio. Ademais, o hospital mais próximo da região estava acerca de 70 km do assentamento, precarizando ainda mais as condições de saúde dos membros da comunidade. (CIDH, 2005, p.52).

Nas primeiras alegações à Corte Interamericana se pronunciou reconhecendo violações ao art. 21 da Convenção que assegura a proteção da propriedade²³, indicando ainda ofensa ao art. 29 do Protocolo de São Salvador²⁴ sob o fundamento de proteção da identidade

²³ 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.

²⁴ Artigo 29. Normas de interpretação. 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.

cultural e da proteção da propriedade comunal de terras ancestrais das presentes e futuras gerações. (CIDH, 2005, p.56).

Preliminarmente, com análise do direito à vida o tribunal sinalizou a necessidade do Estado do Paraguai garantir condições mínimas e compatíveis com a dignidade da pessoa humana, com ações e políticas públicas positivas para comunidade. No caso, as omissões estatais contribuíram para a situação insalubre da comunidade, com as violações ao direito à saúde, meio ambiente, alimentação, educação e o direito aos benefícios da cultura.

No que tange a saúde, a Corte sinalizou uma possível violação, mesmo sem uma inicial indicação das vítimas.

As afetações especiais no direito à saúde, e intimamente vinculadas com este, no direito à alimentação e no acesso à água limpa impactam, de maneira aguda, o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos, como o direito à educação ou o direito à identidade cultural. No caso dos povos indígenas, o acesso a suas terras ancestrais e ao uso e desfrute dos recursos naturais que nelas se encontram estão diretamente vinculados com a obtenção de alimento e o acesso à água limpa. A esse respeito, o citado Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais destacou a especial vulnerabilidade de muitos grupos de povos indígenas cujo acesso às terras ancestrais pode ver-se ameaçado e, nesse sentido, sua possibilidade de ter acesso a meios para obter alimento e água limpa. (CIDH, 2005, p. 26).

Nessa linha, justificou o alcance do direito à saúde previsto no Protocolo Adicional à Convenção, por meio da ausência de acesso direto a água potável e alimentação, reforçando, ainda, com a previsibilidade do respeito à cultura e as terras ancestrais contida no comitê de direitos econômicos, sociais e culturais.

Por fim, a sentença reconheceu as violações aos artigos 1.1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana e, bem como, a) o direito à propriedade previsto no art. 21 da CADH; b) direito à vida; c) a declaração do território pertencente à comunidade indígena Yakye e Axa; d) a obrigação do estado fornecer itens básicos para a subsistência dos membros; e) a criação de um fundo para aquisição de terras no prazo máximo de 1 (um) ano; e) criação de medidas internas com fulcro em fomentar a proteção e uso da propriedade privada ; f) a realização de um ato público que reconheça a sua responsabilidade e publicação da sentença no diário oficial no prazo razoável de 1 (um) ano; g) pagamento à título de danos morais e materiais.(CIDH, 2005, p. 106)

Não obstante não haver uma fundamentação legal do direito à saúde, infere-se que o cerne da decisão envolve a ausência de questões básicas de saúde e de políticas públicas a comunidade. Com isso, se extrai que as violações ao direito à saúde eram analisadas de forma

reflexa ou indireta, tendo com cerne da decisão somente os direitos previstos na Convenção Americana.

c) Caso Damião Ximenes Lopes Versus Brasil

Seguindo a linha da proteção reflexa, o caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil foi a primeira condenação da Corte Interamericana que confirmou a violação à saúde pública coletiva e individual de um cidadão.

No caso concreto, os familiares da vítima Damião Ximenes Lopes buscaram a tutela regional da Corte Interamericana, logo após a vítima ter sido encontrado morto após a passagem de três dias no hospital psiquiátrico, denominada Casa de Repouso Guararapes. Registre-se que foi o primeiro caso em que a Corte enfrentou um caso sobre saúde mental, com violação direta ao direito à vida, à integridade física e à proteção judicial da vítima, sendo a primeira condenação sofrida pela República Federativa do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (CIDH, 2006, p.7)

Damião Ximenes Lopes foi internado na Casa de Repouso dos Guararapes em 1º de outubro de 1999 no centro de acolhimento psiquiátrico que operava com incentivos públicos do Sistema único de Saúde do Brasil. Logo após a sua admissão, os familiares das vítimas perceberam a situação degradante do local e o encontraram sangrando, com hematomas, sujo e com as mãos amarradas. No dia seguindo a vítima faleceu devido a ausência de cuidados e por conta dos maus tratos sofrido na suposta clínica psiquiátrica. (CIDH, 2006, p.9)

O Tribunal reconheceu a responsabilidade do Estado Brasileiro pelas violações aos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, ressaltando a necessidade do Estado tutelar os preceitos previstos no documento normativo. Ressalta ainda que restou comprovado as violações sofridas a ausência de estrutura da casa de repouso Guararapes, considerando o depoimento de ex-pacientes da clínica que alegaram sofrerem ameaças e agressões dos funcionários do hospital. A necropsia comprovou hematomas na região nasal, ombro direito, joelhos e pés, razões que justificaram a responsabilidade do Estado pela omissão na seara de saúde. Outra latente comprovação era a ausência de profissionalismo dos funcionários da casa de repouso, inexistindo qualquer habilidade para os profissionais atuarem com deficientes mentais. (CIDH, 2006, p. 45).

Diante de todos os fatos, a Corte reconheceu violações ao direito à vida e a integridade pessoal, ressaltando a obrigação dos Estados em tutelarem um direito basilar e essencial com à vida.

Nesse sentido (CIDH, 2006, p.51):

Em virtude deste papel fundamental que se atribui ao direito à vida na Convenção, a Corte tem afirmados em sua jurisprudência constante que os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a esse direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele. O artigo 4 da Convenção garante em essência não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso a condições que assegurem uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação desse direito.¹¹⁰

Por esse ângulo, infere-se que direito à vida tem sido elencando como norma basilar para fruição dos demais direitos, desdobrando-se, no caso, no dever de cuidado especial para pessoas deficientes. Nessa linha, o dever de cuidado se concretiza em ações positivas do estado em fiscalizar instituições que prestem serviços de saúde, abarcando entidades públicas e privadas. No caso, a situação se torna ainda mais gravosa pelo fato da instituição hospitalar ser financiada pelo sistema público de saúde, que nos moldes do art. 200 da Constituição Federal Brasileira²⁵ assegura a fiscalização de todas as entidades financiadas pelo governo federal.

Nessa linha, a Corte ressaltou a fiscalização realizada pelos funcionários do Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 21 de dezembro de 1999, onde foi constatado que o hospital não cumpria as exigências legais e a normas de segurança e saúde. (CIDH, 2006, p.44).

O tribunal reconheceu que após as recomendações da Comissão, o Estado Brasileiro adotou diversas medidas de não-repetição, executando políticas públicas de melhoria de atendimento psiquiátrico fornecido pelo Sistema único de Saúde, algumas dessas ações foram ofertadas ao município de Sobral, no Ceará. As demais medidas foram à adoção de uma comissão com objetivo de investigar a morte de Damião Ximenes Lopes, implementação de Rede de Atenção Integral à Saúde, criação de unidades especializadas (CAPS), possibilidade

²⁵ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

de tratamento residencial terapêutico e outras medidas de âmbito nacional, como a aprovação da Lei nº 10.216 de 2001 e a implementação de Programas de Reestruturação Hospitalar do Sistema único de Saúde em 2004. (CIDH, 2006, p.52).

Na construção ideológica da Sentença à Corte Interamericana ressaltou a importância do direito à saúde e a necessidade de proteção.

No Estado, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, segundo o disposto no artigo 196 da sua Constituição. Ademais, segundo o artigo 197 da Constituição, cabe “ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. (CIDH, 2006, p.106).

Notadamente a Decisão foi construída com base na tutela da saúde, mesmo que implicitamente, considerando o óbice do art. 62 da Convenção Americana.

A sentença²⁶ proferida pela Corte teve um condão reparatório, determinando que o Estado promovesse um processo investigatório, observando a duração razoável do processo, com vistas a punir os responsáveis pelo fato. Determinando que houvesse uma publicação dos fatos narrados na Sentença Internacional no diário oficial de grande circulação, impondo a necessidade de que fosse desenvolvido um programa de formação e capacitação para os médicos, psiquiatras e psicólogos e bem como de todas as pessoas ligadas ao atendimento da saúde mental. Estipulando, ainda, a reparação material para os familiares da vítima, no prazo de um ano e bem como a reparação pela custas judiciais na seara nacional e também na internacional. Não obstante todo conteúdo já mencionado, a sentença ainda sinalizou que fiscalização do cumprimento das obrigações determinadas, impondo a apresentação, no prazo de 1 (um) ano²⁷, sobre as medidas concretizadas. (CIDH, 2006, p.84)

²⁶ SENTENÇA DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES Vs. BRASIL. Por unanimidade, que: 6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. 7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.

²⁷ 11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença. 12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

Conforme já mencionado, o caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil* foi um marco por mencionar, pela primeira vez uma violação à saúde pública e promover alterações legislativos no âmbito nacional na seara de saúde.

Apesar de claramente o direito à saúde ser o centro de todas as alegações de violações, o Tribunal não se utilizava de uma interpretação evolutiva ao ponto de reconhecer diretamente e de forma autônoma o direito à saúde. As violações se encaixaram sempre em artigos que preconizavam violações ao direito à vida, proteção e garantias judiciais. Nesse sentido, mesmo que indiretamente, a Corte não impedia que os casos fossem apreciados, todavia, uma possível indicação de violação somente ao direito à saúde poderia obstaculizar o acesso ao tribunal. No entanto, sabendo desse óbice, alguns estados utilizam esse impedimento com matéria de defesa e alegavam a ausência de competência da Corte Interamericana para analisar questões envolvendo direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido ressalta a obrigação dos Estados-partes em respeitarem aos preceitos legais contido na Convenção Americana.

Os Estados são obrigados a respeitar os direitos reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos³⁰, estendendo-se essa obrigação a todos os níveis da administração, bem como a outras instituições a que os Estados deleguem autoridade. (CIDH, 2006, p. 27)

Conforme exposto, é possível compreender que a tutela da saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser possível, que até agora vem se valendo de uma interpretação reflexa ou indireta, com base na indivisibilidade dos direitos humanos.

No entanto, o entendimento da Corte Interamericana vem evoluindo ao longo dos anos e a tutela da saúde e de todos os direitos sociais ganharam um novo capítulo com a publicação da sentença do Caso *Poblete Vilches Vs. Chile*, que inovou a tutelar o direito social à saúde de forma autônoma.

2.6 A sentença do caso Poblete Vilches versus Chile

O caso *Poblete Vilches vs. Chile* foi a primeira demanda levada à Corte Interamericana que enfrentou pela primeira vez, de forma autônoma, a tutela do direito à saúde perante a o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com base nos artigos 1.1²⁸.

²⁸ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. 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,

8.1²⁹, 25³⁰ e 26³¹ do Pacto San José da Costa Rica e de diversos documentos internacionais. A condenação se deu devido ao descaso clínico sofrido pela vítima o Sr. Poblete Vilches, no momento em que permaneceu internado no hospital público no estado do Chile. A vítima ingressou no Hospital Sótero del Río em 17 de janeiro de 2001 com um quadro de insuficiência respiratória grave e com uma arritmia não especificada. Em 22 de janeiro o paciente foi transferido para unidade de terapia intensiva (UTI), onde permaneceu internado por quatro dias e amarrado por cabos de sonda, sob um forte efeito sedativo (CIDH, 2018, p.14).

Durante a internação alguns familiares da vítima tentaram visitá-lo e foram impedidos por uma médica de plantão, gerando uma enorme preocupação dos familiares, já que os mesmos alegaram ouvir gemidos do paciente nos corredores do hospital. Após alguns dias os familiares solicitaram informações do hospital e receberam a notícia que houve um progresso no caso e que em breve seria transferido para outra ala, todavia, seria preciso realizar um procedimento de punção no coração para retirada de um líquido. Nesse instante, familiares ressaltaram que o paciente era portador de diabetes e não poderia ser submetido a nenhum procedimento cirúrgico. No entanto, no dia 29 de janeiro de 2001, os familiares da vítima perceberam três incisões e um tubo de drenagem na parte inferior da barriga do paciente, causando perplexidade, considerando que não houve nenhum pedido de autorização para a realização do procedimento cirúrgico (CIDH, 2018, p.14).

Em fevereiro do mesmo ano, o filho da vítima recebeu uma ligação do hospital noticiando que o seu quadro de saúde havia melhorando e que já havia condições de receber alta hospitalar. Ao chegar ao hospital, os parentes perceberem que o Sr. Poblete Vilches estava em péssima condição de saúde e informaram o fato os médicos plantonistas, todavia, não houve revogação da alta.

opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

29 Artigo 8. Garantias judiciais¹. 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.

30 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.

31 Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. 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 Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

No mesmo dia, ao chegar a sua residência, o paciente apresentou um quadro de febre alta e uma infecção nas feridas suturadas, com diagnóstico de choque séptico, broncopneumonia bilateral e diabetes mellitus. Ao retornar ao hospital Sótero del Río, os médicos transferiram o paciente para a unidade de terapia intensiva e diagnosticaram uma broncopneumonia simples. Após o segundo ingresso, os médicos relataram aos familiares que o paciente precisaria de um ventilador mecânico, deixando claro que o equipamento não estava disponível na Unidade de Terapia Cirúrgica, onde se encontrava o paciente à época (CIDH, 2018, p.14).

Diante do impasse e da excessiva morosidade, o Sr. Vinicius Poblete Vilches faleceu em 7 de fevereiro de 2001 de choque broncopneumonia séptica e bilateral, segundo o atestado de óbito. Entretanto, as contradições não cessaram com a morte da vítima, haja vista que os familiares alegaram que receberam um telefonema informando que a causa morte do paciente teria sido uma parada cardíaca e assim que chegaram ao hospital, perceberam que havia uma fita no seu corpo indicando que a causa da morte seria um edema pulmonar. Diante do cenário, houve um pedido de autópsia por parte dos familiares, que fora negado (CIDH, 2018, p. 16).

Os familiares da vítima buscaram a tutela jurisdicional estatal em face do descaso sofrido pelo Sr. Poblete Vilches no hospital Sótero del Río, buscando as reparações pela omissão no caso. Entretanto, as vítimas não obtiveram êxito em suas pretensões na primeira instância. A perícia médica Legal nº 140-2005, realizada pelo Serviço Médico Legal do Governo do Chile comprovou que o paciente sofria com diabetes tipo dois e sofria com uma patologia preexistente que poderia precipitar a sua morte. Com base no laudo, o tribunal decidiu que não havia provas suficientes para comprovar a o dolo dos médicos responsáveis na morte do paciente. Inconformados com a sentença buscaram uma nova análise das provas perante a Suprema Corte do Chile, que alegou a impossibilidade de decidir sobre questões já solucionadas pela justiça competente (CIDH, 2018, p. 24).

a) Alegações preliminares das vítimas na Corte Interamericana

Na lide, os representantes da vítima³² alegaram violação à saúde e da seguridade social com base no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sustentando a necessidade de tutela progressiva dos direitos sociais.

Por essa linha, argumentaram a necessidade de observar o precedente do caso Lagos Del Campo Vs. Perú³³, que pela primeira vez enfrentou uma violação a um direito social com fundamento no do art. 26 da Convenção Americana. Na petição, sustentaram que o Sr. Vinicius Poblete Vilches era um cidadão idoso que necessitava de atenção médica específica. Logo, diante da omissão latente do Estado do Chile e a violação direta do direito à saúde, haveria a necessidade da CIDH analisar todos os fatos e provas do caso. (CIDH, 2018, p. 27)

Os representantes evidenciaram a relação direta do direito à vida e da saúde, defendendo que a tutela destes direitos depende de ações concretas do Estado e de medidas preventivas, a fim de evitar ofensa à integridade pessoal de qualquer cidadão. Em seguida, relataram a ausência de infraestrutura adequada no fornecimento de serviços básicos de saúde, corroborando a ofensa dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.

No que diz respeito ao direito à vida, argumentaram a ausência de medidas básicas nos cuidados do paciente e a responsabilidade do Estado, tendo em vista as omissões e ações durante as duas passagens do Sr. Poblete Vilches no Hospital. Recordaram, ainda, que os médicos informaram aos familiares da necessidade de transferir o paciente para a UTI equipada com ventilador mecânico e de fornecer um antibiótico adequado, cuidados básicos

32 Id., 2018, p.27. Las representantes alegaron que el Estado violó el derecho a la salud y el derecho a La seguridad social, previstos en el artículo 26 de la Convención, de forma autónoma. Respecto a la justiciabilidad directa de los DESCA, hicieron alusión al precedente en el caso Lagos Del Campo Vs. Perú, en el que por primera vez se declaró la violación autónoma del artículo 26 de la Convención Americana, por lo que entendieron que lo mismo debía suceder en este caso. Respecto a las obligaciones estatales, las representantes argumentaron que “algunas facetas [son] de cumplimiento inmediato por tratarse de acciones simples a cargo del [E]stado que no requieren mayores recursos”.

33 SENTENÇA DO CASO LAGOS DEL CAMPUS VS.PERÚ, 2017. O caso submetido à Corte - Em 28 de novembro de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana” ou a CIDH) submeteu à jurisdição da Corte o caso Lagos del Campo contra a República do Peru (doravante “o Estado” ou “Peru”) perante a jurisdição da Corte Interamericana. De acordo com a Comissão, o caso se refere à demissão do Sr. Alfredo Lagos del Campo (doravante “Lagos del Campo”) em 26 de junho de 1989, como consequência de declarações realizadas enquanto era presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli. Conforme a Comissão, as declarações emitidas pelo Sr. Lagos del Campo teriam por objeto denunciar e chamar a atenção sobre atos de ingerência indevida dos empregadores na vida das organizações representativas dos trabalhadores na empresa e na realização de eleições internas da Comunidade Industrial. Da mesma forma, a decisão pela demissão foi confirmada pelos tribunais nacionais do Peru. Além disso, “a Comissão determinou que a demissão do Sr. Lagos del Campo constituiu uma ingerência arbitrária no exercício do direito à liberdade de expressão [...]”.

que não ocorreram. Com a serie de falhas, as partes indicaram violações dos artigos 4.1 e 5.1 com relação ainda com os artigos 1.1 e 2³⁴ da Convenção Americana. (CIDH, 2018, p.27).

A respeito do consentimento, os representantes esclareceram que no momento da intervenção cirúrgica o Sr. Poblete Vilches se encontrava inconsciente e não houve nenhuma autorização dos familiares para qualquer tipo de procedimento. Informam que, para tanto, existem regulamentos internos do próprio hospital que exigem o consentimento do paciente ou dos familiares para intervenções de alto risco. Assim, diante da falta de consentimento, sustentaram ofensas ao direito a honra e a integridade pessoal, nos moldes do artigo 11³⁵ da Convenção Americana (CIDH, 2018, p. 29).

b) Considerações defensivas do Estado Chile

Sem embargo o Estado ter contestado a violação do direito à saúde, não houve reconhecimento da violação do art. 26 da Convenção Americana, listando diversos programas, planejamentos, leis e medidas que promoveram o progresso dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nas alegações finais o Estado do Chile declarou apoio a justiciabilidade dos direitos sociais na Corte, todavia, por meio de uma conexão reflexa aos direitos civis e políticos, não havendo possibilidade de reconhecer a violação direta do artigo 26 da CADH. Não custa ressaltar que a defesa estatal sinalizou que apesar da Corte Interamericana se utilizar de uma hermenêutica interpretativa ampla, deveria respeitar os limites da sua competência (CIDH, 2018, p. 29).

Ademais, sustenta que não houve violação ao direito à vida previsto do artigo 4 do CADH, inexistindo qualquer responsabilidade do Estado, já que, segundo alega, foram tomadas medidas adequadas para resguardar a saúde do paciente, não havendo provas suficientes para comprovar que o resultado teria sido diverso se os médicos optassem por outros procedimentos. Não havendo o que se falar em negligência, agindo os servidores públicos com total razoabilidade.

³⁴ Artigo 2. 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.

³⁵ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

O Estado manifestou que diante dos fatos narrados o único direito violado corresponderia ao artigo 5 da CADH³⁶, não sendo possível verificar violação ao direito à vida, tendo vista a diferente dimensão dos direitos. Assume, ainda, a violação do artigo 1.1, 2 e 13 em conexão com os artigos 4 e 5 da Convenção Americana, em face das violações sofridas pelo Sr. Poblete Vilches e seus familiares. Em seguimento, reconhece ainda uma possível violação dos artigos 7³⁷ e 11³⁸ referente a honra e dignidade da vítima. Ademais, o Estado registrou um documento regulatório referente ao consentimento informado em caso de urgência (CIDH, 2018, p. 27).

c) Considerações iniciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Preliminarmente, o tribunal enfatizou a sua competência jurisdicional para analisar a lide, justificando que na decisão do caso Lagos Del Campo Vs. Peru enfrentou pela primeira vez um caso de violação ao art. 26 da Convenção Americana. O registro inicial deixa em evidência o precedente judicial para garantir a plena competência em julgar violações em face dos direitos econômicos, sociais e culturais. Fora ressaltado, ainda, a interdependência entre os direitos e a ausência de hierarquia, com a necessidade de tutela progressiva dos direitos sociais. A Corte destacou, ainda, a previsibilidade da interdependência dos direitos no preâmbulo da Convenção Americana, assegurando a relação direta dos direitos econômicos, sociais e culturais (CIDH, 2018, p.29).

O preâmbulo do Pacto San Rosé da Costa Rica consagra a necessidade dos países da America observarem os direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos e a dos países signatários promoverem a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir dos direitos civis e políticos, justamente o que apregoa o conceito de interdependência dos direitos humanos (CADH, 1969).

Ademais, salienta que a Convenção Americana incorporou um rol de direitos sociais, culturais e ambientais, direitos não só previstos no próprio documento, mas de uma derivação

36 Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

37 Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

38 Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

do catálogo Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base no que preceitua as regras de interpretação da convenção prevista em seu art. 29. A regra impede a limitação dos direitos previstos no Sistema Interamericano e das normas da mesma natureza. Por essa linha, o tribunal ressaltou a importância de seguir uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva para alcançar as normas do corpo internacional na tutela dos direitos previsto no instrumento normativo regional.

No que tange a dimensão do art. 26 da CADH, o tribunal registrou a sua dupla finalidade, a primeira se observa na necessidade de se adotar medidas de caráter progressivo e a segunda refere-se a tutela reparatória imediata dos direitos.

Assim, o Tribunal reitera a obrigação dos Estados-parte de executarem medidas de proteção dos direitos sociais, tendo em vista a obrigação específica contraída no momento da ratificação do Sistema Regional. Portanto, os Estados não podem se omitir na implementação das medidas preventivas, a fim de se evitar violações. No aspecto, a Corte defende a não regressividade dos direitos conquistados, devendo ser observado a progressividade do art. 26 da CADH (CIDH, 2018, p.33).

Citando o caso Acevedo Buendía Vs. Peru, a Corte ressaltou os trabalhos envolvendo a interpretação do art. 26 e o seu conteúdo. No sentido, ressaltou também a previsão do preâmbulo da Convenção Americana³⁹ e da necessidade de se observar a interdependência e indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Por esse ângulo, extrai-se que o art. 26 possui uma dupla obrigatoriedade, a primeira se refere a necessidade de se adotar medidas gerais de maneira progressiva, que se concretiza por meio de implementação de medidas pelos Estados-partes e a segunda impõe a adoção de medidas diretas, concretizando-se pela atuação direta na reparação de violações de direitos humanos.

³⁹ Os Estados americanos signatários da presente Convenção. Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria,

Como forma de assegurar a tutela progressiva dos direitos sociais, a Corte aduz que promoveu a incorporação das normas de direitos econômicos, sociais e culturais por meio da Convenção Americana e ainda através das normas derivadas da Carta das Organizações dos Estados Americanos (OEA). Evidencia, ainda, a regras de interpretação do art. 29 da CADH, que impede a limitação de qualquer direito previsto na referido documento.

Destarte, o tribunal reconhece que pela primeira vez irá se pronunciar quanto ao direito autônomo à saúde, verificando a sua justiciabilidade com base na Declaração dos Direitos dos Homens, Convenção Americana de Direitos Humanos e do Protocolo de São Salvador.

Assim, diante da singularidade do direito à saúde, o tribunal buscou discutir princípios, mecanismos e meios de interpretação para assegurar a proteção autônoma desse direito, salientando a interpretação evolutiva e a ascensão do princípio pró-homine, conforme será visto no último capítulo da pesquisa.

Anteriormente, estudaremos o conteúdo normativo do direito à saúde na seara nacional e internacional e a sua construção ideológica desde o conceito interdisciplinar até a saúde como um direito vultoso.

2.7 Direito à saúde em situação de urgência de pessoas vulneráveis

A Corte Interamericana tem alargado a promoção de direito das pessoas residente nos países da América, a tutela tem alcançado os mecanismos de efetivação como a Comissão Interamericana e a Corte, que buscam a cada caso decidir de forma progressiva. É possível perceber esse caráter progressivo em questões envolvendo direitos indígenas, proteção das mulheres, comunidade LGBTI+ e outras minorias.

No entanto, o Sistema Interamericano ainda tem caminhado em busca da pela proteção de pessoas maiores em situação de vulnerabilidade, somente há pouco tempo o Tribunal tem promovido um intenso debate acerca da situação de idosos em situação de vulnerabilidade. (PIOVESAN, ANTONIAZZI, 2018, p. 366).

Este direito tem sido colado em discussão desde o advento da Declaração dos Direitos e Deveres dos Homens de 1948, que fez constar a previsão da tutela dos direitos de pessoas maiores ao estabelecer o direito à seguridade social. A CADH também reservou espaço para proteger o direito de pessoas maiores com a proibição de pena de morte para pessoas com mais de setenta anos.

Por esse ângulo, o Protocolo de São Salvador seguiu a mesma linha de proteção de pessoas maiores e estabeleceu o direito à seguridade social e obrigou os Estados a adotarem medidas com o objetivo de garantir a saúde dos membros da terceira idade. Com o intuito de garantir uma maior proteção, em 2015 foi promulgado a Convenção Interamericana sobre os Direitos dos Idosos, apesar do caráter voluntário, o reconhecimento por meio de um documento específico denota a consciência do SIDH em promover a ampla proteção de direitos em todas as fases da vida do ser humano. (PIOVESAN, ANTONIAZZI, 2018, p. 366)

Na tentativa de criar um documento com caráter vinculante, fora criado um grupo de estudos de proteção dos idosos no âmbito da OEA, com o objetivo de garantir o pleno gozo dos direitos das pessoas de terceira idade. Diante da grande adesão, o referido documento foi aprovado por assembléia geral em 15 de Junho de 2015, tornando-se um grande instrumento de proteção dos direitos dos idosos, com ênfase na tutela do direito a cuidados paliativos, consentimento informado, vida e dignidade do ser humano. (PIOVESAN, ANTONIAZZI, 2018, p. 367)

Na decisão do caso Poblete Vilches Vs. Chile o tribunal ressaltou que pela primeira vez trataria especificamente sobre a proteção dos direitos dos idosos em matérias de saúde. Nesse sentido, ressaltou que o art. 17 do Protocolo de São Salvador⁴⁰ assegura a proteção de pessoas idosas e a específica Convenção Americana de Proteção de Pessoas Idosas, assegurando a plena proteção da saúde física e mental destes cidadãos.

En ese sentido, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores constituye un paso histórico, al convertirse en el primer y único instrumento en el mundo que reconoce los derechos de las personas mayores y obligaciones específicas de los Estados, con un carácter exigible y justiciable por parte de los usuarios del SIDH. Asimismo, dicho instrumento constituye un cambio de perspectiva de 180 grados, al plantear un reemplazo de los conceptos negativos tradicionalmente asociados a la vejez como el fin de la vida, la pasividad, la enfermedad y la dependencia de las personas mayores. (PIOVESAN, ANTONIAZZI, MONTERO, 2018, p.368).

Todos esses documentos reconhecem garantias mínimas que objetivam promover direitos básicos dos idosos, em especial o direito à saúde. Na condição de pessoa idosa, o indivíduo possui uma maior proteção, que garante a tutela do direito à saúde na esfera pública

⁴⁰ Artigo 17. Proteção de pessoas idosas Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a: a. Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios; b. Executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos; c. Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

e privada, de forma reforçada. A situação de vulnerabilidade social dos idosos impõe a necessidade de se pensar numa maior proteção, garantindo a ausência de discriminação e assegurando o mais alto grau de saúde. O intuito desses documentos é alargar a agenda de proteção dos direitos dos idosos e a valorização do adulto e de duas necessidades, com a necessidade de se pensar na efetivação de mecanismos de seguridade social (CIDH, 2018, p.43).

Nas questões envolvendo o direito à saúde, a situação de vulnerabilidade dos idosos se torna dupla, haja vista, que, por vezes, os indivíduos idosos que padecem de qualquer enfermidade sofrem com limitações físicas ou mentais que dificultam ainda mais a situação.

Nesse sentido, a Corte Interamericana reconhece a necessidade de reforçar a proteção dos direitos dos idosos com fulcro em promover a sua autonomia e independência, principalmente nos casos de enfermidade crônicas ou terminais. Assim, o Protocolo de São Salvador apregoa que os Estados devem promover a proteção dos idosos que padecem de enfermidades, ratificando uma dupla tutela.

Diante da análise do caso em estudo, infere-se que a Corte discute a progressividade dos direitos dos idosos frente a questões de saúde, especificamente diante das violações sofridas pelo Sr. Poblete Vilches e da ausência de ações básicas no momento da sua enfermidade. Importa mencionar que no momento da violação, havia um aparato normativo completo que garantia a proteção da saúde do idoso, tanto no âmbito nacional, tanto na seara internacional. (CIDH, 2018, p.46)

Assim, assegura que a idade da vítima não pode ser óbice para a proteção do direito à saúde, considerando a dupla vulnerabilidade que os idosos padecem nessas questões. O tribunal ressalta que os idosos são sujeitos de direitos e os Estados estão obrigados a garantir a máxima efetividade do direito à saúde dos idosos. Por esse ângulo, a Corte reconheceu a violação do Estado do Chile do direito à saúde de forma autônoma diante da ausência de medidas básicas durante a internação da vítima e as conseqüentes violações aos artigos 1.1 e 26 da CADH (CIDH, 2018, p.48).

Garantir o direito à saúde dos idosos é garantir uma dupla proteção. No aspecto, é salutar estudar os mecanismos de proteção e de como o Tribunal tem construindo a sua jurisprudência acerca do tema. Certamente padecer de um problema de saúde na fase adulta não é fácil, todavia, a situação pode ser ainda mais desgastante na terceira idade. Reservar uma parte da decisão para enfatizar a necessidade de observar protocolos e convenções acerca da proteção dos direitos dos idosos é um caminho certo para garantir a progressividade de direitos, principalmente envolvendo questões de saúde. Nesse contexto surge a importância de

se analisar o alcance das normas de proteção da saúde dos idosos, para que não se crie um óbice a respeito da tutela da saúde para os indivíduos da terceira idade.

Hodiernamente, infere-se que a catalogação em documentos internacionais tem objetivado resguardar o direito da saúde dos idosos. No aspecto, o caso *Poblete Vilches vs. Chile* corroborou a tese de que não há qualquer óbice para se tutelar o direito da saúde do idoso, considerando que a vítima tinha 72 anos à época do falecimento e necessitava de cuidados básicos de saúde. No caso, a tutela autônoma do direito à saúde pode ser considerada um amplo avanço não só na tutela do direito a ações básicas e complexas de saúde, mas sim quanto ao direito dos idosos.

2.8 Saúde e a posição concorrente na Sentença

A maioria das decisões interamericanas possuem votos divergentes ou convergentes dentro da própria decisão. A sentença do caso em estudo possui um voto concorrente e contrário do juiz Humberto Antônio Sierra Porto, que pontuou aspectos relevantes sobre a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A respeito do direito à saúde, o juiz ressaltou a notável fundamentação da decisão que considerou pontos relevantes como as características como da disponibilidade, acessibilidade e qualidade do serviço de saúde em face do Sr. Poblete Vilches, evidenciando a concordância com os colegas juízes no que tange aos aspectos resolutivos da decisão.

Nesse sentido, sinalizou a abrangência do art. 26 e a necessidade de reflexão acerca do catálogo de direitos inserido na Convenção, evidenciando dois pontos cruciais. O primeiro ponto refere-se ao fato do art. 26 dispor sobre um catálogo de direitos do DESC que remetem aos direitos contidos na Carta das Organizações dos Estados Americanos (OEA), todavia, afirma que a Carta da OEA não contém direitos claros e imperiosos ao ponto de obrigar o estados a cumprirem determinadas obrigações. O segundo problema se insere no fato de não levar em consideração que os Estados aderiram ao Protocolo de São Salvador sabendo que competência da Corte contemplava apenas o direito à educação e a liberdade sindical e associação sindical. (CIDH, 2019, p. 85).

Por esse ângulo, afirma que os juízes acertarem em analisar as violações ao direito à vida e a integridade pessoal, todavia, não corrobora o entendimento da violação autônoma e individual do direito à saúde com base no que apregoa o art. 26 da Convenção Americana. Quanto à violação direta do direito à saúde, o voto concorrente questiona a dimensão

individual do direito, questionando a necessidade de se pensar onde começa e onde termina a competência internacional para análise desses casos. (CIDH, 2019, p. 87)

No aspecto, critica ainda o alcance da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, evidenciando que apesar da indivisibilidade consagrar que os direitos não podem ser vistos de maneira isolada, mas sim conectados, não é essa característica suficiente para alargar a competência do Tribunal Interamericano. (CIDH, 2019, p.88)

Os pontos contrários do voto promovem um debate pertinente relativamente o alcance dos DESC previstos no art. 26 da Convenção Americana.

Inicialmente, importa mencionar que esta pesquisa não tem um condão de promover um alcance ilimitado e irrestrito do art. 26 da Convenção Americana. O estudo tem o propósito de fomentar análise mais evolutiva dos direitos humanos, rompendo um ideário clássico em prol da progressividade dos direitos humanos.

Notadamente, os fatores históricos e sociais contribuem para a construção de direitos. No entanto, nem sempre os fatores sociais foram colocados em questão na proteção de direitos, a promoção dos direitos civis e políticos sempre estiverem em alta por motivos já mencionados.

Por essa linha, os direitos sociais foram ganhando um contorno periférico nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, e, mesmo os documentos que nasceram com o intuito de tutelar esses direitos, acabam padecendo com a ausência de aplicabilidade integral.

Por esse ângulo, o reconhecimento da tutela do direito à saúde de forma autônoma busca superar a dicotomia que muitos anos foi velada entre direitos civis e sociais. A abertura do art. 26 não pode ser considerada uma ação impensada, mas sim um novo caminho em busca da superação de um ideário clássico e atrasado. Relativamente à indivisibilidade, a restrição conceitual de uma das principais características dos direitos humanos ultraja o seu conteúdo formal, considerando que a sua função é promover a inter-relação entre direitos e garantir a igualdade, já que todos os direitos estão intrinsecamente ligados. A abertura sistemática da norma assegura a progressividade do DESC e necessidade de se repensar na interpretação evolutiva.

Por esse ângulo, o voto concorrente expõe um pensamento clássico e baseado numa interpretação mais gramatical e rígida, algo que por maioria foi superado.

No aspecto, o Estado do Chile foi condenado pela violação ao direito à saúde, com base no artigo 26 e 1.1 da Convenção Americana. Reconhecendo a violação ao direito à vida, integridade pessoal e consentimento informado da vítima em face das violações sofridas. O

dispositivo ainda ressaltou a violação a integridade pessoal dos familiares da vítima e a violação a seguridade social. (CIDH, 2019, p. 78)

Com forma de estimular a reparação coletiva no caso, a sentença obrigou o Estado a implementar programas de educação em direitos humanos, no prazo de um ano, com o objetivo de fortalecer o Instituto Nacional de Geriatria, promovendo a dignidade e o respeito para as pessoas idosas. (CIDH, 2019, p. 79).

O dispositivo da sentença corrobora a intenção do tribunal em garantir a promoção do direito à saúde no âmbito individual e coletivo, passando para a esfera mais coletiva, o Estado foi responsabilizado pelas violações e obrigado a promover medidas que possam beneficiar toda a coletividade.

A maioria das decisões do sistema interamericano oferta um prazo razoável para a adoção de medidas, em regra o prazo é de um ano da data de publicação da decisão. A supervisão da sentença é um mecanismo de garantir a eficácia da decisão e pressionar os estados a cumprirem os ditames sentenciais.

A supervisão da sentença do caso Poblete Vilches vs. Chile foi publicado em 14 de maio de 2019, com o objetivo de observar o cumprimento das obrigações estabelecidas na sentença. O documento sinalizou a disposição do art. 68.1 da Convenção Americana⁴¹ que obriga os Estados-partes as cumprirem os comandos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em estudo, a Corte ressaltou que o Estado do Chile cumpriu a obrigação no que tange a publicação da sentença em jornal oficial de grande circulação ou diário oficial, dando ênfase à publicidade dos atos internacionais. Ressaltando a obrigação do Estado em cumprir com o pagamento dos danos morais e matérias aos familiares da vítima do Sr. Poblete Vilches. (CIDH, 2019, p.5).

O tribunal declarou que alguns pontos da sentença permanecem em aberto, especificamente; a) promoção de apoio psicológicos para os familiares das vítimas; b) a implementação de programas permanentes de educação em direitos humanos para os médicos e profissionais da área de saúde pública do Chile; c) informação sobre os avanços em matéria de políticas públicas em saúde de pessoas idosas; d) informação sobre as alterações promovida no hospital público estatal; e) disseminar um política pública geral de proteção aos

41 Artigo 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

idosos; f) realizar o pagamento do valores devidos aos familiares das vítimas (CIDH, 2019, p.6).

3 A INTERDISCIPLINARIDADE DO CONCEITO DE SAÚDE

As construções ideológicas dos conceitos sociais sofrem diretamente diversas influências externas. No âmbito da saúde não é diferente, fatores políticos, culturais e econômicos da sociedade podem influenciar os elementos basilares do seu conceito.

3.1 Da progressividade do conceito sanitário

A saúde tem um cerne subjetivo, que pode traduzir diferentes definições, podendo ser sustentada em concepções filosóficas, religiosas ou científicas. Com a evolução da sociedade, claramente o conceito de saúde torna-se mais sofisticado, considerando aspectos de mundo globalizado e da contemporaneidade (SCLIAR, 2007, p.30).

Notadamente, a concepção de doença avançou a passos largos com o progresso da ciência, o que era considerado enfermidade na era da idade média, já não está em discussão. Os primeiros registros de ações relacionadas à saúde encontram-se ligadas a mágica da realidade, em que as doenças e agravos eram considerados com um castigo divino, resultados de ações de obras malignas e espíritos. Na ótica dos antigos Hebreus, a concepção é diferente, a doença era resposta natural do divino pelos pecados cometidos, mas não resultado de obras malignas (FIGUEIREDO, 2007, p.77).

Na idade média, a saúde humana atravessou um momento sombrio, a derrubada do império Romano e a ascensão do feudalismo contribuíram para a decadência na prevenção e promoção da saúde. A Era das Trevas, como ficou conhecida a Idade Média, teve como marco os movimentos populacionais, a miséria, promiscuidade e a ausência de higiene nos burgos medievais, todos esses fatores contribuíram para a disseminação de surtos epidêmicos. Diante da realidade sombria, o ocidente medieval reconheceu a desesperadora situação dos surtos epidêmicos e tentaram reverter a situação penosa. No entanto, a medicina tradicional pouco tinha avançado, somente os estudos médicos no Oriente (árabe e judaico) progrediram na evolução das pesquisas farmacologias e na seara da oftalmologia, todavia, havia um distanciamento da cristandade predominante (SCLIAR, 2007, p.10).

Com o notório declínio, as doenças voltaram a serem consideradas punição divina e a única precaução da sociedade era excluir os enfermos da vida social, tendo em vista a inexistência de cuidados preventivos. Por um ângulo mais positivo, a era foi marcada pela criação de hospitais, especificamente asilos e hospícios, que, apesar de parece um grande

avanço à época, não era a melhor forma de tratamento dos enfermos (FIGUEIREDO, 2007, p.78).

Dallari ensina que o conceito de saúde pública começou a ser desenhando na era da Renascimento, com a ascensão do Estado moderno, a construção ideológica tentava justificar a definição de saúde através da alimentação (dieta) e da prática de exercícios, como elementos essenciais para a cura, haja vista a ausência de cientificidade na época. O conceito passou a ser alargado por Plantão, incluindo a necessidade de cuidado com a alma e o corpo, a integração entre a mente e o físico também passou a ser considerado indispensável (DALLARI, 2003, p.15).

No final do século XVIII a assistência social e médica adquiriram contornos diferentes com a ascensão do Estado Liberal. Assistência pública, social e médica ganharam status legal e constitucional, deixando à margem a “solidariedade da vizinhança” como a única via de amparo a saúde. A introdução no catálogo de direitos tutelados pelo Estado contribuiu para a abertura de discussão no âmbito da assistência social. Nesse aspecto, a revolução industrial por mais paradoxal que possa ser, também contribuiu para discussão da saúde. O movimento de migração populacional do campo para a cidade fez com o que os operários formassem comunidades ao redor das fábricas, logo, o fluxo intenso de empregados e seus familiares contribuíram para a proliferação de doenças contagiosas, considerando a ausência de saneamento básico na comunidade. Todos esses fatores influenciaram os movimentos de reforma sanitária (FIGUEIREDO, 2007, p.79).

Com o passar dos anos, especificamente no final do século XIX, a ciência registrou importantes avanços, como a modernização do uso dos microscópios e a descoberta de microorganismos causadores de doenças. A famigerada Revolução Pasteuriana, movimento desenvolvido pelo químico francês Louis Pasteur, contribuiu para a análise das doenças de outra perspectiva, considerando movimentos etiológicos, causas até então desconhecidas. Tais fatores foram essenciais para a cura de diversas enfermidades (SCLIAR, 2007, p.34).

Os movimentos embasaram a chamada medicina tropical, denominada assim por conta do interesse dos colonizadores nos trópicos na negociação comercial, todavia, havia um risco constante de epidemia que acaba afastando os investidores. Por conta do interesse financeiro e comercial, a saúde passou a ser considerada uma questão pública e de prioridade (SCLIAR, 2007, p.34).

Por mais ininteligível que possa parecer, o capitalismo ainda continua sendo parte da razão dos movimentos de ascensão a favor da saúde, basta ver que todas as pesquisas e

incentivos para a oferta de tratamento de saúde encontram-se intrinsecamente ligada a necessidade de aumento de produção, negociação comercial e financeira com outros países.

Com a enxurrada dos acontecimentos históricos, a higiene passa a ser considerada um saber social, fazendo com o que a sociedade voltasse os olhos para a um aspecto que futuramente seria bastante discutido, a prevenção. Nesse aspecto, pela primeira vez a saúde passou a ser pensada junto com a economia, tendo em vista os custos necessários para os investimentos na saúde pública. Com o avanço da produção acadêmica e científica, estudos comprovaram o liame entre as condições de vida e a saúde, assim, fatores de higiene, saneamento básico e a luta contra miséria passaram a ser uma questão em comum de toda a sociedade (DALLARI, 2003, p.42).

O reconhecimento da necessidade de prevenção de doenças e agravos altera todo o contexto histórico da saúde, já que a preocupação passa a ser não só o tratamento de doenças, mas a prevenção de enfermidades de forma ampla. A ampliação da vacinação e os estudos de Pauster com o isolamento de germes promovem um grande debate acerca da prevenção de doenças, com vistas a evitar a contaminação de doenças infectocontagiosas, facilitando a precaução. Nesse sentido, com a criação de comitês de vacinação a sociedade e o poder público passam a compreender a dimensão da prevenção, tendo em vista que a moléstia sempre foi o centro das discussões e preocupações na sociedade. Agora, a prevenção toma o primeiro lugar do pódio na busca da proteção da saúde, estando o tratamento em segundo plano (DALLARI, 2003, p.42).

O advento do século XX trouxe a tona diversas conquistas civilizatórias e tecnológicas até certo ponto, os movimentos sanitários passaram a ser políticas de governo e hierarquizadas em três parâmetros clássicos de prevenção: a primária, idealizada com fulcro na exterminação de doenças através das causas, através da higiene, saneamento básico e meio ambiente e as condições pessoais (dieta e exercício). A secundária ou prevenção específica, visando evitar a proliferação de doenças por meio da vacinação, despistagem ou controle sanitário. Por fim, a terciária, trata-se de uma forma de controle do início da enfermidade ou de patologias crônicas. O estado de bem-estar social contribuiu para a ascensão da proteção sanitária e a preocupação os investimentos nessa seara, restando claro a interdependência em a economia e a saúde. Nasce, também, as primeiras noções práticas da previdência social, sobrepondo a prevenção de enfermidade, a cura. Havia uma notória distinção entre a assistência social e a previdência social, a primeira foi criada como um meio de proteção das classes em situação de miserabilidade e baseada no princípio da solidariedade, o movimento

era financiado com fundos estatais, já a última, era voltada, à época, somente para os trabalhadores (DALLARI, 2003, p.42).

Notadamente, o Estado passou a tomar a frente na prevenção de doenças e o conceito de saúde pública foi alargado, a prova da crescente preocupação estatal foi concretizada por meio da assistência social (previdência, assistência e saúde), sendo a prevenção um norte singular da proteção sanitária.

No final do século XX as políticas públicas de saúde passaram por um processo de decadência, diante do fracasso da assistência social em alcançar as camadas mais pobres. A ascensão do neoliberalismo resultou na retração estatal e no reforço de grupo de proteção de enfermidades, restando apenas o papel subsidiário do Estado. Ademais, a doença passou a ser centro de preocupação somente de grupos específicos, sendo, na concepção neoliberal, fruto de comportamentos individuais.

No plano internacional, a criação da Organização das Nações Unidas e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos fomentaram os debates acerca da saúde, com a criação de órgãos de proteção de direitos humanos, especificamente da Organização mundial de saúde.

Em 1948, a Organização Mundial de Saúde (OMS), definiu o conceito de saúde como o “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos” (OMS, 1948). O conceito teve como referência os movimentos pós-guerra, o pós-colonialismo e a ascensão do socialismo. Segundo Scliar, a saúde como conceito útil foi construída por Marc Lalonde, titular do ministério da saúde e bem-estar do Canadá, em 1974, compreendendo fatores biológicos, genéticos, meio-ambiente, o estilo de vida e a organização da assistência da saúde, com políticas públicas de prevenção (SCLIAR, 2007, p.37).

No preâmbulo, a Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946) prevê a universalidade da saúde, garantindo o gozo do seu mais alto nível à todos os povos, independente de cor, raça, religião ou condição econômica ou política. Assegurando, ainda, a responsabilidade dos Estados na promoção e prevenção da saúde de todos os cidadãos.

Apesar de o conceito ter sido idealizado por um órgão especializado na tutela da saúde, a definição objetiva sofreu diversas críticas de estudiosos, sob o fundamento de que a saúde não pode ser considerada como um “completo bem estar”, considerando a natureza utópica da definição.

Diante das duras críticas, o conceito foi ampliado na Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde (Alma-Ata), promovida pela OMS em 1978, alargando o

conceito de saúde e sinalizando a necessidade de implementação de políticas públicas e ações governamentais para a sua promoção (BEZERRA, SORPRESO, 2016, p.6).

A conferência da Alma-Ata enfatizou as necessidades dos países reduzirem as desigualdades sociais e incluírem metas para a promoção da saúde até os anos 2000. O evento ressaltou a singularidade do direito à saúde e a sua relação direta com o desenvolvimento econômico e social da população, mais de 700 participantes testemunharam o apelo para a urgência na promoção de políticas públicas sanitária. (MENDES, 2004, p.18).

Hodiernamente, o conceito da saúde sofreu importantes avanços, tendo em vista que a saúde envolve não só o completo bem estar físico, mental ou social, outros fatores abstratos e concretos fundamentam a definição mais realista da saúde. Como o tema é notoriamente interdisciplinar, na seara jurídica a definição do conceito de saúde também tem sido pensada.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2006, p. 767):

O QUE É “SAÚDE”? Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente sanitário saudável.

Nesse toar, infere-se que o conceito de saúde reveste-se de abstração e imaterialização, podendo envolver diversos elementos subjetivos e objetivos ao mesmo tempo, a definição avança e tem compreendido não só a ausência de doenças ou agravos, mas a necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, saneamento básico, alimentação adequada, lazer e o bem estar físico, social e psicológico.

Com o decorrer dos anos, o conceito utópico de saúde ainda encontra-se em discussão. De certo, a interdisciplinariedade da saúde dificulta a sua sistematização de um saber que se entrelaça com fatores sociais, biológicos e sociais. Outrossim, ante a análise jurídica do tema, faremos observações sobre o conteúdo normativo da saúde e sua intrínseca relação com o direito.

3.2 A saúde como um direito

Os fatores sociais, culturais e políticos contribuíram de forma direta para o avanço do conceito de saúde. No que se refere ao seu conteúdo jurídico, a incidência é ainda maior, a noção do direito a saúde como direito humano foi ressignificado no período pós-guerra. O resultado caótico da segunda guerra mundial contribuiu para o avanço da proteção universal dos direitos humanos, por mais paradoxal que possa parecer, o embate global fez com o que a

sociedade passasse a repensar os direitos humanos e criar mecanismos de proteção global e regional dos direitos humanos.

Em resposta aos acontecimentos, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que influenciou as nações democráticas a resguardarem os direitos humanos. No âmbito da saúde, não foi diferente, o diploma reservou espaço em seu art. XXV⁴² para ressaltar a urgência na proteção desse direito de cunho singular.

O cerne da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi pôr em destaque o princípio da universalidade dos direitos humanos, após a sua promulgação as nações passaram a voltar os olhares para a proteção e concretização dos direitos sociais/ humanos.

Umas das principais características dos Direitos Humanos é a sua universalidade, que ensina que os direitos humanos são destinados a todos os seres humanos, sem distinção de raça, cor ou religião, ou seja, corroborando a idéia de que os referidos direitos passaram a ser dotados de aplicabilidade universal em todos os países, não se destinando apenas a países com um grande desenvolvimento econômico e social, sendo destinado à todos os cidadãos, sem haver distinção entre os destinatários do direito.

À propósito:

Tal universalidade dos direitos humanos fundamenta-se nas premissas da igualdade em dignidade e valor de todos os seres humanos, sem discriminação. Tal noção é totalmente incompatível com as doutrinas e práticas de uma pretensa superioridade fundada em raça, religião, sexo ou qualquer outro elemento. A universalidade dos direitos implica também que a humanidade reconhece os valores comuns e as nações têm direitos essenciais à sua própria existência e à sua identidade, as quais fazem parte do patrimônio comum da humanidade. A universalidade, a dignidade, a identidade e a não-discriminação são conceitos centrais em matéria de direitos humanos, à medida em que se aplicam a todos os campos (MBAYA, 1995, n.p).

A noção de universalidade visava superar a distinção impiedosa construída no regime totalitário nazista, evidenciando a proteção para todos, sem distinção de cor, raça ou religião.

O processo de constitucionalização do direito à saúde no Brasil como norma de cunho fundamental ganhou seu estelato com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde os direitos sociais passaram a estar no centro das garantias fundamentais. Na onda do constitucionalismo de cunho democrático/social, após a segunda guerra mundial, a Constituição Federal passou a prever direito social á saúde, delineando mecanismos de proteção e aplicabilidade deste direito, considerando a necessidade de implementação por

⁴² Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e 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.

meio de políticas públicas para a integral efetividade da saúde (SARLET, FIGUEIREDO, 2009, p. 3).

Em fases anteriores, o direito à saúde não era considerado uma norma dotada de fundamentalidade. A primeira Constituição Federal 1824, amparada em bases oligárquicas, não ofertou a devida importância ao direito à saúde. Apesar do intuito inicial de construir bases libertárias, a latente desigualdade social e a centralidade do poder nas mãos do imperador impediam a concretização de direitos sociais. O art. 179, inciso XXIV, ainda fazia uma previsão geral dos direitos civis, sociais e culturais, evidenciando que “*nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saúde dos cidadãos*”. No entanto, o objetivo da previsão normativa era somente a proteção e promoção ao trabalho, a saúde tinha um status opaco e periférico (RIBEIRO, JULIO, 2010, p.449).

A Constituição promulgada em 1891 não reservou lugar para a saúde, apesar das conquistas de alguns direitos de liberdade, o forte movimento do coronelismo impediu a concretização dos direitos fundamentais. Com o início do século XIX e com influência das revoluções de 1930 e 1932 nasce a Constituição Federal de 1934, sendo a primeira constituição brasileira a normatizar de forma direta o direito à saúde. A previsão do inciso II do art. 10⁴³ da Constituição preconizava a competência concorrente entre a União e os Estados para promoção da saúde, a referência era reflexo do movimento de efetivação dos direitos sociais, que influenciou sobremaneira o documento constitucional. Notadamente, a referida constituição foi fortemente influenciada pela Constituição de Weimar e a Constituição Espanhola de 1931 (RIBEIRO, JULIO, 2010, p.450).

Apesar do avanço na concretização dos direitos sociais, logo o cenário sofreria um grande impacto. A outorga da Constituição polaca de 1937 restringiu direitos fundamentais e ofertou plenos poderes ao executivo, seguindo uma linha ideológica diversa da constituição anterior. A única previsão à saúde no documento estava inserida no art.16⁴⁴, inciso XXVII, que assegurava a competência privativa da União para legislar sobre a proteção da saúde, em especial sobre a saúde da criança.

⁴³ Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: I - velar na guarda da Constituição e das leis; II - cuidar da saúde e assistência públicas; III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; IV - promover a colonização; V - fiscalizar a aplicação das leis sociais; VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus; VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente (grifo nosso).

⁴⁴ Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança (grifo nosso).

Já a Constituição de 1946, na onda do constitucionalismo pós-guerra, tentou retomar a ideologia de proteção dos direitos fundamentais. O movimento foi bastante tímido, tendo em vista os resquícios da segunda guerra mundial, que teve o seu desfecho um ano anterior a sua promulgação. Esse cenário de jogo político e guerra entre os poderes impediu que o Brasil aderisse o ideário do constitucionalismo que permeava toda a Europa. De fato, não houveram muitos avanços na tutela da saúde, a divisão estratégica na política dificultava qualquer progresso significativo. Destarte, diante de todo enfraquecimento das bases constitucionais, a democracia brasileira passou por momentos sombrios com o golpe militar (RIBEIRO, JULIO, 2010, p.451).

Com o golpe de 1964, o poder que até então era considerado do “povo” passou para as mãos dos ditadores. Nesse cenário caótico, fora outorgada a Carta de 1967, com ideais autoritários e pouca preocupação com os direitos fundamentais. No período, o Ato Institucional nº 5 de 13 de novembro de 1968 (AI-5), marcou a vida da democracia brasileira e excluíram de forma taxativa a apreciação do poder judiciário todos os direitos previstos no próprio Ato (SOUZA, 2013, p. 39).

A edição da Emenda Constitucional nº1 de 1969, ou Constituição de 1969 para alguns, nasceu com o único intuito de fortalecer o regime ditatorial, não havendo previsão quanto ao direito à saúde, a única menção referia-se ao §4º do art. 25⁴⁵, que tratava da obrigação dos municípios em destinarem seis por cento do repasse da União para o fundo de participação dos Municípios para saúde.

Com o passar dos anos, o movimento de Reforma Sanitária teve um papel singular para a efetivação do direito à saúde na Constituição, com o escopo em incentivar a criação Sistema Único de Saúde e promover a universalização e a constitucionalização do direito à saúde.

O clamor para um processo de “redemocratização” após a derrocada da ditadura militar culminou para a ascensão do Movimento Sanitário pré-constituente, que teve como marco a instalação da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada entre 17 e 21 de março de 1986. A conferência foi essencial para o processo de concretização do Sistema único de Saúde, tendo em vista que o seu relatório final foi crucial para sua implementação (MARTINS, 2008, p.75).

⁴⁵ Art. 25 - Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá 33% (trinta e três por cento) na forma seguinte: § 4º - Os Municípios aplicarão, em programas de saúde, 6,0% (seis por cento) do valor que lhes for creditado por força do disposto no item II.

A notória “efervescência democrática” contribuiu para a renovação da proteção dos direitos fundamentais na Assembléia Nacional Constituinte em 1987. O cerne, evidentemente, era a reconstrução de uma ordem constitucional social, pautada na inclusão e na igualdade social, com vistas a construir políticas públicas sociais e reduzir as desigualdades sociais (FLEURY, 2009, p.745).

A fase pré-constituinte trouxe a tona inúmeras questões relacionada à saúde, inclusive evidenciou a importância da sua construção conceitual na 8ª Conferência Nacional de Saúde, reforçando a responsabilidade do Estado.

No aspecto, dispõe o art. 3 do Tema 1, do relatório final da Conferência:

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde. Em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

O direito à saúde possui importância singular por ser um direito intrinsecamente ligado ao direito à vida. Sem embargo a sua relevância, o direito à saúde no Brasil, ganhou o prestígio e ascensão com a promulgação da Constituição de 1988, que reservou espaço dotado de singularidade para o direito à saúde.

3.3 O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988

Passado o tempo sombrio, surge o refrigério que a população brasileira clamava, a Constituição Federal de 1988, que trouxe inúmeras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre tantas, a elevação do direito à saúde como norma fundamental. O propósito dessa promoção foi salientar a importância da saúde no âmbito jurídico, pois, como já explorado, as demais constituições brasileiras não consideravam o direito à saúde como uma norma de conteúdo fundamental. As constituições anteriores tratavam o direito à saúde apenas no aspecto preventivo, preocupando-se apenas com questões genéricas.

A Constituição Federal de 1988 é o resultado de mais de uma década de pressões e apelos da população em busca das transformações sociais. Evidentemente, a constituição de 1988 simboliza uma nova era de proteção dos direitos fundamentais, inaugurando, ainda, um novo modelo de seguridade social, criado para servir como base estrutural da concretização dos direitos sociais e da universalização das garantias. A construção ideológica da seguridade social foi estabelecida com base no sistema solidário e redistributivo, buscando alargar a cobertura e universalizar a proteção. A justiça social passa a ser elemento central da ordem

jurídica, os vínculos entre contribuintes e beneficiários foram afrouxados, sendo essencial, prioritariamente, a necessidade dos cidadãos e a integração governamental (FLEURY, 2009, p.745).

A consagração de um capítulo específico tratando da “Ordem Social” corrobora o avanço em relação aos direitos sociais. A inclusão da seguridade social como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” denota a importância dada a tutela da saúde, previdência e da assistência social, reforçando, cada vez mais, a universalidade dos direitos sociais, que até em então eram restritos aos contribuintes (FLEURY, 2009, p.745).

Diante do novo cenário, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde em seu art. 6º e ainda nos artigos 196º e seguintes, estabelecendo o conteúdo social e fundamental das normas. A ascensão da saúde como norma fundamental resulta em três eixos importantes, a primeira consiste na superior hierarquia axiológica que a norma do art. 6º goza, a segunda refere-se aos limites materiais e formais determinados para as normas fundamentais, e, por fim, a terceira permite uma aplicação do conteúdo normativo de forma direta e imediata, nos moldes no artigo 5º, § 1º⁴⁶, da Constituição Federal (SARLET, 2002).

A construção evolutiva do direito à saúde como direito social denota a insurgência do Estado em expor de forma objetiva a relevância da norma para vida e dignidade de qualquer ser humano, com objetivo em assegurar o dever do Estado em promover a prevenção e o reparo da saúde de qualquer cidadão. Não obstante o patamar de direito social, o constituinte ainda expôs mecanismos claros e diretos de efetivação da saúde.

O art. 196 define que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado” desenhando mecanismos de efetivação por meio de políticas públicas sociais. A ascensão do direito à saúde como um dever fundamental realoca a norma numa categoria distinta e autônoma, sendo considerada uma obrigação e um dever que o homem livre precisa cumprir em prol da proteção de um sistema coletivo e pautado na dignidade da pessoa humana. Ademais, o contorno fundamental assegura a ligação direta com outra gama de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade da pessoa da humana.

De fato, a previsão do referido artigo corrobora a relevância de meios de proteção ao direito à saúde.

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula “saúde é direito de todos”, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo “todos”, que é signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes- aliás, a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde –, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula “a saúde é dever do Estado”, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta (SILVA, 2006, p.786).

A previsão constitucional aponta quais as ferramentas são necessárias para a proteção a saúde em todos os aspectos, expondo minuciosos e importantes detalhes para a guarita da saúde. Assim, diante a sua elevada relevância, o constituinte buscou traduzir a sistematicamente o papel do Estado na efetivação do direito à saúde. No entanto, para que haja a real e efetiva concretização do direito à saúde é necessário que se saiba quais os mecanismos básicos para a sua efetivação. Por esse ângulo, a Constituição Federal também dispôs de meios de execução para a concretização de políticas públicas de saúde em seu artigo 197, reafirmando a obrigação do poder público⁴⁷.

As ações concretas referentes à saúde foram normatizadas através do exposto no artigo supracitado, a execução dos mecanismos para a efetivação da saúde é de competência do Poder Público, com o dever de fiscalizar e controlar diretamente a sua execução, dispondo ainda a possibilidade de delegação dessa competência para terceiros, que podem ser caracterizadas como entidades públicas, paraestatais autônomas ou pessoas jurídicas de direito privado, confirmando a idéia de proteção ampla deste direito. Assim, não obstante a concretização da saúde ser de competência originária do poder público, a repartição poderá ser possível com intuito de ampliar a execução dos serviços relacionados à saúde e proteger a vida de toda a população.

Com análise dos conceitos mencionados, percebe-se que a previsão expressa da saúde na Constituição Federal reproduz um caráter preventivo, com políticas públicas referentes à prevenção de doenças e o reparatório, com intuito de tutelar a dignidade do ser em estado de enfermidade. A análise de princípios como a Dignidade da Pessoa Humana e isonomia foi de grande essencialidade para construção teórica destes conceitos previstos no corpo constitucional. A dignidade da pessoa humana é um limite substancial e indispensável para proteção aos direitos fundamentais de cada indivíduo, o princípio deve ser resguardado como um mandamento de otimização.

⁴⁷ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nesse aspecto, como ensina o professor Virgílio Afonso da Silva, sobre a tese idealizada por Alexy “princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”, logo, mesmo não havendo hierarquia entre princípios, a dignidade da pessoa humana merece ser respeitada não só pela sua estrutura principiológica, mas, também, pelo seu significativo fundamento.

Nesse sentido, ensina Ingo Sarlet (2006, p. 119):

É justamente nesse contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo que não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.

Nesta senda, a dignidade da pessoa humana, substancialmente, deve ser tutelada com um conteúdo rígido utilizada como um princípio norteador das condutas humanas.

A nova ordem social concretizada na Constituição de 1988 redesenhou a seguridade social, promovendo uma interligação entre os entes federativos no controle de políticas públicas sociais. A seguridade social adotou um sistema descentralizado e integrado, com participação regional e hierarquizada e um financiamento singular em de cada ente federado (FLEURY, 2009, p.746).

3.4 Direito à saúde como norma social/ fundamental

O reconhecimento de uma norma fundamental carece de existência de critérios formais, matérias e substanciais. Na ótica de Robert Alexy (2015, p.66), a teoria dos direitos fundamentais é pautada em elementos estruturais e substanciais possuem uma ponto cego, a interligação do direito com do Estado Liberal. Nesse ponto de vista, um direito reconhecido com mínimo existencial não poderia ser considerado norma fundamental, haja vista não ser reconhecido como direito de liberdade do Estado Liberal.

Para Alexy, o conceito e a teoria dos direitos fundamentais precisam ser alargados e não limitado a uma idéia substancial e estrutural. A vinculação de direito fundamental como o critério de positivação pode causar um embrulho na concretização de direitos, não se pode reconhecer um direito apenas pela sua titulação na ordem constituinte. A teoria liberal difundida por Carl Schmitt parece restringir a análise dos direitos fundamentais ao direito a

liberdade pública, sendo necessário existir uma previsão legal e conceitual para o reconhecimento dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p.66).

Por esse ângulo, a dificuldade em questão seria reconhecer quais são as normas de direito fundamental. Essa ausência de parâmetros tem consequências prejudiciais para a construção evolutiva dos direitos fundamentais. A definição concreta dos direitos fundamentais não pode levar em consideração o processo da norma, mas sim o resultado. Toda essa imprecisão impede a uniformização de normas de direitos fundamentais. Essa dificuldade, no entanto, não é um motivo grave, considerando que não há dúvida que algumas normas que reconhecem o direito de defesa ou liberdade, são normas de conteúdo fundamental. Quando se diz que uma norma fundamental é aquela disposta no texto constitucional, entende-se que a norma é atribuída, podendo, no caso, ser também considerada uma norma estabelecida, havendo uma generalização.

As normas estabelecidas fazem referência direta ao texto constitucional, sendo “normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, ou seja, normas puramente positivadas no texto constitucional. Essa definição geral e normativa prejudica a análise ampla de um conceito de norma fundamental, e, por isso, deve ser desconsiderada para fins jurídicos e de validade. As normas atribuídas são normas válidas e atribuídas à constituição e com argumentos jurídicos corretamente ligados aos direitos fundamentais, sendo possível observar três critérios definidores, a atribuição legal, os precedentes judiciais e os argumentos práticos (ALEXY, 2015, p.74).

Para saber se uma norma atribuída é uma norma fundamental, basta verificar a fundamentação legal que a sustenta. A definição pode gerar uma confusão no que tange a sustentação legal de normas fundamentais atribuídas, já que, para ser norma fundamental o procedimento não é o assunto mais relevante, mas sim o seu resultado. Diante de toda discussão dificulta a análise de quais normas são de conteúdo fundamental. (ALEXY, 2015, 74)

Apesar de toda a controvérsia, o problema não parece tão sério, tendo em vista a possibilidade de normas fundamentais serem normas não só atribuídas, mas também estabelecidas. O intuito é alargar e não restringir a abrangência dos direitos fundamentais.

Na ótica do professor Virgílio Afonso da Silva, os direitos fundamentais e a separação dos poderes nasceram por meio de conquistas liberais e cresceram com o objetivo de evitar a interferência estatal arbitrária. Nesse sentido, os direitos fundamentais têm a sua origem nos

direitos de liberdade, sendo esse conceito intrinsecamente ligado a teoria liberal dos direitos fundamentais. (SILVA, 2014)

Não obstante a sua origem, a teoria que parece embasar a constituição brasileira é a teoria democrático-funcional, sendo a sua análise melhor posta frente a função pública e política. Por esse aspecto, os direitos fundamentais são construídos com o objetivo de promover um ambiente democrático-livre, com vista a proteção das esferas de liberdade. Inicialmente, parece que os direitos fundamentais foram criados com o intuito de proteger as liberdades individuais em face da uma possível arbitrariedade do governo, todavia, o cerne da sua origem compreende um elemento do estado democrático de direito. Essa compreensão facilita a análise do motivo dos direitos fundamentais não serem disponíveis. (SILVA, 2014, p.90)

No Brasil, apesar das teorias não serem excludentes, a tendência é de que os direitos fundamentais são firmados numa concepção social-estatal dos direitos humanos, ideário que assegura a tutela dos direitos sociais na busca da concretização das liberdades fundamentais.

O processo pré-constituente contribuiu de forma exausta para o processo de redemocratização do país após o fim da ditadura militar. Assim, em resposta a afronta do direito à liberdade no contexto autoritário, os direitos fundamentais passaram a ser a base na construção ideológica da constituição contemporânea.

A Constituição Federal propaga no enunciado do seu art. 6º uma série de direitos de cunho prestacionais, que visam afiançar garantias mínimas para todos os cidadãos, com prestações materiais indispensáveis para uma vida digna, com base na dignidade da pessoa humana.

A inserção da saúde no título VII da Constituição Federal é prova da sua grande importância no âmbito jurídico-político, o art. 6º germina como um mecanismo de assegurar a tutela dos direitos sociais, sendo inegável a sua importância, tanto no âmbito prestacional, como no seu conteúdo formal.

A positivação do referido artigo não se encontra no rol descritivo de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. No entanto, a ausência de descrição legal não obstaculiza a aferição de uma norma como de cunho fundamental. A essência dos direitos fundamentais se encontra em seu conteúdo intrinsecamente ligado com a dignidade da pessoa humana, logo, os argumentos práticos e as definições legais inseridas no art. 6º corroboram a dupla fundamentalidade, formal e material.

Apesar do direito à saúde ser contemplado como um direito fundamental de eficácia imediata, sendo a sua aplicabilidade de forma plena, conforme o art. 5º, § 1º da constituição, a

eficácia das normas constitucionais dependem de ações concretas do poder público, sendo considerada assim uma norma de conteúdo programática. Em sentido amplo, o direito à saúde traduz a necessidade de consecução de medidas para proteção do direito à vida, como as organizações de instituições, serviços e ações direcionadas e em sentido estrito. A norma impõe a obrigatoriedade de fornecimento de materiais e serviços para os todos os cidadãos, de modo amplo e universal. Os direitos sociais possuem uma dupla função, são considerados direitos de cunho positivo, com a necessidade de promoção de políticas públicas e prestações diretas por parte do Estado, e, podem ainda serem considerados como direitos de cunho negativo, os quais estabelecem o não intervencionismo estatal ou ações negativas por parte do Estado. (SARLET, 2008, n.p)

Assim, alguns direitos sociais são dotados de grande fundamentalidade, sendo definidos como direitos sociais/fundamentais, considerando o conteúdo amplo concentrado em sua norma.

Nos ensinamentos do professor Ingo Sarlet (2008, n.p):

Para este efeito, relembre-se que a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.

Ademais, infere-se que dupla fundamentalidade (formal e material) encontra-se sedimentada no direito à saúde, tendo em vista a necessidade de anteparo jurídico e social e bem como a disposição expressa na Constituição Federal.

A doutrina majoritária afirma que normas fundamentais, como a saúde tem força normativa própria, com total eficácia, devendo o poder público promover os meios e finalidades para a concretização dessas normas constitucionais de caráter fundamental. Não obstante a imposição direta para a efetivação da saúde, a constituição é omissa quanto aos seus meios de efetivação das normas constitucionais referentes ao tema em questão, somente impõe ao Estado o dever de concretizar políticas públicas de forma discricionária.

Por esse ângulo, a ascensão do direito à saúde como norma de cunho fundamental denota uma necessidade de igualdade jurídica, considerando que as normas fundamentais precisam de efetivação e cooperação de todos os indivíduos e, bem como, de ações

afirmativas do poder público. As prestações positivas são de competência originária do poder público, todavia, tal fato não isenta a execução dessas ações por pessoas jurídicas de direito privado e ou por pessoa física. A constituição permite a assistência à saúde por meio de iniciativa privada, mediante contratos públicos ou convênios, com intuito em promover a assistência a saúde e resguardar a dignidade humana.

3.5 Eficácia e autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal

A forma prolixa da Constituição de 1988 contribuiu para que as normas inseridas nesse contexto sejam dotadas de diferentes eficácias e aplicabilidades, haja vista as diferentes matérias e inúmeros conteúdos previstos na lei maior.

Nos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais podem ser consideradas conexas, inseridas no mesmo contexto. Nessa compreensão, quando a norma não é dotada de todos os requisitos para sua aplicação no caso concreto, lhe falta a eficácia. Ainda nesse contexto, a aplicabilidade seria a dimensão fática da norma, ou seja, o bojo da norma e a eficácia seria a aptidão de produzir efeitos (SILVA, 2014, p.54).

De início, é salutar tecer algumas considerações acerca da eficácia e a sua aptidão para produzir efeitos. Uma norma jurídica pode ser dotada de eficácia e não necessariamente produzir efeitos em algumas relações. O fato de a norma ser eficaz não traduz um efeito direto em todas as relações jurídicas. Do mesmo modo que uma norma apta a produzir efeitos seja de fato aplicável, tendo em vista que a aplicabilidade necessita de um complemento. A aplicabilidade, em seu contexto formal, inclui a dimensão fática ausente na eficácia, ou seja, na prática, uma norma eficaz pode depender da dimensão fática para sua integral aplicabilidade. Um suporte fático da norma. (SILVA, 2014, p.74)

Por esse ângulo, as normas inseridas no texto constitucional podem ser divididas em normas operativas e programáticas. As normas operativas traduzem uma natural eficácia direta e imediata, não dependendo de atuação estatal futura para sua efetividade, são dotadas de total integralidade desde o momento da sua criação. De outra banda, as normas de cunho programático necessitam da sua concretização por meio de políticas públicas que assegurem a sua eficácia dentro ou para além do texto constitucional. (MENDES, 2010, p.93)

Apesar do direito à saúde ser contemplado como um direito fundamental de eficácia imediata, sendo a sua aplicabilidade de forma plena, conforme o art. 5º, § 1º da constituição, a sua eficácia depende de algumas ações concretas do poder público, sendo considerada uma

norma de conteúdo programático. Em sentido amplo, o direito à saúde depende de consecução de medidas para a sua proteção, como as organizações de instituições, serviços e ações direcionadas e em sentido estrito, com obrigatoriedade de fornecimento de materiais e serviço para os todos os cidadãos.

O art. 196 da Constituição Federal define que o direito à saúde precisa ser efetivado por meios de políticas públicas. Logo, apesar do seu conteúdo fundamental, nota-se que há uma exigência para efetivar a sua aplicabilidade.

A teoria tripartite promove uma reflexão da eficácia das normas constitucionais, sendo normas de eficácia plena, aquelas dotadas de eficácia direta, imediata e integral, sendo que o seu conteúdo não necessita de auxílio ou suplementação normativa para a sua efetividade, já as normas de eficácia contida ou contíveis, são de eficácia direta e imediata, todavia, não são dotadas de integralidade, havendo possibilidade de limitações por meio legal, e as normas de eficácia limitadas. Não obstante serem dotadas de eficácia, as normas constitucionais de cunho positivo necessitam da análise da sua dimensão fática para a sua aplicabilidade. Na prática, não produzem efeitos até que sejam efetivadas por meio de uma regulamentação legal ou implementação de políticas públicas (TAVARES, 2007, p.4).

Nesse sentido, assevera Paulo Tavares (2007, p.5):

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas imbuídas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo de qualquer legislação posterior para a sua completa executoriedade. Ao passo que aquelas de eficácia contida, não obstante possuírem aplicabilidade direta e imediata, não têm a sua integralidade garantida, já que sujeitas a certas limitações impostas pela legislação infraconstitucional; sendo que as normas de eficácia limitada são todas aquelas que não produzem, a partir do início de sua vigência, todos os seus efeitos substanciais, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de normatizá-las, visando sua operatividade.

Destarte, a promoção do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal presume ações concretas do poder público, havendo discricionariedade da administração pública para efetivá-las. Assim, não obstante a necessidade de implementação de políticas públicas, a referida norma é revestida de integralidade, sendo dotada de conteúdo programático e eficácia plena. Diante do exposto, a doutrina majoritária afirma que normas fundamentais, como a saúde tem força normativa própria, com total eficácia, devendo o poder público promover os meios e finalidades para a concretização dessas normas constitucionais de caráter fundamental.

As prestações positivas são de competência originária do poder público, todavia, tal fato não isenta a execução dessas condutas por pessoas jurídicas de direito privado e ou por

pessoa física. A constituição permite a assistência à saúde por meio de iniciativa privada, mediante contratos públicos ou convênios, com intuito em promover a assistência a saúde e resguardar a dignidade humana.

Apesar da relevância do direito à saúde na Constituição Federal e sua minimalista disposição em seus artigos 6º e 196º e seguintes, a saúde também é um tema constante no âmbito internacional. Notadamente a constituição federal bebeu da fonte internacional para a sua grande evolução ideológica quanto ao direito à saúde. Por tal motivo, para além da noção nacional, faz-se necessário entender os limites legais do direito à saúde na seara global ou regional de proteção dos direitos humanos. O objetivo é o uníssono, a tutela abrangente do direito, contando com a possibilidade do aparato o jurídico-internacional na promoção e proteção da norma.

3.6 A tutela internacional do direito à saúde

No contexto internacional, diversos documentos e pactos foram criados com o fulcro na tutela dos direitos humanos. No que se refere a proteção dos direitos humanos na esfera global, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 teve um importante papel, apesar de assegurar em seu corpo normativo de modo genérico o direito à saúde, o bem estar e segurança social. O diploma internacional fomentou uma construção ideológica da universalidade, promovendo um novo tempo na era de proteção dos direitos humanos (SARLET, FIGUEIREDO, 2009, p.3).

Entretanto, diante da ausência de um diploma específico para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou em 16 de novembro de 1966 a criação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), idealizado em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com o cerne na promoção do ser humano livre da miséria e com condições mínimas para desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais. O Brasil contribuiu de forma significativa para a criação do PIDESC, buscando ajudar a disseminar a resistência dos demais Estados na sua elaboração. No entanto, apesar do apoio, o pacto só foi promulgado no Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 591, com publicação em 7 de julho de 1992. (RAMOS, 2017, n.p).

No que diz respeito à tutela da saúde, o PIDESC reservou um artigo específico para tratar da necessidade dos Estados promoverem políticas públicas para proteção da saúde física

e mental de todos os cidadãos. Em seu art. 12, o PIDESC⁴⁸ assegura o gozo do mais elevado nível de saúde, estabelecendo a obrigatoriedade dos comandos do pacto, com observância na promoção de políticas pública que promovam a diminuição da mortalidade infantil e pleno desenvolvimento infantil, controle de doenças epidêmicas, higiene e meio ambiente. Com observância, ainda, nos serviços médicos e hospitalares na prevenção de doenças e enfermidades.

Notadamente, o PIDESC foi um marco social na ascensão da tutela da saúde no sistema global. No entanto, apesar do seu art. 16 possibilitar os Estados⁴⁹ apresentarem relatórios que comprovem a adoção das medidas de ascensão dos direitos dispostos no Pacto, a ausência de um comitê específico para a observância das obrigações estatais acabou por tornar a medida um ato discricionário.

3.7 A incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos

O ideário dos tratados internacionais de direitos humanos nasceu como respostas aos movimentos de resistência entre países do mundo. As grandes guerras mundiais testemunharam os limites do ser humano e a necessidade de se repensar os direitos humanos. No entanto, a construção dos Tratados Internacionais tem a sua gênese no Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgindo no início de século XX e como resultado das maléficas resistências.

Nos ensinamentos de Antônio Cançado Trindade, o direito internacional dos direitos Humanos pode ser conceituado com um conjunto de normas (corpo jures) de direito internacional com o fulcro de garantir a tutela dos direitos humanos, por meio de normas, convenções, princípios e tratados. O cerne corresponde à proteção dos direitos humanos por meio de garantias processuais, políticas e até econômicas, na intenção de promover o acesso à

⁴⁸ Artigo 12. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o pleno desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras.

⁴⁹ Artigo 16 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto. 2. a) Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o qual enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social, para exame, de acordo com as disposições do presente Pacto. b) O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará também às agências especializadas cópias dos relatórios - ou de todas as partes pertinentes dos mesmos enviados pelos Estados Partes do presente Pacto que sejam igualmente membros das referidas agências especializadas, na medida em que os relatórios, ou partes deles, guardem relação com questões que sejam da competência de tais agências, nos termos de seus respectivos instrumentos constitutivos

justiça de todos por meio de sistemas regionais e globais de proteção de direitos humanos. Nesse aspecto, o direito internacional dos direitos humanos se perpetua com uma metodologia específica e fornece possibilidade de peticionar e formular tese específica em busca da proteção dos direitos. (TRINDADE, 2006, p. 402)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente (PIOVESAN, 2014).

Por esse ângulo, a construção hermenêutica do direito internacional dos direitos humanos é singular e promove uma interpretação por meio de mecanismos diferentes e com total autonomia. Não obstante a sua recente criação, o direito internacional dos direitos humanos assegura uma proteção universal dos direitos humanos e concretiza direitos por meio de recomendações, ações afirmativas, tratados e convenções. Todos os direitos promovidos por tratados e convenções buscam aprimorar princípios como da universalidade, integralidade e da indivisibilidade. Ademais, saliente-se a necessidade da cooperação dos Estados envolvidos para a tutela desses direitos, por meio da sua organização político-social.

De plano, nota-se a interação dos tratados internacionais com o plano nacional e internacional, sendo de suma importância o diálogo e a abertura de ordens. A proteção por meio do *corpo iures* internacional promove uma universalização de direito e a ascensão da dignidade do ser humano. O caráter subjetivo do ser humano entra em evidência como alavancada do direito internacional dos direitos humanos, diante dos valores inseridos nos tratados e sistema jurídicos. A possibilidade de o indivíduo suscitar a tutela por meio do sistema de petições é um claro exemplo da ascensão da capacidade jurídica do indivíduo e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito (TRINDADE, 2006, p.413).

Consoante Piovesan, sem embargo a conceituação preliminar de direito humanos como natural e inerente ao ser humano, a ascensão do direito internacional promove um novo olhar acerca da tutela dos direitos humanos com regulação internacional.

Conforme já mencionado, a gênese do direito internacional dos direitos humanos deu-se em 1945, após o fim da II guerra mundial. Nesse contexto, a necessidade de se pensar nos direitos humanos de modo universal passou a ser constante, tornando o objetivo central das Organizações das Nações Unidas. Com isso, a tutela estritamente estatal foi reconsiderada, haja vista a importância da temática e necessidade de não restringir a tutela do direito somente aos

estados. Nesse toar, duas ideologias passaram a ser intensificadas, a primeira corresponde a relativização da noção rígida de soberania nacional. À época, ainda se discutia sobre a rigidez da soberania para o fortalecimento do estado, todavia, com a necessidade se abranger a tutela dos direitos humanos, a noção de soberania rígida foi superada e o espírito que se perpetua é o da cooperação. Outrossim, a ascensão do indivíduo como sujeito de direito também é um resultado da concretização do direito internacional dos direitos humanos (PIOVESAN).

É assim, em suma e em traços gerais, que concebo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como um *corpus juris* de proteção do ser humano que se ergue sobre um novo sistema de valores superiores. O ser humano não se reduz a um "objeto" de proteção, porquanto é reconhecido como *sujeito de direito*, como titular dos direitos que lhe são inerentes, e que emanam diretamente do ordenamento jurídico internacional. A subjetividade internacional do indivíduo, dotado, ademais, de capacidade jurídico-processual internacional para fazer valer os seus direitos, constitui, em última análise, a grande revolução jurídica operada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo da segunda metade do século XX¹⁰, e hoje consolidada de modo irreversível (TRINDADE, 2006, p.413).

A noção consolidada do direito internacional dos direitos humanos promoveu um olhar subjetivo acerca do ser humano, promovendo um reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito e embasado em preceitos hierarquicamente superiores.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes (MAZUOLLI, 2001, p.102).

Notadamente, o processo de incorporação de tratados internacionais é recente, considerando a ascensão do ideário somente após 1945. No Brasil, processo de incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos iniciou-se em 1989, especificamente após a ratificação da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Destarte, infere-se que o Brasil aderiu a o processo de internacionalização com a ratificação de tratados e com as previsões contidas na contemporânea Constituição Federal.

Após o advento da Constituição Federal uma série de tratados internacionais foram ratificados, a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de

setembro de 1992; Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de San Salvador) de 1996; do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também em 27 de janeiro de 2004. (MAZUOLLI, 2001, p.125)

Notadamente, todos os tratados traduzem um importante avanço no que tange a proteção dos direitos humanos no Brasil. Assim, o processo de incorporação dos tratados ganhou um novo contorno após o advento da emenda constitucional de nº 45 de 2004. A ratificação e incorporação dos tratados significam um aceite do Estado Brasileiro em cumprir todas as determinações dos documentos internacionais. O processo de redemocratização contribuiu sobremaneira na aceitação dos ditames internacionais como um reforço a proteção estatal.

O Brasil tem construído um caminho acerca da ampla proteção dos direitos humanos, inclusive pro garantir a incorporação e a ratificação de tratados internacionais.

A Constituição de 1988 traduz em sua essência um campo farto de proteção de direitos e garantias fundamentais. Notadamente, a noção de aplicabilidade dessas normas constitucionais também é objeto de estudo na seara constitucional.

A previsão do art. 5º parágrafo 1º da Constituição Federal ⁵⁰ assegura a aplicação direta e imediata as normas que tutelam direitos e garantias fundamentais. De modo que todas as normas garantidoras, dentro ou fora do contexto constitucional, têm aplicabilidade imediata.

Por esse ângulo, objetivando a tutela ampla de direitos na seara nacional e internacional, parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal consagra a incorporação de tratados internacionais na seara estatal. Nesse contexto, havendo ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos, estes teriam aplicabilidade imediata no âmbito nacional.

Nesse sentido ensina Valério Mazzuoli (2001, p.119)

É justamente este último caso (aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos) que nos interessa neste estudo. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos arts. 5.º a 17 da Constituição

50 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.

Sem embargo a previsão dos parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, alguns juristas e doutrinadores tinham idéias controversas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo estado Brasileiro. Por esse ângulo, teriam os tratados internacionais incorporados pelo Brasil status de normas constitucionais?

Com o fulcro em sanar todas as discussões a respeito do assunto, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, fora introduzida no texto constitucional o parágrafo 3º do art. 5 da Constituição⁵¹, passando a direcionar os passos para que um tratado internacional incorporado pelo Brasil tenha status de norma constitucional.

Ademais, como realça Celso Lafer, “o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente” (PIOVESAN, 2013, p 79).

No entendimento de juristas com Flávia Piovesan e Valério Mazuolli o parágrafo 3º do art. 5 da Constituição apenas declarou um preceito já existente, tendo em vista que o parágrafo 2 do art. 5º garante a incorporação dos tratados internacionais de modo a serem consideradas normas constitucionais.

Não obstante o coerente entendimento dos juristas, se entende a necessidade de se interpretar o parágrafo 3º como um caminho para a incorporação de tratados que pretendem ter status de normas constitucionais.

Piovesan expõe que o Supremo Tribunal Federal tem coadunado com o entendimento de que mesmo os tratados incorporados antes do advento da emenda constitucional nº 45 já seriam consideradas normas constitucionais por força do parágrafo 1º e 2º do art. 5º da Constituição. Citando o julgamento do RHC 18799, de relatoria do Ministro José Delgado, defende que os tratados internacionais que não seguiram o rito do parágrafo 3 do art. 5º não podem ser considerados uma norma de menor hierarquia, considerando os ditames dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal. (PIOVESAN, 2013, p. 28).

Evidentemente, a proteção do direito à saúde transcende as barreiras do Estado nacional, haja vista a sua singularidade na vida de todos os cidadãos. As drásticas

51 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

consequências da segunda guerra mundial promoveram inúmeras reflexões acerca da proteção dos direitos humanos. Ademais, surgiram importantes tratados e documentos de abrangência internacional com o escopo em construir um processo de ascensão aos direitos humanos. Logo, diversos países passaram a ratificar ou aderir os documentos internacionais, objetivando a ampla proteção dos direitos não só no âmbito nacional, mas, também, no contexto internacional.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ser um documento democrático, com o cerne fundado na proteção do ser humano e disposto de forma clara e abrangente sobre a saúde, conforme dispõe os seus artigos 6º e 196º, o processo de internacionalização dos tratados internacionais sugere a possibilidade de se requisitar a análise de direitos fundamentais violados pelo Estado parte perante a ótica internacional.

Importa ressaltar que o processo de internacionalização dos Direitos Humanos não suprime a soberania nacional ou muito menos reduz a responsabilidade do Estado promover ações negativas e positivas a fim de tutelar de direitos fundamentais. O propósito da internacionalização é apenas reforçar a garantia de proteção dos direitos humanos com o propósito de universalizar estes direitos.

No Brasil, a Constituição Federal prevê a possibilidade de incorporação dos tratados internacionais, destacando uma maior relevância para os tratados que dispõe sobre direitos humanos, considerando que com o advento da emenda Constitucional nº 45, de 2004, os tratados aprovados, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros terão status de norma constitucional, a previsão denota uma grandiosa preocupação na promoção dos direitos humanos. Ademais, o parágrafo 1º do art. 5º dispõe que as normas que definem direitos e garantias individuais possuem aplicabilidade imediata no território brasileiro (PIOVESAN, 2013, p. 82).

A doutrina não aceitou de forma unânime essa alteração, o professor Antônio Cançado Trindade sustentou, no voto do caso *Damião Ximenes Lopes VS. Brasil*⁵², que o referido

⁵² SENTENÇA DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES VS. BRASIL, 2006. 30. Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, status constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembleia Nacional Constituinte, como historicamente documentado³¹. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 31. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o

artigo teve um efeito reverso, limitando de forma expressa o modelo aberto concretizado do parágrafo 2 do art. 5º da constituição. Em busca de disseminar inconsonância doutrinária, o Supremo Tribunal Federal, consagrando a “teoria do duplo estatuto” decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, que as normas de direitos humanos ratificadas pelo Brasil que não passaram pelo rito do parágrafo 3 do art. 5º da constituição teriam status de norma supralegal, ou seja, abaixo da constituição, mas acima das leis ordinárias (RAMOS, 2017, n.p).

O coerente entendimento da professora Flávia Piovesan (2008, p. 73) assenta-se na tese de que, diante do parágrafo 2 do art. 5º da constituição, todos os tratados internacionais de direitos humanos, incorporados ou não pelo rito do parágrafo 3, são considerados normas materialmente constitucionais. Tendo em vista que não houve uma revogação do parágrafo 2 do art. 5º, sendo necessário racionalizar o sistema como uma norma aberta, para evitar uma arcaica interpretação das normas de proteção aos direitos humanos.

Nesse aspecto, percebe-se que a Constituição Federal traduz de forma singular as prerrogativas e normas que tratam sobre o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Por esse ângulo, no contexto internacional, o Brasil encontra-se submetido à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, órgão regional de proteção dos direitos humanos que busca assegurar de forma mais ampla os direitos essenciais à construção da dignidade humana. Diante disso, percebe-se a importância de se estudar a decisão que reconheceu a proteção autônoma do direito à saúde no sistema regional de proteção de direitos humanos. Nessa linha, o próximo capítulo será reservado para a reflexão acerca da interpretação, princípios e meios utilizados na concretização da tutela autônoma do direito à saúde na Corte Interamericana.

vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados "constitucionalistas internacionalistas", que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto, - tal como o afirmei em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil, - é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1(1), 2 e 29).

4 DA INTERPRETAÇÃO À CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não faz nenhuma previsão acerca da tutela do direito à saúde, apenas o Protocolo de São Salvador reservou espaço para a proteção desse direito. Diante disso, a Corte Interamericana tem se utilizado de uma hermenêutica singular para assegurar a progressividade dos direitos sociais.

Preliminarmente à Corte Interamericana produzia os seus comandos sentenciais e recomendação com o enfoque nos próprios documentos internos e interpretava as normas de forma geral com base nas determinações previstas nos artigos 31⁵³ e 32⁵⁴ da Convenção de Viena, que prevêem regras gerais de interpretação.

As recomendações gerais não superam a disposição do artigo 29 da Convenção Americana⁵⁵ que determinam as regras de interpretação das normas inseridas na CADH. As regras de interpretação da CADH asseguram o caráter extensivo dos direitos humanos, impedido qualquer limitação do conteúdo das normas por meio dos Estados parte. Nesse sentido, a norma preconiza ainda a necessidade dos governos democráticos não excluïrem direitos indisponíveis, respeitando sempre a o princípio da dignidade da pessoa humana.

A construção evolutiva da jurisprudência Corte Interamericana corrobora a tese de que o Tribunal perpassou por diversas fases, construindo tese com base em métodos

⁵³ Artigo 31.1. 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.

⁵⁴ 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

⁵⁵ Artigo 29. Normas de interpretação. 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.

interpretativos diferentes e alargando o conteúdo da norma em prol de uma interpretação humanista.

A interpretação jurídica ideal é aquela que compreende o caso e busca a adequação da norma ao caso concreto, ou seja, caracteriza-se pela adequação da norma ao caso, sem que qualquer violação deixe de ser analisada por conta da uma possível ausência de norma específica. Importa ressaltar que a interpretação ideal não sugere que o intérprete esteja sempre no caso em si ou só na norma. Notadamente, o caso e norma devem estar intrinsecamente ligados. (NEVES, 2016, 252)

Por esse ângulo, o artigo 29 da CADH sugere uma interpretação extensiva e promove uma proteção máxima a todos os indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica, social ou cultural. Extrai-se que o artigo citado promove uma valorização do princípio *pro homine*, que assegura uma plena e extensiva garantia de tutela dos direitos que são consagrados de modo genérico no sistema.

Por otra parte, este mismo principio supone que las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de los derechos protegidos en los tratados deben tener cabida en el orden jurídico interno de un país siempre que enriquezcan sus disposiciones. Así, por ejemplo, la enumeración de las libertades religiosas y de conciencia que efectúa la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones³ enriquece las disposiciones genéricas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana (PINTO, 2009, p.9).

Por esse ângulo, o estudo do princípio pode influenciar sobremaneira a concretização da tutela do direito à saúde na seara internacional, em especial na Corte Interamericana. Ademais, o estudo principiológico é recorrente no âmbito do tribunal, considerando a intenção jurisprudencial de adequar a norma a favor do homem.

4.1 A interpretação do princípio Pro Homine

O princípio *pro homine* sintetiza a atuação contemporânea da Corte Interamericana que reconhece a tutela de direitos que, mesmo não previsto na CADH, estão amplamente consagrados em outros documentos de cunho nacional ou internacional. Aplicação principiológica tem o objetivo de estender a aplicação dos direitos dispostos na CADH, visando impedir limitações ou suspensões do exercício de um direito por conta de uma ausência de previsão geral e detalhada.

O cerne do princípio é a que a norma esteja a favor do homem, objetivando uma ampla na proteção dos direitos e que a Convenção Americana se torne um “instrumento vivo”

podendo ser interpretado amplamente se o intuito for a garantia dos direitos humanos. (NEVES, 2016, p.257).

Segundo Mazuolli (2013, p. 247), o princípio *pro homine* permite que o legislador promova a justiça e eficácia das normas sem o prejuízo de está vinculado a norma, fugindo de uma regra predeterminada e criando soluções humanistas diante do caso concreto.

O princípio encontra alguns limites, segundo a máxima de que o seu direito termina quando começa os direitos dos demais. Assim, pode existir uma relativização ou limitação de um direito quando isso puder ultrajar os direitos dos demais, o art. 27 da CADH⁵⁶ também impõe algumas restrições, apregoando que a possibilidade de suspensão de direitos e garantias por um tempo específico,

Diante da possibilidade de abertura, a CADH transformou-se num instrumento aberto e que recorre a outros diplomas internacionais em prol da ampla tutela dos direitos humanos (NEVES, 2016, p. 257).

Laurence Burgorgue-Larsen (2014, p.118) ensina que a CIDH tem se utilizado do princípio *pro homine* e da interpretação evolutiva na análise de casos difíceis, especialmente em casos envolvendo questões de direitos econômicos, sociais e culturais e o enfoque do direito à vida. Ainda nesse norte, assegura que a interpretação pura e direta do art. 29 sugere que a competência dos casos levando à CIDH sejam analisados com base exclusivamente em razão da matéria, isso numa interpretação restrita.

El artículo 29.b) de la Convención, cuando postula la importancia de la interpretación *pro-homine*, induce a recurrir a múltiples fuentes exteriores para interpretar la Convención que ella designa, *expressis verbis*, como un “instrumento viviente”. De repente, la Corte de San José relocaliza sistemáticamente La Convención no sólo en el “*corpus iuris interamericano*”⁶¹, sino también lo que ella denomina el “*corpus iuris internacional*” (ZAGREBELSKY, 2005, p.119).

No entanto, na prática a CIDH tem se baseado numa análise muito mais extensiva e com fundamento em diversos documentos da seara nacional. O fenômeno da “Migração Interconvencional” tem contribuído para que a CIDH tutele todos os direitos inerentes a dignidade humana, de modo a contribuir que os Estados parte possam suscitar a proteção dos

⁵⁶ Artigo 27. Suspensão de garantias. 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social

direitos mesmo que não haja a ratificação de tratados específicos sobre o tema. (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p.119).

Laurence Burgorgue-Larsen aduz que o processo hermenêutico interpretativo precisa levar em consideração três diferentes contextos. O primeiro é o prisma jurídico, que leva em consideração as normas interpretativas contidas na própria CADH e a necessidade de se pensar na progressividade dos direitos humanos. Sob o prisma do normativo, a CADH foi construída dentro de um contexto de guerras e turbulências entres os países latino-americanos, que culminou na necessidade se de pensar em mecanismos que pudessem contribuir para a ascensão da democrática nos países da América. Nesse sentido, a Corte tem promovido decisões que asseguram a proteção dos direitos de liberdades dos cidadãos em meio do estado de crise, como foi o caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*⁵⁷. (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p.249)

Na ótica sociológica, a formação acadêmica dos juízes pode influenciar sobremaneira as decisões judiciais, um juiz com uma formação clássica, por conseguinte, decidirá questões de direito internacional vinculado aos preceitos predeterminados. É salutar destacar que a Tribunal Interamericano é formado pro 7 (sete) juízes, como mandato de 6 (seis) anos renovável por um vez, todos como notório conhecimento jurídico e como grande experiência em direito internacional e em outras matérias de direito público. Nesse sentido, todos os juízes que atuam diretamente na Corte Interamericana possuem uma formação acadêmica exemplar e possuem uma tendência a formação acadêmica clássica internacional (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p.254).

Nesse sentido, a ausência de ratificação de um tratado específico sobre um tema não pode ser óbice para que a Corte não acolha o pedido de análise à violação de algum direito. A

⁵⁷ SENTENÇA DO CASO *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 1988. Manfredo Velásquez, estudante da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, "foi detido de forma violenta e sem intermédio de ordem judicial de prisão, por elementos da Direção Nacional de Investigação e do G-2 (Inteligência) das Forças Armadas de Honduras". A detenção ocorreu em Tegucigalpa, na tarde de 12 de setembro de 1981. Os denunciantes declararam que várias testemunhas oculares teriam afirmado ter sido esse levado junto com outros detidos às celas da II Estação da Força de Segurança Pública localizadas no Bairro El Manchén de Tegucigalpa, onde foi submetido a "duros 2 interrogatórios sob cruéis torturas, acusado de supostos delitos políticos". Acrescenta a denúncia que, em 17 de setembro de 1981, foi transferido ao I Batalhão de Infantaria onde prosseguiram os interrogatórios e que, apesar disto, todas as forças policiais e de segurança negaram sua detenção. 4. Depois de haver transmitido a denúncia ao Governo, a Comissão, em diversas oportunidades, solicitou do mesmo a informação correspondente sobre os fatos denunciados. Diante da falta de resposta do Governo, a Comissão, em aplicação do artigo 42 (antigo art. 39) de seu Regulamento, presumiu como "verdadeiros os fatos denunciados na comunicação de 7 de outubro de 1981 relativos à detenção e posterior desaparecimento do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez na República de Honduras" e observou ao Governo "que tais fatos constituem gravíssimas violações ao direito à vida (art. 4) e ao direito à liberdade pessoal (art. 7) da Convenção Americana" (resolução 30/83, de 4 de outubro de 1983).

migração interconvencional apregoa justamente isso, a ampla proteção do ser humano e a vasta garantia de todos os direitos humanos, sem acepções ou preferências.

Notadamente, a CIDH tem desenvolvido uma farta jurisprudência que assegura a proteção de direitos inseridos dentro do sistema ou em todo *corpo iures* internacional. A abertura facilitou que a interdependência dos direitos humanos fosse realmente efetivada, considerando que não há qualquer hierarquia entre direitos.

Todos os avanços reconhecidos na jurisprudência da Corte Interamericana advêm do progresso de uma interpretação clássica para a evolutiva, que tem o condão de assegurar a maior proteção dos direitos humanos, sem que haja uma alteração legislativa para tanto.

4.2 A indivisibilidade dos Direitos Humanos

É notória a importância de todos os direitos humanos, mesmo com as suas ramificações e diferentes objetivos, os referidos direitos têm um condão de se interligarem e são considerados indivisíveis para a doutrina e jurisprudência, haja vista o seu valor fundado na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, importa ressaltar que a Convenção Americana nasceu com o intuito de tutelar somente os direitos civis e políticos e foi assinada em 1969, período da guerra fria e marcado por diversas disputas ideológicas. De fato a disputa econômica contribuiu para que os países capitalistas liderados pelos Estados Unidos da América pressionassem os organismos internacionais a criassem documentos que protegessem os direitos civis e políticos. Importa mencionar que apesar da liderança, os Estados Unidos não aderiram a Convenção Americana. (MARRUL, 2002, p.58)

À época, houve uma grande discussão acerca da consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção Americana, algumas propostas de inclusão do DESC foram apresentadas pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos e em 1965 pelo Chile o Uruguai, todavia, a CADH seguiu o entendimento de outros países e apenas assegurou a progressividade do DESC e não a sua previsão detalhada. (TRINDADE, 1999, p.9)

Diante da problemática em questão, foi realizada a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã no ano de 1968, na qual enfatizou a importância de todos os direitos e sintetizou a impossibilidade de se exercer os direitos civis e políticos sem análise dos direitos econômicos, sociais e culturais (RESENDE, 2015, p. 67).

Na Conferência Mundial, todas as atenções estavam voltadas para ao desenvolvimento dos direitos humanos, reconhecendo a necessidade de promover a paz mundial e a plena

efetivação dos direitos fundamentais. Nas recomendações, o item 13⁵⁸ ratificou a característica da indivisibilidade dos direitos humanos, reforçando a interdependência dos direitos, destacando ser impossível a efetivação dos direitos civis e políticos sem que haja o mesmo olhar acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Consoante Indira Bastos Marrul (2002, p.40):

Além disso, com a Conferência de Teerã, os princípios da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos foram afirmados e puseram um final “teórico” à visão compartimentada dos direitos humanos. Os oitenta e quatro (84) países reunidos nessa Conferência ao adotarem a Proclamação de Teerã, em seu parágrafo 13, afirmaram que: “Uma vez que os direitos humanos e As liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível”.

A referida conferência evidenciou a indivisibilidade e buscou pôs fim a segregação dos direitos humanos, haja vista que os Direitos Humanos não podem ser divididos em determinadas classes, pois, são autônomos e independentes, dotados de isonômica relevância no âmbito internacional. Nesse sentido, não o que se falar em sobreposição de direitos, bastando ver que todos os direitos humanos possuem a sua importância e todos se complementam.

Com efeito, a interdependência compreende a máxima de que todos os direitos humanos têm o seu objetivo de promover a dignidade da pessoa humana, com vista a garantir a proteção nos direitos e garantias de cada ser humano, sendo necessária a junção de todos os direitos humanos sem distinção de nenhum destes, haja vista a natureza mútua dos direitos humanos. (RAMOS, 2014, n.p)

Assim, vejamos;

Os direitos humanos são indissociáveis e qualquer distinção implica a negação dos próprios direitos humanos, motivo pelo qual a concretização dos direitos econômico, sociais e culturais deve ser, com fulcro na indivisibilidade dos direitos humanos, efetivada pelos Estados conjuntamente com os direitos civis e políticos, sendo, em caso de omissão estatal, direitos acionáveis e exigíveis no âmbito dos sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos, em especial nos sistema interamericano (RESENDE, 2015, p.68).

⁵⁸ PROCLAMADA PELA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS EM TEERÃO, 1968. 13. Uma vez que os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis, é impossível a plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. O alcançar de um progresso duradouro na realização dos direitos humanos depende de políticas de desenvolvimento econômico e social acertadas e eficazes, a nível nacional e internacional;

Ante o exposto, percebe-se a importância em se compreender os direitos humanos de forma indivisível e igualitária, com análise na interdependência e complementaridade.

Posteriormente, com todos os olhares voltados para a ascensão do DESC, foi realizada em Viena a II Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1993, que consagrou princípios basilares dos direitos humanos como a universalidade, indivisibilidade e interdependência,

O cerne da Conferência foi promover um estudo sobre os avanços nas questões envolvendo os direitos humanos e a reafirmando a promoção de todos os direitos inerentes a dignidade do ser humano, e, bem como, o compromisso com os objetivos contidos na Declaração Universal dos Direitos dos Humanos.

Apesar do momento de tensão na época da realização da Conferência, marcado por um momento de grande recessão e de grandes conflitos e diante da complexidade de organização, considerando a participação de mais de 170 países e de 248 organizações não-governamentais, a reunião possibilitou uma momento de reflexão sobre os direitos humanos e da necessidade de se criar ou recriar mecanismo de efetivação desses direitos (MARRUL, 2002, p.59).

Notadamente a indivisibilidade dos direitos humanos também foi destaque, sendo apregoadado no parágrafo 5º⁵⁹ que todos os direitos estão diretamente interrelacionados e interdependentes, destacando que a comunidade internacional precisar voltar os olhos para todos os direitos de forma isonômica.

Sob a influência das duas importantes conferências e diante do latente crescimento da pobreza e da discriminação nos países latino-americanos, viu-se a necessidade se repensar na ascensão dos direitos econômicos, sociais e culturais. Diante disso, como forma de minimizar a acepção originária, surgiu o Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de São Salvador), ratificado em 1998, disciplinado detalhadamente os direitos civis e políticos. (MARRUL, 2002, p.59)

Outro fator importante para o advento do Pacto foi à ascensão das desigualdades socioeconômicas nos países da América, haja vista que a ausência de proteção de direitos sociais podem dificultar a promoção da democracia e facilitar a implementação de governos autoritários, pois, não seria possível o gozo pleno da liberdade, sem que haja a efetivação do

⁵⁹ CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS, VIENA, 1993. 5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.

direito à saúde ou da educação, diante do caráter indivisível dos direitos. (MARRUL, 2002, p. 60)

As mudanças do cenário influenciaram a concretização do Protocolo de São Salvador, o preâmbulo ⁶⁰ do referido documento consagrou a necessidade de promover o reconhecimento da dignidade da pessoa humana por meio da indivisibilidade dos direitos civis e políticos com o os econômicos, sociais e culturais.

Ao passo que os direitos humanos avançavam, notou-se a necessidade de se impor a indivisibilidade destes direitos, considerando que na seara do sistema interamericano de direitos humanos, os direitos civis e políticos tinham uma maior amplitude no âmbito na Convenção Americana, tendo em vista que, por vezes, a proteção aos direitos civis e políticos era resguardada de forma ampla na Convenção e apenas o art.26 preceituava sobre a progressividade os direitos econômicos, sociais e culturais, a referida disposição se manteve até o surgimento do Protocolo de São Salvador. (RESENDE, 2015, p. 67)

No aspecto, Antônio Cançado Trindade (1999, p.51), em seu discurso na IV Conferência Nacional de Direitos Humanos, ressaltou o intuito de dos países em promover a inclusão dos direitos econômicos sociais e culturais na agenda de todos os países da América.

A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais figura com destaque na atual agenda internacional dos direitos humanos, no sentido de assegurar-lhes uma proteção mais eficaz, por ter sido sua implementação internacional negligenciada no passado. É, pois, de todo necessário dedicar atenção especial aos direitos postergados, que, face à atual deterioração das condições de vida de vastos segmentos da população em numerosos países, assumem especial projeção em nossos dias, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais. As raízes do problema residem no tratamento diferenciado, próprio do passado, das duas "categorias" de direitos, quais sejam, de um lado, os direitos civis e políticos, e de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais.

A catalogação definida para os direitos humanos na Convenção Americana de Direitos Humanos provocou uma espécie de segregação dos direitos econômico, culturais e entre outros, tendo em vista que, quando o legislador determina um maior espaço para tratar dos

⁶⁰ Os Estados Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros; (grifo nosso).

direitos civis e políticos, presume-se uma maior relevância para estes direitos, o que nem sempre se perfaz verdadeiro, considerando que todos os direitos humanos são interligados e se complementam de forma direta, não havendo distinção e ou maior relevância entre um ou outro.

Assim, todo o esforço acerca da concretização de um catálogo exclusivo sobre direitos econômicos, sociais e culturais advém da característica da indivisibilidade dos direitos humanos, que a assegura a vinculação indissociável de direitos e interação entre os mesmo. O Protocolo de São Salvador pôs fim a dicotomia entre direitos e surgiu como uma resposta já esperada por todos os países envolvidos, considerando que a maioria os Estados latino-americanos carecem de políticas públicas que envolvem direitos inseridos no sistema.

Nessa ótica, pensar a indivisibilidade é pensar na integração entre direitos. Não há razão para que exista uma dicotomia escancarada entre direitos, diante da essencialidade de todos os direitos. Assim o Protocolo de São Salvador nasce com um propósito, promover a invisibilidades dos direitos humanos e, por consequência, o fim da distinção de direitos.

Apesar do intuito maior do Pacto ser promover a isonomia entre direitos, não se pode afirmar que a dicotomia foi superada por completo, considerando que o art. 19.6 do referido documento assegura que somente o direito à educação, liberdade e associação sindical podem ser submetidos à jurisdição do Tribunal Interamericano.

O questionamento que surge com análise do dispositivo é de que será conseguimos superar a indivisibilidade dos direitos humanos? Ou há uma dicotomia mascarada que oferta maior proteção aos direitos civis e políticos?

A resposta para tais questionamentos pode ser ofertada pela própria jurisprudência da Corte Interamericana, que, por vezes, precisou tutelar violações a direitos sociais por via reflexa ou indireta. Logo, infere-se que há uma dicotomia disfarçada entre os direitos, considerando que toda a análise feita em questões envolvendo direitos sociais é indireta. Importante salientar que o caso, dá um passo largo no que tange a concretização da indivisibilidade, buscando romper paradigmas já postos e superar interpretações puramente gramaticais.

Notadamente, ainda não foi superado o paradigma hierárquico entre direitos, se assim fosse, não existira não motivos para esta pesquisa. O que é possível perceber é que direitos sociais são considerados periféricos e de segunda importância, sendo que a maior tese de defesa utilizada pelos Estados violadores é de que a Corte Interamericana não tem competência para apreciar questões envolvendo direitos do Protocolo de São Salvador. Essa tese defendida pelos Estados comprova que ainda existem resquícios de uma hierarquia de

direitos, o próprio art. 19.6 também corrobora o argumento de que ainda precisamos efetivar a indivisibilidade dos direitos humanos.

Evidentemente, decisões como a do caso Poblete Vilches vs. Chile contribuem para a concretização da indivisibilidade, quando se decide proteger um direito social como à saúde de forma autônoma, se quer reconhecer a sua essencialidade e indisponibilidade, haja vista que, por uma interpretação literal, a única possibilidade de análise seria por uma via reflexa ou indireta.

É salutar mencionar o esforço que os juízes progressistas da Corte fazem para romper ideários já postos e consagrar a indivisibilidade dos direitos humanos, haja vista que não há razões para se pensar em distinção entre direitos, mas sim na total integração entre estes.

4.3 A interpretação evolutiva a favor do Direito social à saúde

Na ótica hermenêutica, interpretar significa compreender o que o autor quis dizer ou que queria dizer, com base na linguagem utilizada. A semiótica ou signo de interpretação utilizada pode ser alterado de acordo com a percepção do leitor, por isso a importância de conhecer os tipos de interpretação (ECO, 2016, p. 245). A interpretação leva em conta dogmas ou verdades irrefutáveis do leitor. No entanto, a semântica considera o teor gramatical e puramente direto do texto, deixando a parte aspectos críticos e alternativos da norma. No que tange a interpretação semiótica, o olhar crítico é essencial, sendo um meio de conhecer a real finalidade do texto ou da norma.

Segundo Umberto Eco (2016, p.245):

A interpretação semântica ou semiótica é o resultado do processo pelo qual o destinatário, diante da manifestação linear do texto, preenche-a de significado. A interpretação crítica ou semiótica é, ao contrário, aquela por meio da qual procuramos explicar por quais razões estruturais pode o texto produzir aquela (ou outras alternativas) interpretações semânticas. Um Texto pode ser interpretado tanto semântica como criticamente, mas apenas alguns textos (em geral os de função estética) prevêm ambos os tipos de interpretação.

Nesse sentido, a efetivação dos direitos humanos pode depender também da maneira como o julgador interpreta. Os tribunais regionais internacionais têm buscado concretizar uma interpretação mais progressista e evolutiva, tudo em prol da tutela dos direitos humanos.

Nos ensinamentos de Miguel Reale, os estudos acerca da interpretação evolutiva sugeriram na segunda metade do século XX com juristas germânicos ou pandecistas, tendo com base o Direito Romano Contemporâneo. Podendo ser equiparada a “Escola da Exegese”, a

“Escola dos Pandectistas” na França, produziu grandes estudos acerca das técnicas de interpretação, já que à época inexistia um código privado e os usos e costumes eram considerados com basilares interpretativos. (REALLE, 2011, p. 265)

Diante do contexto, notou-se que a interpretação meramente histórica não seria suficiente para uma sociedade progressista, logo, se determinados estudos justificam a aplicação de uma teoria x, pode ser possível que um juiz oferte y, quando for lícito e adequado ao caso, pois, segundo os pandecistas, a lei pode ser valorada em face do quem a criou. (REALE, 2011, p. 266)

Um grande nome da ascensão do processo hermenêutico evolutivo foi Gabriel Saleilles, que ensinava que a lei era um instrumento vivo e após o seu nascimento se desprende da figura do legislador e passa a receber influências sociais. Nesse sentido, o texto legal passa a ser elástico e adequado aos novos contornos do ambiente e de acordo com a realidade da sociedade em que está inserida. No entanto, apesar da possibilidade de alteração do sentido da norma, os limites éticos e técnicos precisam ser respeitados, talvez esse seja o ponto crítico da interpretação evolutiva constitucional. (REALE, 2011, p. 266)

Nas lições de Strapazzon e Dalla (2011, p.258) “a interpretação evolutiva é, seguramente, um juízo discordante do significado comum atribuído ao estatuto normativo”. Assim, a interpretação não se resume, unicamente, na alteração do sentido da norma, mas a um estudo interpretativo que considera aspectos sociais do ordenamento jurídico onde a norma está inserida.

Notadamente, a interpretação evolutiva leva em consideração a dinâmica social e os anseios da sociedade, fazendo com o que os aspectos inicialmente irrelevantes passem a ter notoriedade.

A decisão judicial evolutiva, então, inova na ordem jurídica, e o faz sob os mais variados fundamentos. Uns são bem conhecidos da dogmática tradicional, como é o caso da máxima da integração de lacunas, outros são bem conhecidos da dogmática constitucional mais recente, como é o caso da máxima da *reserva legal razoável* ou *proporcional*, como será visto a seguir. No caso dos direitos fundamentais sociais, a interpretação evolutiva é uma prática constante, mas é também recomendada por estatutos internacionais prioritários. (STRAPAZZON, DALLA, 2011, p. 199)

É salutar compreender que o processo da interpretação evolutiva requer a utilização de técnicas adequadas e de limites hermenêuticos. No entanto, a decisão que utiliza de um método evolutivo, certamente será para ampliar a garantia de direitos fundamentais.

No método constitucional, a interpretação evolutiva se concretiza pela mudança informal do texto por meio de uma mutação constitucional. O método surgiu como forma de

adequar o texto legal as mudanças históricas, políticas e sociais, permitindo um maior alcance da norma à realidade fática. (BULOS, 1966, p.55)

Na ótica constitucional, o método visa adaptar a norma a um novo contexto social, sem a necessidade de reformar o texto constitucional, provocando uma elasticidade informal da norma e uma abertura interpretativa de conceitos indeterminados como “ordem pública”, “reputação ilibada” e interesse público. Nesse aspecto, uma interpretação puramente gramatical pode dificultar a noção de conceitos abertos e prejudicar o alcance da norma, interferindo diretamente na eficácia constitucional da norma. (BULOS, 1996, p.55)

Esse método interpretativo busca a elasticidade do texto legal diante das mudanças econômicas e sociais de cada contexto onde a norma está inserida, com vistas a promover uma progressividade dos direitos humanos.

Muito embora alguns doutrinadores considerarem a interpretação evolutiva como um processo informal de alteração da constituição, o método não se esgota nesse aspecto. O método evolutivo pode ser compreendido com uma possibilidade de interpretação da noção originariamente atribuído a uma norma, viabilizando a adequação da norma ao caso concreto, sem que isso pareça ilegal ou atípico, se concretiza pelo processo de análise e elasticidade da norma que foi posta. (STRAPAZZON, DALLA, 2011, p. 199)

Por esse ângulo, a Corte Interamericana tem desenvolvido a sua jurisprudência com base no método interpretativo evolutivo, a limitação do art. 62 da CADH não tem sido um óbice para que o tribunal tutele direitos não previstos na Convenção, justamente por conta de uma superação da interpretação clássica.

Identificar el alcance de un derecho es la otra faceta de la interpretación evolutiva y se caracteriza por la toma en consideración de ciertos contextos específicos del continente latinoamericano. La idea importante aquí, sobre la que es necesario insistir, es la idea de eficacia. La Corte hará todo lo posible para que los derechos consagrados en el texto del tratado tengan un alcance concreto y efectivo en El contexto eminentemente complejo y violento de la realidad latinoamericana (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p.123).

Nesse sentido, a predileção da interpretação evolutiva tem sido essencial para a mudança de paradigma da Corte Interamericana, o reconhecimento de um direito social não previsto na CADH e de forma autônoma denota uma superação do ideário puramente positivista e inserção para uma nova era de proteção máxima dos direitos humanos.

A interpretação evolutiva nada mais é do que reconhecer a progressividade dos direitos por meio de um novo olhar da norma, não é necessariamente alterar o texto

normativo, mas sim interpretar para além do que foi posto, levando em consideração aspectos contemporâneo e a garantia de direitos.

Assim, à época da criação da Convenção Americana de Direitos Humanos todos os olhos estavam voltados para a concretização dos direitos civis e políticos, diante dos resultados das atrocidades cometidas na segunda grande guerra mundial. Logo, os direitos sociais, econômicos e culturais ainda estavam em ascensão, apesar de serem genuinamente essenciais na vida de qualquer ser humano.

Na contemporaneidade, os direitos sociais entraram em cena e a necessidade de se pensar em mecanismos para efetivá-los ganhou um novo contorno. Nesse sentido, a interpretação evolutiva serve com um método que promove elasticidade do texto legal e adequada a norma a uma nova realidade, sem fazer qualquer acepção entre direitos civis, políticos e sociais.

Evidentemente, os estudos dos processos interpretativos favorecem sobremaneira a tutela dos direitos sociais, em especial à saúde. Nesse contexto, é salutar compreender a dimensão e os reflexos da decisão do caso em estudo na seara nacional, a reflexão do ideário do diálogo entre cortes e o *ius commune* latino-americano pode contribuir veementemente para se pensar na sentença do caso Poblete Vilches vs. Chile com um precedente importante para a ampliação da tutela da saúde jurisdição brasileira.

4.4 O diálogo entre cortes e o Ius Comumne Latino-Americano

O processo de redemocratização dos países da América iniciou-se por volta dos anos 1980 e toda a transição contribuiu para a ascensão dos direitos humanos com a ratificação dos tratados e convenções internacionais. O Brasil aderiu a Convenção Americana em 1992, reconhecendo a atuação contenciosa do Tribunal Regional Internacional apenas em 1998, todas estas ações denotam a preocupação do Estado brasileiro em confirmar o interesse na tutela dos direitos humanos.

É salutar mencionar que a maioria das Constituições latino-americanas possui cláusula abertas que possibilitam a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Conforme já explanado, os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal dispõem sobre a incorporação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Diante do processo de internacionalização do direito constitucional, a reflexão acerca do diálogo entre ordens jurídicas permite uma ampla abertura entre sistemas e a garantia da proteção dos direitos humanos.

O diálogo entre cortes permite uma integração de ordens nacionais e internacionais, promovendo uma abertura do direito e permitindo a conversa entre jurisdições. O movimento permite a interdisciplinaridade do direito e a superação do ideário monista e dualista do direito. (PIOVESAN, 2014, p.356)

As teorias clássicas do monismo e dualismo têm sido questionadas quanto a sua vinculação na modernidade. Os ideários buscam classificar a relação entre a ordem interna e externa e de qual ordem deve prevalecer. Nesse passo, o diálogo entre cortes busca construir uma superação da teoria monista e dualista, com vistas a promover uma conversação entre as ordens nacionais e internacionais.

A teoria monista, acunhada por Hans Kelsen, foi inspirada na teoria pura do direito. Nessa lógica, tratados internacionais e sentenças estrangeiras não encontram guarita numa ordem monista, onde a ordem interna é a única fonte do ordenamento jurídico. Já o dualismo, termo consagrado por Alfred Verdross, em 1914 e difundido por Triepel, defende que as ordens jurídicas são independentes e autônomas, de modo que não havia vinculação entre a ordem interna e a internacional. (GUERRA, 2016, n.p)

A teoria dualista identificava as duas ordens jurídicas (internacional e interna) de maneira tangente, isto é, elas poderiam se tocar, mas em hipótese alguma seriam secantes. Queria apresentar com o teorema a ideia de que as duas ordens jurídicas eram independentes e que nada teriam em comum. Essa independência teria como base três fatores: a) relações sociais: o homem era sujeito do Direito Interno e do Estado do Direito Internacional; b) as fontes do Direito Interno eram decorrentes da vontade Estado, enquanto o direito internacional tratava-se da vontade coletiva dos Estados manifestados pelos costumes e nos tratados; c) a estrutura do Direito Interno era de subordinação, isto é, as leis ordinárias subordinadas à Constituição, e a do Direito Internacional era de coordenação, logo, a convenção para ser usada internamente teria que se transformar em lei interna.(GUERRA, 2016, n.p).

Na contemporaneidade a ordem mundial passou a buscar uma conversação entre as ordens. No Brasil, a internacionalização dos tratados internacionais de direitos humanos previstas no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal corrobora a tese de superação do modelo monista e dualista, considerando a ascensão das normas que versam sobre direitos humanos em normas de status constitucional.

Todavia, como já explanado, estudiosos como a Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Antônio Cançado Trindade admitem que a previsão do parágrafo 3º só dificulta o processo de internacionalização, haja vista não ser necessário um rito específico de incorporação para tratados internacionais terem status de norma constitucional, já que todos os tratados e convenções de direitos humanos deveriam ter o mesmo status de uma norma constitucional.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda persiste as discussões acerca do status dos tratados internacionais que não foram submetidos ao rito previsto no parágrafo 3º do art. 5 da Constituição Federal. No entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 de 2008, o Supremo Tribunal Federal avançou na sua jurisprudência e ofertou o caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição.

O impasse perdurou por muito tempo, tendo em vista que alguns ministros possuíam um entendimento mais progressista e considerava a tese da constitucionalidade dos tratados, a maioria persiste em entender que os tratados que não forem submetidos ao rito possuíam o status da supralegalidade. (PIOVESAN, 2013, p.265).

Não obstante, o cerne do diálogo entre cortes é a ressignificação do sistema jurídico, promovendo uma abertura de sistemas sem que isso ultraje a soberania nacional, considerando a integração entre ordens nacionais e internacionais. O sentido do diálogo é a criação de um sistema aberto, capaz de ser influenciado por uma ordem internacional no intuito de promover a tutela dos direitos humanos.

O diálogo entre cortes pode ser caracterizado em três dimensões, a primeira corresponde ao diálogo entre jurisdições regionais, a exemplo da Corte Interamericana e Corte Européia. A segunda estuda o diálogo entre as cortes regionais e a jurisdições constitucionais e a terceira corresponde ao diálogo entre jurisdições constitucionais. No aspecto, a pesquisa terá o seu enfoque apenas no diálogo entre cortes regionais e jurisdições constitucionais sob à ótica do controle de convencionalidade. (PIOVESAN, 2013, p.325)

Por esse ângulo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem tido um papel importante na tutela dos direitos humanos no Brasil e como o Supremo Tribunal Federal tem a competência de tutelar a Constituição Federal, faz-se necessário analisar os impactos das decisões no Brasil e de como é possível haver um diálogo entre jurisdições. O notado diálogo entre cortes pode, certamente, contribuir para a satisfatória proteção dos direitos humanos.

As decisões da Corte Interamericana têm força vinculante e asseguram a reparação, em casos de violações e a proteção dos direitos humanos. Apesar de a Convenção Americana ter entrado em vigor em 18 de julho de 1978, somente no ano de 2006 as sentenças da cortes interamericana começaram a observar a importância do controle de convencionalidade, apregoando a necessidade dos juízes realizarem o exame de compatibilidade das normas, considerando não só a sentença proferida, mas como o tribunal interpreta essas normas.(MAZZUOLI, 2011, p.69)

Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado. Em outras palavras, seria a técnica *legislativa* pela qual o Parlamento, tendo em conta um tratado de direitos humanos em vigor no país, deixaria de adotar uma lei que com dito tratado conflitasse, a fim de não dar causa à responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Legislativo (MAZZUOLLI, 2011, p.77).

Mazzuoli (2011, p.78) ensina que o Caso Almonacid Arellano Vs. Chile foi a primeira sentença a sinalizar a necessidade dos juízes observarem não só a lei, mas, a partir do momento que um Estado adere a um tratado internacional, faz-se necessário analisar a adequação da sentença com a lei contrário, promovendo um controle de convencionalidade⁶¹. A Corte ressalta a obrigação do poder judiciário de analisar a adequação das normas em detrimento dos tratados aderidos pelo Estado.

A concretização do controle de convencionalidade produz um reforço a diálogo transnacional entre ordem internacionais e nacionais, buscando a abertura necessária entres ordenamentos e a promoção da cultura do diálogo.

Notadamente, quando um Estado aceita a jurisdição de um sistema regional há um interesse claro na integração entre ordens, o direito internacional pode sobremaneira contribuir para ascensão dos direitos humanos na ordem estatal.

Nos ensinamentos de Flávia Piovesan (2014, p.60), o diálogo entre cortes pode ser fortalecido diante do controle de convencionalidade e aponta, ainda, sete desafios para a concretização do *ius commune* latino-americano.

O *ius commune* latino-americano promove um novo olhar a acerca da tutela dos direitos humanos nos países da América, refletindo uma visão mais regionalizada diante dos problemas e das desigualdades. O ideário apregoa um novo direito constitucional comum dos países da América latina.

O estudo da proteção dos direitos sociais perante a Corte necessita de uma observação mais profunda acerca das questões sociais, considerando que a região latino-americana padece na concretização de direitos mínimos e é conhecida por ser uma região com imensa desigualdade social. Nesse aspecto, todos estes fatores e os percalços sofridos na busca da

⁶¹ CIDH, 2006. SENTENÇA DO ALMONACID ARELLANO E OUTROS VS. CHILE. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.

consolidação da democracia fizeram com o que as questões envolvendo direitos humanos fossem deixadas em segunda análise. Outra característica relevante dos países latino-americanos é a sua abertura normativa de ordem constitucional, que se revela no alargamento do texto constitucional na incorporação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, consagra-se pela integração entre o direito internacional e a ordem constitucional interna. (PIOVESAN, 2011, p.131)

Todo esse processo envolve uma evolução no processo constitucional, considerando que há algum tempo atrás o principal instrumento de poder público na sociedade era o Estado e pouco se pensava acerca da infiltração de outras ordens. Hodiernamente, as instituições supranacionais e internacionais podem influenciar sobremaneira a ordem interna, sem que isso promova qualquer tipo de prejuízo a soberania nacional. (BOGDANDY, 2014, p.5)

Importa salientar que conceito de soberania rígida não é mais o centro das discussões acadêmicas no que se refere aos países da América, haja vista, como já fora mencionado, a característica das constituições abertas e a consequente incorporação dos tratados internacionais. No aspecto, não há mais sentido de se questionar o caráter rígido da soberania, considerando a necessidade de integração entre a ordem nacional e a internacional.

Diante da tantas singularidades, faz-se necessário pensar em um novo constitucionalismo comum, que leva em conta todos os aspectos dos países latino-americanos. Nesse sentido, para a construção de um *ius commune* latino-americano é salutar observar três vetores essenciais; 1) avançar na concretização dos princípios de direitos humanos; 2) promover um abertura estatal e 3) construir instituições internacionais legítimas, todos com o cerne na promoção do diálogo, inclusão e pluralismo normativo. (BOGDANDY, 2014, p.8)

De início, é importante reconhecer a importância das instituições estatais na promoção do novo direito constitucional comum, o ideário não apregoa a exclusão dos princípios basilares dos direitos, mas sim a integração entre o direito público internacional e direito estatal. A premissa é que as instituições internacionais democráticas sejam fortalecidas e que viabilize a abertura dos Estados.

Sob a ótica do segundo objetivo, o processo de redemocratização e o fim da ditadura militar em alguns países contribuíram para a abertura normativa e a integração do direito internacional. As cláusulas normativas abertas fomentam a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos, a ascensão da hierarquia das normas de direito internacional é um claro exemplo, considerando que o caráter supralegal confere um status superior aos tratados internacionais. Sem contar, no caso brasileiro, onde determina o parágrafo 3º do art. 5º que todos os tratados que seguirem o rito predeterminado ganharão o

status de norma constitucional. Notadamente, a abertura da ordem não é a única solução para os problemas constitucionais, mas passa a ser um objetivo comum para a concretização do ideário. (BOGDANDY, 2014, p.9)

O terceiro objetivo tem a função complementar dos demais objetivos, visando propiciar um fortalecimento das instituições internacionais e um sistema sólido de direitos humanos. O intuito é a construção de um novo direito internacional público onde as ordens internacionais tenham um papel notório na ordem interna. Evidentemente, existe uma dificuldade de solidificar os princípios de proteção dos direitos humanos no Estado democrático de direito, de maneira a integrar a supranacionalidade e o direito internacional. (BOGDANDY, 2014, p.9)

Sabe-se que existe uma dificuldade de consolidar as instituições internacionais e a abertura da ordem interna se mostra como um caminho da implementação de ordens internacionais fortes e legítimas. É salutar ressaltar que na consolidação do novo direito constitucional comum o Estado ainda continua sendo o elemento central da ordem jurídica, permanecendo firme a soberania estatal.

Todo o processo reconhece o modelo transnacional no novo espaço político e, bem como, reconhece o caráter paradoxal do *ius commune*, considerando as características do universalismo e do particularismo. O universalismo apregoa que os direitos humanos são destinados a todos os seres humanos, sem distinção de raça, cor ou religião, ou seja, corroborando a idéia de que os referidos direitos passaram a ser dotados de aplicabilidade universal em todos os países, não se destinando apenas à países com um grande desenvolvimento econômico e social, sendo destinado à todos os cidadãos, sem haver distinção entre os destinatários do direito. Por outro lado, a noção de relativismo promove uma noção mais regionalizada de direitos, levando em conta as particularidades de cada região e a importância de princípios nessas regiões. (PIOVESAN, 2014, p.56)

A efetivação dos objetivos do *Ius Constitutionale Commune* pode influenciar os tribunais a promoverem um diálogo eficaz e permanente, sem que haja uma competição entre jurisdições, mas sim uma integração na busca da promoção dos direitos humanos.

El concepto de diálogo no implica acuerdo o armonía; a menudo hay desacuerdo entre los participantes de um diálogo. Em el campo del derecho, el conflicto es um factor permanente y también se presenta em la relacion entre tribunales. Es evidente que los tribunales no solo buscan La mejor solución, sino que también desean preservan, o incluso afianzar, su próprio posicionamento em la nueva constelación, o bien, pretenden hacer realidad los proyectos normativos que juzgan importantes. Los tribunales muestran preocupación por su papel público y son cuidadosos de La posición que ocupan frente a otros tribunales (BOGDANDY, 2014, p.15).

Importa ressaltar que é necessário que haja um acordo comum para que a harmonia seja presente no diálogo entre tribunais. O ideário também não coaduna com o entendimento de que exista uma palavra final, sendo imprescindível o fortalecimento do diálogo e a busca constante pela proteção dos direitos humanos.

Por esse ângulo, a inclusão assegura a ascensão da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, levando em conta o atraso na promoção das políticas públicas nos países latino-americanos e a crescente desigualdade social. No aspecto, é salutar mencionar a importância da inclusão para a construção ideológica de um novo direito comum. Por fim, a observância do pluralismo jurídico pode contribuir para a superação do monismo e dualismo jurídico, sendo necessário o avanço para a construção de uma ordem plural, democrática e aberta.

Nessa lógica, o caso *Poblete Vilches vs. Chile* pode gerar grandes reflexos para o estado Brasileiro, considerando a lógica do *Ius Comune* latinoamericano e a integração da ordem nacional com a internacional. Sem embargo a decisão sem em face do Estado do Chile, o reconhecimento do direito à saúde de forma autônoma traduz um reforço ao pluralismo jurídico e consequente ascensão dos direitos sociais.

Quando falamos em uma ordem aberta, pensamos também no diálogo entre tribunais internacionais com a ordem interna. Assim, uma decisão tão emblemática como a do caso em estudo pode contribuir para a tutela do direito à saúde em outros países inseridos no Sistema Interamericano.

Conforme já mencionado, este é o primeiro caso em que a Corte Interamericana reconhece a violação do direito à saúde de forma autônoma, sem suscitar qualquer tipo de violação reflexa para proteger esse direito. A fundamentação da decisão favorece a discussão relativamente a utilização de documentos internacionais globais no amparo aos direitos humanos na ordem regional e a obrigação de se pensar numa ordem indivisível e que assegura proteção igualitária aos direitos sociais no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

4.5 A tutela do direito à saúde sob a perspectiva do caso *Poblete Vilches Vs. Chile*

A tutela autônoma do direito à saúde no Corte Interamericana ganha um novo contorno com a publicação da sentença do caso *Poblete Vilches Vs. Chile*, a interpretação

utilizada propõe um novo olhar acerca da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

No caso em estudo, o Tribunal se utilizou de uma análise mais ampla e direta da utilizada no caso *Lagos Del Campo Vs. Peru*⁶², primeiro caso em que a Corte interpretou amplamente a dimensão do art. 26 da Convenção Americana e garantiu a justiciabilidade dos direitos sociais. A norma assegura que os Estados parte se comprometam a implantar medidas internas e externas, por meio da cooperação internacional, com o objetivo de garantir a progressividade dos direitos sobre econômicos, sociais e culturais previstos na Convenção Americana, por meio de reformas legislativas e políticas públicas afirmativas.

A previsibilidade da norma na Convenção Americana ensina sobre a necessidade de tutela não só para os direitos civis e políticos, mas também para os direitos econômicos, sociais e culturais. A regra denota a necessidade de se observar os direitos humanos de forma universal, não estando restrito a um único documento, mas com análise de importantes documentos internacionais e declarações, que mesmo com status de norma de conteúdo *soft law*, são consideradas como importantes instrumentos para promoção dos direitos humanos.

A norma com essência *soft law* é caracterizada como de cunho discricionário e não obrigatório, indo de encontro com o conteúdo imperativo do direito. Apesar do paradoxo, dentro da seara internacional é possível encontrar diversas normas que possuem grandiosa importância, todavia, a sua aderência é discricionária e não obrigatória. (BERTOLDI, OLIVEIRA, 2012, p.6269).

⁶² Corte IDH. Sentença do Caso Lagos del Campo Vs Perú. Sentença de 31 de Agosto de 2017, p.4. El caso sometido a la Corte. – El 28 de noviembre de 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana” o la CIDH) sometió a la jurisdicción de la Corte el caso Lagos del Campo contra la República del Perú (en adelante “el Estado” o “Perú”) ante la jurisdicción de la Corte Interamericana. De acuerdo con la Comisión, el caso se relaciona con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo (en adelante “Lagos del Campo”) el 26 de junio de 1989 como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli. Según la Comisión, las manifestaciones dadas por el señor Lagos del Campo habrían tenido el objeto de denunciar y llamar la atención sobre actos de injerencia indebida de los empleadores en la vida de las organizaciones representativas de los trabajadores en la empresa y en la realización de elecciones internas de la Comunidad Industrial. Asimismo, la decisión de despido fue confirmada por los tribunales nacionales del Perú. Además, “[l]a Comisión determinó que el despido del señor Lagos del Campo constituyó una injerencia arbitraria en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión [...]. La Comisión determinó que se aplicó el castigo más severo previsto en la legislación con consecuencias notables en la libertad de expresión de la [presunta] víctima en tanto dirigente de trabajadores y en el derecho colectivo de trabajadores de recibir información sobre asuntos que le conciernen”. Finalmente, la Comisión precisó en su Informe de Fondo que lo que corresponde determinar en el presente caso es si el Estado cumplió su deber de garantizar los derechos de la presunta víctima en el contexto de las relaciones laborales, atendiendo a los alcances de los derechos reconocidos en la Convención Americana.

Após a abertura, a doutrina tem compreendido que a sistemática interpretativa do órgão regional passou a ser mais ampla, se valendo como porta de entrada a previsibilidade do art. 26 e o princípio da progressividade dos direitos sociais.

Seguindo a interpretação utilizada pelo tribunal, sinaliza Pedro A. Villarreal (2018, p.288).

Aunado a ello, en el caso Poblete Vilches vs. Chile salta a la vista uno de los principales interrogantes en torno al Protocolo de San Salvador: La Corte IDH no hace referencia alguna a este instrumento en la sentencia, en el entendido de que Chile no lo ha ratificado y, por tanto, invocarlo para atribuir responsabilidad podría resultar en la aplicación extensiva del Protocolo a un país que ha optado de manera explícita por no suscribirlo. Al mismo tiempo, esto suscita incertidumbre respecto del valor agregado del Protocolo de San Salvador tratándose de casos individuales,²⁵ como lo es la cuestión de si generaría algún tipo de obligación autónoma en el caso del derecho a la salud.

Verifica-se que a Corte, apesar da sua importância, restringe a competência a casos somente de violação direta à Convenção Americana de Direitos Humanos. Logo, com base numa interpretação puramente gramatical, não seria possível que a Corte Interamericana analisasse o caso da vítima Poblete Vilches, considerando que o principal direito ultrajado é a saúde. Notadamente, a apreciação de uma violação só seria possível por via reflexa, quando um direito civil ou político previsto na Convenção Americana fosse conjuntamente ultrajado. Todavia, diante da importância desses direitos e com base na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a Corte reconheceu a possibilidade de analisar diretamente e por via autônoma o direito à saúde.

A Corte, atenta ao novo movimento global de proteção dos direitos humanos reconheceu a interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e sinalizou a importância da tutela do direito à saúde em diversos documentos internacionais, ressaltando ainda a previsibilidade do direito à saúde em diversas constituições da América, como a do Chile⁶³, Argentina, Brasil e de outros países.

Agrega, además, que el derecho a la salud se encontraba protegido en el artículo 19, inciso 9 de la Constitución chilena, y que existe un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de La región (RONCONI, 2018, p.324).

⁶³ Corte IDH, Caso Poblete Vilches vs. Chile. Sentença de 8 de março de 2018, p. 36. Además, la Corte observa un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región, entre ellas: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

A maioria dos países da América assegura a proteção do direito à saúde, considerando a sua singularidade e urgência. O caráter fundamental do citado direito denota a urgência na promoção de políticas públicas para sua ampla tutela e reparação.

Levando em conta o caráter urgente e necessidade de se pensar na integração de direitos, faz-se necessário observar a essência da indivisibilidade, que roga que todos os direitos humanos possuem a mesma relevância e abrangência no mundo jurídico, não havendo distinção entre estes direitos.

Nos apontamentos de Martín Aldao e Laura Clérico (2018, p.357):

Una vez establecida tanto la vulneración del derecho a la salud en el caso concreto, como la obligación de especial atención a la situación de vulnerabilidad de Poblete Vilches, la Corte IDH despliega tres líneas argumentativas complementarias que, sin afectar la autonomía del derecho social a la salud, refuerzan los fundamentos de la sentencia y resaltan los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al conectar el derecho a la salud con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la autonomía. Así, la omisión de prestación de servicios básicos de salud en los casos en que el personal médico se encuentra en conocimiento de una situación de urgencia constituye una vulneración del derecho a la vida, lo que implica una falta de disponibilidad del derecho a la salud.

A indivisibilidade busca assegurar, no contexto de valoração, a igualdade entre todos os direitos fundamentais à dignidade humana, considerando a relação de interdependência dos direitos humanos⁶⁴. Além das características dos direitos humanos, outros fatores como a vulnerabilidade e a proteção da integridade pessoal de pessoas maiores também influenciaram diretamente a tutela autônoma do direito à saúde.

A Corte avançou em reconhecer diretamente a tutela da saúde no sistema regional, principalmente a respeito da proteção da saúde de pessoas maiores, reconhecendo a vulnerabilidade individual do Sr. Poblete Vilches e a necessidade de proteção reforçada da saúde da vítima, diante do seu delicado quadro de saúde à época da violação. (RONCONI, 2018, p, 332)

⁶⁴Corte IDH, Caso Poblete Vilches vs. Chile, Sentença de 8 de março de 2018, p.6. En segundo lugar, reitero mi desacuerdo con los alcances que la Sentencia da al principio de interdependencia e indivisibilidad en relación con su interpretación al artículo 26. En efecto, dicho principio señala que el disfrute de un derecho depende para su existencia de la realización de otros, pero ello no implica que automáticamente se deban incorporar DESCAs al contenido de la Convención. De similar manera, en relación al principio de indivisibilidad, es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y no deben ser vistos de manera aislada, pero la indivisibilidad de los derechos tampoco es suficiente para modificar la competencia de un tribunal, como lo proponen quienes pretenden una justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 de la Convención¹². De hecho, los principios de indivisibilidad e interdependencia son congruentes con un análisis de los DESCAs desde la perspectiva de la conexidad, pues su aplicación no implica una expansión ilimitada de las competencias de la Corte, pero sí permite un entendimiento más amplio de los derechos protegidos por la Convención.

A sentença, coerentemente, julgou um caso de violação de direitos humanos de um cidadão adulto, mas a decisão trouxe reflexos para toda população, evidenciando a tutela coletiva. A decisão impôs a necessidade de reparação material e imaterial para os familiares da vítima e condenou o Estado do Chile a implementar políticas públicas de proteção integral a pessoas maiores e a fortalecer o Instituto Nacional de Geriatria.

O reconhecimento da Corte Interamericana em fortalecer a análise dos direitos sociais e pôr fim a óbice gramatical previsto no art. 62 Convenção Americana gera uma segurança jurídica acerca da tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais, ratificando, no caso, a singularidade do direito à saúde e a interpretação evolutiva dos direitos humanos.

Inegavelmente a saúde é considerado como um direito essencial para toda a sociedade, não é por menos que a decisão de tutelar este direito de forma autônoma diz muito sobre o atual momento da Corte Interamericana.

A decisão em estudo promoveu um intenso debate acerca da proteção da saúde de pessoas idosas em caso de urgência, destacando as obrigações dos estados em promover medidas que assegurem o bem estar de todos os indivíduos em ambiente hospitalares

A corte considera o direito à saúde como indispensável para vida, haja vista não ser possível desfrutar da vida, sem a saúde. No aspecto, todo ser humano tem direito de viver dignamente o mais alto nível de saúde, considerando a saúde não só como a simples ausência de doenças, mas permitindo o gozo de bem estar físico, psíquico e social em sua inteireza. Compreendendo, bem como, a promoção do acesso à saúde através de serviços médicos e hospitalares de qualidade, como forma de propiciar uma melhor condição de saúde.

Diante do contexto, o tribunal evidenciou medidas específicas que os Estados precisam tomar para que haja o pleno acesso saúde, ressaltando a obrigação estatal tanto na esfera pública, quanto na privada.

Por esse ângulo, aduz que em casos de urgência, os Estados devem satisfazer quatro vetores, a disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e a qualidade. Quanto à disponibilidade, é salutar que todos os estados contem com estabelecimentos de saúde em todos os níveis, buscando integralizar a saúde e promover programas e políticas públicas sobre a matéria, com fulcro em tutelar todos os indivíduos. A respeito da acessibilidade, com base nas orientações internacionais, faz-se necessário impedir qualquer tipo de limitação ou discriminação física, social ou econômica no acesso à saúde pública ou privada, promovendo um sistema de saúde inclusivo.

Desta feita, a aceitabilidade promove um debate acerca da necessidade de se pensar na conduta social dos médicos inseridos no sistema público ou privado de saúde, incluindo, no

aspecto, a perspectiva gênero como essencial para ideal tratamento do paciente. Por fim, a qualidade, que impõe a obrigação dos Estados em cuidar da infraestrutura dos hospitais, com vistas a satisfazer as necessidades básicas dos pacientes e viabilizar o serviço em casos de emergência.

Ademais, o trato isonômico entre as pacientes também foi centro de estudo na decisão, ressaltando a previsão do art. 1.1 da CADH⁶⁵ que proíbe qualquer forma de discriminação por motivo de raça, cor, religião ou condição social. O referido artigo deixa aberto critério de inclusão de mecanismo de que impeça a exclusão de qualquer cidadão, sendo considerada uma cláusula aberta. Nesse sentido, a ampla proteção da saúde impede que haja um obstáculo no acesso eficaz da saúde, como evidenciado no caso uma violação reflexa ao direito à vida do indivíduo. Todos os indivíduos merecem a plena proteção da saúde, para pessoas idosas, o alcance é alargado, levando em consideração a posição vulnerável dos indivíduos.

Não é simples o estudo do direito à saúde, tendo em vista a sua dificuldade de efetivação. No âmbito nacional e internacional regional a realidade não se difere, vislumbramos a todo tempos discussões acerca da deficiência de serviços básicos e complexos de saúde. Todavia, o cenário se altera lentamente, pouco se avança. Tratamos o conceito de saúde com essencialidade e valoração, mas lidamos com uma realidade caótica. Questões como a do caso em estudo é rotineira em países latino-americanos, não é difícil se deparar com casos envolvendo erros médicos e ausências de procedimentos adequados nos hospitais brasileiros.

Sem embargo a realidade massacrante do caso em estudo muito se pode extrair da decisão proferida em face do estado do Chile, inclusive o avanço na inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A justiciabilidade do direito à saúde na CIDH assegura mais um mecanismo de tutela internacional dos direitos humanos em casos de violação a este direito de cunho vultoso.

O cenário não é o ideal, na prática a situação parece muito preocupante e pouco favorável, tratamos de um problema mundial em que insere muitas pessoas. O presente trabalho possui um enfoque acerca da proteção na esfera internacional, mas o reflexo dessa tutela também interessa ao sistema público de saúde brasileiro, que enfrenta problemas preocupantes nesta seara.

65 Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. 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. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

A consagração da justiciabilidade autônoma do direito à saúde abre um leque de possibilidades para os países inseridos no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, justamente pelos problemas orçamentários e éticos que enfrentam alguns países latino-americanos.

Pensar em saúde é pensar em vida. O peso da frase diz muito sobre a necessidade de se refletir sobre ações básicas de saúde que possibilitem o pleno gozo dos demais direitos, não há razões para se realocar a saúde para uma posição periférica.

No aspecto, fortalecer e consolidar a indivisibilidade dos direitos humanos é reconhecer a importância de todos os direitos os direitos. Consoante os ensinamentos de Flávia Piovesan (2004, p. 28), os direitos humanos são um “adquirido axiológico” em constante mutação, sendo redefinido de acordo com o contexto onde está inserido, logo, não como um construído ideológico. Assim, diante dos avanços obtidos ao longo dos anos não há o que se pensar em hierarquia axiológica de direitos, mas sim numa igualdade formal e material.

Notadamente, a Convenção Americana ainda é um pacto de direitos civis e políticos, sem qualquer alteração formal no seu conteúdo desde a sua criação. No mesmo sentido, o Protocolo Adicional à Convenção também só tutela os DESC, restringindo a sua justiciabilidade aos direitos de liberdade sindical, associação sindical e educação. O caráter formal específico certamente continuará em vigência e as normas limitadoras também, no entanto, a construção hermenêutica e a consagração de princípios de direitos internacional contribuíram para o avanço da interpretação literal e um passo para interpretação evolutiva.

Se pensar na superação de uma dicotomia é garantir que o direito à saúde seja efetivado de forma plena e integral, sem que haja óbices para impedir a punição aos estados violadores. Importa ressaltar que as punições, apesar de parecerem ultrajantes, podem beneficiar toda uma sociedade, considerando os efeitos coletivos de uma decisão dessa monta.

A tutela coletiva permite que, por exemplo, haja melhoria nos serviços públicos de saúde, hospitais, centros de reabilitação, unidades de saúde básica e outros. A punição, nesses casos, pode se tornar um grande incentivo para mudanças na legislação e melhorias nas ações positivas de saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção interamericana do direito à saúde sempre foi centro de discussões acadêmicas e jurídicas. Justamente pelo contexto em que está inserido o Protocolo de São Salvador e pela impossibilidade de se levar um caso contencioso para o Tribunal Interamericano. As decisões que envolvem do direito à saúde na corte sempre ofertaram uma papel periférico ao direito sanitário, passando a utilizar como fundamento central os direitos civis e políticos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Evidentemente, a contemporânea decisão inovou o modelo decisório em que a Corte Interamericana se utilizava ao longo dos anos, considerando que não há nenhuma previsão do direito à saúde na Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive, o que existe é uma limitação no o art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, impossibilitando a análise dos direitos sociais, econômicos e culturais perante a Corte Interamericana, órgão com função jurisdicional do Sistema Interamericano.

Ademais, o art. 19.6 do Protocolo de São Salvador também cria uma restrição de análise de possíveis violações de econômicos, sociais e culturais, com exceção apenas do direito à educação, liberdade sindical e associação sindical.

Notadamente, a limitação gramatical gerou por muitos anos um estranhamento na comunidade jurídica, considerando que a maiorias dos países latino-americanos padecem com a ascensão das desigualdades sociais e, bem como, com a ausência ações básicas que propiciem a promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais. No aspecto, considerando o contexto dos países envolvidos no Sistema Interamericano, passou-se a se questionar a necessidade de promoção da progressividade dos direitos sociais previstos no art. 26 da Convenção Americana.

Apesar da menção da progressividade, a maioria dos estados violadores utilizam a tese de defesa da incompetência material da Corte Interamericana para tutelar direitos sociais, construindo um óbice para a proteção ampla desses direitos.

Superando a norma, a Corte ampliou o modelo interpretativo, sob a perspectiva de que é necessária a proteção dos direitos sociais, sem necessariamente ser preciso se valer de uma análise reflexa de um direito civil, para a ampla tutela de um direito social, sendo possível reconhecer a violação destes direitos de forma autônoma.

A sentença do caso *Poblete Vilches vs. Chile* sinaliza uma mudança no paradigma interpretativo utilizado pelo órgão julgador, ao analisar diretamente um direito não previsto na Convenção Americana e sinalizando a necessidade de reconhecer a indivisibilidade e

interdependência dos direitos humanos. A ausência de um dispositivo legal não pode ser óbice para a tutela de um direito tão singular, considerando ainda a ausência de dicotomia entre direitos.

A indivisibilidade é uma das principais características dos direitos humanos e apregoa a integração entre direitos em busca da igualdade, dispondo sobre interdependência entre direitos, considerando que todos os direitos estão intrinsecamente ligados e possuem a mesma importância na seara jurídica. Logo, não há razão para que alguns direitos tenham uma maior abertura no sistema em detrimento de outros.

A decisão ressalta, ainda, a obrigação dos Estados partes e promover políticas públicas de proteção do direito à saúde, em especial a dos idosos em situação de emergência, promovendo um grande debate acerca da vulnerabilidade dos idosos em situação de urgência e emergência. Evidenciando que a saúde é um direito de todos, tendo um conteúdo jurídico de extrema importância e essencialidade para vida de todos os cidadãos.

Notadamente, considerando as características dos direitos humanos, a sentença manifesta na necessidade de reconhecer a o caráter fundamental do direito à saúde diante da sua singularidade e previsão não só perante o sistema regional, mas no sistema global e na própria constituição do estado do Chile. A decisão pioneira superou a tese do caso Lagos Del Campo Vs. Peru que sinalizava a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais com base na normatividade do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo, até então, a porta de entrada de análise dos direitos sociais na Corte.

Nesse aspecto, fomentar a ascensão da Indivisibilidade pode contribuir para a superação de uma interpretação puramente gramatical para a evolutiva. A interpretação evolutiva visa superar as lacunas legislativas em prol de uma decisão mais progressista, buscando romper interpretações mais clássicas e abrindo caminhos para a construção evolutiva em matéria de direito humanos, tendo como fundamento o princípio *pro-homine*.

Por esse ângulo, infere-se que com base no princípio *pro-homine*, a análise puramente gramatical pode gerar uma dicotomia entre direitos, produzindo uma espécie de hierarquia velada entre direito. Assim, faz-se necessário se pensar no direito a favor do homem, consagrando uma ampla proteção e possibilitando que a Convenção Americana se torne um “instrumento vivo” na proteção dos direitos humanos.

A pesquisa buscou enfatizar a o tipo de interpretação utilizada pelo Tribunal Interamericano e quais os caminhos utilizados para a possibilidade de proteção do direito à saúde de forma autônoma, restando comprovado que por meio da interpretação evolutiva e da indivisibilidade dos direitos humanos a Corte trilhou um novo caminho e resguardou a saúde

com um direito autônomo e suficiente, posicionando o direito à saúde para um lugar de destaque.

Pensar em saúde é pensar em vida. De fato não há como desvincular o ideário da saúde com o direito à vida. A saúde está intrinsecamente ligada aos outros direitos como educação, lazer, trabalho, logo, não há como não se pensar em mecanismos nacionais e internacionais para a tutela desse direito, entrando em cena a característica da indivisibilidade. A consagração autônoma desse direito corrobora a tese de que há uma abertura da ordem regional na busca da consagração dos direitos sociais.

No aspecto, considerando que o Brasil é país signatário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, órgão regional de proteção dos direitos humanos dos países da América, buscou-se evidenciar a amplitude da tutela da saúde na Corte Interamericana e de que como a Sentença do Caso Poblete Vilches pode refletir na esfera nacional, tendo como base o diálogo entre cortes. O ideário visa propiciar uma integração entre a ordem nacional e a internacional, promovendo uma conversação entre jurisdições.

Destarte, considerando a com base no que apregoa a teoria do diálogo entre cortes, é possível se pensar no *ius commune constitutionale latino-americano* ou um novo direito comum dos países da América, que leva em considerações aspectos mais peculiares dos países envolvidos e se recria o direito a partir do caráter regional do sistema jurídico. É salutar compreender que as peculiaridades de cada sistema podem contribuir para interpretação do direito e garantir a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais e humanos.

Diante da abertura de sistemas jurídicos e considerando a necessidade de reforçar a tutela do direito social à saúde, o diálogo entre cortes pode favorecer para que o estado brasileiro concretize medidas legislativas e assegure a tutela da saúde no âmbito estatal, favorecendo a concretização do *ius commune latino-americano*. A conversação entre sistemas jurídicos permite que as decisões de cada país leve em conta a fundamentação jurídica de outros tribunais, com objetivo fomentar a progressividade dos direitos humanos por meio de uma abertura sistemática e da interpretação evolutiva dos direitos humanos.

Certamente que nenhum país signatário de um Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos busca uma condenação por violação a estes direitos quando ratifica um tratado ou Convenção. Todavia, sob um viés mais ampliativo, vê-se, que, mesmo que a condenação tenha um condão punitivo, esta pode influenciar ou impulsionar não só o país violador, mas a todos os países signatários do sistema a buscarem mecanismos de proteção dos direitos humanos por meio de ações e políticas públicas concretas.

Avanço da tutela dos direitos sociais da Corte traduz um passo significativo na progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito regional. O reconhecimento autônomo de um direito tão singular e imponente reflete na proteção da vida. O caminho é árduo, a batalha é constante.

Nesse sentido, a superação de um ideário clássico escreve um novo capítulo e a abertura das portas da Corte Interamericana é um sinal de que o contexto regionalizado pode influenciar a mudança de um paradigma já posto. É necessário refletir na inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais com um caminho para a larga concretização dos direitos humanos, em especial, à saúde.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José Melo. **A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional**, 2010. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/793-1198.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, ed. Malheiros, 2 ed. 2006.
- ANTONIAZZI, Mariela Morales. CLÉRICO, Laura (Coord.) **Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH**, México, 2018.
- ARAUJO, Luis Cláudio Martins de. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais**. Revista da AGU, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/12.-Luis-Claudio-Araujo-Dialogo-de-cortes.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BATISTELLA C. **Abordagens contemporâneas do conceito de saúde**. In: Fonseca AF, Corbo AD, organizadores. *O território e o processo saúde-doença*, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000164&pid=S1413-8123201300060001500036&lng=pt>. Acesso em 14 jun. 2019.
- BEZERRA, Italla Maria Pinheiro; SORPRESO, Isabel Cristina Esposito. **Conceitos de saúde e movimentos de promoção da saúde em busca da reorientação de práticas**. São Paulo, 2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822016000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 jun. 2019.
- BINENBOJM, GUSTAVO. **Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante**. Disponível em <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_180.pdf>. Acesso em 19 dez 2018.
- BRASIL, Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 set. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dez. de 1999. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. "protocolo de são salvador"**. Brasília, dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de La Interpretación de La Convención Americana de Los Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, Santiago, v.12, n.1, 2014. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 20 nov. 2019.

CEIA, Eleonora Mesquita. **A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL). **La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano** / CEJIL, Costa Rica, 2005. Disponível em: <<https://cejil.org/es/proteccion-derechos-economicos-sociales-y-culturales-y-sistema-interamericano>>. Acesso em 25 jun.2019.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE (Alma-Ata). Disponível em <<http://cmdss2011.org/site/wpcontent/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Relatório final**. Brasília, 1986. Disponível em<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 29 mai. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO), 1946. Disponível em<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

CORDEIRO, Laís vaz. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do constitucionalismo multinível, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade: desafios e limites**. Goiás, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5442>>. Acesso em: 30 jun 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do Caso Lagos Del Campo vs. Perú**, 2017. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf >. Acesso em 18 mar. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile**. 2018. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. 2018>. Acesso em 18 mar. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do Caso Ximenes Lopes versus Brasil**, 2006. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 18 mar. 2019.

COURTIS, Christian. **La protección de los derechos económicos, sociales y culturales através del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Disponível em: <http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_proteccion_de_derechos.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019.

CZERESNIA, Dina. **The concept of health and the difference between promotion and prevention**. Cadernos de Saúde Pública, 1999.

DALLARI, Sueli G. **A Construção do Direito à Saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>. Acesso em: 16 jul. 2019.

de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Revista Jurídica da Presidência, v. 10, n. 90, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 15 set. 2018.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. **A incorporação dos tratados internacionais**

ENGSTROM, Par. **El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las relaciones Estados Unidos-América Latina**, México, 2015. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2015000200454&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23 jun. 2019

FAVELA, José Ovalle. **La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos**. México, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000200005>. Acesso em: 06 fev. 2019.

FLEURY, Sonia. **Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído**, Revista Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010>. Acesso em 14 jun. 2019. [index.php/saj/article/view/252/240](http://www.scielo.br/saj/article/view/252/240)>. Acesso em: 12 nov. 2019

JÚNIOR, Lier Pires Ferreira; Vauthier, Paulo Emílio. **Direitos humanos e direito internacional**. 1º. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig, MORAES, Maria Valentina de. **O diálogo entre cortes nacionais e internacionais frente à proteção dos direitos humanos e fundamentais**. Disponível em <<file:///C:/Users/AC/Downloads/17818-18306-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 dez 2018.

MARÇAL, Julia Dambrós; DE FREITAS, Riva Sobrado. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. 2013. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4037>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

MARRUL, Indira Bastos. **O fortalecimento da indivisibilidade dos direitos humanos no sistema interamericano: efetiva garantia para o direito à educação**. 2002. Revista IIDH, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06835-2.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

MARTINS, Flavia Bahia. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2019.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Pará, 2012. Disponível em: <https://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 2, n. 21, 2001. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/642/r14815.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 3, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo. 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito sanitário e saúde pública**, Departamento de Gestão da Educação na Saúde, Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília, Ministério da Saúde. 2003.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>>. Acesso em: 05 dez. 2019

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. **Interpretando a Interpretação? Uma Análise Da Racionalidade Jurídica Das Sentenças Proferidas nos Casos Sobre Propriedade Comunal Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, Vol. 2, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/AC/Downloads/892-1778-2-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AC/Downloads/892-1778-2-PB%20(1).pdf)>. Acesso em 28 nov. 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. **Diálogos Judiciais Sobre Direitos Humanos No Ius Constitutionale Commune Latino-Americano**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331639762_dialogos_judiciais_sobre_direitos_humanos_no_ius_constitutionale_commune_latino-americano>. Acesso em 15 dez. 2019.

PINTO, Mónica. **El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia C. Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, 2011.

PIOVESAN, Flávia, FREITAS, Daniel C. **O Pacto de San José da Costa Rica e a Jurisprudência Interamericana em Matéria de Direito à Saúde**, Revista do Direito Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>>. Acesso em 23 jun.2019.

PIOVESAN, Flávia. **A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. São Paulo, 2002. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_justicializacao_sip_oea.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.); GERBER, Konstantin (Org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. São Paulo. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, Vol. 8, 2006. Disponível em: < <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1117>>. Acesso em 14 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Disponível em:< http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<http://lelivros.me/book/baixar-livro-curso-de-direitos-humanos-andre-de-carvalho-ramos-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em 15 mai. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. **Brasília, Revista CEJ, 2005**. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/663>. Acesso em: 23 jun. 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 2011.

RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos**.1 ed. Belo Horizonte: fórum, 2015.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; VINCE, Fernando Navarro. **Direitos Sociais e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos: O Caso Lagos Del Campo Vs. Perú Julgado pela Corte Interamericana**. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, vol. 6, n. 2, 2018. Disponível em: < www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>. Acesso em 14 nov. 2019.

RIBEIRO, Weslley C, Julio, Renata Siqueira. **Direito e sistemas públicos nas constituições brasileiras**, Revista NEJ, 2010. Disponível em <www.univali.br/periodicos>. Acesso em 20 jun. 2019.

RICHARD MBAYA, Etienne. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Instituto de Teoria Geral de Direito, do Estado e de Filosofia Política e do Instituto de Direito Público Internacional e de Direito Público de Estrangeiros, São Paulo, 1995. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141997000200003>. Acesso em: 23 mar. 2019.

SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Peru, 2012. Disponível em: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. Porto Alegre. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista Doutrina TRF4, Salvador: 2007. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2 ed. São Paulo: SENAC São Paulo.

SCLIAR, Moacyr. **História do conceito de saúde**. Physis. 2007, vol.17, n.1, pp.29-41. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Acesso em 10 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; DALLA COSTA, Fernanda. **Direitos fundamentais de seguridade social e interpretação judicial evolutiva: princípios hermenêuticos da ONU e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficácias dos Direitos Fundamentais. Disponível em:<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/931>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

TAVARES, Paulo César. **A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15867-15868-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 20 dez 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.html>. Acesso em: 24 jan. 2016.

UFS - Universidade Federal de Sergipe. **Manual de normas para elaboração de dissertações e teses**. São Cristóvão: UFS. 2012.

VON BOGDANDY, Armin. **Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>>. Acesso em: 16 Jan. 2020.