

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E
DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO
LINHA DE PESQUISA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA**

Ana Paula Daroit

**O DIREITO HUMANO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DA
CIDH QUANTO AS MEDIDAS IMPOSTAS AOS ESTADOS E A NATUREZA
DO DIREITO À SAÚDE – DIREITO SOCIAL OU INDIVIDUAL?**

**Santa Cruz do Sul
2019**

CIP – Catalogação na Publicação

Daroit, Ana Paula

O DIREITO HUMANO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DA CIDH QUANTO AS MEDIDAS IMPOSTAS IMPOSTAS AOS ESTADOS E A NATUREZA DO DIREITO À SAÚDE - DIREITO SOCIAL OU INDIVIDUAL? / Ana Paula Daroit. - 2019.

178f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal.

Coorientação: Profa. Dra. Rosana Helena Maas.

1. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. Direito à Saúde. 3. Direitos Humanos. I. Hennig Leal, Mônia Clarissa. II. Maas, Rosana Helena. III. Título.

Ana Paula Daroit

**O DIREITO HUMANO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DA
CIDH QUANTO AS MEDIDAS IMPOSTAS AOS ESTADOS E A NATUREZA
DO DIREITO À SAÚDE – DIREITO SOCIAL OU INDIVIDUAL?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Área de Concentração em Direito Constitucional Contemporâneo; Linha de Pesquisa em Jurisdição Constitucional Aberta, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal

Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Rosana Helena Maas

Santa Cruz do Sul

2019

Ana Paula Daroit

**O DIREITO HUMANO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DA CIDH
QUANTO AS MEDIDAS IMPOSTAS AOS ESTADOS E A NATUREZA DO
DIREITO À SAÚDE – DIREITO SOCIAL OU INDIVIDUAL?**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

Professora Orientadora – UNISC

Dra. Rosana Helena Maas

Professora Coorientadora – UNISC

Dra. Caroline Muller Bitencourt

Professora Examinadora - UNISC

Dr. Mauro Evely Vieira de Borba

Professor Examinador

Santa Cruz do Sul

2019

À minha mãe, tudo de mais importante que tenho na vida

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, por óbvio, como não poderia deixar de ser, agradeço à Deus, porque se estou aqui hoje cumprindo este papel, pressupõe-se a existência de uma força superior que nos guia e protege.

Agradeço imensamente à minha mãe, Mairi, um exemplo de vida. Obrigado pelo apoio, pelo colo, pela confiança, pelas broncas. Ainda que eu escrava aqui todos os elogios que existem no mundo, significarão muito pouco perto do que eu realmente sinto.

Agradeço ao meu pai, Valcir (*in memoriam*), que partiu cedo demais, mas tenho certeza que me acompanhará por toda a minha vida, até que chegue a hora de nos reencontrarmos novamente. Muito obrigado pai! Por tudo, mesmo!!! Te amo, daqui até a eternidade!

Agradeço ao Itamar, pelo incentivo, tanto direta como indiretamente, por sempre estar ao meu lado, nos melhores e nos piores momentos da minha vida. Por acreditar em mim, quando nem eu acreditava. Por não me deixar desistir agora, na reta final.

Agradeço à Pandora, ao Thor, à Pucca, ao Zeus, à MunRá e ao Garu, pelo olhar sincero, pela presença silenciosa, pelo amor verdadeiro e incondicional.

Agradeço aos colegas de Mestrado. Pela amizade, pelos momentos que passamos juntos, pelas conversas, pelo ombro amigo longe de casa. São pessoas que estarão para sempre guardadas em meu coração.

Agradeço à Universidade de Santa Cruz do Sul, pelo acolhimento, por primar por um ensino de qualidade, e buscar o desenvolvimento da comunidade, proporcionando uma estrutura, não apenas física, como do seu corpo docente que auxilia no desenvolvimento do ser como um todo.

Agradeço às secretárias, aos professores do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da Unisc e a todos os seus funcionários, sempre muito atenciosos, solícitos, sempre prontos para ajudar. Vocês são

pessoas muito especiais. São aqueles que constroem, no dia a dia, junto conosco cada tijolinho desta caminhada. A vocês, todo o meu carinho!

Por fim, mas não menos importante, muito pelo contrário, se não fosse por elas, talvez esta dissertação nem estivesse acontecendo. Agradeço à minha Professora e orientadora, Profa. Mônia e à minha coorientadora, Profa. Rosana. Obrigado pelos ensinamentos compartilhados, pelo carinho, pela atenção, pela competência. Obrigado pela compreensão neste último mês. Vocês são seres especiais! Obrigado pela confiança e pela oportunidade de trabalhar ao lado de vocês.

Não importa o que aconteça, continue a nadar.”

(WALTERS, GRAHAM, *PROCURANDO NEMO*, 2003)

RESUMO

O presente trabalho possui como tema o direito humano à saúde e uma análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a natureza do direito à saúde e das medidas impostas aos Estados. A fim de estabelecer os contornos do direito à saúde no contexto do sistema interamericano de proteção, objetiva analisar, entre o período de janeiro de 2009 a janeiro de 2018, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, buscando identificar as medidas impostas aos Estados para a sua realização e a natureza das decisões referente ao direito à saúde, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida. Dessa forma, o problema a ser enfrentado reside em: frente a análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, entre janeiro de 2009 a janeiro de 2018, quais são as medidas impostas aos Estados para a sua realização e qual é a natureza atribuída ao direito à saúde nessas decisões, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida? Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e quanto ao procedimento, o analítico, através da análise da legislação interamericana e das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação ao direito humano à saúde. Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a bibliográfica, com a consulta em jurisprudência, em livros e em periódicos. Ainda, acredita-se que este estudo possa contribuir para uma melhor compreensão da proteção do direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, alinhando-se assim à área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo e à linha de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, da Professora-orientadora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e da Professora-coorientadora Doutora Rosana Helena Maas, do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Ao passo, que ao final observar-se-á que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm protegendo o direito à saúde através da concepção de uma vida digna, por meio da efetivação de um direito civil ou político, que indiretamente repercute na tutela do direito à saúde, consagrando assim a universalidade e interdependência dos Direitos Humanos. E, impondo aos Estados medidas de reparação de caráter

material (restituição) e de caráter imaterial (reabilitação, satisfação e não-repetição), com o objetivo de impelir os Estados à observância do dever de respeito e garantia dos direitos humanos, estabelecidos de forma expressa nos artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito humano à saúde. Direitos sociais. Medidas de reparação impostas aos Estados Parte.

ABSTRACT

This paper deals with the human right to health and an analysis of the decisions of the Inter - American Court of Human Rights regarding the nature of the right to health and the measures imposed on States. In order to establish the contours of the right to health in the context of the inter-American system of protection, it intends to analyze, between January 2009 and January 2018, the decisions of the Inter-American Court of Human Rights regarding the right to health, measures imposed on States for their implementation and the nature of decisions concerning the right to health, in the order of social or individual rights related to life. Thus, the problem to be faced lies in: before the analysis of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights regarding the right to health, between January 2009 and January 2018, what are the measures imposed on the states to carry it out and which is the nature attributed to the right to health in these decisions, in the order of social or individual rights linked to life? In order to deal with this task, the hypothetical-deductive approach and the analytical procedure are used through the analysis of inter-American legislation and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights regarding the human right to health. As for the research technique, it is used the bibliographical, with the consultation in jurisprudence, in books and in periodicals. It is also believed that this study may contribute to a better understanding of the protection of the right to health by the Inter-American Court of Human Rights, thus aligning itself with the contemporary Constitutionalist concentration area and the line of research researcher's Open Constitutional Jurisdiction post-doctor Ms. Clarissa Hennig Leal and the co-coordinator Professor Rosana Helena Maas of the Graduate Program in Master and Doctorate Law at the University of Santa Cruz do Sul. In the end, it will be observed that the Inter-American Court of Human Rights has protected the right to health through the conception of a dignified life, through the implementation of a civil or political right that indirectly affects the protection of the right to health, thus consecrating the universality and interdependence of Human Rights . And by imposing on States measures of reparation of a material nature (restitution) and immaterial character (rehabilitation, satisfaction and non-repetition), with the purpose of impelling States to respect the duty of respect and

guarantee of human rights, established in a manner expressed in Articles 1 and 2 of the American Convention on Human Rights.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Human right to health. Social rights. Measures of reparation imposed on States Parties.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDH	Comissão de Direitos Humanos
CDI	Carta Democrática Interamericana
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIDFP	Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas
CIDI	Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral
CDESCs	Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
CORTEIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CVDT	Convenção de Viena de Direito dos Tratados
DADDH	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
DESCs	Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECOSOC	Conselho Econômico e Social
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PADESC	Protocolo Adicional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
SGDH	Sistema Global de Direitos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos

STF

Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	17
2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA ATUAÇÃO ENQUANTO GUARDIÃ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	20
2.1 Conformação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: aspectos históricos.....	20
2.2 Conformação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: estrutura e funcionamento.....	28
2.3A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua função de guardiã do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	49
3 O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	65
3.1 O direito à saúde como direito fundamental social: uma perspectiva brasileira.....	65
3.2 A leitura da dupla dimensão do direito fundamental social à saúde no direito brasileiro.....	83
3.3 Previsões normativas do direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	96
4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À SAÚDE.....	107
4.1. Descrição dos casos selecionados julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	107
4.2 Análise da natureza atribuída ao direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: direito social ou direito individual vinculado à vida?.....	120

4.3 Análise das medidas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos Estados no sentido de realização do direito à saúde.....	144
5 CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	166

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação destina-se a abordar o tema do direito humano à saúde e realizar uma análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a natureza do direito à saúde e das medidas impostas aos Estados.

Com vistas a elucidar o problema e responder à pergunta: Frente a análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, entre janeiro de 2009 a janeiro de 2018, quais são as medidas impostas aos Estados para a sua realização e qual é a natureza atribuída ao direito à saúde nessas decisões, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida?

Dessa forma, com a finalidade de atingir essa tarefa, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo de uma premissa generalizada à uma questão particularizada, analisando primeiro a legislação interamericana atinente direito saúde, após a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente a tal direito para o fim de verificar a natureza das decisões e as medidas impostas aos Estados para a realização desse direito. Quanto ao procedimento, o analítico, através da análise da legislação interamericana e das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação ao direito humano à saúde, para através disso, responder qual é a natureza atribuída ao direito à saúde, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida, e qual a natureza das medidas impostas aos Estados. Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a bibliográfica, com a consulta em jurisprudência, em livros e em periódicos.

Nesse contexto, o objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar, entre o período de janeiro de 2009 a janeiro de 2018, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, buscando identificar as medidas impostas aos Estados para a sua realização e a natureza das decisões referente ao direito à saúde, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida.

E de forma mais específica, no segundo capítulo através de uma visão ampla das bases históricas, será abordada a conformação do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos; da evolução das sociedades e a necessidade crescente de proteção aos direitos; perpassando pelos conflitos que deram causa a origem da

Organização das Nações Unidas e, posteriormente, à Organização dos Estados Americanos, ocasionando a criação de Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos; percorrendo os mecanismos internos de atuação do Sistema Interamericano na Proteção dos Direitos Humanos na América Latina; analisando a formação, as funções, a configuração, a constituição e as competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no desempenho da garantia e efetivação de direitos e liberdades.

Posteriormente, no terceiro capítulo será realizada uma análise do direito à saúde como um direito fundamental social; abordando os principais conceitos de saúde utilizados desde os hebreus até o conceito de saúde utilizado atualmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; transcorrendo pela ligação existente entre princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade com o direito à saúde; além da abordagem dada à proteção atribuída ao direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por meio de uma análise dos dispositivos normativos de proteção dos quais se utilizam o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; na busca de identificar as normas que compõem o quadro protetivo do direito à saúde; bem como, as diferentes dimensões que tal direito pode apresentar, importante à compreensão da questão relativa às normas de conteúdo meramente programático frente à normatividade dessas normas, a fim de atribuir ou não justiciabilidade ao direito à saúde.

No capítulo quarto, e último, será realizada uma exposição das sentenças condenatórias julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais servem de base para o estudo desenvolvido no decorrer da dissertação. Serão casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que comportam relação, em certa medida, com o direito à saúde, e, dos quais, analisar-se-á a natureza atribuída ao direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para compreender se a sua justiciabilidade transcorre de um direito social ou um direito individual vinculado à vida, convergindo à natureza das medidas reparatorias impostas aos Estados infratores pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de realização do direito à saúde.

Portanto, à guisa de justificação, é importante referir que, essa pesquisa se faz necessária na medida em que se pode considerar a saúde como um direito

social essencial à existência humana. Destarte na situação atual, seja ela regional ou global, o principal problema em relação ao direito à saúde está na sua proteção e efetivação, que ainda que positivada, por vezes, é violada e encontra-se em situação de fragilidade sendo necessário uma atuação por parte do Estado ou dos órgãos de proteção internacionais para a sua garantia.

O tema é atual e relevante e possui estreita relação com a área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo e com a linha de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, da Professora-orientadora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, juntamente com a Professora-coorientadora Doutora Rosana Helena Maas, porque almeja compreender um fenômeno constitucional em sua busca pelo aspecto de consolidação jurídica de garantias em uma sociedade complexa e em constante evolução, bem como, se propõe a uma discussão crítica da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional na busca por uma ordem social democrática e justa.

2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA ATUAÇÃO ENQUANTO GUARDIÃ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Este capítulo abordará, através de um apanhado histórico, como ocorreu a formação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos até a conformação atual, com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como mecanismos de proteção e promoção do respeito e observância dos direitos humanos.

Será verificada, a função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como um órgão de apoio à Corte Interamericana de Direitos Humanos, na busca pela efetivação dos direitos humanos, a sua composição e estrutura de funcionamento.

Bem como, examinar-se-á, de modo mais específico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, abordando a constituição, a formação e estrutura de funcionamento, o procedimento pelo qual tramita os casos que chegam a Corte Interamericana, as medidas de proteção e de reparação e o exercício da função de guardiã do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos desempenhada pela Corte Interamericana por meio das suas funções contenciosa e consultiva, na aplicação e interpretação das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2.1 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: aspectos históricos

Com a finalidade precípua de analisar, entre o período de janeiro de 2009 a 2018, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, buscando identificar as medidas impostas aos Estados para a sua realização e a natureza das decisões referente ao direitos à saúde, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida, num primeiro momento, é preciso identificar as bases históricas nas quais se deu a criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e como ele se encontra atualmente estruturado.

É a partir deste contexto que serão, posteriormente, destacados os principais Pactos e Tratados, bem como a legislação interamericana acerca do direito à saúde.

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos é formado, em nível global, pela Organização das Nações Unidas e, em nível regional, pelo Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e pelo Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos.

Todos esses organismos possuem suas ramificações internas, divididas em Conselhos, Secretarias, Comitês, Organizações e Comissões regionais e técnicas, Departamentos, Escritórios e Agências especializadas, o que será visto em momento oportuno, mais a frente neste capítulo

A Organização das Nações Unidas (ONU), foi fundada em 24 de outubro de 1945. É uma organização internacional, formada atualmente por 134 países, que se reuniram voluntariamente com o objetivo de trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento mundial (ONU, 2018).

Contudo, a ideia de criação da entidade não se deu de forma repentina. Passaram-se anos desde as discussões de planejamento até o surgimento efetivo de uma Organização.

As tentativas a fim de construir uma união entre países visando o bem comum, iniciaram-se no fim do século XIV com a criação de organismos internacionais para cooperar em assuntos específicos. Dessa forma, em 1865, foi fundada a União Telegráfica Internacional, conhecida hoje como União Internacional de Telecomunicações (ITU) e, em 1874, surgiu a União Postal Universal (UPU). Hodiernamente, ambas são agências do Sistema das Nações Unidas (TEREZO, 2014).

Em 1899, países se reuniram para a primeira Conferência Internacional para a Paz em Haia, na Holanda, com o objetivo de criar instrumentos que auxiliassem na resolução de conflitos de maneira pacífica, prevenissem as guerras e codificassem regras de guerra (ONU, 2018).

A Organização predecessora da ONU é a Liga das Nações, uma instituição que foi criada em circunstâncias similares àquela, ao fim da I Guerra Mundial, em 1919, sob o Tratado de Paz de Versalhes, ou a Paz dos Vencedores, com o objetivo de apaziguar os conflitos e pôr fim à guerra (SANTOS, 2012).

A Convenção da Liga das Nações, de 1920, já se preocupava em estipular melhores condições de trabalho e, também, convergiu para a criação de um tribunal especial que julgasse os crimes de guerra, que não apenas ocasionou alterações territoriais, como ainda significou o fim dos impérios Otomano, Alemão, Russo e Austro-Húngaro (GARCIA, 2010).

Além disso, mesmo que a Alemanha tenha sido considerada culpada pela Guerra, o ex-Imperador Guilherme II de Hohenzoller nunca foi submetido a julgamento, porque se refugiou nos Países Baixos e os aliados acabaram por abandonar a ideia de responsabilizá-lo (SANTOS, 2012).

Mas, sem dúvida, a ideia trazida pelo Tratado de Versalhes em responsabilizar os governos por crimes de guerra como uma ofensa contra a moral internacional e a humanidade, representou uma abertura de pensamento para a materialização das Cortes como são conhecidas atualmente.

A Liga das Nações ainda estabeleceu, em 1922, a Corte Permanente de Justiça Internacional, que possuía jurisdição internacional, e que posteriormente foi substituída, em 1946, pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) da ONU, com jurisdição contenciosa e consultiva (CIJ, 2018).

Contudo, ainda que a Liga das Nações tenha sido bem-sucedida no arbitramento de disputas, na assistência econômica, na supervisão do sistema de mandatos coloniais, na administração de territórios livres e na proteção de refugiados, revelou-se impotente em bloquear a eclosão da II Guerra Mundial e que acabou se autodissolvendo (ONU, 2018).

É após a Segunda Guerra Mundial, que acabou por devastar não apenas os países do Eixo, como também os Aliados e tomou a vida de inúmeros seres humanos, que passou a existir na comunidade internacional um sentimento generalizado de necessidade em encontrar uma forma para manter a paz entre os países e garantir os direitos humanos (LEAL, 2007).

Nesse sentido, é possível dizer que a vitória dos aliados, em 1945, alterou de forma significativa não somente o alinhamento político e a estrutura social mundial, mas introduziu uma nova ordem no Direito Internacional, classificando-o como o Direito anterior à Segunda Grande Guerra e o Direito posterior a ela (BUERGENTHAL *apud* CANÇADO TRINDADE, 1991).

Para Bobbio (1992) os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer, não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. São um

construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução a partir de lutas e ações sociais (ARENDDT, 1979).

Observa-se dessa maneira, que é nesse cenário de atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo, onde o Estado foi o grande violador de direitos humanos, que se dá um reencontro com o pensamento kantiano, em que as pessoas deveriam existir como um fim em si mesmas e jamais como meio, a ser usado, de forma arbitrária, para qualquer propósito (SANTOS, 2012).

Acabou então sendo fortalecida a ideia de que a proteção dos direitos humanos não cabe de forma exclusiva ao Estado. Gerando assim, um entendimento de relativização do conceito de soberania absoluta. Reconhecendo limites para o Estado e visualizando a humanidade como sujeito de direitos (CANÇADO TRINDADE, 2004). Efetivando a ideia de que os direitos humanos do homem deveriam ser protegidos em nível internacional (PIOVESAN, 2017).

Ainda que não haja consenso quanto à data exata do fim da guerra, porque se dispense tempo para o comunicado das tropas em deixar seus postos, tem sido sugerido que a guerra terminou no armistício de 14 de agosto de 1945, ao invés da rendição formal do Japão em 2 de setembro de 1945; alguns apontam ainda, o fim da guerra no dia 8 de maio de 1945. No entanto, o tratado de paz com o Japão não foi assinado até 1951, enquanto que o acordo de paz com a Alemanha não foi ratificado até 1990 (MARTIN, 2014).

Nesse interim, a Carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes de cinquenta países¹ que se fizeram presentes na Conferência sobre Organização Internacional, ocorrida na cidade de São Francisco, na Califórnia, de 25 de abril a 26 de junho de 1945 (SANTOS, 2012).

A ONU, entretanto, só começou a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta das Nações Unidas pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos

¹ Estados Unidos da América, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, China, Austrália, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Cuba, Checoslováquia, República Dominicana, El Salvador, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Índia, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Nicarágua, Noruega, Panamá, Polônia, União da África do Sul, Iugoslávia, México, Filipinas, Etiópia, Iraque, Bolívia, Irã, Colômbia, Libéria, França, Equador, Peru, Chile, Paraguai, Venezuela, Uruguai, Turquia, Egito, Arábia Saudita, Síria, Líbano, Argentina, Dinamarca.

signatários. E foi durante a primeira reunião da Assembleia Geral, que aconteceu na capital do Reino Unido, Londres, em 1946, que se estipulou os Estados Unidos como a sede permanente da Organização (ONU, 2018).

Entretanto, o nome Nações Unidas foi concebido pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt e utilizado pela primeira vez, anos antes, em 1º de janeiro de 1942, na Declaração das Nações Unidas, quando os representantes de 26 países² assumiram o compromisso de que seus governos continuariam lutando contra as potências do Eixo (TEREZO, 2014).

E é com essa ideia de responsabilização dos alemães e de coibir abusos futuros contra outros povos, que, em 1945, através do Acordo de Londres, foi convocado um Tribunal Penal Militar, conhecido como o Tribunal de Nuremberg, que viria a ser o predecessor do Tribunal Penal Internacional, julgando crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade. Teve sua composição e procedimentos todos estabelecidos no Acordo de Londres e aplicou o costume internacional para a condenação criminal (PIOVESAN, 2017).

Consolidando assim, o entendimento de que tanto Estados quanto indivíduos podem ser sujeitos de direito internacional, ao condenar, legalmente e politicamente a Alemanha em âmbito internacional (STEINER, 2000).

Ainda assim, o Tribunal Penal Internacional só teve seu Estatuto aprovado em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, apesar da sua criação já estar prevista desde 9 de dezembro de 1948, com a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (GARCIA, 2012).

O Tribunal Penal Internacional, atualmente, é composto por 18 juízes³, que possuem um mandato de 9 anos. Atua de forma permanente, independente e

² Estados Unidos da América, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, China, Austrália, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Cuba, Checoslováquia, República Dominicana, El Salvador, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Índia, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Nicarágua, Noruega, Panamá, Polônia, União da África do Sul, Iugoslávia.

³ Juiz Chile Eboe-Osuji – Presidente (Nigéria), Juiz Robert Fremr – Primeiro Vice-Presidente (República Checa), Juiz Marc Perrin de Brichambaut – Segundo Vice-Presidente (França), Juiz Howard Morrison (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), Juiz Olga Herrera-Carbuccia (República Dominicana), Juiz Geoffrey Henderson (Trinidad e Tobago), Juiz Piotr Hofmanski (Polônia), Juiz Antoine Kesia-Bem Mindua (República Democrática do Congo), Juiz Bertam Schmitt (Alemanha), Juiz Péter Kovács (Hungria), Juiz Chang-ho Chung (República da Coreia), Juiz Raul Cano Pangalangan (Filipinas), Juiz Luz del Carmen Ibáñez Carranza (Perú), Juiz

complementar às jurisdições nacionais, uma vez que objetiva responsabilizar os indivíduos ou Estados quando do cometimento de crimes internacionais graves, na falha ou omissão da justiça nacional (GORCZEVSKI, 2016).

É através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, com o objetivo de materializar a vontade de proteção dos direitos humanos, que se introduziu a ideia de universalidade e indivisibilidade desses direitos (SANTOS, 2012). Ainda assim, é possível perceber uma clara separação entre direitos civis e políticos e os direitos econômicos sociais e culturais, devido às tensões durante a Guerra Fria, entre 1947 e 1991, o que ocasionou a formulação, em 1966, a previsão desses dois grupos de direitos em pactos apartados, devido a compreensão de que os direitos econômicos, sociais e culturais deveriam ficar a cargo de cada Estado, no que aprover à sua condição financeira (PIOVESAN, 2017).

Os Países-membros passaram a adotar mecanismos internacionais que auxiliassem na proteção dos direitos humanos, reconhecendo a dignidade como o fundamento da paz, da justiça e da liberdade no mundo, promovendo a igualdade de direitos, a relações amistosas entre as nações, o progresso social, melhores condições de vida e o respeito aos direitos humanos e ao valor do ser humano (DUDH, 1948).

Contudo, Correia (2008) salienta que os órgãos de fiscalização da ONU em relação à proteção aos direitos humanos são apenas isso, órgãos de monitoramento, não tem qualquer caráter jurídico-sancionatório.

A ONU, quando da constituição da Carta das Nações Unidas, em 1945, possuía seis órgãos principais: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado (GARCIA, 2011).

O Conselho de Tutela foi criado pela Carta da ONU, com a finalidade de supervisionar países que ainda estavam em desenvolvimento ou sob regimes políticos ditatoriais, devendo auxiliar no desenvolvimento e mudança de regime até que esses países, geralmente países africanos, se alcançasse uma independência política (ONU, 2018).

Solomy Balungi (Uganda), Juiz Tomoko Akane (Japão), Juiz Reine Alapini-Gansou (Benin, África), Juiz Kimberly Prost (Canadá), Juiz Rosario Salvatore Aitala (Itália).

Contudo, alcançou seus objetivos, promovendo o progresso, a independência e a autodeterminação dos povos, e encerrou suas atividades em 19 de novembro de 1994. Tendo Palau, no Pacífico, como o último território do mundo ainda tutelado pela ONU, tornando-se um Estado soberano e membro das Nações Unidas (ONU, 2018).

Atualmente, os principais órgãos da ONU em funcionamento, são o Secretariado, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho econômico e social, o Conselho de segurança e a Assembleia geral, além de seus Comitês, agências especializadas e outros órgãos subsidiários.

A estrutura central da ONU encontra-se na cidade de Nova York, mas possui também outras sedes em Genebra (Suíça), Viena (Áustria), Nairóbi (Quênia), Addis Abeba (Etiópia), Bangcoc (Tailândia), Beirute (Líbano) e Santiago (Chile), além de escritórios espalhados em grande parte do mundo (SANTOS, 2012).

Em virtude da diversidade de Estados-membros e para o melhor desenvolvimento das atividades e procedimentos exercidos pela ONU, ela adotou seis idiomas oficiais: inglês, francês, espanhol, árabe, chinês e russo (CORREIA, 2008).

A Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia, na Holanda, é o principal órgão jurisdicional das Nações Unidas. É composta por 15 juízes, eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança em escrutínios separados, onde todos os países que fazem parte do Estatuto da Corte, que integra a Carta das Nações Unidas, podem recorrer a ela (ONU, 2018).

Além disso, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança também podem solicitar à Corte pareceres sobre quaisquer questões jurídicas, assim como os outros órgãos das Nações Unidas (COELHO, 2008).

A ONU possui atualmente 193 países-membros. Sendo que destes, 51 países, são chamados membros fundadores, entre eles o Brasil, porque assinaram a Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, ou fizeram parte da Conferência de São Francisco, em 1945, tendo assinado e ratificado a Carta (GORCZEVSKI, 2016).

Qualquer Estado poderá se tornar membro das Nações Unidas, por decisão da Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança,

desde que aceitem, ratifiquem, estejam aptos e dispostos a cumprir com os compromissos descritos na Carta das Nações Unidas (PIOVESAN, 2017).

Entretanto, um Estado-membro pode ser suspenso como medida preventiva ou coercitiva do Conselho de Segurança e a expulsão se dará sempre que houver uma violação persistente dos preceitos da Carta. O exercício dos direitos e privilégios de um membro que tenha sido suspenso pode ser restabelecido pelo Conselho de Segurança (CORREIA, 2008).

O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos visa manter a paz, a segurança e a justiça internacional, desenvolver relações amistosas entre as nações, realizar a cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (ONU, 2018).

Paralelo à criação do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas incentivou a criação e consolidação de Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, voltados para a discussão de temas como a paz, a segurança e a garantia de direitos (PIOVESAN, 2017).

O Sistema de Proteção Global dos Direitos Humanos e os Sistemas Regionais convivem de forma pacífica e complementares. Existem hoje três sistemas principais de proteção regional dos direitos humanos: o europeu, o interamericano e o africano. E projeta-se a possibilidade de criação de um sistema regional de proteção dos direitos humanos asiático.

Contudo, há um sistema regional de proteção dos direitos humanos árabe, sob a Carta Árabe de Direitos Humanos, de 2008, que não é inteiramente reconhecido pelo sistema de proteção global dos direitos humanos, porque se mostra incompatível com os limites de proteção dos direitos humanos fixados pelo sistema global (SANTOS, 2012).

O sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos é composto por dois órgãos de monitoramento: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direito Humanos.

E, ainda que hoje a maioria dos Estados latino-americanos tenham governos democráticos, é preciso lembrar que a realidade histórica era diversa, tratando-se à época de uma região com elevado grau de exclusão, de desigualdade social e de democracias em ascensão (GORCZEVSKI, 2016).

A independência do colonialismo não significou emancipação cultural, social, política e econômica. O que ocorreu foi que a América Latina por muitos anos apenas reproduziu todo e qualquer modelo trazido da Europa, sem considerar que estavam ligados a contextos locais europeus que não estariam de acordo com a realidade latino-americana, com as suas múltiplas culturas, religiões e miscigenação (TARREGA; FREITAS, 2017).

Isso não significa que a violação aos direitos humanos foi abolida, o que ocorreu foi uma grande melhora na efetiva consolidação na proteção dos direitos humanos, já que os regimes políticos foram gradativamente mudando ao longo dos anos, ensejando o desenvolvimento da população e uma maior proteção dos direitos humanos. O sistema interamericano foi ganhando maior relevância.

A primeira ideia de reunir a América Latina deu-se quase cem anos antes da criação da ONU em 1945 e da promulgação da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Simon Bolívar consagrou diretrizes, no Congresso do Panamá, em 1826, na tentativa de instituir o Tratado de União, Liga e Confederação para unificar a América Latina em uma República, sem a participação do Brasil e dos Estados Unidos, contudo, a sua tentativa fracassou pela falta de apoio dos Estados Unidos e da Inglaterra e porque apenas a Colômbia demonstrou interesse na ratificação do Tratado, ainda assim, essa tentativa pode ser considerada o antecedente histórico da OEA, já que a ideia de unificação estava lançada (GORCZEVSKI, 2016).

De fato, o primeiro movimento que alcançou êxito em reunir os países americanos, surgiu por iniciativa dos Estados Unidos, que reconstruído depois da Guerra Civil de Secessão, ocorrida entre 1861 e 1865, e, incentivado pelos ideais expansionistas, desejava incrementar suas relações econômicas (TEREZO, 2014).

A I Conferência Internacional Americana, ocorrida em Washington em outubro de 1889, constituiu a União Internacional das Repúblicas Americanas, com o objetivo de discutir a adoção de um plano para solucionar controvérsias que, eventualmente, possam surgir entre os países, estabelecer formas de melhorar o intercâmbio comercial e os meios de comunicação direta, além de incentivar relações comerciais benéficas para todos e assegurar mercados mais amplos para os produtos de cada um desses países (HANASHIRO, 2001).

As décadas de 1920 e 1930 caracterizaram-se por encontros de cúpula que tinham como pauta a dominação exercida pelos Estados Unidos sobre os países vizinhos. A mudança da política externa dos Estados Unidos veio com o fim da Segunda Grande Guerra e a construção de uma organização mundial com atribuições de definir a paz e a guerra e de promover os Direitos Humanos (TEREZO, 2014).

A criação de uma organização global internacional como a ONU resultou no fortalecimento da organização regional com o Tratado do Rio e o surgimento efetivo da Organização dos Estados Americanos (OEA) (GORCZEVSKI, 2016).

Em 1945, na cidade do México, ocorreu a Conferência Interamericana de Chapultepec, que resultou em uma declaração que ratificava os princípios democráticos e tentava garantir a adoção de regimes políticos semelhantes aos Estados, afim de evitar a propagação de princípios socialistas (TEREZO, 2014).

Segundo Correia (2008, p.92), a Conferência de Chapultepec foi o marco para a construção da OEA, visto que apresentou diretrizes gerais, previu o Tratado do Rio, a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A criação da OEA estava, desse modo, alicerçada, de um lado, pelos Estados Unidos, que se apresentava em um processo acelerado de industrialização. E, de outro lado, pelos países latino-americanos, que buscavam sua afirmação política e econômica (SANTOS, 2012).

A Organização surge com o objetivo de alcançar uma ordem de paz e justiça, de promover a solidariedade, de intensificar a colaboração entre os países, de defender suas soberanias, integridade territorial e independência, através de pilares como a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento (OEA, 2018).

Após inúmeras tratativas, em 30 de abril de 1948, em Bogotá, na 9ª Conferência Internacional Americana aprovou-se a Carta da OEA, que entrou em vigor em dezembro de 1951 e atualmente possui os 35 Estados das Américas participando de suas atividades, constituindo o principal fórum governamental político, jurídico e social do hemisfério (OEA, 2018).

A Carta da OEA ainda modificou a relação existente entre as Nações Unidas e a OEA, que se constitui em um organismo regional da ONU, tendo

participado inclusive de missões conjuntas, em atividade de paz e segurança (COELHO, 2008).

E assim como a ONU, a OEA também possui seus conselhos, comitês, comissões, organismos especializados, secretarias, departamentos e agências autônomas ou descentralizadas que auxiliam e apoiam os Estados membros na tarefa de promover, proteger e garantir os direitos humanos, reduzir a pobreza, consolidar as democracias e reduzir as desigualdades sociais.

De acordo com Gorczewski (2016) no mesmo ano de 1948, em 02 de maio, também foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH). Que passou a vigor sete meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que data de 10 de dezembro de 1948.

A Declaração Americana surgiu com o objetivo de materializar uma aspiração que já vinha sendo construída há muito tempo, de que as instituições jurídicas e políticas possuem a finalidade de proteger o ser-humano independente do Estado no qual ele nasceu (DADDH, 1948).

E junto com a Convenção Americana, a Declaração Universal, e tantos outros tratados, pactos e protocolos formam o arcabouço jurídico do qual o Sistema Interamericano se utiliza para proteger e garantir os direitos humanos.

Ademais, ainda que se diga que a Declaração Americana tenha servido de base normativa para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969, é possível perceber que a Declaração Americana se preocupou em abordar os direitos humanos de forma coesa e integral, estipulando tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, culturais e sociais, enquanto a Convenção Americana traz esses direitos em protocolos apartados (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Importante também salientar, que a Declaração Americana traz no seu corpo jurídico direitos e deveres aos seus consortes, enquanto a Declaração Universal não faz nenhuma referência aos deveres do cidadão, apenas estipula direitos. Em contrapartida, as duas declarações, do ponto de vista formal, são instrumentos sem força vinculante juridicamente (CORREIA, 2008).

Contudo, tais documentos ainda viriam a sofrer emendas e alterações até alcançarem o *status* atual. Entre elas, consta a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 1959, na Declaração de Santiago do Chile, porém, com a sua primeira reunião apenas em 1960, quando

o Conselho da OEA aprovou seu Estatuto e elegeu os seus primeiros membros (SANTOS, 2012). Seu objetivo inicial era a promoção à observância os direitos humanos, o que também viria a ser alterado mais tarde, quando passou à promoção e defesa dos direitos humanos.

Em 1961, a Comissão começou a realizar visitas *in loco* com o objetivo de investigar uma situação em particular ou simplesmente para observar a situação geral na qual se encontrava os direitos humanos em determinado país, ainda que não houvesse recebido denúncia (TEREZO, 2014). Desde então, a Comissão já realizou 92 visitas *in loco* a 23 países membros, publicando informes especiais, contendo observações gerais sobre a situação dos direitos humanos nos países visitados (CIDH, 2018).

Em 1965, a II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, amplia a competência da CIDH, que além de promover e de proteger os direitos humanos, passa a atuar como um órgão de controle dos Estados que venham a violar a tais direitos (PIOVESAN, 2017).

A Comissão estava, portanto, expressamente autorizada a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais nos quais se alegavam ter ocorrido violações ou abusos dos direitos humanos (CORREIA, 2008).

Até dezembro de 2011, já havia recebido petições que se concretizaram em 19.423 casos processados ou ainda em processamento. Os informes finais, publicados com relação a estes casos, podem ser encontrados nos informes anuais que a Comissão publica a cada ano (CIDH, 2018).

Então, em meados de fevereiro de 1967, o Protocolo de Buenos Aires, alterou a condição jurídica da CIDH, que passou a atuar como um órgão principal da OEA, com a função de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos, além de servir como um órgão consultivo da OEA, entretanto, o protocolo só entrou em vigor em fevereiro de 1970 (GORCZEVSKI, 2016).

Além da reforma feita pelo Protocolo de Buenos Aires, a Carta da OEA sofreu ainda mais quatro Protocolos de Reforma. Sendo eles: o Protocolo de Cartagena das Índias, que foi assinado em 1985 e entrou em vigor em 1988, o Protocolo de Washington, assinado em 1992 e que entrou em vigor em setembro de 1997, e o Protocolo de Manágua, assinado em 1993 e entrou em vigor em janeiro de 1996 (OEA, 2018)

Dessa forma, tanto a Carta da OEA quanto a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, abarcam direitos civis, políticos porque tiveram grande influência dos efeitos causados pelas atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra, e, acabaram por servir, não apenas como meios de proteção, mas também, como textos de impugnação (TEREZO, 2014). Aos direitos econômicos, sociais e culturais coube disposições normativas que contemplam metas e objetivos a serem alcançados, restando seu desenvolvimento progressivo condicionado ao poder de atuação dos Estados, de acordo com os recursos internos de cada um.

Em novembro de 1969, em San Jose da Costa Rica, é aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, que somente entraria em vigor em 18 de julho de 1978, além disso, previu a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH), como meio de proteção e garantia desses direitos (GORCZEVISK, 2016).

Entretanto, a Corte só pôde ser estabelecida e organizada depois que a Convenção entrasse em vigor; então, em 22 de maio de 1979, os Estados Partes da Convenção Americana elegeram, durante a 7^o Sessão Extraordinária da Assembleia Geral da OEA, os primeiros juízes a compor a Corte Interamericana (CORTE IDH, 2018).

A primeira reunião da Corte foi realizada em 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA em Washington, e posteriormente, sua sede foi instalada em San Jose da Costa Rica, em setembro de 1979 (SANTOS, 2012).

E em outubro de 1979, em La Paz, na Bolívia, durante o 9^o Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, foi aprovado o Estatuto da Corte e, em agosto de 1980, a Corte aprovou seu Regulamento, incluindo normas de procedimentos, que viriam a ser alteradas em novembro de 2009, durante o 85^o Período Ordinário de Sessões, que vige até momento, sendo aplicado a todos os casos que se encontram tramitando atualmente perante a Corte (CORTE IDH, 2018).

Já a Convenção surgiu com o propósito de definir as atribuições e procedimentos tanto da Corte quanto da Comissão Interamericana e, principalmente, para estabelecer quais os direitos humanos que os Estados que ratificaram a Convenção deveriam se comprometer internacionalmente a

respeitarem e a darem garantias de que esses direitos seriam respeitados (NETO, 2017).

Até janeiro de 2012, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos já havia sido ratificada ou aderida por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela (CORTE IDH, 2018). Destes, apenas cinco não reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Dominica, Granada, Jamaica, Trinidad e Tobago e Venezuela.

Nota-se que a Convenção Americana se preocupou apenas em atender direitos civis e políticos, relegando os direitos econômicos, sociais e culturais, estipulando seu desenvolvimento progressivo por deliberação a cargo de cada Estado.

Depois de um período de estabilidade econômica e política as coisas começaram a mudar e muitos dos países envolvidos no sistema interamericano ou ainda estavam vivendo em regimes ditatoriais, ou estavam em transição para uma democracia, e, ainda que a classe trabalhadora mais organizada estivesse lutando por melhores condições de trabalho e sofrendo com a desigualdade social, a Convenção Americana preferiu manter-se silente (PIOVESAN, 2017).

Contudo, o Sistema Interamericano adotou, em 17 de novembro de 1988, o Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que só passou a vigorar 11 anos depois, em 16 de novembro de 1999 (SANTOS, 2012). Facultando aos Estados promover melhorias nos direitos econômicos, sociais e culturais, de acordo com a sua capacidade financeira e a legislação interna.

Com o passar do tempo e a evolução social, some-se a isso os governos democráticos um pouco mais consolidados, foi necessário reconhecer que a sociedade iniciava sua luta por mais proteção, mais igualdade e muitos ainda estavam em busca de responsabilização para os abusos sofridos durante os períodos autoritários, de modo que o Sistema Interamericano achou prudente incluir de forma progressiva a proteção de mais direitos.

Foi adotado, em 1991, o Protocolo Adicional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo a Abolição da Pena de Morte, assegurando a abolição em nível hemisférico (TEREZO, 2014).

Ademais, além de qualquer legislação regional ou internacional existente, adotou a própria Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, onde os Estados se comprometeram em adotar políticas públicas ou medidas específicas para coibir violência física, psíquica ou sexual por seu gênero (ALVES, 1997).

O Sistema Interamericano também adotou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em que é facultado a Comissão tomar medidas cautelares caso ache necessário, e aos Estados além de tipificar o crime nas legislações internas, devem abster-se de praticá-lo, permitir ou tolerar, sancionando autores e cúmplices (CIDFP, 1994).

Bem como, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação de Pessoas com Deficiência, objetiva prevenir e eliminar qualquer forma de discriminação contra as pessoas com deficiência e incluí-las na sociedade.

Em setembro de 2001, o Sistema Interamericano, reafirmou através da Carta Democrática Interamericana os preceitos da Convenção e da Declaração Americana de proteção e promoção dos direitos humanos como condição essencial para uma sociedade democrática (CDI, 2001).

Nesse sentido também adotou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, e mais recentemente os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade das Américas, onde a privação de liberdade se dá não apenas por delitos, mas também com pessoas para tratamento, proteção, tutela ou assistência humanitária, seja em instituição pública ou privada, que merecem saúde, alimentação, água, tratamento humano e igualdade, entre outros (TEREZO, 2014).

Com a adição dos protocolos e convenções citados, além de outros que também foram adotados, fica evidente a necessidade da garantia de mais direitos à sociedade e a busca constante do sistema interamericano para também evoluir e aperfeiçoar seu quadro de proteção dos direitos humanos.

Cabe ressaltar, que ainda que os sistemas regionais de proteção apresentem um diversificado aparato jurídico, os textos normativos coexistem de

forma pacífica, complementando-se, com o único propósito de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, não apenas entre si, mas também com o Sistema Global (PIOVESAN, 2017).

O próprio preâmbulo⁴ da Convenção Americana deixa claro o seu caráter complementar e a interação com os demais instrumentos de proteção dos direitos humanos sejam em nível regional, global ou no âmbito interno dos Estados que fazem parte do sistema (CADH, 1969).

Dessa forma, os direitos não se esgotam nas convenções, declarações ou pactos, mas sim, somam-se aos demais direitos reconhecidos afim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido Cançado Trindade (1993, p.52-53), expressa sua concordância com a coexistência de dispositivos normativos, que devem atuar de forma complementar com o único propósito de auferir maior proteção aos titulares dos direitos humanos:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de conflitos entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de Direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). [...] Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência

⁴ Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, 1969):

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.

Dessa maneira, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, se vale de todo um conjunto de mecanismos capaz de auxiliar no monitoramento das violações quanto ao que está exposto nos tratados que foram aderidos ou ratificados pelos Estados-parte (TEREZO, 2014).

Encerrando essa temática, apresenta-se no próximo subtítulo uma descrição da estrutura e do funcionamento dos órgãos que compõem o Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, permeando em suas características e especificidades.

2.2 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: estrutura e funcionamento

O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, como já antes mencionado, é composto por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No tópico anterior, foi possível verificar as bases históricas e como se originou o Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, neste tópico será abordada a estrutura e funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como um órgão integrante do Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos.

Sendo deixada a Corte Interamericana de Direitos Humanos para um título próprio, em razão de exercer uma função de guardião e protetora não apenas dos direitos humanos, mas também do sistema de proteção.

Como visto anteriormente, o Sistema Interamericano surgiu formalmente com a assinatura e proclamação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na 9ª Conferência Internacional Americana, realizada em 02 de maio de 1948, em Bogotá, onde também foi adotada dias antes a Carta da OEA, em 30 de abril, firmando os direitos humanos da pessoa humana como um dos princípios fundadores da OEA (OEA, 2018).

Nesse sentido, é possível perceber a preocupação em deixar transparecer no texto normativo da Carta o respeito absoluto aos direitos humanos, o objetivo de afirmar a solidariedade entre os Estados Americanos, um regime de liberdade

individual, de instituições mais democráticas e de justiça social, fundados nos direitos essenciais do homem (DADDH, 1948).

A Carta da OEA trouxe ainda a Comissão Interamericana como um órgão principal e autônomo da OEA, com a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, além de servir como órgão consultivo da Organização em matéria de direitos humanos (SANTOS, 2012)

E após o Protocolo de Buenos Aires, em 1967, a organização, a estrutura, as funções, a competência e os procedimentos da Comissão passaram a ser estabelecidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (GORCZEVSKI, 2016). Por isso, a Comissão ainda apresenta diretrizes que devem ser seguidas tendo em vista as duas legislações.

Ainda que todos os órgãos atuem em caráter de complementariedade, pela via normativa, é possível identificar dois subsistemas: um previsto na Carta da OEA, que se refere apenas à Comissão, e, outro, previsto pela Convenção Americana. Todavia, como já verificado, estabelece tanto a Comissão quanto a Corte para o desempenho da proteção dos direitos humanos (LEDESMA, 1999).

Dessa forma, a competência da Comissão alcança tanto os Estados partes da Convenção Americana, quanto os Estados membros da Declaração da OEA, porque mesmo não tendo aderido à Convenção Americana, estão vinculados à Declaração Americana; enquanto a Corte Interamericana estende sua competência apenas aos Estados partes da Convenção (PIOVESAN, 2017).

Ou seja, como a Carta da OEA, datada de 1948, estipulou que a Comissão Interamericana seria responsável pela promoção e defesa dos direitos humanos daqueles Estados membros que adotaram e ratificaram a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, devendo a sua forma de atuação e estrutura ser descrita por uma Convenção Interamericana, que ainda viria a ser adotada, posteriormente, em 1969 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi criada e dispunha acerca da função da Comissão Interamericana, além da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dando aos dois órgãos jurisdição sobre os Estados parte que ratificaram e adotaram a Convenção Americana. Nesse sentido, é possível afirmar que a Comissão Interamericana possui atuação tanto sobre os Estados membro quanto sobre os Estados parte.

Um exemplo da dupla atuação da Comissão é o caso Yanomami. Em 1985, o Brasil respondeu perante a Comissão acerca da proteção de direitos da comunidade indígena Yanomami, com base nos direitos e nas violações contidos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e na Carta da OEA, porque mesmo que a Convenção Americana já houvesse sido adotada pelo Sistema Interamericano, o Brasil só a ratificou em meados de 1992 (IKAWA, KWEITEL, MATTAR, 2008).

Continuando, a sede da Comissão encontra-se em Washington, nos Estados Unidos, e as suas sessões ocorrem em períodos ordinários e extraordinários, mas podem ocorrer em qualquer Estado membro da OEA, desde que aprovado por maioria absoluta de seus integrantes e com a anuência do país de acolhida (COELHO, 2008).

É composta por sete membros, eleitos por aprovação da maioria, na Assembleia Geral da OEA, a partir de uma lista de três nomes, que deverão ser indicados por cada país, onde pelos menos um desses nomes deverá ter nacionalidade diversa do país proponente (CADH, 1969, Artigo 36).

Os eleitos deverão ter moral ilibada e um vasto conhecimento sobre os direitos humanos, não sendo necessária formação acadêmica jurídica (CORREIA, 2008).

A Diretoria é composta pelo presidente, o primeiro vice-presidente e o segundo vice-presidente, e todos os integrantes da Comissão terão imunidade diplomática enquanto durar o mandato, que será de quatro anos, podendo ser reeleito apenas uma vez (SANTOS, 2012).

A composição da Comissão é formada atualmente por: Margarette May Macaulay (Jamaica) (Presidenta da Comissão), Esmeralda Arosemena de Troitiño (Panamá) (Primeira Vice-Presidenta da Comissão), Luis Ernesto Vargas Silva (Colômbia) (Segundo Vice-Presidente da Comissão), Francisco José Eguiguren Praeli (Perú), Antonia Urrejola Noguera (Chile), Flávia Piovesan (Brasil) e Joel Hernández García (México) (CIDH, 2018).

A Comissão recebe doações dos Estados Americanos e também contribuições externas, que a ajudam na execução das suas funções, visitas aos países para a promoção dos direitos humanos ou para a fiscalização do cumprimento de recomendações (TEREZO, 2014). Nessas visitas também realiza cursos e seminários, firmando acordos de cooperação com os países e

universidades para difundir para a população, através de palestras, livros e campanhas publicitárias a existência dos direitos humanos e dos órgãos e instrumentos que atuam para protegê-los.

E proporciona a jovens estudantes formados ou ainda em curso, a possibilidade de capacitação prática e estágios, remunerados e não-remunerados, para que através do contato com as funções da Comissão em diversas áreas laborativas possam, posteriormente, ajudar seus países de origem (CIDH, 2018).

A Comissão, assim como outros órgãos, sejam globais ou regionais, também se estrutura de forma a garantir o exercício das suas funções da melhor maneira possível, contando com secretarias, unidades especiais e relatorias. Desse modo, possui uma Secretaria Executiva, que é o seu principal órgão, responsável por todos os outros. Logo abaixo, tem-se as Relatorias Especiais, criadas com o intuito de dar atenção especial a grupos, comunidades e povos, que por um contexto histórico de desigualdade e discriminação, são mais vulneráveis a violações de direitos humanos. As relatorias especiais funcionam a cargo de pessoas designadas pela Comissão e quando estiverem sob a presidência de um membro da Comissão são chamadas de Relatorias Temáticas (CIDH, 2018).

Após as relatorias, vem a Central de Escritórios, da qual faz parte a Assessoria de Imprensa, responsável pelas mídias e informações retransmitidas ao público. Possui também na sua estrutura o Gabinete de Administração, Planejamento e Finanças, que se divide em Seção Administrativa, Seção de Planejamento e Projetos, Unidade Central de Protocolo e Atenção ao usuário e Unidade de Tecnologia e Sistemas. Tendo ainda, o Gabinete de Aconselhamento Especializado (CORREIA, 2008).

E, além da Secretaria Executiva, possui, paralelamente, duas Secretarias Executivas Adjuntas. A Secretaria Executiva Adjunta do Sistema de Casos, Petições e Medidas Cautelares, que tem uma Unidade de Tramitação dividida em cinco seções. Sendo elas: Seção de Registro, Seção de Admissibilidade, Seção de Casos, Seção de Soluções Amistosas e Seção de Medidas Cautelares (CIDH, 2018).

Também, verifica-se a Secretaria Executiva Adjunta de Monitoramento, Promoção e Cooperação Técnica, que apresenta a sua Unidade de Tramitação

dividida em seis seções: Seção de Monitoramento I, Seção de Monitoramento II, Seção de Monitoramento III, Seção de Cooperação Técnica e Políticas Públicas, Seção de Seguimento de Recomendações e Seção de Promoção e Capacitação (COELHO, 2008)

Dessa forma, a Comissão, através de seus órgãos internos e da sua composição, utiliza-se de instrumentos regionais de proteção dos direitos humanos que subjagam os Estados membros a uma obrigação internacional (PIOVESAN, 2017).

Segundo Gorczewski (2016, p.182), a função principal da Comissão estabelecida pela Carta da OEA é a promoção e a defesa dos direitos humanos. Já a Convenção Americana reconhece na Comissão a competência para considerar as queixas individuais e as comunicações estatais - que só serão examinadas quando o Estado reconhece tal competência além de encaminhar a Corte Interamericana os casos de violação de direitos, nos quais os Estados violadores não cumpriram com as recomendações propostas pela Comissão Interamericana.

Ou seja, a Comissão Interamericana só possui competência para se pronunciar sobre violações de direitos naqueles países que ratificaram a Carta da OEA ou Convenção Americana sobre Direitos, realizando seu trabalho com base em três pilares: o sistema de petição individual, o monitoramento da observância dos direitos humanos pelos Estados Membros e a atenção a linhas temáticas com prioridade (SANTOS, 2012)

De forma que, a Comissão considera que populações, comunidades e grupos, que historicamente sofreram com qualquer tipo de discriminação ou desigualdade e que estão sob a égide de Estados Americanos, merecem atenção prioritária.

De acordo com Fix-Zamudio (1991, p.152), a função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode ser expressa da seguinte forma:

[...] a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros; b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos; c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem estas violações; d) legitimadora, quando um suposto Governo, em decorrência do resultado do informe da Comissão acerca de uma visita

ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações; e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito; e f) protetora, quando além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados.

Importante ressaltar, que a Comissão Interamericana tem a possibilidade de pedir aos Estados notificações e informações sobre denúncias e queixas recebidas no que compete à violação de direitos, e, quando julgar ser um caso de grave urgência e emergência, ou quando considerar que a vida ou integridade de uma pessoa corre perigo real e iminente, poderá solicitar que o Estado administre medidas em caráter cautelar, que suspenda ou cesse atos que estejam causando ou, por ventura, venham a causar danos aos direitos humanos, enquanto dá prosseguimento ao trâmite da queixa (CIDH, 2018).

Assim, de modo pormenorizado, fica claro a abrangência da função principal da Comissão quanto à observância, promoção e proteção dos direitos humanos. Apesar disso, a Comissão também tem em seu regulamento interno, estabelecendo os procedimentos a serem observados quando da violação de qualquer direito estabelecido na Declaração ou Convenção Americana.

Utilizando-se ainda do princípio *pro homine*, em que a interpretação de uma norma deve ser feita de maneira mais favorável ao ser humano, a necessidade de acesso à justiça e a incorporação da perspectiva de gênero em todas suas atividades, isto é, quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a norma que mais amplia tal direito, e, em tratando de normas que restrinjam um direito, vale a norma que menos restrição lhe oferece (CIDH, 2018).

Nesse mesmo sentido, o artigo 41 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 106 da Carta da Organização do Estados Americanos, elege como funções da Comissão, no exercício do seu mandato (IKAWA, KWEITEL, MATTAR, 2008):

1. Receber, analisar e investigar petições individuais em que se alega que Estados Membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana ou aqueles Estados que ainda não a tenham ratificado violaram direitos humanos.
2. Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considerar conveniente, publicar informações especiais sobre a situação em um Estado específico.
3. Realizar visitas in loco aos países para analisar em profundidade a situação geral, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório

respectivo, que é publicado e apresentado ao Conselho Permanente e à Assembleia Geral da OEA.

4. Estimular a consciência pública dos direitos humanos nos países da América. Para isso, a Comissão realiza e publica estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: as medidas que devem ser adotadas para assegurar maior acesso à justiça; os efeitos dos conflitos armados internos em certos grupos; a situação dos direitos humanos das crianças e adolescentes, das mulheres, dos trabalhadores migrantes, das pessoas privadas de liberdade, dos defensores de direitos humanos, dos povos indígenas e dos afrodescendentes; liberdade de expressão; segurança dos cidadãos, terrorismo e sua relação com os direitos humanos; entre outros.

5. Organizar e promover visitas, conferências e seminários com diversos tipos de representantes de governo, instituições acadêmicas, organizações não governamentais e outros, a fim de divulgar informações e fomentar o conhecimento sobre o trabalho do sistema interamericano de direitos humanos.

6. Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas que contribuam para a proteção dos direitos humanos nos países do Continente.

7. Solicitar aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas, conforme presente no artigo 25 de seu Regulamento, para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto de uma petição à CIDH em casos graves e urgentes. Além disso, de acordo com o disposto no artigo 63.2 da Convenção América, a Comissão pode solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos de extrema gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte.

8. Apresentar casos à jurisdição da Corte Interamericana e atua frente à Corte durante os trâmites e a consideração de determinados litígios.

9. Solicitar opiniões consultivas à Corte Interamericana conforme disposto no artigo 64 da Convenção Americana 10. Recebe e examina comunicados nos quais um Estado parte alegue que outro Estado parte cometeu violações dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana, de acordo com o artigo 45 de tal documento.

É possível perceber que afim de cumprir seu mandato e as suas funções de forma mais eficiente e dinâmica, a Comissão tem se adaptado ao longo do tempo, acompanhando a evolução das sociedades, com o único propósito de proteger os direitos humanos. Exemplo claro disso, foi o processo de fortalecimento do Sistema Interamericano comandado pela Comissão entre 2011 e 2013, que culminou com a reforma das suas políticas e práticas internas, bem como o seu regulamento interno (TEREZO, 2014).

Através de recomendações enviadas pelos Estados membros, pela comunidade civil, jurídica, acadêmica e por relatos das vítimas, o Conselho Permanente da OEA criou um Grupo de Trabalho Especial, que apresentou recomendações, posteriormente aprovadas e acolhidas pela Assembleia Geral, pelo Conselho Permanente e pela Comissão, para a alteração de vários artigos do Regulamento Interno da Comissão (CIDH, 2018).

Esses artigos referem-se às medidas cautelares, aos requisitos para a consideração de petições, à tramitação inicial, ao procedimento e à decisão sobre a admissibilidade, procedimento e informe sobre o fundo, além de, arquivamento de petições e casos, suspensão do prazo para o envio de casos à Corte Interamericana, informe anual, à utilização de peritos, medidas provisórias e à possibilidade de modificação do seu regulamento, quando necessário.

A regra é que a Comissão Interamericana só analisará uma petição quando já se esgotaram todos os recursos cabíveis de acordo com a legislação interna de cada Estado, contudo, no caso da legislação interna não ter um devido processo legal, ou não ter sido permitido à vítima acesso aos recursos, ou ainda, que a vítima tenha sido impedida de esgotá-los, ou, havendo morosidade da justiça em deferir uma decisão, a Comissão, em caráter de exceção, irá analisar o caso (GORCZEVISK, 2016).

Pode ocorrer ainda a isenção de esgotar o trâmite judicial interno se uma pessoa está em situação de extrema indignidade, ou que não consiga, sob forma alguma, pagar um advogado ou quando o Estado não ofereça um de maneira gratuita (CORREIA, 2008).

O prazo para apresentação da petição é de seis meses depois da decisão judicial definitiva, contudo, havendo uma exceção ao esgotamento dos recursos, este prazo não será aplicado, devendo a petição ser apresentada dentro de um prazo razoável (PIOVESAN, 2017). A Comissão Interamericana não faz qualquer menção do que considera um prazo razoável, o conceito de prazo razoável encontra-se à critério da Comissão, entretanto, acredita-se que, enquanto persistirem os meios necessários a provar a conduta violatória, a Comissão aceitará a petição individual, considerando a data de ocorrência e as circunstâncias de cada caso em particular.

As queixas podem ser oferecidas por qualquer pessoa, de forma individual ou em grupo, contendo a qualificação, assinatura, endereço, descrição do fato, nome da vítima ou autoridade que tenha tomado conhecimento do fato e nome do Estado que considera responsável pela ação, omissão ou consentimento (NETO, 2017).

A petição pode ser em inglês, francês, espanhol ou português, e será entregue à Secretaria Executiva da Comissão e deverá conter todo e qualquer documento que se julgar necessário para a comprovação do fato, podendo ser

fotocópias simples, sem qualquer autenticação. Também não se faz necessária a representação de um advogado, bem como, todos os procedimentos perante a Comissão são gratuitos (GORCZEWSKI, 2016).

Acusado o recebimento da petição, o Estado é chamado para apresentar suas observações e toda informação apresentada será repassado a outra parte e, em sendo admitida a petição, o processo segue um trâmite quase judicial, contendo réplicas, treplicas e audiências, caso necessário (COELHO, 2008).

As audiências são para oitiva das partes, testemunhas e representantes do Estado. Essas audiências são públicas, sendo transmitidas ao vivo no site da Comissão, bem como, por qualquer outro meio que deseje transmiti-las, desde que credite a OEA, de forma que qualquer pessoa poderá assistir, a menos que as partes solicitem que sejam privadas (CIDH, 2018).

A Comissão passará então a análise de informações e provas, buscando sempre, em qualquer etapa da análise da petição ou caso, desde que seja a vontade das partes, obter um acordo. Para iniciar esse processo de diálogo, as duas partes devem solicitar por escrito a Comissão, que fará o intercâmbio de informações entre as partes, assessorando e facilitando essa solução amistosa (SANTOS, 2012).

Havendo consenso quanto aos compromissos que as partes irão assumir, a Comissão elabora um informe com todos os fatos ocorridos até o momento e as soluções que adotaram. Esse informe de solução amistosa põe fim ao procedimento na Comissão, mas ela continuará supervisionando e fiscalizando o cumprimento do que foi acordado entre as partes (CORREIA, 2008). Podendo solicitar informações da situação dos direitos humanos que foram violados, realizar visitas *in loco*, audiências e reuniões de trabalho entre as partes e, até mesmo, com Organizações Não Governamentais ou grupos de proteção dos direitos humanos que existam no país e estejam a par da situação (COELHO, 2008).

Em caso de uma das partes não aceitar o acordo ou não quiser continuar com o procedimento de acordo depois que este se iniciou, a Comissão continuará com o processamento da petição ou o trâmite do caso, decidindo acerca das violações alegadas; por fim, redige um relatório que é chamado de informe de fundo (Regulamento CIDH, 2013, Artigo 40).

O informe de fundo, num primeiro momento, é confidencial, sendo que somente as partes terão acesso a este informe. Posteriormente, ficará disponível a qualquer pessoa. Importante dizer que a Comissão possui também o informe de admissibilidade, de inadmissibilidade, de solução amistosa, de fundo e de arquivamento. Toda ação da Comissão é transparente e informativa, afim de cumprir com a sua função principal (PIOVESAN, 2017).

O informe de fundo conterà o resumo dos fatos, a expressa informação de violação ou não de direitos humanos ou da Convenção Americana, e as recomendações aos Estados para que cessem os atos abusivos, investigue, esclareça, sancione e repare os danos causados, introduzindo melhorias no seu ordenamento jurídico e, podendo ainda, requerer outras medidas (GORCZEVSKI, 2016).

Existe, além disso, o fundo de assistência legal, onde a Comissão resolve por unir a análise de admissibilidade da petição com a sua decisão acerca do caso e, em razão disto, qualquer pessoa, desde que provada a carência de recursos, poderá, através de solicitação escrita, requerer que a Comissão cubra as despesas com coleta e apresentação de provas documentais, gastos para o comparecimento de vítimas, testemunhas ou peritos a audiência e qualquer outro gasto pertinente a elucidação do caso (TEREZO, 2014).

Por exemplo, em 2011, no caso 12.738 - Opario Lemoth Morris e outros - em Buzos Miskitos, Honduras, o país foi denunciado por violação ao direito à vida, integridade pessoal e exploração laboral do povo indígena Miskitu, nesse sentido, foi fornecida assistência financeira para possibilitar a presença da suposta vítima à audiência, a fim de dar seu relato da violação dos seus direitos; e, por trata-se de pessoa portadora de deficiência, o fundo de assistência legal também proveu recursos para que um acompanhante estivesse presente (CIDH, 2018).

Outro exemplo da utilização do fundo de assistência legal é o caso 12.791 – Jesús Ángel Gutiérrez Olvera – em que o México foi denunciado por suposta detenção arbitrária, desaparecimento forçado, falta de investigação e reparação das denúncias acerca de Jesús Ángel. O fundo de assistência legal possibilitou a presença da mãe de Jesús Ángel para testemunhar acerca dos fatos e dos danos causados (CIDH, 2018).

O prazo para o cumprimento das recomendações é de três meses e, em não cumprindo o relatório, a Comissão possui dois caminhos: encaminhar o caso para Corte Interamericana de Direitos Humanos ou realizar um segundo relatório, impondo novo prazo (CORREIA, 2008). Contudo, no fim deste, o relatório da Comissão ganha publicidade caso o Estado não tenha tomado as providências recomendadas pela Comissão.

O trabalho da Comissão não se encerará no envio do caso à Corte IDH, ela ainda deverá se fazer presente para os procedimentos que se seguirão dentro do órgão jurisdicional do Sistema Interamericano.

Ademais, em caso de gravidade e urgência e com o fim de evitar danos irreparáveis, é possível recorrer a Comissão com um pedido de medida cautelar, que seguirá os mesmos passos de pedir que a petição individual. Esse pedido de medida cautelar poderá ser apresentado juntamente com a petição individual ou sem a apresentação de uma petição, já que, por serem processos independentes, a decisão de um em nada influenciará na decisão do outro (COELHO, 2008).

A Comissão então recomenda ao Estado a implementação de medidas de proteção ou prevenção do ato violador, tendo também a faculdade de solicitar aos Estados a adoção de medidas cautelares por iniciativa própria, sem a necessidade de interposição de pedido (SANTOS, 2012).

Para valorar os requisitos de gravidade e urgência, a Comissão utiliza provas que fundamentam o pedido, como ameaças escritas, atentados, a identificação da origem das ameaças e a descrição de todos os eventos que ocorreram até o pedido de cautelar; e, quando tratar-se de evitar um dano irreparável, o dano deve realmente ter a possibilidade de se realizar e não pode recair sobre bens ou interesses jurídicos que possam ser reparados (TEREZO, 2014).

Em novembro de 2012, por exemplo, recorreu-se à Comissão para medidas cautelares para 334 pacientes do Hospital Federico Mora, na Guatemala, por se encontrarem internados junto a pessoas com capacidade mental reduzida, que haviam cometido vários crimes e estavam cumprindo pena no hospital, que estava sob custódia da Polícia Nacional Civil da Guatemala. Dessa forma, a Comissão solicitou ao Estado a proteção da vida e da integridade pessoal, bem

como, que proporcionasse o tratamento adequado a cada paciente e a investigação e responsabilização pelos fatos ocorridos (CIDH, 2012).

Já em agosto de 2013, a Comissão recebeu um pedido de medida cautelar acompanhada de uma petição em favor de Robert Gene Garza, que havia sido condenado a morte e com prováveis violações aos direitos humanos. Dessa forma, solicitou aos Estados Unidos, como medida cautelar, que se abstinhasse de executá-lo até que houvesse um pronunciamento acerca do mérito da petição (CIDH, 2013).

Recentemente, em 2015, a Comissão, através do caso MC 60/15, entendeu restar demonstrada a situação de gravidade e de urgência de adolescentes que se encontravam privados de liberdade em unidades de atendimento socioeducativas de internação masculina no Estado do Ceará, Brasil, e vinham sofrendo com as condições precárias de detenção, superlotação crítica, uso excessivo da força, torturas, utilização de isolamento prolongado, abusos sexuais e falta de tratamento médico. Solicitando ao Brasil que adotasse medidas para proteger a vida e a integridade pessoal, fornecendo infraestrutura, higiene, alimentação, educação e tratamento médico adequado, evitando a superlotação (CIDH, 2015).

O sistema de medida cautelar da Comissão está em funcionamento há mais de 30 anos, representando um excelente mecanismo de garantia e proteção dos direitos humanos. Nesse tempo, já concedeu medidas cautelares com o propósito de proteger o direito à vida, à saúde, à família, à integridade física e psíquica, dentre tantos outros (CORREIA, 2008).

E, em virtude das desigualdades que existe entre os 35 Estados Membros Americanos, a Comissão também leva em consideração aspectos sociais e políticos do país ao qual se requerer o pedido de medida cautelar.

Trata-se de elementos como a existência de conflitos armados ou não no país, a vigência de um estado de emergência, os graus de eficácia e de impunidade existentes no sistema judiciário, os indícios de discriminação contra grupos vulneráveis e os controles exercidos pelo Poder Executivo sobre os demais Poderes Estatais (TEREZO, 2014). É uma ferramenta que não exerce um caráter taxativo ou exaustivo, podendo haver outros elementos que não se encontram elencados aqui, é uma forma de auxiliar na decisão mais acertada.

É importante salientar, que assim como as soluções amistosas e as recomendações da decisão da petição, as medidas cautelares também possuem uma fiscalização do cumprimento dessas recomendações pela Comissão.

Nas medidas cautelares a implementação dessas solicitações deve ser efetuada, quando possível, de imediato, e a sua fiscalização poderá ser exercida tanto por visitas in loco, quanto por observações ou relatórios que o país deve enviar à Comissão (SANTOS, 2012).

Por fim, nas soluções amistosas, as partes podem acordar um prazo que considerem adequado, tudo sob a orientação da Comissão, ou a própria Comissão o faz, de forma que nenhuma das partes se sobressaia sobre a outra levando vantagem (COELHO, 2008).

A seguir, serão expostos os elementos e as características que formam a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sua estrutura e o trâmite pelo qual transcorre o caso que é submetido a mesma pela Comissão, permeando os aspectos da função de guardião do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos exercido pela Corte.

2.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua função de guardião do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH) integra, junto com a Comissão Interamericana, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, como já foi mencionado anteriormente. Foi criada através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969, iniciando a sua atuação em 1979.

Contudo, sua criação já vinha sendo requerida anos antes, quando, em 1948, durante a 9ª Conferência Internacional Americana, em Bogotá, na Colômbia, estipulou-se que não poderia haver a real proteção dos direitos humanos sem a existência de um órgão jurídico competente para ampará-los (GORCZEVISK, 2016).

A Corte é um órgão independente e autônomo, que compõe a Organização dos Estados Americanos, mas não se encontra subordinada à Organização, ainda que a sua Secretaria funcione em conformidade com as disposições

administrativas da Secretaria-Geral da OEA e o seu orçamento ser submetido para aprovação na Assembleia-Geral da mesma (CORREIA, 2008).

Através de doações dos Estados, instituições externas ou por cooperação internacional, cumpre sua função judicial, todavia ainda atua em cursos, palestras e congressos; bem como, proporciona a jovens estudantes ou profissionais de diversas áreas, por meio de estágios ou visitas profissionais, a interação com os direitos humanos e os seus processos de proteção e monitoramento, para que, posteriormente, além de complementar sua formação, possam auxiliar seu país de origem (CORTE IDH, 2018).

O principal objetivo da Corte é aplicar e interpretar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos sempre em conformidade com as normas do Pacto de San José da Costa Rica, que a regula.

Entretanto, cumpre ressaltar, que não há que se falar em investigação e sanção da conduta individual de cada agente do Estado que participou dos abusos e das violações aos direitos humanos, o papel da Corte é verificar a responsabilidade do Estado e as consequências jurídicas que a ação ou a omissão derivaram (IKAWA, KWEITEL, MATTAR, 2008).

Até o momento, 21 países adotaram e ratificaram a competência da Corte, sendo conhecidos como Estados partes: Costa Rica, Peru, Venezuela, Honduras, Equador, Argentina, Uruguai, Colômbia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicarágua, Paraguai, Bolívia, El Salvador, Haiti, Brasil, México, República Dominicana e Barbados (CORTE IDH, 2018).

A Corte é composta por sete membros nacionais dos Estados membros da OEA. A eleição dos juízes da Corte é realizada a partir de uma lista contendo três nomes elegíveis, que cada Estado parte da Convenção apresenta quando solicitada pelo Secretário-geral. Os mesmos deverão apresentar notório saber jurídico sobre direitos humanos e moral ilibada (COELHO, 2008).

Atualmente, a posição é exercida pelos juízes, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México) (Presidente da Corte), Eduardo Vio Grossi (Chile) (Vice-Presidente da Corte), Humberto Antonio Sierra Porto (Colômbia), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina), Patricio Pazmiño Freire (Equador) (CORTE IDH, 2018).

Os magistrados serão eleitos durante uma sessão da Assembleia-Geral da OEA com a participação de todos os 35 países independentes das Américas que

ratificaram a Carta da OEA e passaram a integrar a Organização como Estados membros (TEREZO, 2014).

A eleição é realizada através de voto secreto e por maioria absoluta, porém, não há qualquer disposição acerca da faixa etária mínima ou máxima para ingressar ou retirar-se das funções da Corte. O mandato é exercido por seis anos e pode haver a ocorrência de reeleição por mais seis anos (SANTOS, 2012).

Em caso de conclusão do mandato antes do término do caso ao qual o magistrado se dedica ou que se encontrem em fase de sentença, não ocorre a substituição pelos novos juízes eleitos (NETO, 2017). O magistrado continuará conhecendo o caso submetido à Corte até o fim deste.

Existe ainda, dentre as disposições da Convenção, a possibilidade de os Estados demandados nomearem juízes *ad hoc* para conhecerem determinado caso que seja submetido à Corte, quando do seu interesse, como ocorreu, por exemplo, no Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua; Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname; Caso Gangaram Panday vs. Suriname; Caso Neira Alegría e outros vs. Peru; Caso Las Palmeras vs. Colômbia; Caso Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil; e Caso Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru (TEREZO, 2014).

Correia (2008, p. 119) afirma que este dispositivo da Convenção enfrenta algumas críticas quanto ao mau funcionamento da Corte caso o número de *juízes ad hoc* venha a superar o número de magistrados titulares.

Importante lembrar, que os juízes eleitos da Corte adquirem imunidades e privilégios diplomáticos essenciais ao desenvolvimento harmônico das funções inerentes ao cargo e que perduram pelo tempo do mandato. (REGULAMENTO CORTE IDH, 2009).

Segundo Coelho (2008, p. 120), em caso de incompatibilidades no exercício de sua função, o juiz tem o cargo e as responsabilidades cessadas, mas não há qualquer invalidação dos atos que já tenha praticado.

Tratando-se de impedimento dos juízes, estes deverão apresentar seu pedido de inabilitação ao Presidente da Corte ou este, quando considerar que o juiz por determinado motivo justificado não deve participar, pode apresentar tal escusa (ALVES, 1997). A partir da inabilitação de algum dos juízes poderão ser nomeados juízes interinos em sessão do Conselho Permanente da OEA pelos Estados membros a pedido do Presidente da Corte.

As sessões da Corte são realizadas em San Jose da Costa Rica, capital da Costa Rica, em que se encontra sua sede, podendo, entretanto, serem realizadas em qualquer Estado membro da OEA. De acordo com Silveira (2013, p. 43), as reuniões acontecem de forma ordinária ou extraordinária conforma a necessidade do bom desempenho das funções de um instituto do campo dos direitos humanos.

Durante o período de sessões ordinárias, a Corte realiza as audiências dos casos contenciosos e das medidas provisórias, analisa relatórios apresentados pela Comissão, Estados e vítimas ou seus representantes, além de exercer trabalhos administrativos (CORTE IDH, 2009).

Nas sessões extraordinárias, a Corte mantém o mesmo funcionamento das suas funções quando em sessão ordinária; porém, desloca o seu local de trabalho para países previamente escolhidos afim de divulgar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o seu funcionamento e a sua atuação na proteção dos direitos humanos, como busca promover e incentivar a atividade jurisdicional (SANTOS, 2012).

Até o momento, a Corte já realizou períodos de sessões extraordinárias na Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai (CORTE IDH, 2018).

O quórum mínimo das sessões ordinárias e extraordinárias será de cinco juízes e, em caso de falta, poderão ser designados juízes interinos até que os juízes eleitos assumam. As deliberações da Corte são decididas pela maioria e em caso de empate o voto final caberá ao Presidente (REGULAMENTO CORTE IDH, 2009).

De acordo com Correia (2008, p. 122), apesar da Corte não ser um órgão permanente, sua Secretaria funciona de forma contínua com um secretário, que é nomeado pela Corte, e quatro advogados, nomeados pelo Secretário-Geral da OEA.

Contudo, a Corte não é um órgão da OEA. Como dito anteriormente, sua criação deriva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Possui independência econômica e administrativa e, por vezes, confunde-se com a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos já que a Convenção Americana

estabeleceu competências de promoção e de proteção dos direitos humanos para os dois órgãos.

Corte e Comissão relacionam-se, conjuntamente, de forma harmônica, já que a Comissão exerce uma função fiscalizadora e a Corte atua com a intervenção ou requerimento dessa. Somente a Comissão ou um Estado parte possuem competência para submeter um caso a apreciação da Corte (CADH, 1969).

As atribuições da Corte, dizem respeito, essencialmente, à sua competência jurisdicional, sua competência consultiva e a sua competência cautelar. Para a materialização dessas atribuições faz uso de um extenso corpo jurídico.

Além da Convenção e da Declaração Americana, a Corte Interamericana conta também, com seu Regulamento e Estatuto, com a Carta Democrática Interamericana, a Carta Social das Américas, os Pactos, Convenções, Declarações e Protocolos de promoção e defesa acerca dos direitos das mulheres, crianças, dos povos indígenas, das pessoas com incapacidade, de prevenção à discriminação, à orientação sexual e identidade de gênero, sobre a administração da justiça, trabalho, tortura e desaparecimentos, nacionalidade, asilo, refugio, apátridas e o uso da força e conflito armado (PIOVESAN, 2017).

Segundo Gorczewski (2016, p. 186), a competência consultiva está ligada a uma forma de agir mais preventiva. A finalidade é interpretar a Convenção, dispositivos, leis ou qualquer tratado, seja quanto a sua interpretação, alcance ou na compatibilidade de leis internas com a Convenção, de modo a ajudar os Estados a cumprir as diretrizes acerca dos direitos humanos.

Nas palavras de Terezo (2014, p. 231), a consulta pode ser realizada por qualquer Estado parte que tenha ratificado a Convenção, sendo atualmente 25 países: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, EL Salvador, Equador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

Ainda, pelos 35 Estados membros da OEA e pelos órgãos que estejam elencados no artigo 53 da Carta da OEA, sendo eles: Assembleia-Geral, Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, Conselhos, Comissão Jurídica Interamericana, Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

Secretaria-Geral, Conferências e Organismos Especializados na figura dos seus representantes (CARTA OEA, 1948).

Contudo, a solicitação de consulta deve ser formulada com questionamentos específicos, indicando dispositivos, razões para a consulta e a identificação dos agentes que solicitam a interpretação. Terezo (2014, p. 232) acrescenta, que tais exigências possuem a finalidade de evitar que se mascarre uma situação de competência contenciosa em consultiva apenas para obter uma opinião da Corte.

A solicitação da opinião consultiva passa então por um juízo de admissibilidade. De acordo com o regulamento interno da Corte (2009, Artigo 68), uma cópia da solicitação será remetida a todos os órgãos que possuam qualquer relação com o assunto para que se manifestem. Posteriormente, é apresentado os argumentos dos interessados em audiência previamente designada, para só então a Corte emitir a sua opinião.

As sentenças da Corte são definitivas e irrecorríveis, contudo, qualquer uma das partes pode, dentro de 90 dias depois do recebimento da sentença, utilizando a função consultiva da Corte, solicitar uma interpretação da sua sentença quanto ao seu sentido ou alcance (COELHO, 2008).

A atribuição contenciosa consiste no exame de casos em que o Estado tenha violado a Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo ser postulada pela Comissão ou pelos Estados partes.

Para que a competência jurisdicional exista, é preciso que haja um consentimento expreso por parte do Estado declarando a sua aceitação, tornando-se um Estado parte e reconhecendo a validade das decisões da Corte (NETO, 2017).

A submissão de um caso por um Estado deve ser feita de forma escrita e motivada, contendo os nomes dos seus representantes; o endereço para comunicações; o nome, endereço, telefone, e-mail e fax dos representantes das supostas vítimas; os motivos para apresentar o caso a Corte; a cópia dos relatórios e provas pertinentes e do expediente ante a Comissão; a individualização dos declarantes; e o objeto de suas declarações. Sendo que havendo peritos, deve-se remeter seu currículo e dados de contato (SANTOS, 2012).

Após a entrega da documentação, o trâmite do caso segue o procedimento contencioso da mesma forma que o caso submetido pela Comissão.

Como visto anteriormente, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, pode apresentar uma denúncia ou queixa na Comissão, por e-mail, fax, correio ou via formulário eletrônico, para si próprio ou em favor de outro, contra Estados que tenham violado direitos humanos e que tenham ratificado a Convenção Americana.

Importante salientar, que a Comissão recebe denúncias de Estados que tenham ratificado a Convenção Americana, sendo eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguai y Venezuela (CADH, 1969).

Contudo, a Corte só recebe os casos dos Estados que tenham ratificado e reconhecido a Convenção Americana e a jurisdição da Corte. Dentre os elencados acima, apenas Dominica, Grenada, Jamaica e Trinidad e Tobago não adotaram a função contenciosa da Corte (CORREIA, 2008).

Entretanto, segundo Terezo (2014, p. 240), a atuação da Corte não está subordinada ao relatório da Comissão acerca de determinado caso, podendo ter um entendimento diverso e refazer a fase instrutória quando achar necessário.

Remetido o documento de submissão do caso juntamente com o informe de fundo e todos os anexos pertinentes pela Comissão, a Corte irá requerer aos representantes da suposta vítima que apresente, dentro de dois meses, um documento escrito com argumentos e provas. Informado o Estado do processo que tramita na Corte Interamericana e remetido a ele todos os documentos necessários para dar ciência, este também tem dois meses para a apresentação da contestação (CORTE IDH, 2018).

Na contestação o Estado possui quatro opções: interpõe objeções preliminares, não interpõe objeções preliminares, reconhece de forma total ou parcial os fatos ou violações ou propõe um acordo (SANTOS, 2012).

Caso o Estado resolva não interpor objeções preliminares, o próximo passo é apresentar uma solicitação de testemunhas, entretanto, na hipótese de interpor objeções preliminares ou reconhecer total ou parcialmente os fatos e violações, a próxima fase será a apresentação de observações por parte dos

representantes do Estado e dos representantes da Comissão Interamericana às objeções ou ao reconhecimento dos fatos. Posteriormente, prossegue-se ao pedido de apresentação de testemunhas (COELHO, 2008).

Chegando ao pedido de apresentação de uma lista com as testemunhas, o procedimento seguirá o mesmo para as três primeiras hipóteses de contestação acima mencionadas. Nesse momento, será possível realizar alterações quanto as listas, apresentar objeções a testemunhas e recusar peritos ou substituir declarantes. Havendo recusa de peritos, a parte que o fez deve declarar seus motivos (CORREIA, 2008).

A Corte irá então emitir uma ata convocatória de audiência, contendo a admissibilidade das testemunhas propostas, observações, objeções, recusas e outras solicitações das partes, a forma de recebimento das declarações, a convocação para a audiência pública e a fixação de uma data para alegações e observações (REGULAMENTO CORTE IDH, 2009).

Posterior a ata convocatória, a Corte deverá receber as perguntas que serão feitas aos declarantes juntamente com uma declaração escrita feita sob juramento e validada pelo tabelionato público, que também poderá ser entregue depois com as alegações finais (TEREZO, 2014).

É realizada então uma audiência para exposição do caso, dos fatos, das objeções preliminares, do fundo, das reparações e das custas, podendo apresentar-se aqui o *amicus curiae*; contudo, pode fazer-se presente no procedimento da submissão do caso a Corte até 15 dias depois da audiência. É o momento também para a Corte solicitar diligências probatórias para melhor resolver a questão (SANTOS, 2012).

A próxima fase é a apresentação de alegações finais pelas partes e observações finais pela Comissão. No caso de haver provas que acompanhem as alegações ou observações finais, será aberto prazo para manifestação, quanto a nova prova trazida ao processo pela contraparte ou em caso de prova oriunda de diligências probatórias, requerida pela Corte, que posterior a isso, passará então a decidir em privado (REGULAMENTO CORTE IDH, 2009).

É a Secretaria da Corte que se encarregará de notificar as partes quanto à decisão, que se apresenta de forma simples e acessível, trazendo a identificação das partes, uma narração dos fatos, os fundamentos jurídicos, as conclusões da

Comissão e do Estado demandado, além disso, expõem as custas, as reparações e o resultado da votação (GORCZEVSKI, 2016).

Logo após a Corte passará então a supervisionar o cumprimento da sentença por parte do Estado através de relatórios, contudo, havendo dúvida quanto a sentença ou o seu alcance, qualquer uma das partes pode solicitar a Corte que a interprete. No tempo que julgar hábil, a Corte apresentará uma sentença de interpretação, prosseguindo à supervisão do cumprimento de sentença (PIOVESAN, 2017).

Cumprido ressaltar, que o pedido de interpretação da sentença não lhe aufere efeito suspensivo, não caracterizando impedimento algum à execução da sentença, que é vinculante, definitiva e inapelável (CORREIA, 2008).

Pode ocorrer o que se chama de voto dissidente, que é quando a sentença não foi decidida de forma unânime pelos juízes; dessa maneira, o voto discordante integrará a sentença, mas em nada altera o restante do procedimento (NETO, 2017).

Atenta-se, por fim, para o fato de desistência da ação por parte do demandante, a Corte tem a faculdade de decidir se arquivar ou não o caso, podendo prosseguir quando tiver grande interesse de proteger um direito determinado (IKAWA; KWEITEL; MATTAR, 2008).

A quarta hipótese da contestação refere-se ao oferecimento de uma solução amistosa, nesse sentido, seguiria o procedimento direto à sentença de homologação de acordo de solução amistosa e, posteriormente, a supervisão do cumprimento de sentença, podendo as partes assim como no procedimento anterior, solicitar a interpretação da sentença, seguindo para a notificação e a divulgação da sentença de interpretação e continuação da supervisão de seu cumprimento (REGULAMENTO CORTE IDH, 2009).

Por possuir uma natureza estritamente jurídica e não política ou diplomática, inexistente a possibilidade, por parte da Corte, de propor acordos, contudo, deverá aceitá-los e atuar como mediador caso as partes expressem a vontade de fazê-los (CORREIA, 2008).

Não há a expressa necessidade da presença de um advogado para os procedimentos perante a Corte, entretanto, é aconselhável que se tenha um acompanhamento legal para maior segurança e entendimento do Sistema Interamericano. A própria Corte arbitra, de ofício, para as supostas vítimas mais

carentes um defensor interamericano, afim de possuírem uma proteção dos seus direitos mais efetivamente (SANTOS, 2012).

E, da mesma forma que ocorre no âmbito da Comissão Interamericana, as audiências na Corte também são públicas, qualquer pessoa pode assistir, salvo quando o tribunal entender de forma diversa.

Da mesma forma, há na Corte a figura do fundo de assistência legal, que deve ser solicitado de forma expressa ao tribunal e auxilia, através de recursos financeiros, que vítimas, acompanhantes e testemunhas compareçam às deliberações da Corte, que por meios próprios não conseguiriam se fazer presentes. Podendo ser utilizado também para toda e qualquer outra despesa necessária no decorrer do processo (CORTE IDH, 2018).

A Corte não é um tribunal penal, apenas julga se houve violações aos direitos humanos contidos na Convenção Americana e, a partir disso, impõe ações corretivas para cessar e ressarcir a vítima pelos danos causados (GORCZEVSKI, 2016).

Ao dispor, em 2005, através da Assembleia Geral, sobre os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, a ONU, por meio da sua Resolução 60/147, consolidou o direito das vítimas em buscar reparação quando tiverem seus direitos humanos violados (ONU, 2005).

As reparações impostas pela Corte na sua sentença visam a restaurar o direito violado através da reparação integral do dano e pela punição dos culpados, entretanto, como ocorre na maioria dos casos, o restabelecimento total da situação anterior torna-se quase impossível ante o direito violado, devendo a Corte tentar minimizar as consequências e garantir a proteção desses direitos daquele momento em diante, como observado no Caso Velásquez Rodríguez (CORTE IDH, 1989).

As reparações podem se realizar através da restituição, reabilitação, indenização, satisfação e garantia de não-repetição das violações aos direitos humanos, constituindo o dever de reparar uma obrigação adicional, que se soma à obrigação primária (de respeito aos direitos humanos) cuja violação constitui um ato ilícito internacional (CANÇADO TRINDADE, 1990).

Ademais, conforme é possível perceber através do Caso Ticona Estrada e otros vs. Bolívia (CORTE IDH, 2008), a Corte busca sempre uma concordância entre os fatos, os danos, as medidas impostas e a lei, afim de garantir a real proteção aos direitos violados e minorar os efeitos dos danos de forma justa e adequada, sem exceder seu poder.

Com um juízo de valoramento de todos os argumentos apresentados por ambas as partes e baseada nos critérios afixados em sua jurisprudência, busca definir a natureza e o alcance da melhor reparação a ser imposta para a situação em análise (CORTE IDH, 1989)⁵. As reparações são, portanto, divididas em dano material ou imaterial, e não podem, de forma alguma, significar o enriquecimento ou empobrecimento das vítimas, do Estado ou de seus sucessores (CORTE IDH, 2004)⁶.

O dano material se configura pela perda ou redução da renda, então o Estado deverá restituir o status anterior e, em caso de impossibilidade da restituição, deverá indenizar a vítima. No Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (CORTE IDH, 2001), a Corte se manifestou com relação ao dano material, estipulando o montante da compensação de acordo com o salário e demais direitos trabalhistas do tempo que os trabalhadores permanecerão sem poderem exercer suas funções.

O dano imaterial, também conhecido como dano moral, é caracterizado pelos sentimentos, sofrimentos e aflições das vítimas (ou de seus familiares ou de amigos mais próximos) e devem alterar de forma consubstancial a sua existência (TEREZO, 2014).

Do dano imaterial a Corte extrai três medidas de reparação, sendo elas: medidas de reparação de reabilitação, medidas de reparação de satisfação e medidas de reparação de não-repetição.

Nas medidas de reparação de reabilitação, se exige do Estado condenado a reabilitação das vítimas, como, por exemplo, a concessão de atendimento

⁵ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989.

⁶ Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 novembro de 2004.

médico e psicológico aos familiares e vítimas de pessoas desaparecidas ou executadas (CORTE IDH, 2010)⁷.

As medidas de reparação de satisfação são aqueles atos que visam a repercussão pública, como a publicização da sentença ou a realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado ante a violação dos direitos humanos (SANTOS, 2012).

Já as medidas de reparação de não-repetição ocorrem através da implementação ou extinção de medidas internas para garantir e promover as normas contidas na Convenção ou qualquer outro texto internacional que a Corte julgar necessária, com o intuito de que os atos abusivos não ocorram novamente, como, por exemplo, a tipificação de delitos, a educação da sociedade acerca da existência e a proteção de tais direitos (CORTE IDH, Caso Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, 2005).

A Corte analisará cada caso em suas particularidades e decidirá qual o melhor plano de ação a se adotar, não havendo qualquer dispositivo de medidas elencados nos textos jurídicos que são taxativos.

No caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (CORTE IDH, 2006), a Corte solicitou ao Estado, como medida de não-repetição, entre outros, que realizasse melhorias nas suas instituições médicas, além de oferecer programas de capacitação adequada no tratamento e na internação de pessoas com incapacidade.

Pode ocorrer ainda, que a Corte solicite a adoção de outras medidas, como a investigação dos fatos, do devido processo legal e da responsabilização dos culpados em âmbito interno de forma individual (NETO, 2017). Assim como, as custas e os gastos processuais também estão incluídos na reparação, devendo o Estado, a critério da Corte, indenizar as vítimas e o erário da Corte (CADH, 1969).

Ademais, a Corte, assim como a Comissão, também possui a função de emitir medidas provisórias, quando se configurarem casos de extrema gravidade e urgência ou para evitar danos irreparáveis às pessoas, podendo fazê-lo ex officio, em qualquer fase do processo e por impulsionamento da Comissão quando se tratar de casos ainda não apreciados (PIOVESAN, 2017).

⁷ Caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

Havendo a necessidade de medidas provisórias e desde que se relacionem com o caso já sob o escrutínio da Corte, a própria vítima pode requerê-las à Presidência da Corte, que após análise solicitará ao Estado que determine as medidas cabíveis para que cesse o abuso ou garanta os direitos necessários (CORREIA, 2008).

Cumprir ressaltar que tanto a sentença de acordo de solução amistosa, quanto a sentença de mérito e as medidas provisórias, passam pela fase de supervisão do cumprimento de sentença.

Neste procedimento, a Corte através de relatórios dos Estados e observações apresentadas pelas vítimas e pela Comissão, realiza um acompanhamento do andamento das reparações que havia recomendado, podendo, ainda, valer-se de perícias e relatórios de outras fontes e realizar audiências, caso julgue necessário (REGULAMENTO CORTE IDH, 2009).

Nesse sentido, a Corte no seu informe anual, remeterá à Assembleia Geral todos os procedimentos realizados dentro do ano corrente, comunicando a situação do cumprimento da sentença ou das medidas provisórias dos Estados formulando recomendações oportunas (COELHO, 2008).

Entretanto, o informe anual nada mais é do que uma sanção moral e política. Verifica-se que a crítica constante quanto a Corte é de que assim como nos outros Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, ela também não possui força punitiva, porque não existe, até o momento, nos Sistemas de Proteção, um Tribunal Penal dos Direitos Humanos com força coercitiva (SANTOS, 2012).

Por outra via, a Corte deixa claro, no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (CORTE IDH, 1989), seu posicionamento ao afirmar que a proteção internacional aos direitos humanos não deve ser confundida com justiça penal, uma vez que o objetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos é apenas amparar as vítimas e reparar os danos.

Ainda que lhe falte força punitiva, a função de guardião dos direitos humanos da Corte torna-se evidente pela necessidade de proteger o ser humano contra as injustiças dos Estados, que são os personagens principais na garantia de condições mínimas de vida e dignidade (SILVEIRA, 2013).

Função essa que se materializa na atuação da Corte supervisionando o cumprimento das sentenças, porque a implementação das recomendações em âmbito interno dos Estados, sendo transformadas em políticas públicas ou outro

meio que aprimore o sistema de defesa dos direitos humanos na legislação de cada Estado é a engrenagem que mantém o Sistema Interamericano funcionando, sem essa adoção por parte dos Estados, ainda que ela ocorra em menor escala e de forma impositiva, não haveria motivos para a existência do Sistema, seria apenas mais um tribunal repetindo leis (CORTE IDH, 2018).

A razão de existir do sistema é a proteção dos direitos humanos e essa razão só é efetivamente cumprida quando os Estados adotam meios para proteger tais direitos ou prevenir e reparar os danos.

Ademais, é a Corte que através da sua fiscalização garante que isso aconteça, pois, na grande maioria das vezes, os Estados não adotam essas medidas por livre e espontânea vontade, em razão de haver todo um contexto histórico de desigualdade social arraigado na cultura das sociedades. Desse modo, a Corte por meio do seu procedimento contencioso e posterior supervisão do cumprimento das sentenças, cumpre o papel de manter o Sistema em funcionamento.

Ao exercer a sua função de guardião do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Corte está também auxiliando o Estado, por meio da concretização efetiva dos direitos humanos, a ser também um instrumento de proteção, porque os direitos humanos não se realizam de forma automática, precisam de ações ou omissões para que isso ocorra (BENONI; BRANDÃO, s.d.).

A intervenção da Corte se dá quando um Estado não cumpre com as disposições do seu corpo jurídico, seja interno ou ao qual tenha ratificado, sendo uma complementação aos sistemas internos de cada Estado (ANTONIAZZI, 2013).

Nesse contexto, a Corte vem consolidando o Sistema Interamericano porque a sua atuação além de combater a impunidade e impedir retrocessos fomentando avanços aos direitos humanos, salva muitas vidas, gerando apoio e confiança da sociedade no Sistema e nos seus instrumentos (PIOVESAN, 2017).

Outra forma possível de visualizar a função de guardião da Corte é mediante o diálogo jurisdicional que ela desempenha, em busca da proteção dos direitos humanos de uma maneira que essa proteção possa ocorrer em uma estrutura multinível.

É possível perceber em algumas sentenças da Corte o diálogo jurisdicional com o órgão global ao fazer uso de jurisprudência dos Comitês da ONU. No caso *Atala Riffo y ninas vs. Chile* (CORTE IDH, 2012), por exemplo, a Corte valeu-se, entre outras, de jurisprudência da Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero ao reafirmar que os direitos humanos se aplicam por igual a todos os seres humanos, independente de orientação sexual ou gênero.

Ademais, também é possível encontrar essa interação entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia, que tem se demonstrado muito profusa em incorporar a jurisprudência da Corte Interamericana em suas sentenças (PIOVESAN, 2017).

A Corte Interamericana, por sua banda, no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (CORTE IDH, 2012) incluiu entre as suas argumentações repertório jurisprudencial não apenas da Corte Europeia, mas também da Corte Africana de Direitos Humanos e do Sistema Universal de Direitos Humanos, ao concluir que o embrião não poderia ser entendido como pessoa para os fins do artigo 4.1⁸ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, é possível perceber que frente a evolução da sociedade e, conseqüentemente, ao surgimento de novos aportes que requerem um posicionamento na seara jurídica, a Corte tem se aberto a inclusão de preceitos protetivos de outros Sistemas afim de garantir a efetiva proteção dos direitos humanos.

O diálogo da Corte Interamericana com as Cortes nacionais iniciou-se em meados dos anos 90, quando a Corte passou a adotar uma postura mais direta em relação aos sistemas nacionais. Essa interação resultou na troca de influências e condicionamento mútuos, contudo, “el grado de convergencia es variable, ya que depende em buena medida de la postura de las cortes

⁸ CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

constitucionales acerca de la recepción del DIDH a nivel interno y no de la interacción efectiva entre las cortes” (GÓNGORA-MERA, 2013).

Nesse contexto, as Constituições da América Latina, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, possuem cláusulas constitucionais abertas, afim de receberem direitos ratificados em tratados internacionais (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, a Corte se manifestou no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (CORTE IDH, 2006, parágrafo 124), acerca do exercício do controle de convencionalidade:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Isso exige do Estado o reconhecimento tanto da relatividade da sua soberania frente a proteção dos direitos humanos, quanto da jurisdição obrigatória da Corte, que, desse modo, pode, mediante suas sentenças, requerer a própria reforma da Constituição (ALCALÁ, 2016).

O controle de convencionalidade também é exercido pela Corte que se utiliza do princípio da norma mais benéfica e incorpora decisões judiciais de Cortes nacionais às suas sentenças (PIOVESAN, 2017).

Nas palavras de Ramírez (2016, p.395), deve prevalecer a solução que melhor preserve a dignidade humana e estabeleça com maior amplitude os direitos e liberdades inerentes a esta, independente da solução se encontrar em lei nacional ou em lei internacional.

Nesse sentido, resta evidente a função de guardião do Sistema Interamericano exercida pela Corte, que através do diálogo e interação com outros Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, seja em âmbito global, seja

em âmbito regional, busca fixar suas bases históricas, ao mesmo tempo em que fortalece e consolida o Sistema Interamericano se abrindo aos avanços e anseios da sociedade.

No próximo capítulo será abordada a proteção atribuída ao direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, através de uma análise dos instrumentos de proteção utilizados pelo Sistema Interamericano, na busca de identificar as normas que compõem o quadro protetivo do direito à saúde, bem como as diferentes dimensões que tal direito pode apresentar.

3 O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo será abordado o direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Observando, num primeiro momento, o direito à saúde como um direito fundamental social, perpassando pela evolução do conceito de saúde até o conceito utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na legislação interamericana, bem como, a estreita conexão do direito à saúde com a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, afere-se as dimensões apresentadas pelo direito à saúde, a fim de compreender a divergência entre a normatividade e as normas com conteúdo programático, com vistas a elucidar a possibilidade de justiciabilizar o direito à saúde.

Ao fim, será investigado as disposições normativas no tocante ao direito à saúde nas legislações das quais se utiliza o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na busca pela concretização plena de tais direitos.

3.1 O direito à saúde como direito fundamental social: uma perspectiva brasileira

O conceito de saúde tem se transformado ao longo da história da civilização, passando da ideia mágico-religiosa dos hebreus à concepção da origem natural das doenças, através do meio em que vivemos, de Hipócrates (HEGENBERG, 1998).

Etimologicamente, a palavra saúde possui duas origens. Provem da raiz latina *salus* expressando uma condição de íntegro e intacto, ou, podendo ser ainda, a evolução do termo grego *holus*, conduzindo ao entendimento de totalidade (BIANCHI, 2012). De qualquer forma, as duas origens convergem para a noção de integralidade, ausência de defeitos ou falhas.

Num primeiro momento, em tempos pré-históricos, o conceito de saúde baseava-se, essencialmente, na ausência de doença ou enfermidade, sendo concebida como um fenômeno sobrenatural, de forma que, os seus tratamentos também eram rituais de curandeirismo ou feitiçaria (CARNEIRO, 2016).

É por meio de Hipócrates, na Grécia Antiga, baseado no seu conhecimento médico empírico, que se afasta a ideia de misticismo e religião do conceito de saúde, atribuindo assim uma causa natural as enfermidades (ROCHA, 2011).

Assim como os gregos, os romanos também demonstraram grande evolução em questões sanitárias, implementando a saúde pública e a ideia de saúde preventiva, contribuindo para o desenvolvimento de sistemas sanitários (BIANCHI, 2012).

Contudo, vale lembrar, que na Idade Média devido ao pensamento controlador, retrógrado e dogmático da igreja católica, o conhecimento e avanço científico sanitário acabou sendo sufocado pela crença religiosa de que as doenças eram uma resposta divina aos pecados, dessa forma, a purificação e cura só seriam alcançadas se fossem realmente merecidas (SCHWARTZ, 2001).

Consequentemente, em razão das ideias dominantes das ordens religiosas, tornou-se recorrente os surtos de epidemias, o isolamento dos enfermos e o surgimento de novas doenças em razão das péssimas condições de vida, o que acabou sendo combatido pelo Renascimento, que favoreceu o

desenvolvimento da medicina e do conhecimento científico das doenças (RAEFFRAY, 2005).

Com o Iluminismo, em meados do século XVIII, deu-se prosseguimento ao fortalecimento do desenvolvimento científico sanitário, bem como, no entendimento da saúde como um interesse social que demanda a intervenção estatal (CARNEIRO, 2016).

Nesse mesmo contexto, a Revolução Industrial, no século XIX, trouxe consigo avanços ao disciplinar na legislação mecanismos que auxiliassem na prevenção ou redução das sequelas deixadas pelas exaustivas jornadas de trabalho, ao entender que a saúde dos trabalhadores afetava consideravelmente a economia dos Estados (SCHWARTZ, 2001).

Mas é a partir do Estado Social, na primeira metade do século XX, que a saúde passou a ser compreendida como um direito social e obteve regulamentação normativa nos textos constitucionais, consolidando o entendimento da necessidade da intervenção dos Estados na proteção e promoção da saúde, fortalecendo a ideia de prevenção da saúde (ROCHA, 2011).

Atualmente, o conceito de saúde utilizado ainda é o mesmo que foi expresso pela Constituição de 1946, da Organização Mundial da Saúde, consistindo no entendimento de que *“a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social”*, não sendo apenas a ausência de doença ou enfermidade (OMS, 1946).

Entretanto, vale dizer, que o conceito negativo de saúde, baseado somente na ausência de doenças, onde há um funcionamento normal do corpo humano, ainda é utilizado nas doutrinas médicas como um conceito válido (REY, 2003). Porém, pode tornar-se um entendimento impróprio no momento em que se percebe que há pessoas com pequenas alterações anatômicas ou funcionais que possuem uma vida saudável e normal (REZENDE, 2010).

A partir disto, Bianchi (2012, p.85) apresenta duas teses que se originaram do conceito negativo de saúde, sob a visão de saúde como a ausência de enfermidade. Sendo, a tese curativa, em que a atuação médica se daria somente após a confirmação da doença e, a tese preventiva, que entende a necessidade de adotar medidas que evitem o surgimento de doenças.

Em contrapartida, o conceito utilizado pela Organização Mundial de Saúde, tido como um conceito positivo de saúde, ainda que tenha trazido grande evolução em relação ao seu conceito negativo, também sofre críticas por ser visto como algo utópico (CARNEIRO, 2016). Ainda que o conceito positivo tenha deixado clara a ideia de equilíbrio do ser humano com o meio que o cerca, aceitando que fatores externos e internos influenciam na saúde do ser e afastando o aspecto meramente curativo, ao adotar uma posição de prevenção da saúde.

As duas críticas ao conceito da Organização Mundial da Saúde referem-se à utilização de expressões que dariam à saúde um entendimento amplo e subjetivo. Para Schwartz (2001, p.36), a palavra bem-estar foi mal utilizada, na medida em que representa algo difícil de quantificar e alcançar, sendo um objetivo mais utópico do que concreto, já que o significado de bem-estar pode variar de uma pessoa para outra.

Outra ressalva ao conceito positivo de saúde utilizado pela Organização Mundial da Saúde, diz respeito à utilização da expressão “completo”. Ao dizer que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, atenta-se para a possibilidade de que em caso de existir qualquer pequeno distúrbio no organismo, a pessoa não poderia ser considerada sadia (CARNEIRO, 2016).

Nesse sentido, Bianchi (2012, p.86) lembra de que o ser humano nunca está completamente sadio, há sempre uma debilidade em menor ou maior grau, como uma dor muscular, a tristeza pela morte de um parente ou disfunções decorrentes da idade.

Da mesma forma, o autor acima referido, assevera sua discordância quanto à ideia ampla à qual conduz a utilização da palavra “completo” no conceito de saúde (BIANCHI, 2012, p.86):

O conceito largo de saúde dado pela Organização Mundial da Saúde – OMS, ainda que seja um importante ponto de vista doutrinário para o Direito, é ineficiente do ponto de vista prático, porquanto a interpretação literal desse conceito conduz à conclusão de que todos aqueles que não alcançarem o estado de completo bem-estar físico, mental e social estariam doentes.

De toda maneira, registra-se ainda a existência do conceito dinâmico de saúde, onde saúde seria o ponto de equilíbrio da interação do ser humano com

o meio em ele habita, composto por fatores biológicos, sociais e culturais (MENDES, 2013).

Nas palavras de Parra (1999, p.119), que também comunga do conceito dinâmico de saúde, podendo ser traduzido na forma como a sociedade evolui através dos tempos e a necessidade de que o conceito de saúde venha a acompanhar e se transformar de acordo com o momento em que se encontra:

El concepto de salud y los conceptos de enfermedad relacionados con él no se refieren a entidades bien definidas, sino que son partes integrantes de unos modelos limitados y aproximativos que reflejan la red de relaciones entre los numerosos aspectos de esse fenómeno complejo e fluido que es la vida. El organismo humano es um sistema dinámico com aspectos psicológicos y fisiológicos interdependientes, haciendo parte de sistemas mayores de dimensiones físicas, sociales y culturales com lo que entabla relaciones recíprocas.

Tanto o conceito dinâmico, quanto os conceitos subjetivo, objetivo científico e essencialmente pragmático e consequencialista, que serão vistos a seguir, são, em certa medida, derivações do conceito positivo preceituado pela Organização Mundial da Saúde.

O conceito subjetivo de saúde encontra-se intimamente conectado à sensação de bem-estar de cada pessoa. É a opinião pessoal do ser sobre o seu organismo, em sentir-se doente ou não, em saber se sente dor ou não e em qual local (MENDES, 2013). Em contrapartida, o conceito objetivo caracteriza por ser o oposto do conceito acima citado, na medida que se identifica a necessidade de avaliação médica da pessoa a fim de qualificá-la como enferma.

Por conseguinte, Carneiro (2016, p.37), por meio do conceito essencialmente pragmático e consequencialista descreve a saúde como:

[...] a condição do indivíduo que não se encontra, naquele determinado momento, acometido de enfermidade, anomalia, lesão ou algum outro estado mórbido que represente diminuição de sua qualidade de vida, seja por lhe causar dor, sofrimento, perda ou diminuição da capacidade física ou cognitiva, instabilidade emocional, ou represente risco de morte prematura, assim reconhecido pela ciência médica, conforme o atual estágio da técnica, e desde que também o desvio da normalidade com prejuízo da qualidade de vida não seja de grau insignificante, excessivamente efêmero ou, ainda, não constitua simples decorrência do natural e inevitável processo de envelhecimento do corpo.

Resta clara a inegável importância do direito à saúde para a sociedade, já preceituada anteriormente, pela Organização Mundial da Saúde, em 1946, e

posteriormente ratificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, quando atestou-se que gozar do melhor estado de saúde, na medida das suas possibilidades, constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano (OMS, 1946).

Evidente também, a ampliação da interpretação dos conceitos de saúde ao longo do tempo, na medida da necessidade de proteção desse direito. Cumpre ressaltar, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, expressou no artigo 10 do Protocolo de San Salvador que a saúde é “compreendida como o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” (Protocolo de San Salvador, 1988). Porém, não se restringe a um conceito fechado de saúde, a fim de perseguir a sua finalidade na proteção dos direitos humanos utiliza-se de conceitos e legislações nacionais e internacionais.

Contudo, o conceito por si só não possui margem de atuação jurisdicional. E, é nessa medida, que a Constituição Federal de 1988, preocupou-se em reconhecer de forma expressa o direito à saúde como um direito fundamental, no seu artigo 6º, além de discipliná-lo sob a ordem social, do artigo 196 ao 200, estabelecendo a competência dos entes federativos quanto a tal direito (BRASIL, 1988). Garantindo, assim, uma proteção ampla e eficaz ao direito à saúde, uma vez que, as omissões ou deficiências de determinado órgão poderão ser sanadas por outro, através de uma atuação conjunta e paralela (CARNEIRO, 2016).

A Constituição Federal de 1988, adotou, no artigo 196, um conceito amplo de saúde, preocupando-se com a qualidade de vida da sociedade, preocupando-se com a sua proteção, promoção e recuperação, por meio de uma saúde preventiva, promocional e curativa, e não apenas incorporando a ideia de ausência de doenças (ROCHA, 2012).

É possível perceber a importância e a relevância do direito à saúde para o ser humano ao passo que se reconhece a interdependência da saúde com fatores sociais, econômicos e com o meio ambiente que cerca a população.

Dessa forma, Nunes e Scaff (2011, p.39), apontam condições que são complementares sem serem excludentes, compondo e influenciando o direito à saúde, na medida em que se alteram em menor ou maior grau durante a vida:

Os fatores que condicionam a saúde das comunidades humanas são fatores econômicos, sociais e culturais muito complexos, pelo que as políticas de saúde, que devem atender a todos eles, não de ser necessariamente políticas complexas, que passam pela habitação, pela alimentação, pelo fornecimento de água potável, pelo saneamento básico, pela educação, pelo lazer, pela organização dos serviços de cuidados primários de saúde, pela vacinação em massa, e que incluem também o funcionamento de hospitais onde se tratam os doentes com recursos aos meios de diagnósticos disponíveis.

Nesse sentido, é essa interdependência do direito à saúde com o meio, com os fatores socioeconômicos e culturais e com os outros direitos, que o torna o mais importante dos direitos fundamentais, ao passo que, é através dele que o ser humano pode exercer sua cidadania com integralidade.

Ainda que o direito à saúde não estivesse expressamente protegido pela Constituição Federal de 1988, se encontraria protegido de forma implícita, uma vez que, ao proteger o direito à vida e a integridade física e corporal, estaria a Carta Magna, por óbvio, protegendo o direito à saúde (SARLET, 2007).

O direito à saúde incorpora os direitos fundamentais de segunda dimensão, chamados direitos sociais, econômicos e culturais, contudo, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha dado aos direitos sociais o *status* de fundamentalidade, não foi sempre assim. A proteção dos direitos sociais é resultado da evolução social, econômica e cultural das pessoas que compunham a sociedade.

A primeira referência à saúde no Brasil, deu-se na Constituição do Império de 1825, que previa no artigo 179, XXIV, a “possibilidade de proibição de qualquer gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio desde que se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, posterior a isso, a Constituição da República, de 1891, em nada se manifestou a acerca do tema (CARNEIRO, 2016).

Entretanto, as Constituições que se seguiram, de 1934, 1937, 1946 e de 1967, inspiradas pela Constituição Alemã, foram incorporando os direitos sociais, entre eles se encontra o direito à saúde, de forma a dispor da competência, defesa e proteção desse direito, sendo somente na Constituição de 1988, que o direito à saúde foi reconhecido como um direito fundamental social, no seu artigo 6º, outorgando-lhe a fundamentalidade pertencente aos demais direitos fundamentais (ROCHA, 2011).

A primeira referência internacional formal da fundamentalidade de proteção aos direitos sociais deu-se por meio da Declaração Universal do Homem em 1948, e seguiu sua produção normativa através da criação da Organização Mundial de Saúde, estabelecendo-se como o órgão da ONU encarregado de “promover a cooperação global para a proteção e promoção do direito à saúde”, adotando a Declaração de Alma-Ata em 1978, sobre cuidados primários de saúde, a Carta de Ottawa em 1986, sobre a promoção da saúde, a Declaração de Adelaide em 1988, em que se reconheceu a necessidade de fomentar o acesso de grupos vulneráveis aos sistemas de saúde (PIOVESAN, 2017).

Entretanto, ainda que no âmbito da Organização Mundial de Saúde, tenham sido elaboradas um distinto aparato normativo, é possível perceber uma considerável separação entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, que persiste desde a sua adoção os dias atuais, refletindo-se na forma como as Cortes nacionais e internacionais interpretam esses direitos.

Isso porque, após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, instalou-se uma Guerra Fria, entre os Estados Unidos da América e a União Soviética, pela disputa da hegemonia política, econômica e militar no mundo, perdurando até a extinção da União Soviética em 1991, ocasionando uma derrocada na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, porque o lado capitalista defendia os direitos de liberdade e o lado socialista os direitos de igualdade material (NETO, 2011).

A fim de contentar gregos e troianos, a Assembleia Geral da ONU, através da Resolução n.217, pediu à Comissão de Direitos Humanos que elaborasse um Pacto que possuísse mecanismos de exigibilidade aos direitos humanos, após diversas audiências de manifestação para a execução do projeto, a Comissão acabou reconhecendo dois instrumentos distintos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 16 de dezembro de 1966, e o Pacto sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em 19 de dezembro de 1966 (TEREZO, 2014).

Essa ocorrência se deu em razão de se compreender os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos complexos e dispendiosos, que deveriam, portanto, serem regulados pelos Estados, de acordo com os limites de recursos próprios de cada nação.

E, ainda que seja possível argumentar, que devido à separação desses direitos em dois instrumentos distintos, os direitos econômicos, sociais e culturais possuem um caráter menos protetivo, vale lembrar que, nas audiências do projeto do Pacto inicial não havia a intenção de separação, isso apenas foi efetuado devido à discordância dos Estados em mensurá-los no mesmo mecanismo jurídico (TEXIER, 2004).

Além disso, ao observar os preâmbulos dos dois Pactos é nítida a ideia de indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, porque são, em certa medida, similares, reconhecendo a necessidade de criar condições que favoreçam o desfrute tanto dos direitos civis e políticos, quanto dos direitos econômicos, sociais e culturais para a concretização do ideal de ser humano livre (ONU, 1966).

Dessa forma, o direito à saúde reconhecido como um direito fundamental social, dispõe de todas as características dos direitos fundamentais. Trata-se de um direito universal, devendo ser oportunizado a todos sem qualquer forma de distinção, indivisível e interdependente aos demais direitos; também, não são direitos absolutos, podendo vir a sofrer limitações, e são exigíveis por via judicial (ROCHA, 2011).

Ademais, por tratar-se de direito fundamental social, o direito a saúde enquadra-se como um direito à prestação, por demandar uma atuação positiva do Estado para a sua consecução, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou a disponibilização de procedimentos cirúrgicos. Entretanto, cumpre lembrar, que os direitos sociais também podem ser um direito de defesa, quando há a necessidade de interrupção de atos nocivos à saúde (MENDES; BRANCO, 2012).

Outro aspecto dos direitos fundamentais sociais, consiste no fato de que, em sendo direitos a prestações, são divididos em direitos originários a prestações, em que a simples existência de previsão constitucional já possibilita a exigibilidade das prestações, e direitos derivados a prestações, onde há a necessidade de lei que possibilite o acesso às prestações (SARLET, 2007). Nesse interim, o direito fundamental à saúde encontra-se como um direito originário à prestação por estar positivado de forma expressa na Constituição Federal de 1988.

Então, tem-se o direito à saúde como possuidor de uma fundamentalidade formal e material. Formal, através da sua mera previsão no texto constitucional e, material, dada a sua relevância social e indispensabilidade para o bom funcionamento da sociedade e do Estado (ROCHA, 2011).

Ultrapassada a fase necessária de conceituação, é preciso estabelecer a relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito fundamental social à saúde, porque é importante esclarecer que a concretização tanto dos direitos fundamentais, quanto do direitos humanos dão efetividade à dignidade da pessoa humana, possibilitando uma existência digna, porque não há dignidade com o cerceamento de direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se consagrado na Constituição Federal de 1988 (artigo 1º), na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 1º) e na Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1969 (artigo 1º), além de estar presente em outros dispositivos que visam a valorização e fortalecimento do ser humano.

Para Kant (1980, p.134-135), o homem racional era um fim em si mesmo e não poderia ser tratado como um instrumento da vontade alheia, não poderia ser coisificado como os seres irracionais, que possuíam um valor relativo e, em razão disso, poderiam ter preço e serem trocados por outras coisas, portanto, não possuíam qualquer dignidade.

Entretanto, Sarlet (2009, p.38-39) entende que os seres irracionais e o meio ambiente como um todo, também necessitam de proteção, sendo possível que haja o reconhecimento da dignidade de vida para além da vida humana.

No que tange à relação do direito à saúde com o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível perceber que a saúde além de fundamental ao ser humano é condicionante da dignidade da pessoa humana, por certo que não há como se falar em vida digna sem se falar em saúde, ainda que de certa forma diminuída ou com restrições por qualquer fator adverso ou em razão da idade.

O direito à saúde está intrinsecamente conectado ao conceito de vida digna e à proteção integridade física e psicológica do ser humano (BIANCHI, 2012), na medida em que é no âmbito da saúde que se percebe a materialização efetiva do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007).

Dessa forma, os direitos fundamentais são mecanismos de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez, serve para orientar e delimitar a atuação estatal, bem como todo o ordenamento jurídico.

Nas palavras de Sarmiento (2003, p.71), é possível perceber que a atuação do Estado deve se dar de forma que, ao mesmo tempo, promova e defenda a dignidade da pessoa humana, contra o próprio Estado ou de terceiros:

O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc.

Num país de vasta extensão territorial e com grande diversidade socioeconômica como é o caso do Brasil, torna-se fácil perceber a dificuldade em efetivar não apenas o direito fundamental à saúde, como qualquer direito fundamental, e buscar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que há comunidades que não possuem o mínimo necessário à subsistência.

Entendendo que o conceito de dignidade é divergente, pois o que é considerado uma vida digna para determinada pessoa, pode não ter o mesmo significado para outra, importa mencionar acerca dos institutos que existem paralelamente ao direito fundamental social à saúde: o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição do retrocesso.

O mínimo existencial refere-se ao “mínimo indispensável a uma existência digna”, é um conjunto de prestações as quais o Estado não pode se negar a prestar, sendo inclusive, exigíveis por via judicial, independente da condição econômica e financeira do ente estatal (SARLET; FIGUEREIDO, 2013).

Em razão da grande diversidade cultural, econômica e social de cada Estado, o conteúdo do mínimo existencial é amplo, variando de acordo com o momento e as condições no qual a sociedade se encontra, cabendo ao juiz decidir de acordo com cada caso concreto: contudo, o mínimo existencial não deve se restringir apenas a medidas de saúde preventiva, mas também à saúde curativa, a fim de proteger antes de tudo, a existência do indivíduo e, num

segundo momento, preocupar-se com uma vida com dignidade básica (ROCHA, 2011).

Em sendo indissociável uma vida digna de uma vida saudável, em âmbito sanitário, o Estado não deve, de forma alguma, condicionar sua atuação à reserva do possível.

É possível observar que no Brasil, a teoria da reserva do possível acabou por ser largamente difundida no que diz respeito à insuficiência financeira do Estado em concretizar prestações assistenciais que dão efetividade ao direito à saúde, traduzindo-se em um “conceito econômico que decorre da constatação da existência de escassez de recursos, públicos ou privados, em face da vastidão de necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais” (NUNES; SCAFF, 2011).

Para Bitencourt Neto (2010, p.146) não se trata de simples retórica doutrinária, e sim, do reconhecimento da realidade social e da limitação econômica e financeira pela qual passa a sociedade e o Estado, devendo ser considerada na busca da concretização dos direitos fundamentais.

Através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9, o Ministro Celso de Mello se manifestou quanto a incidência da reserva do possível (STF, 2004, p.13):

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro lado, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Contudo, o argumento da incapacidade econômica do Estado não deverá prevalecer face a garantia de condições mínimas de vida ou da própria continuação da existência do ser humano, como é o caso do direito fundamental social à saúde (CARNEIRO, 2016).

A ligação da teoria da reserva do possível com os recursos financeiros do Estado, é um conceito primário, isto porque, o Estado não deve anular-se diante da efetivação de direitos com a desculpa de que não possui orçamento financeiro suficiente sem qualquer justificativa, competindo ao administrador público maior diligência e razoabilidade ao alocar os recursos do Estado para se dar efetividade às normas da Constituição Federal de 1988, o que por vezes não ocorre e acaba tornando-se responsabilidade do Poder Judiciário “garantir que escolhas de cunho político não enfraqueçam os direitos fundamentais a ponto de representar uma proteção insuficiente por parte do ente estatal” (LEAL; ALVES, 2016).

Ademais, o fato é, que a inviabilidade orçamentária do Estado obriga o administrador público a fazer escolhas quanto à concretização de direitos, e, é em razão da ligação entre a insuficiência de recursos e tais escolhas, que surgiu na jurisprudência alemã a expressão “mínimo existencial” (BOLESINA; LEAL, 2013).

Em que, mesmo frente a escusa de recursos financeiros, compete ao Estado uma garantia de direitos mínimos, condições básicas necessárias à continuidade da vida, contudo, o mínimo existencial é um conceito amplo e filosófico, mutável ao longo do tempo, isso porque o que é considerado condições mínimas à sobrevivência em determinado momento, será consideravelmente alterado em outro, de acordo com as mudanças que as necessidades sociais sofrerão no transcurso do tempo (BOLESINA; LEAL, 2013).

O Ministro Celso de Mello (STF, 2011), expressou seu entendimento em manifestação quanto à reserva do possível e a importância da garantia do mínimo existencial:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. – A noção de mínimo existencial, que resulta, implícita de determinados preceitos constitucionais (CF, art.1º, III, e art.3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e,

também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (STF. ARE 639337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Mini. Celso de Mello, DJe: 15/09/2011).

Como se pode inferir da exposição feita, o direito fundamental social à saúde encontra-se profundamente conectado à proteção do mínimo existencial, por tratar-se de requisito óbvio à persecução de uma vida com dignidade, restando afastada a teoria da reserva do possível quando esta se mostrar um empecilho à efetivação das prestações sanitárias pelo Estado.

Em relação à cláusula da proibição de retrocesso⁹, comumente aplicada aos direitos sociais, em primeiro lugar, há que se ter em conta que, a cláusula originou-se em virtude de se outorgar aos direitos sociais, num primeiro momento, uma proteção superficial, de forma que, estes direitos também ficaram sujeitos às restrições e limites dos demais direitos fundamentais, isto é, dos direitos de primeira dimensão (MENDES; BRANCO, 2012).

A proibição do retrocesso advém do dever de realização progressiva dos direitos sociais, previsto no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, bem como do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que entendia que os meios de realização e normatização dos direitos sociais deveriam ficar a critério de cada Estado em razão da diversidade financeira, social, econômica e cultural existente entre eles (TEREZO, 2014).

Nessa medida, se reconhece a proibição do retrocesso como uma “garantia constitucional implícita, para coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional, desconstituam ou afetem gravemente o grau de concretização já existente a determinado direito” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Para Reis e Fontana (2010, p.3321-3323) o princípio da proibição do retrocesso é um limite do legislador infraconstitucional de não retroceder na

⁹ Em voto do Redator do Acórdão Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário 646.721/STF – Rio Grande do Sul, em 10 de maio de 2017, nas páginas 42-43, reportando-se acerca do princípio da vedação do retrocesso: O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial.

implementação dos direitos sociais, entretanto, em virtude da situação econômica e social da sociedade atual, a proibição total de retrocesso acabaria afastando medidas e flexibilizações que ajudariam no crescimento social.

Em contrapartida, é possível perceber a crescente preocupação com o princípio da solidariedade, muito afeito aos direitos sociais. Ainda que não seja consideravelmente matéria nova, uma vez que as primeiras menções ao sentimento de solidariedade datam de Aristóteles, que possuía seu conceito ligado à ética do sujeito, vindo a ser incorporado ao arcabouço jurídico, mostrando-se relegado por um tempo (ROSSO, 2007).

O princípio da solidariedade, expresso no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, é tido como um princípio constitucional norteador das relações jurídicas e um objetivo a ser alcançado pelo Estado, mas o alcance de seu conceito vai além, atua como um vetor de transformação social (QUINTANA; REIS, 2017).

É uma atitude positiva, na medida em que a pessoa coloca-se no lugar do outro, ultrapassando a ligação de solidariedade como caridade, é uma ação proativa com o objetivo de que as coisas mudem, em que grupos diversos coexistem, criando assim, uma cultura de solidariedade, buscando uma sociedade justa, livre, solidária e equitativa, com respeito, proteção e efetivação plena da dignidade da pessoa humana (CARDOSO, 2013).

É um princípio que de forma implícita ou explícita acaba norteando não apenas o ordenamento jurídico nacional, mas também, a legislação internacional. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos menciona no seu preâmbulo que todas as pessoas são membros da família humana e a necessidade do ser humano em agir com espírito de fraternidade uns para com os outros (DUDH, 1948, artigo 1º).

Insurge não apenas como um dever do Estado, mas de toda a sociedade, por se tratar de um princípio intimamente ligado a dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que se reconhece a insuficiência e o fracasso do Estado em garantir, proteger e promover de forma plena os direitos fundamentais (NABAIS, 2005).

A solidariedade é um meio condutor de concretizar a dignidade humana ao reconhecer no outro as desigualdades e atuar de forma positiva, por intermédio de políticas públicas, por exemplo, ou de uma nova interpretação

constitucional para saná-las, seja através do Estado ou entre particulares (FONTANA; REIS, 2011).

Nesse sentido, jurista, sociedade e Estado devem assumir a ideia de atingir a solidariedade, de repensar a relação entre indivíduo e Estado, entendendo a solidariedade como um meio condutor da concretização dos direitos sociais, de forma que, persista uma nova visão do direito que contribua para um novo modo de examinar os mesmos problemas, e que não seja a simples análise estrutural com as velhas bases já assentadas (TERRA; PELLEGRINI, 2013).

É no âmbito da saúde, que mais se evidencia o princípio da solidariedade atuando, em que cada ato de solidariedade, implica em uma ação social, em que o exercício de uma responsabilidade concretiza a igualdade entre os cidadãos, como por exemplo, quando todos os cidadãos contribuem para que o Estado assegure à sociedade a fruição do direito à saúde, que é de todos para todos, sem qualquer distinção, devendo o acesso ser igualitário e universal. O Estado então atua por intermédio de políticas públicas e de acordo com as necessidades adequadas a cada localidade, com ações de promoção, prevenção e tratamento.

Ainda assim, aquele que tem o dever de proteger é, na maioria das vezes, o primeiro a usurpar seus cidadãos. Em virtude da escassez de recursos, condições sanitárias precárias, falta de saneamento básico, além de problemas sociais e culturais, a sociedade se vê, por vezes, tendo que buscar a otimização e concretização dos seus direitos fundamentais através do Poder Judiciário.

A judicialização da saúde é oriunda da má administração pública, do mau uso e alocação das verbas públicas, de decisões erradas quanto à prioridade de destinação dos recursos orçamentários, por falta de competência e compreensão quanto ao funcionamento de setores, da corrupção e desvio de valores orientados à concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm atuado através de um pensar coletivo e uma interpretação mais ampla dos seus instrumentos normativos, com vistas à efetivação plena dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, ao incorporar em diversas sentenças medidas de reparação que visem o reestabelecimento da dignidade humana, ou como ocorre em muitos casos, que garantam condições mínimas de dignidade, ainda que o caso não verse sobre tal direito (CORTE IDH, 2018).

Por fim, ainda no tocante ao direito fundamental social à saúde, merece menção a Audiência Pública nº 4, realizada de 27 a 29 de abril e de 4 a 7 de maio de 2009, no Supremo Tribunal Federal, a fim de ouvir especialista e autoridades no âmbito da saúde, para dirimir dúvidas técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas quanto às prestações assistenciais em matéria sanitária, buscando soluções aos problemas que motivam a sua judicialização e, a partir da qual, será pautado o presente estudo no capítulo subsequente, na análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (STF, 2009).

Nas palavras de Mendes, à abertura da Audiência Pública (STF, 2009), ao constatar a importância de debater questões atinentes ao direito à saúde, dada a constante evolução social:

No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais. À guisa de conclusão, defendeu que posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde não são igualmente aceitáveis. De forma que, a saída é uma posição equilibrada, sem comprometer o direito fundamental à saúde.

A Audiência Pública demonstrou-se um marco em matéria sanitária além de configurar-se como um instrumento de garantia do direito fundamental à saúde, centrando-se na liberação de medicamentos, o alto custo e a distribuição através do Sistema Único de Saúde de medicamentos experimentais ou não registrados na Anvisa, na destinação adequada de recursos financeiros e na competência e os limites dos entes federativos, bem como, na necessidade de repensar as políticas públicas referentes a tal matéria (MACHADO, 2014).

É oriundo do descaso nos recursos empregados, a precariedade nas prestações assistenciais e ineficácia em concretizar o direito à saúde que a sociedade buscou a sua efetivação por intermédio do Poder Judiciário, ocasionando uma abertura da jurisdição constitucional, que por meio de ações proativas, reconhece as dificuldades de plena efetivação desse direito, mas, ainda assim, demanda a implementação de políticas públicas por reconhecer a sua importância (RECH; MAAS, 2015).

Transcorridos quase dez anos da realização da audiência, alguns pontos ainda permanecem em discussão, e, por ventura, ainda serão assim nos próximos dez anos subsequentes, devido aos mesmos problemas e questionamentos que deram origem a mesma, ou seja, a má utilização das verbas destinadas à saúde, a precariedade no atendimento e nas prestações assistenciais e a defasagem das políticas públicas.

Importante ressaltar a decisão do Ministro Gilmar Mendes, ao negar provimento de Agravo Regimental interposto contra decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal à Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 formulada pela União e indeferida, a qual se refere à concessão de tratamento e medicação adequada por parte do Estado à paciente portadora de enfermidade rara e clinicamente comprovada, por haver o entendimento de que tal concessão não causará lesão à ordem, à economia e à saúde pública, fundamentando o voto nas conclusões constatadas na Audiência Pública n.4/2009¹⁰, mantendo-se, portanto, a antecipação de tutela deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (STF, 2009).

Nota-se, que a jurisprudência dos tribunais brasileiros estão caminhando em igual sentido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ratificando o que se depreendeu da realização da Audiência Pública n.4, de modo a reconhecer a gravidade das ações referentes ao direito à saúde e as limitações

¹⁰ ...ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecer ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública de Saúde.

do Estado quanto as prestações de tal direito, mas ainda assim, afirmando a obrigação do Estado em garantir um mínimo existencial, além de atestar (STF, 2009):

...a necessidade de revisão periódica dos protocolos utilizados pelo Sistema Único de Saúde, o aperfeiçoamento das políticas públicas, a possibilidade de exigir judicialmente medicamento ou procedimento constante dos protocolos oficiais, a impossibilidade de exigir medicamentos ou procedimentos experimentais, a impossibilidade de exigir medicamentos ou procedimentos quando o sistema público disponibilizar produtos semelhantes e com eficácia equivalente.

Dito isso, é importante que se esclareça, que se estabeleceu como lapso temporal, para a análise das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o período compreendido entre 2009, em consequência da ocorrência da Audiência Pública n.4 de 2009, acerca da judicialização da saúde, até outubro de 2018.

A seguir, será investigada as diferentes dimensões que resultam do status de direito fundamental ao qual foi alçado o direito à saúde pela Constituição Federal de 1988, para ingressar na eficácia normativa do direito fundamental à saúde e enfrentar o dilema entre a programaticidade das normas sociais e a necessidade em garantir que tais normas sejam efetivamente aplicadas e não se transformem em meras promessas constitucionais.

3.2 A leitura da dupla dimensão do direito fundamental social à saúde no direito brasileiro

Em que pese a necessidade de adaptação dos dispositivos normativos frente a constante evolução social, percebe-se que condições que possibilitem um estado de saúde digno é uma reivindicação permanente na história do mundo. Essa transformação social, por si só, acaba gerando, ainda que de forma mais lenta, uma adequação do direito a esses anseios.

Nesse sentido, um exame das dimensões do direito à saúde, *“reflete um processo de reconhecimento marcado por avanços e retrocessos, mas ainda assim, essencialmente dinâmico e argumentativo”* perquirido ao longo de um contexto histórico, marcado por lutas sociais (SARLET, 2007, p.62).

Nesse contexto, desenvolvido na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, em consequência das anulações e cerceamento de direitos ocasionados pelo nazismo, que acabou gerando uma necessidade urgente nas pessoas de proteção de direitos fundamentais, o Estado possuiria um dever de proteção, onde *“ao lado de uma dimensão subjetiva, tem-se uma dimensão objetiva desses direitos, atribuída tanto aos direitos de defesa como aos direitos à prestação, concebendo-se uma dupla dimensão”* (MAAS, 2016, p.111).

Ou seja, o Estado deve atuar de forma garantir a proteção dos direitos fundamentais, ainda que ele não seja uma parte que integra a relação, atuando não apenas de forma vertical como Estado-indivíduo, mas também nas relações horizontais, indivíduo-indivíduo.

Dessa forma, é possível dividi-las em: dimensão subjetiva e dimensão objetiva. Onde, a dimensão subjetiva, é o típico direito subjetivo, originariamente do sujeito frente ao Estado, onde há a possibilidade de exigir do sujeito passivo da relação obrigacional, um comportamento positivo ou negativo, que pode satisfazer de forma direta e concreta o direito em pauta (CARNEIRO, 2016, p.69).

A dimensão subjetiva apresenta dois aspectos: uma dimensão coletiva, ou seja, o direito à saúde é um direito da sociedade, um direito de todos, para todos. E uma dimensão de caráter individual, onde seria possível o exercer o direito à saúde, justicializando-o de forma individual.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, ainda que o princípio da dignidade da pessoa humanos seja vinculado à sociedade, ou seja, todos o possuem, ele é individual de cada ser humano, e, por manter uma forte conexão com os direitos sociais, não há o que se falar, na impossibilidade de exigibilidade do direito à saúde na sua dimensão subjetiva individual (GERVASONI; LEAL, 2014).

Segundo Mendes e Branco (2012, p.678), a dimensão subjetiva tem como consequência a possibilidade de impor judicialmente o direito tutelado através do direito de ação.

Nesse sentido, Barroso (2007, p.256) assevera que:

[...] quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer a órgão do

Poder Judiciário que fação atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados.

Entretanto, a possibilidade de exigibilidade de prestações na dimensão subjetiva não decorre do reconhecimento da titularidade individual do direito à saúde, o direito subjetivo à prestações decorre da Constituição Federal de 1988, do simples fato de um direito se encontrar expresso na Carta Magna, e, ser hodiernamente apreciado pelos tribunais brasileiros, no que tange ao direito à saúde, em ações para o fornecimento de medicamentos de alto custo, indisponíveis no Sistema Único de Saúde, internação em leitos ou aporte para tratamentos em hospitais privados ou no exterior (CARNEIRO, 2016).

Segundo Rocha (2011, p.40), a dimensão subjetiva está relacionada à capacidade que os direitos possuem de gerar direitos subjetivos, podendo ser concretizados judicialmente, seja diante do Estado, seja diante dos particulares.

Para Sarlet (2007, p.13) ainda que o Poder Judiciário deve reconhecer a existência da reserva do possível como um limite à atuação estatal, deve também, por outra banda, reconhecer a dimensão subjetiva do direito à saúde e sua exigibilidade de prestações, ante a imprescindibilidade de efetivação do direito à saúde no tocante a situações de cunho emergencial, cujo *“indeferimento acarretaria o comprometimento da própria vida, integridade física e a dignidade da pessoa humana”*.

Da mesma forma entendeu o Supremo Tribunal Federal, na decisão do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº175, ao expressar que o direito à saúde *“comporta uma titularidade coletiva que não prejudica, e tampouco afasta, a sua titularidade individual, tratando-se de um direito público subjetivo, inclusive a prestações”* (STF, 2010).

Por conseguinte, na dimensão objetiva, de acordo com Carneiro (2016, p.71):

[...] as proposições positivadoras e veiculadoras de determinado direito fundamental, no qual se insere o direito à saúde, além de outorgarem ao respectivo titular um direito subjetivo justiciável, constituem também manifestação da incorporação, pelo ordenamento, de valores objetivos impessoais tidos como essenciais para uma boa e harmoniosa convivência social, capazes, assim, de irradiar efeitos jurídicos por todo o sistema, bem como conformar o comportamento tanto do Estado como dos particulares, de modo a proteger e promover o tal valor, na medida em que o reconhecimento de sua fundamentalidade foi

resultado de uma decisão política do constituinte, enquanto representante do poder soberano residente no povo.

Sob essa ótica, os direitos são, portanto, um conjunto de valores objetivos, que fornecem diretrizes materiais e expandem-se por todo o ordenamento jurídico, proporcionando sustentáculo à ordem constitucional (ROCHA, 2011).

A exigibilidade e os efeitos do direito fundamental social à saúde se propagam a todos, é o que se chama de efeito irradiante ou eficácia irradiante (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2012). Diante disso, todos os órgãos aos quais competem a produção, interpretação e aplicação das leis, possuem o dever de fazê-lo em conformidade com o valor objetivo para o qual foi criado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser observada pela primeira vez na jurisprudência alemã, por meio do caso Lüth-Urteil, referente ao exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, onde decidiu-se pela proteção dos direitos fundamentais ante os demais direitos, reconhecendo que as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição devem servir como uma base orientadora a todo o sistema normativo, não podendo este, se encontrar em desconformidade com os direitos fundamentais (MAAS, 2016).

Nesse sentido, todo direito é criado e incorporado ao ordenamento jurídico, de forma implícita ou explícita, a fim de aplacar anseios sociais nos quais a sociedade se encontrava, em determinado momento da sua história. De forma que, os direitos sociais, entre eles, o direito à saúde, são instrumentos que viabilizam o convívio social equilibrado com a coexistência da diversidade.

Ainda, no que diz respeito à eficácia dos efeitos da dimensão objetiva, pode ser mencionada a eficácia horizontal e a eficácia dirigente. Onde, a eficácia horizontal da dimensão objetiva configura-se quando, a proteção dispensada aos direitos fundamentais se irradia às relações privadas, ou seja, entre particulares, de forma a adequar-se à ideia de que os direitos fundamentais não são meros instrumentos de proteção contra potenciais invasões arbitrárias do Estado (TEREZO, 2014).

Como dito anteriormente, no início do tópico, é o dever do Estado de proteger os direitos fundamentais, de forma que, *“as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido e, em sua condição de objetivos, fornecem diretrizes para a aplicação e para a interpretação de todo o direito infraconstitucional”* (LEAL, 2007).

Nesse sentido, é possível identificar o Estado como um órgão garantidor, de modo que, frente as disposições normativas constitucionais, essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana, não se mantém inerte, gerando, portanto, o dever de proteção do Estado junto aos direitos fundamentais, o que, no tocante ao direito à saúde, pode significar, *“além da inequívoca vinculação do Poder Público, expressa no Texto Constitucional, os próprios particulares não poderão ofender a saúde alheia, nem a própria saúde, ensejando até que seja protegida inclusive de si mesma”* (GERVASONI; LEAL, 2014).

E, a eficácia dirigente refere-se à obrigação do Estado em buscar promover, ao longo do decurso do tempo, a ampliação da proteção e da efetivação dos direitos fundamentais. É por meio desse conceito que se originou a cláusula da proibição do retrocesso, que objetiva um aumento de forma progressiva na concretização dos direitos fundamentais e a não redução dos direitos, por ventura, já conquistados (CARNEIRO, 2016).

Sendo possível extrair do conceito de eficácia dirigente a compreensão de que os direitos fundamentais exercem sobre o Estado uma ordem dirigida já que este, deve agir de forma perpétua e permanente a fim de proteger os direitos fundamentais, para que alcancem a sua efetivação plena, além de proporcionar o suporte necessário para a concretização destes (SARLET, 2007).

Há de se acrescentar aqui, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também se preocupou com a atuação dos seus Estados Parte quanto à efetivação dos direitos sociais, ao expor no artigo 26 a necessidade de promover progressivamente o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, o aumento de proteção a tais direitos, considerando a diversidade territorial, cultural, social e principalmente econômica de cada um dos Estados Parte. (CADH, 1969).

Importante destacar que, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, assim como os demais dispositivos normativos atinentes à legislação internacional, segue a ideia de proteção progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, possui uma natureza de realização progressiva, ao contrário da Constituição Federal de 1988, que optou por elencar os direitos sociais como um direito fundamental, no seu artigo 6º, reconhecendo

desde logo, a sua fundamentalidade e estendendo a proteção dos direitos fundamentais aos direitos sociais.

Além disso, percebe-se que as Constituições brasileiras anteriores preocuparam-se com a competência do direito à saúde ou incorporaram medidas de saúde preventiva ou curativa, e, a Constituição Federal de 1988, além do reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, ainda declarou, de forma expressa, no artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, devendo ser garantido por políticas sociais e econômicas como o Sistema Único de Saúde, que, da mesma forma, na Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 regulamenta o Sistema Único de Saúde, especifica este dever, outorgando ao titular do direito à saúde a exigibilidade de um direito subjetivo à saúde (CARNEIRO, 2016).

De fato, o direito à saúde, no Brasil, vincula os Poderes Públicos, devendo o Estado promovê-lo, por meio de políticas públicas eficazes e as mais abrangentes possíveis, ademais, diante do exposto, é importante assentar sobre alguns pontos da eficácia normativa do direito fundamental à saúde, que tradicionalmente é um tema que gera certo conflito na seara jurídica e, eventualmente, ocasiona consequências práticas dependendo de qual corrente interpretativa é adotada.

Como trazido antes, o direito à saúde, na sua dimensão subjetiva, inclui o rol dos direitos sociais à prestação, ou seja, o Estado deve agir, por meio de uma prestação, para sanar a doença ou distúrbio que o indivíduo está enfrentando. Então, têm-se como objeto do direito à saúde, também uma prestação do Estado.

Entretanto, é possível encontrar entendimento divergente que considera os direitos sociais como normas programáticas, ainda que o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, tenha outorgado força normativa de aplicação imediata das normas que definem direitos e garantias fundamentais, como se estudará em seguida (MENDES; BRANCO, 2012).

E, considerando o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal como uma norma de caráter dirigente e vinculante, com vistas a guiar a atuação do legislador e definir fins e objetivos para o Estado, Piovesan assevera que, por ser o legislador o destinatário das normas programáticas, a ele compete:

- a) proceder em tempo razoavelmente útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão;
- b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa da lei;
- c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas.

Por sua vez, os órgãos jurisdicionais competem:

- a) Interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e;
- b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras. No que tange ao governo e à administração, incumbe-lhes um importante papel na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações, os órgãos da administração e do governo desenvolvam tarefas de realização de direitos fundamentais” (PIOVESAN, 1995, p.90-91).

Entretanto, sendo os direitos sociais normas meramente programáticas, não possuiriam qualquer carga de exigibilidade ou eficácia, pois *“não especificam nenhuma conduta a ser seguida pelo Poder Público, tendo como seu objeto fixar princípios e estabelecer metas para o Estado”* (BARROSO, 2007).

Interessante notar que esses questionamentos quanto a normas programáticas surgiram com as Constituições Dirigentes do Estado Social, que possuíam o objetivo de direcionar a atuação do Estado, que *“assumiu o papel de provedor, fixando metas, objetivos, programas de ação a serem executados, com conceitos e conteúdos vagos, imprecisos ou genéricos”* (BULOS, 2011).

Então, se as normas tidas como programáticas serviriam apenas como um aporte para a atuação estatal, estabelecendo objetivos a serem alcançados, a possibilidade de aplicação direta de tais normas, a sua força normativa imediata, seria imprecisa.

Dessa forma, importante é mencionar que as normas constitucionais programáticas são aquelas através das quais o constituinte, *“em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”* (AFONSO DA SILVA, 1998).

Cumpra ressaltar que, em caso de compreender os direitos fundamentais sociais como possuidores de aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, não há que se falar em normas programáticas, restando ultrapassada a classificação (LEAL; ALVES, 2016).

Entretanto, considerando a necessidade de normas infraconstitucionais que regulem algumas normas instituidoras de direitos fundamentais e a dependência destas normas da atuação legislativa, podendo, em razão da falta de atuação estatal haver uma dificuldade de aplicação dos direitos fundamentais de maneira absoluta, não se pode ignorar, portanto o debate sobre a programaticidade das normas de direitos sociais (LEAL; ALVES, 2016).

Ademais, o próprio Estado, ao ser acionado judicialmente, argumenta que as normas constitucionais referentes ao direito fundamental à saúde são normas-princípios, com eficácia limitada e conteúdo programático, e, necessitam além de legislação complementar que defina o modo de atuação estatal, da análise das circunstâncias do caso concreto¹¹, sendo cada caso analisado em suas particularidades (CARNEIRO, 2016).

Seguindo essa linha de pensamento, é possível elencar os direitos fundamentais de primeira dimensão como sendo aqueles que possuem eficácia plena e por isso têm a sua aplicabilidade imediata, portanto, não necessitando de qualquer legislação adicional; enquanto os direitos fundamentais sociais, direitos de segunda dimensão, como o direito fundamental à saúde, são incluídos dentro da eficácia limitada, ou seja, a aplicabilidade dessas normas encontra-se atrelada a uma legislação infraconstitucional que defina a forma de execução ou

¹¹ Acórdão TRF-3. AI 498554, 6ª Turma, Rel. Des. Nelton dos Santos, DJe: 08/05/2015 – É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária.

Acórdão TRF-1, AGA 00097088920124010000, 6ª Turma, Rel. Des. Jirar Aram Meguerian, DJe: 04/07/2013 – É dever do Estado disponibilizar tratamento médico mais adequado ao caso concreto, pois, além de evitar o risco de morte, tem o Poder Público o dever de assegurar a dignidade da pessoa humana, situação que não se confunde com mera cirurgia estética.

Acórdão STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe: 24/09/2009 – O alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

¹² Caso 1 – Acevedo Buendía vs. Peru. Sentença condenatória de 01 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf>.

alcance do seu conteúdo (AFONSO DA SILVA, 2012). Em sendo assim, o direito fundamental à saúde teria, em um primeiro momento, a sua exigibilidade imediata vedada.

Outro ponto para Afonso da Silva (2012, p.126), são as normas infraconstitucionais, que por ordem expressa da Constituição Federal de 1988, podem restringir o âmbito de atuação sobre o caso concreto para o qual uma norma constitucional foi criada, isto é, normas constitucionais com aplicabilidade imediata que tem a sua capacidade jurídica reduzida ou anulada por uma legislação infraconstitucional, autorizada de forma expressa pela Constituição Federal de 1988, consideradas normas contidas.

Acerca do embate entre os direitos de primeira dimensão e os direitos de segunda dimensão, quanto a sua aplicabilidade e eficácia, Sarlet (2007, p.272-296) afirma que:

Sendo os direitos de defesa, voltados, em regra, para uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade e, em razão disto, plena eficácia.

Nesse sentido, em um primeiro momento, e por meio de uma análise rasa, é possível afirmar que a efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão apenas necessitaria que o Estado se abstinhasse de qualquer ato que interfira na liberdade dos seus consortes, demandando uma ação negativa do ente estatal, enquanto, os direitos fundamentais de segunda dimensão, demandariam uma atuação positiva. O Estado através de uma atitude proativa, e com base em uma legislação complementar a guia-lo, deverá, por meio de políticas públicas, atuar de forma a concretizar e otimizar o direito fundamental à saúde.

De todo modo, cumpre aqui uma ressalva, como dito em tópicos anteriores, é sabido que os direitos fundamentais sociais são, via de regra, direitos a prestações, contudo, também podem portar-se como direitos de defesa, como por exemplo, quando um paciente recusa ou não submeter-se a determinado tratamento (artigo 7º, III, Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde);

todavia, mesmo como um direito de defesa, o direito fundamental à saúde ainda demanda recursos públicos para a sua garantia e exige uma ação negativa por parte do Estado (MARRARA; NUNES, 2010).

Nesses termos, atualmente, já não há o que se falar em um antagonismo vigente entre a programaticidade e a normatividade, isto porque, reputa-se ultrapassada a ideia de normas com conteúdo meramente programático (LEAL; ALVES, 2016). Todas as normas constitucionais, cada uma a seu modo, servem como um instrumento norteador, guiando o Estado na busca da efetivação e concretização do direito fundamental, em assim sendo, a Constituição Federal de 1988, não se sujeita a transformar-se em mais um livro político inútil de boas intenções (CARNEIRO, 2016).

Ocorre que, de nada adiante chegar os olhos à existência das normas programáticas na Constituição Federal de 1988, de fato, elas existem, e postulam uma intervenção dos Poderes Públicos na efetivação dos direitos fundamentais sociais, que, de acordo Sarlet (2007, p.279-280):

Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão ‘normas programáticas’, em nada altera o fato da sua existência, também na nossa Constituição vigente, - em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito – de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais. De qualquer modo, verifica-se que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (queiramos, ou não, chamá-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado Social de Direito, regra à qual não foge a nossa Constituição.

Bem fixada a premissa da existência de normas constitucionais com caráter programático, é possível perceber que essa teoria é adotada, inicialmente, em um breve exame do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, em razão do artigo não ter se preocupado de forma clara com um comando preciso sobre como proceder ou o que executar em um fato concreto determinado (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012).

Outro ponto é a garantia de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e das garantias fundamentais outorgado pelo artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988. É inegável a sua extensão aos demais

direitos que constam por toda a Carta Magna e não apenas àqueles do artigo 5º (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, permitiu aos tratados internacionais uma cláusula de abertura, viabilizando a sua inserção e aplicação imediata no meio jurídico nacional, o que por certo, já aumenta o âmbito de aplicação do princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais (PIOVESAN, 2017).

Ora, se os tratados internacionais ratificados pelo Brasil possuem aplicabilidade imediata porque o direito fundamental social à saúde não o teria. Ademais, antes mesmo de sê-lo direito fundamental social é um direito humano.

Há de se acrescentar aqui, porém, que a divergência acerca da aplicabilidade imediata das normas não é tão atípica. Superada a aplicabilidade do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal aos direitos sociais, o que resta é descobrir o que significa em termos práticos o real significado e alcance da aplicabilidade imediata das normas constitucionais e, de acordo com esse contexto, os pontos de vistas variam de posições extremamente tímidas, intermediárias e mais otimistas:

- a) posições extremamente tímidas, que sustentam que o dispositivo em comento não pode atentar contra a natureza das coisas, de modo que boa parte dos direitos fundamentais apenas alcança sua eficácia nos termos e na medida da lei (Manuel Gonçalves Ferreira Filho);
- b) posições intermediárias, que advogam que os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, excetuadas duas hipóteses:
 1. quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo que o direito somente será exercido na forma prevista em lei;
 2. quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe posam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Poder Judiciário, da posição reservada ao legislador (Celso Bastos);
- c) posições mais otimistas, que defendem a tese da inexistência, na nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI, da CF) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da CF) (GOTTI apud SARLET, 2012, p.1253).

Isso significa dizer, que há a necessidade de voltar o olhar à uma interpretação mais ampla do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, por meio da qual esta configuração normativa não se desenvolva como uma promessa vaga e utópica, mas como um mandado de otimização ou de maximização da eficácia dos direitos fundamentais (CARNEIRO, 2016).

O mandado de otimização ou maximização refere-se “à realização de algo sempre na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes em diferentes graus” (ALEXY, 2007). Em outras palavras, potencializar e fortalecer a eficácia dos direitos fundamentais através da aplicação imediata tanto quanto possível.

De todo modo, ainda que não seja possível afirmar que os direitos fundamentais sociais são possuidores de uma aplicação imediata, irrestrita e de forma integral, a interpretação da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, pressupõe a possibilidade de serem imediatamente aplicáveis todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, mesmo que ausente uma legislação infraconstitucional que complemente a norma definidora (SARLET, 2007).

E em havendo recusa da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais por falta de legislação complementar que efetive tal direito, deve obrigatoriamente haver também uma justificação fundamentada da razão do indeferimento (GOTTI, 2012).

Recapitulando o posicionamento de Bastos e Martins (1989, p.277), que, em certa medida parece ser o posicionamento mais acertado:

Os direitos fundamentais são, como regra e sempre na medida do possível, diretamente aplicáveis, fórmula geral esta que, contudo, comporta duas exceções: a) quando a própria Constituição expressamente determine que a concretização do direito fundamental depende de regulamentação a ser efetivada pelo legislador, adicionando à norma a expressão “na forma prevista em lei” ou outra equivalente; b) na hipótese de a norma definidora do direito fundamental não conter os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar sua imediata aplicabilidade.

Por conseguinte, no que tange ao direito fundamental à saúde, sob a ótica apresentada acima, é visível que os dispositivos 6º e 196º da Constituição Federal de 1988 não exigem legislação complementar prévia como pressuposto para o cumprimento de suas eficácias, visto que não elencam tal necessidade

no seu corpo normativo, não inferindo, portanto, sobre esses artigos, a primeira hipótese de exceção (CARNEIRO, 2016).

É claro que, em vista da aplicabilidade imediata e plena das normas instituidoras do direito fundamental social à saúde, e, em virtude do seu conteúdo um pouco genérico, bem como, da importância que tal direito tem na existência humana e social, é imperativo a sua regulamentação suplementar a fim de possuir exigibilidade na sua dimensão subjetiva materializando o dever de concretização do direito fundamental à saúde pelo ente estatal.

Além disso, cumpre ressaltar que o contexto fático-jurídico também se mostra como uma barreira à aplicabilidade imediata das normas instituidoras de direitos fundamentais, isto porque, é necessário compreender que o ordenamento jurídico não existe apartado dos fatos que regula. O meio ambiente social, cultural e econômico influencia sobremaneira no momento de criação de uma norma e pelo tempo que perdurar, por esse motivo é que fato e norma devem ser analisados a cada caso concreto.

Ultrapassada tais premissas e incorporada a noção da existência de normas com conteúdo programático na Constituição Federal de 1988, bem como, do reconhecimento da eficácia normativa do direito fundamental à saúde por meio da aplicabilidade imediata da as norma instituidora, e por fim, constatando a existência de um direito subjetivo individual, incumbe ao Estado a atuação de prover prestações materiais que efetivem e concretizem o direito à saúde.

Sarlet (2007, p.346) introduz o direito à saúde como um direito de premente realização na concretização da dignidade da pessoa humana e da justiça, já que contribui na minoração da desigualdade social:

[...] principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua em seus valores essenciais a justiça.

Verdadeiramente, o direito à saúde é permanentemente um projeto para o futuro, pois é na sua evolução histórica, tanto em âmbito jurídico quanto no campo médico que ele adquire real concretude. O direito à saúde alcança maior

satisfação à medida que o meio social se transforma e que os procedimentos médicos evoluem, sendo que é em virtude disso que deve ser analisado cada caso concreto com as suas particularidades.

Como é possível auferir, são muitos os pontos importantes que devem ser interligados a fim de alcançar o objetivo principal ao qual se propôs esta dissertação, portanto, é em vista disso, que parte-se ao próximo, último e necessário tópico deste capítulo, que versará sobre as previsões normativas do direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

3.3 Previsões normativas do direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos utiliza-se primordialmente do Pacto de São José da Costa Rica de 1969, o que não o impede que, assim como as sociedades evoluem, e, com elas os problemas sociais vão ganhando novos contornos, também o Sistema Interamericano busque se adaptar às novas realidades.

Para tanto, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos vem, ao longo da sua existência, editando Convenções, Tratados e outras legislações suplementares que o oriente no cumprimento das suas funções.

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se utilizado tanto de legislação do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, quanto de legislação interna dos seus Estados Parte a fim de melhor adequar suas sentenças ao caso concreto em debate. O que acaba confirmando assim, a universalidade e a interdependência dos Direitos Humanos.

É possível perceber, na doutrina e na Corte Interamericana uma emergente preocupação em proteger, não apenas o direito à saúde, mas todos os direitos econômicos, sociais e culturais, visto que, acabaram sendo negligenciados anteriormente (CANÇADO TRINDADE, 1994).

Vale relembrar, ainda que já tenha sido exposto previamente, que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi criado em 1966 e feito de forma apartada do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos porque entendia-se que estes tinham uma aplicação imediata, sendo uma proteção contra o Estado, enquanto os direitos econômicos sociais e culturais

necessitavam de uma aplicação progressiva, já que se encontravam dependentes da situação financeira de cada ente federativo para a sua concretização (TEREZO, 2014).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais resumiu-se apenas a estipular que os Estados que o ratificassem deveriam reconhecer “*o direito de toda pessoa em desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*”, ficando a critério dos Estados Parte a sua efetivação (Artigo 12.1, PIDESC, 1966).

Em razão da diversidade cultural e econômica que existia nos países que aceitaram e ratificaram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, este optou por seguir a mesma linha de pensamento do Sistema Global de Proteção da Organização das Nações Unidas, deixando a cargo de cada Estado a proteção e o desenvolvimento dos seus direitos econômicos, sociais e culturais.

Nas palavras de Cançado Trindade (1994, p.41), é possível perceber que ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos não tenha adotado um rol exposto de direitos econômicos, sociais e culturais, reconheceu uma remissão às metas e objetivos que se encontram na Carta da Organização dos Estados Americanos:

“A pesar de las propuestas de inserción de derechos económicos, sociales y culturales em el proyecto de Convención presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y em 1965 por Chile y Uruguay, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos siguió la solución de los modelos mundiales y europeo, com la diferencia notable de que la Convención Americana se contenta com remitir, em su artículo 26, a las normas económicas, sociales y culturales contenidas em los artículos 29-50 de la Carta enmendada de la Organización de los Estados Americanos.”

Vale lembrar, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como os órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, competentes para cumprir as normas que nela se encontram (PIOVESAN, 2017).

E, um caso de violação de direitos humanos, somente poderá ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do sistema de petição individual, depois de esgotado todos os recursos cabíveis no âmbito da

justiça interna do respectivo Estado em que ocorreu a violação (Artigos 61 e 62, CADH, 1969).

Além de que, somente os Estados Parte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é quem possuem legitimidade para a apresentação de um caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Regulamento Corte IDH, 2009). Que possui como competência primordial, a interpretação e a aplicação das normas contidas na Convenção Americana (CADH, 1969).

Então, é possível perceber em uma rápida leitura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a única menção aos direitos econômicos, sociais e culturais, é encontrada no artigo 26, expressando o dever dos Estados Partes em se comprometerem com a adoção de providências que efetivem progressivamente os direitos econômicos, sociais e culturais que estão na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, em 1967 (PIOVESAN, 2017). Interessante notar, que o referido artigo declarou expressamente que tais medidas deverão levar em consideração os recursos disponíveis do Estado (CADH, 1969).

Vale lembrar, que já foi ultrapassada a premissa do direito à saúde integrar ou não os direitos econômicos, sociais e culturais, a estes restaram serem absorvidos de forma progressiva pelas normas sobre direitos econômicos, sociais e culturais da Carta da Organização dos Estados Americanos, nos seus artigos 29 a 50 (CANÇADO TRINDADE, 1994).

Os artigos da Carta da Organização dos Estados Americanos, que foram ampliados pelo Protocolo de Buenos Aires, em 1967, apenas se preocuparam em estabelecer uma cooperação interamericana de desenvolvimento integral dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas da mesma forma que o artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deixa a critério de cada país as metas a serem atingidas (Artigos 29 a 50, Protocolo de Buenos Aires, Carta OEA).

Courtis (2014, p.665) afirma que o se encontra nas normas da Carta da Organização dos Estados Americanos são apenas normas econômicas e sociais e não direitos propriamente dito, de modo que:

La distinción es importante, porque el texto del artículo 26 sugiere que existen normas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires que, sin consagrar directamente derechos, pueden

constituir la fuente de derechos en la medida en que éstos se deriven de aquéllas. Como veremos esta doble operación es necesaria en la gran mayoría de los casos, dado que el objeto fundamental de la Carta de la OEA no era el de consagrar directamente derechos para las personas, sino el de crear la organización y fijar sus fines, imponiendo obligaciones a los estados. En este sentido puede decirse que, pese a lo escueto de su texto, es el artículo 26 de la Convención Americana el que asigna carácter de derechos humanos de las referencias normativas de la Carta de la OEA en la materia –redactadas en términos de principios, objetivos y medidas de política pública que los estados miembros de la organización se comprometen a adoptar.

Ocorreu então que, entre 1978 e 1980, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, investida de suas funções, tomou conhecimento de casos envolvendo violações a direitos econômicos, sociais e culturais, o que fez, a partir de então, tornar nítida a intrínseca ligação entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais (CANÇADO TRINDADE, 1994).

Dessa forma, em 1988, houve a adição do Protocolo de San Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deixando expresso a relação entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos. Trazendo, de acordo com o preâmbulo do Protocolo de San Salvador, *“uma estreita relação entre os dois grupos de direitos, formando um todo indissolúvel, que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana”* (Protocolo de San Salvador, 1988).

O Protocolo de San Salvador traz um importante ponto no seu artigo 2, que diz respeito à obrigação dos Estados que o reconheceram e ratificaram em adotar medidas que protejam os direitos que no Protocolo constam, nas suas legislações internas, caso ainda não o tenham feito, ou, medidas de concretização de tais direitos (Protocolo de San Salvador, 1988).

Ademais, traz ainda a impossibilidade de o Estado Parte restringir ou limitar os direitos positivados no seu âmbito interno, com a justificativa de não se encontrarem elencados no Protocolo de San Salvador ou de serem reconhecidos em um grau inferior (Artigo 4, Protocolo de San Salvador, 1988).

Ainda, a respeito do Protocolo de San Salvador, é possível encontrar pelo seu corpo jurídico os direitos econômicos, sociais e culturais discriminados a cada artigo.

Mas, é sob o artigo 10 do Protocolo de San Salvador que se encontra pela primeira vez o verbete relacionado ao direito à saúde, no todo o ordenamento jurídico do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos. Destaca-se, ainda que a

Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem também tenham relacionado o direito à saúde, apenas lhe conferiram a possibilidade de desenvolvimento de forma progressiva da saúde, enquanto o Protocolo de San Salvador elencou ações possíveis de concretizar o direito à saúde.

Como é possível depreender da leitura do artigo 10, do Protocolo de San Salvador, os Estados apenas estabeleceram medidas de medicina preventiva e informativa, do mesmo modo que ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, abstiveram-se de dispor de forma expressa um rol de exigibilidade ao direito à saúde (CORTE IDH, 1988):

Artigo 10 – 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;
 - f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Contudo, ainda que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos tenha dado um grande passo na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, é importante lembrar que o Protocolo de San Salvador só entrou em vigor em 1999, uma vez que é deveras difícil a tomada de decisões em questões tão particulares, como a distribuição de recursos dos Estados (ALCEDO, 2006).

Também é possível perceber, que o corpo do Protocolo de San Salvador não se preocupou com a justiciabilidade dos direitos que contempla, porque não estabeleceu novos mecanismos de proteção judicial, nem tão pouco ampliou ou estendeu aqueles que já existiam na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem aos direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador, 1988).

O problema da proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais, é a dificuldade de insurgência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em países onde coexistem realidades econômicas, sociais e culturais tão distintas.

Nesse sentido, em não tendo o Protocolo de San Salvador, elencado instrumentos de proteção aos direitos que se encontram no seu rol, deixando a cargo dos Estados Parte a sua justiciabilidade, não é possível que tais direitos, como por exemplo, o direito à saúde, possa ser justiciável por meio do sistema de petição individual, que é o instrumento de exigibilidade disponibilizado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos para a apresentação dos casos de violações à direitos humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH, 1969).

Além disso, o Protocolo de San Salvador previu no seu artigo 19.6, que somente o direito à educação (artigo 13) e os direitos sindicais (artigo 8), que contam no referido Protocolo, poderão se utilizar do sistema individual de petições, por intermédio da Comissão Interamericana ou da própria Corte Interamericana, perseguindo todo o trâmite pelo qual se vale o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (GARAT, 2015).

Por conseguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é apta a julgar e impor medidas de proteção apenas aos casos que envolvam os direitos de primeira dimensão, aqueles denominados direitos civis e políticos, uma vez que, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, não avocou a proteção dos direitos de segunda dimensão, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde, com instrumentos que penalizassem os Estados quando do cometimento de atos atentatórios a esse direito ou em casos omissivos (ROBLES, 2016).

Ao se analisar o conceito de saúde utilizado, no caput do artigo 10 do Protocolo de San Salvador, percebe-se que não se refere a uma ausência de doenças, o legislador expressou um direito de proteção, ao dizer que “toda pessoa tem direito à saúde”. Segundo Alcedo (2006, p.14), o conceito de saúde é muito amplo, não se resumindo apenas a ser saudável, além disso, depende de coisas que estão fora do controle estatal, como fatores naturais, não podendo o Estado garantir um nível específico de saúde, devendo então, proporcionar condições básicas mínimas para a proteção da saúde.

Como dito em oportunidade anterior, o Protocolo de San Salvador preocupou-se em elencar atividades que auxiliassem na efetivação do direito à saúde, de forma a abranger necessidade básicas de saúde, como a infraestrutura sanitária, o atendimento primário à parcela mais pobre da população e a sua extensão à toda a sociedade, perpassando ainda pelas medidas de saúde preventiva, com a imunização de doenças infecciosas e da educação da população sobre a importância da preservação da saúde, por tratar-se de um bem essencial à continuação da vida (Protocolo de San Salvador, 1988).

A interdependência entre os direitos, será retratada oportunamente em capítulo posterior de forma mais detalhada, entretanto, nunca é demais lembrar-se dessa conexão, pois é por intermédio dela, e principalmente com a relação intrínseca deste com o direito à vida, que abrange além da saúde física, a saúde psicológica e social (ROCHA, 2011).

É essa ligação do direito à saúde com o direito à vida, que o transforma talvez, no direito mais importante de todos os direitos humanos, e, em razão disso, gera o entendimento de que, mesmo que não houvesse uma positivação expressa do direito à saúde, ele se encontraria protegido através da proteção ao direito à vida, porque é um requisito fundamental para a continuação da vida humana e condicionante da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2002).

Nesse sentido, será possível constatar, que, ainda que num primeiro momento não possua uma carga de justiciabilidade, o direito à saúde vem sendo protegido judicialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao se provar a vinculação deste com o direito à vida (artigo 4 da CADH) e à integridade física (artigo 5 da CADH), bem como pela união dos artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que reportam à obrigação assumida pelos Estados Parte em garantir e respeitar os direitos humanos e o dever de adequar a sua legislação interna, adotando medidas efetivas de proteção (GARAT, 2015).

No caso *Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador* (CORTE IDH, 2007, párr. 117) a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma a relação de interdependência existente entre todos os direitos humanos:

[...] el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. 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 inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana.

Em contrapartida, se aúfere a ideia de uma Corte Interamericana evolutiva em que se vislumbra as legislações do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos como organismos vivos, que devem se adequar às evoluções que ocorrem na sociedade ao longo do decurso do tempo, sendo “tarea del intérprete actualizar el sentido normativo de la Convención”, de forma que, os direitos sejam interpretados de acordo com as condições atuais da sociedade (CORTE IDH, OC-16/99, párr.144; OC-18/03, párr.120).

Como destaca Ledesma (2004, p.100), o artigo 29.d da Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagrou que, a Corte Interamericana não pode, de forma alguma, interpretar as normativas da Convenção Americana com o intuito de limitar ou excluir direitos já positivados na Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem, que, por sua vez, atribui proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde.

Ademais, nas palavras de Parra (2013, p.767):

Otros elementos interpretativos pueden ser de utilidade al enfrentar estos problemas, em este punto, respecto a los derechos consagrados em el artículo 26, es importante tener presente que la remisión efectuada por este artículo involucra varias normas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El conjunto de derechos que es posible inferir puede ser relativamente amplio, pero todo depende de la técnica argumentativa que se utilice para ello. Em el caso del derecho a la salud, es posible derivarlo del artículo 26 em conjunto com los artículos 34.i y 34.l de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

Os artigos 34.i e 34.l fazem referência à defesa da vida humana através da utilização das técnicas médicas mais modernas e da busca pelo seu desenvolvimento para este fim, bem como da necessidade em proporcionar as sociedades condições de básicas de vida, afim de que esta seja produtiva e digna e sadia (Carta OEA, 1948).

Essa ideia da necessidade de evolução da interpretação da Corte Interamericana pode ser vista no voto da juíza Macaulay, na sentença do caso Furlan e familiares vs. Argentina, de 2012, em que critica a prática da Corte Interamericana de judicializar o direito à saúde como interdependente do direito à vida, e deixa nítido que compreende ser possível declarar a violação tal direito

com base em uma interpretação atualizada do artigo 26 da Convenção Americana e do princípio da não discriminação (PARRA, 2013, p.774):

Lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados em el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando em cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando uma interpretación histórica, basada em la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

Assim, como a utilização da ligação do direito à vida com o direito à saúde para a proteção deste contra atos que o violem, também é possível interliga-lo a outros dispositivos normativos a fim de concretizar a sua proteção.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem compreende, por exemplo, no seu artigo XI, a proteção a direitos essenciais básicos do ser humano, o direito à saúde e o bem-estar, expressando condições mínimas necessárias ao desenvolvimento da vida (DADDH, 1948).

Ademais, vale lembrar que a Corte Interamericana tem se utilizado de todo o arcabouço jurídico pertinente com a finalidade de cumprir com o objetivo de proteção dos direitos humanos, através da interpretação e aplicação dos dispositivos normativos que se encontram na Convenção Americana.

Para tanto, é possível encontrar em suas sentenças o emprego de legislações de âmbito global, validando um sistema de proteção dos direitos humanos uno. Dessa forma, o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contribui para a tarefa de reconhecimento e destinação do direito à saúde, atribuindo-lhe a todas as pessoas, sem qualquer meio de discriminação, além de determinar objetivos, metas e políticas públicas de saúde preventiva e curativa que devem ser perseguidas na busca pela efetivação do direito à saúde (PIDESC, 1966).

Importante destacar, que o enunciado do artigo 12 §1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, reconhece o direito a desfrutar de um nível elevado de saúde física e mental, enquanto a Organização Mundial de Saúde, em 1946, já destacava no seu preâmbulo que a saúde era um estado de completo bem-estar físico, mental e social (ROCHA,

2011). Evidenciando a correlação do meio que cerca o ser humano com uma melhor qualidade de vida.

E foi exatamente do conceito de saúde reconhecido pela Organização Mundial da Saúde que o Protocolo de San Salvador se utilizou, em seu artigo 10.1 definindo também a saúde como um estado de bem-estar físico, mental e social, entretanto, não fez uso do emprego da palavra “completo”, uma vez que a saúde compreende diferentes concepções, e a qualificação de que uma saúde completa, levaria a conclusão de que, qualquer alteração mínima deveria ser considerada uma enfermidade (CARNEIRO, 2016).

Corroborando com a proteção do direito à saúde, também se mostram úteis, os artigos 24 e 25 da Convenção sobre Direitos das Crianças, dispendo acerca do reconhecimento do direito à saúde às crianças e o dever do Estado em prover as condições para que o mesmo se concretize, como expressa também, o dever em prover condições básicas de saúde e tratamento médico, caso necessário, às crianças que se encontram internadas em centros de atendimento socioeducativo (CDC-ONU, 1989).

Courtis (2004, p.385-386) assinala ainda outros dispositivos que podem auxiliar na tarefa de proteção do direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Resultan también útiles para identificar el derecho y algunos aspectos de su contenido los artículos 11, 12 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los artículos 28, 43.1 e) y 45.1 c) de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la medida de su aplicabilidad a los grupos tutelados por estos instrumentos. Es imprescindible acudir también a la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las observaciones generales 3 y 4 del Comité de los Derechos del Niño, y la recomendación general 24 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Por último, son igualmente importantes los informes del Relator del Comité de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Salud.

São muitos os dispositivos normativos, tanto em âmbito global quanto em âmbito regional, que se preocuparam, em certa medida, com o reconhecimento do direito à saúde e com o dever estatal em suprir as condições necessárias para que tal direito atinja a sua plena efetivação e concretização, ainda que tais normas tenham deixado a critério do Estado os meios de implementação de políticas

públicas, da forma que considerar melhor, em consequência da diversidade de recursos financeiros.

Entretanto, o importante é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atua de forma proativa, objetivando materializar o direito à saúde, protegendo-o de insurgências de atos violatórios e propagando a sua promoção. De forma que, isso poderá ser observado mais atentamente no próximo capítulo, que será abordado a seguir, em que será exposta a jurisprudência dos casos selecionados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que versam acerca da proteção do direito à saúde, e, posteriormente, será analisado se o direito à saúde é tutelado pela Corte Interamericana como um direito social ou um direito individual vinculado à vida. Analisando também, por último, a natureza das reparações impostas aos Estados pela Corte Interamericana acerca de tal conteúdo.

4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À SAÚDE

Neste capítulo, primeiramente será necessário abordar 09 Casos que passaram pelo sistema contencioso da Corte Interamericana de Direitos, e foram selecionados com o fim de compreender o modo de atuação da Corte frente a proteção do direito à saúde.

Posteriormente, com base nas observações obtidas da exposição dos casos de jurisprudência da Corte Interamericana será analisada se a proteção dispensada ao direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é como um direito social ou como um direito individual vinculado à vida.

Para por fim, verificar através dos Casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quais são as medidas impostas aos Estados no sentido de realização do direito à saúde.

4.1 Descrição dos casos selecionados julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ultrapassadas as questões de conformação histórica e de cunho normativo, adentra-se na análise propriamente dita do tratamento que a Corte

Interamericana de Direitos Humanos dispensa ao direito à saúde e como ela o faz, nas suas sentenças.

Foi interposto como marco temporal o período compreendido entre janeiro de 2009 a janeiro de 2018 para a análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, buscando identificar as medidas impostas aos Estados para a sua realização e a natureza das decisões referente ao direito à saúde, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida.

A coleta de casos foi realizada no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos, www.corteidh.or.cr, no espaço destinado à pesquisa de jurisprudência, utilizando como critérios de busca tipo de casos contenciosos e período de tempo compreendido entre 2009 e 2018.

O que gerou um resultado de 172 casos encontrados. Destes, foram excluídos os resultados que se referiam à interpretação de sentença ou à solicitação de interpretação de sentença, restando 130 sentenças de casos contenciosos, que foram lidos e estudados, e, selecionados 09 casos que guardam relação com o direito à saúde, nos quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos atuou de forma proativa por via indireta, através da interdependência, conexão e indivisibilidade do direito à saúde com o direito à vida digna, na concretização deste direito.

A seleção dos 09 casos contenciosos se deu de forma a pinçar um caso de cada ano e que nenhum deles abordassem o mesmo tema. Ou seja, há casos acerca do restabelecimento de terras indígenas de origem ancestral, do tratamento médico adequado às pessoas reclusas, da fecundação in vitro, da violação da integridade pessoal, da morosidade judicial na resposta de tratamento médico, da falta de tratamento adequado na contaminação por HIV, etc., além disso, são casos considerados emblemáticos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nas suas sentenças.

Além da apresentação de votos dissidentes ou concordantes que auxiliam na elucidação da divergência acerca da proteção do direito à saúde como um direito social ou como um direito individual vinculado à vida, será exposta uma sentença correspondente a violação do direito de expressão, que, ainda que não verse sobre o direito à saúde, converge à ideia de aplicabilidade direta do artigo

26 da Convenção Americana na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

São casos julgados pela Corte Interamericana, em que houve a violação de direitos civis e políticos, e a Corte, utilizando-se dessa intrínseca ligação entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos, impõe aos Estados medidas de reparação acerca do direito à saúde.

Também será realizada a exposição de 03 votos dissidentes à vinculação da proteção dispensada ao direito à saúde aos direitos civis e políticos e que se relacionam com a possibilidade de proteção direta do direito à saúde, fundamentada na violação do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acerca do dever do Estado em promover o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O primeiro caso a ser exposto refere-se à Acevedo Buendía e outros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Peru¹², com sentença condenatória datada de 1º de julho de 2009, onde o Peru foi denunciado em razão do não cumprimento de decisão judicial que concedeu a 273 aposentados remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores que se encontram ativos em cargos idênticos (CORTE IDH, 2009).

O Peru foi condenado pela violação ao direito à proteção judicial e ao direito à propriedade privada, sendo que, os autores do processo ainda requereram a Corte a declaração de violação do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos porque possuem o entendimento de que ao não cumprir com a decisão de aumento dos proventos, estaria atuando de forma à regressão de direitos econômicos, sociais e culturais, não concretizando o desenvolvimento progressivo desses direitos (CORTE IDH, 2009).

Nesse sentido, os autores compreenderam que além de afrontar o direito à seguridade social, estaria atentando contra o direito à saúde, visto que, muitos dos autores precisaram voltar a inserir-se no mercado de trabalho a fim de conseguir manter as necessidades mais básicas ao ser humano, gerando enfermidades físicas e mentais. Aqueles que já se encontravam doentes e não

¹² Caso 1 – Acevedo Buendía vs. Peru. Sentença condenatória de 01 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf>.

conseguiram voltar ao mercado de trabalho necessitaram de ajuda de familiares para manter os tratamentos e insumos médicos adequados (CORTE, IDH, 2009).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos por sua vez, não reconheceu a violação do artigo 26 da Convenção Americana, mas fundamentou acerca da conexão existente entre os direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais, argumentando a necessidade de considerar esses dois grupos de direitos como interdependentes, não havendo hierarquia entre eles, sendo, portanto, todos exigíveis, estabelecendo a possibilidade de exigibilidade dos direitos sociais, no que tange à progressividade descrita no artigo 26 da Convenção Americana, já que os Estados possuem o dever de não regredir em matéria de direitos sociais, o que viabiliza a fiscalização e controle pelos órgãos competentes (PIOVESAN, 2017).

Nesse caso, não houve uma condenação de concretização de políticas públicas voltadas à saúde propriamente dita, mas a Corte impôs ao Estado o oferecimento às vítimas ou seus familiares de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata, correta e efetiva, através de instituições estatais especializadas de saúde.

Esta é uma medida muito comum imposta pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, trata-se de uma proteção indireta da saúde das vítimas e de sua família, e não propriamente de uma proteção da saúde enquanto conteúdo dos direitos sociais, do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek¹³, de 24 de agosto de 2010, versava sobre a falta de garantia do direito de propriedade ancestral e, como a solicitação da reivindicação encontrava-se há 10 anos tramitando, sem qualquer decisão, acabou ocasionando uma situação de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária à Comunidade Indígena. A Corte então decidiu, com embasamento no conceito de vida digna, que o Estado deveria, além de devolver o lote de terras à Comunidade Indígena, “estabelecer um posto de

¹³ Caso 2 – Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença condenatória de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>.

saúde permanente, com medicamentos e insumos necessários para o atendimento de saúde adequado” (CORTE IDH, 2014).

Em 19 de maio de 2011, no Caso Vera Vera e outra vs. Equador¹⁴, a Corte se pronunciou estabelecendo em sua sentença o dever do Estado em proporcionar atendimento médico a todas as pessoas que se encontram detidas e reclusas em instituições prisionais estatais. Após falta de atendimento médico adequado, sofrimento físico e psíquico, Pedro Miguel Vera veio a falecer sob custódia estatal, sendo o Estado responsabilizado pela violação do direito à vida e à integridade pessoal (CORTE IDH, 2011).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que ao aceitar um tratado os Estados encontram-se condicionados ao respeito e cumprimento das normas que os tratados impõem, bem como à jurisprudência que deste resulta durante a sua existência, ou seja, (CORTE IDH, 2011, p.16):

[...] as obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos à integridade pessoal derivam deveres especiais determináveis, em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontrem. De acordo com o artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal. Como responsável pelos estabelecimentos de detenção, o Estado encontra-se em uma posição especial de garante dos direitos de toda pessoa que se encontre sob sua custódia. Isto implica o dever do Estado de proteger a saúde e o bem-estar dos reclusos e de garantir que a maneira e o método de privação de liberdade não excedam o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção, não podendo invocar privações econômicas para justificar condições de detenção que não cumpram os padrões mínimos internacionais nesta área e não respeitem a dignidade do ser humano. Os direitos à vida e à integridade pessoal se encontram direta e imediatamente vinculados com a atenção à saúde humana. Assim, o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, e indica que a saúde é um bem público. Assim, esta Corte estabeleceu que o Estado tem o dever, como garante da saúde das pessoas sob sua custódia, de proporcionar aos detidos revisão médica regular e tratamento médicos adequados.

Já no caso Furlan e familiares vs. Argentina¹⁵, com sentença expedida em 31 de agosto de 2012, o Estado restou responsabilizado pela morosidade judicial

¹⁴ Caso 3 – Vera Vera e outras vs. Equador. Sentença condenatória de 19 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf>.

¹⁵ Caso 4 – Furlan e familiares vs. Argentina. Sentença condenatória de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf>.

de ação civil, cuja resposta dependia tratamento médico de uma criança portadora de deficiência e pela violação da sua integridade pessoal. Dentre as medidas de reparação impostas, encontra-se o dever e obrigação do Estado em “oferecer atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito e de forma imediata, adequada e efetiva, por meio de suas instituições de saúde especializadas” (CORTE IDH, 2014).

Merece menção o voto concordante da Juíza Margarette May Macaulay no caso *Furlan e familiares vs. Argentina*, no qual se expressa a ideia da possibilidade de resolver o conflito da justiciabilidade do direito à saúde de uma forma direta, sob o alcance do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CORTE IDH, 2012, <www.corteidh.or.cr>):

[...] se debe aplicar el principio *pro persona* y considerar que, de acuerdo al contenido del artículo 29(b) del Pacto de San José, las disposiciones de la Convención Americana no se pueden interpretar de una manera que “limit[e] el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Esta interpretación requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Es necesario que la Corte, como intérprete autorizado de la Convención, actualice el sentido normativo del artículo 26.

A ideia é que se faça uma interpretação mais ampla do artigo 26 da Convenção Americana, tendo como base a intenção objetivada da lei no momento da sua criação (PARRA, 2013).

Outra sentença também ocorrida em 2012 e que merece menção por ser considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos uma importante e clara consolidação de afirmação da vida, é o Caso *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) vs. Costa Rica*¹⁶, com sentença de 28 de novembro de 2012, acerca de violações de direitos humanos que haveriam ocorrido em razão da proibição geral de realização da Fecundação in vitro (CORTE IDH, 2012).

¹⁶ Caso 5 – *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*. Sentença condenatória de 28 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>.

O Estado da Costa Rica foi condenado pela violação do direito à vida privada e familiar e ao direito de formar uma família. Além de violar o direito à igualdade, uma vez que o Estado ao impedir o acesso a tratamentos que poderiam permitir às vítimas a possibilidade de ter filhos biológicos, estaria desqualificando a condição de iguais entre os seus consortes, o que também acarretou um grave impacto psicológico nas mulheres (CORTE IDH, 2012).

Nesse sentido, o Estado foi condenado à fornecer medidas de reabilitação médica e psicológica adequadas as vítimas, à adotar garantias de não repetição como a regulamentação de legislação interna que assegure o direito à fertilização in vitro, a implementação de programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, além de incluir a fertilização in vitro nos seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde e indenizar pelos danos materiais e imateriais as vítimas (CORTE IDH, 2012).

Consolidando a proteção ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstrou, no Caso Artavia Murillo, a sua atuação na proteção do direito à saúde com base na proteção dispensada ao direito à vida e à integridade física, inclusive com a recomendação de reparações que visavam a implementação de políticas públicas concretas.

Por conseguinte, no ano de 2013, a Corte Interamericana deu prosseguimento a sua interpretação de aplicar a proteção do direito à saúde vinculada à proteção dos direitos civis e políticos.

O caso Suárez Peralta vs. Equador¹⁷, com sentença datada de 21 de maio de 2013, iniciou-se devido a um procedimento cirúrgico de apendicite, que ocasionou sequelas graves e permanentes na paciente. O processo penal no âmbito interno do Equador foi moroso, ineficiente e precário, ocasionando a impunidade dos responsáveis. Após o decurso do caso na Corte Interamericana, o Estado foi condenado por violar a integridade pessoal e o direito à garantia e proteção judicial, sendo requerido, em matéria atinente ao direito à saúde, como

¹⁷ Caso 6 - Suárez Peralta vs. Equador. Sentença condenatória de 21 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>.

reparação, pagar um valor estabelecido a cargo de futuros atendimentos médicos, além de indenização por dano material e imateriais (CORTE IDH, 2013).

Este caso, gerou dois votos a parte. O primeiro, um voto fundamentado, do Juiz Alberto Pérez Pérez, em que cita uma manifestação do Juiz Sergio García Ramírez, em seu voto no caso Albán Cornejo vs. Equador, com sentença de 22 de novembro de 2007, asseverando não ser de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conhecer casos acerca do direito à saúde, afirmando que:

[l]a protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible –y debido– examinar el tema, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad, e incluso desde el ángulo del acceso a la justicia cuando la vulneración de aquellos bienes jurídicos –entraña de los correspondientes derechos– traiga consigo una reclamación de justicia. (CORTE IDH, 2013, p.1).

Além disso, deixa expressa a ideia de que a Corte Interamericana está julgando o respectivo caso, porque a violação do Estado ao direito de integridade pessoal é o que ocasionou as enfermidades:

Tal es lo que se ha hecho en la presente sentencia, en la cual se concluye que se “generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta” y que, “[p]or tanto, el Estado de Ecuador incurrió en responsabilidad internacional por la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal de Melba Suárez Peralta, en contravención del artículo 5.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 del mismo instrumento” (párr. 154). (CORTE IDH, 2013, p.1).

O segundo voto é do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, no qual pronuncia-se em concordância com a atuação da Corte Interamericana, mas ressalta a possibilidade da Corte em, através de uma interpretação mais argumentativa, começar a proteger o direito à saúde como um direito social, do qual ele faz parte e que, em seu entendimento pode ser protegido e justiciado com base no artigo 26 da Convenção Americana (CORTE IDH, 2013).

Para tanto, Ferrer Mc-GregorPoisot (CORTE IDH, 2013) analisa a justiciabilidade plena dos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema

Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, através da possibilidade de abordar o direito à saúde de forma direta e autônoma, utilizando a interdependência e indivisibilidade dos direitos como elemento essencial para a proteção do direito à saúde, já que, se não há hierarquia entre os direitos, eles coexistem e se complementam, não há o porquê o direito à saúde ser apenas um requisito para a existência humana. Nesse sentido:

24. De acuerdo con la interdependencia —dependencia recíproca—, el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Incluso, algunos jueces de anteriores integraciones de la Corte IDH se han referido a la “independencia e indivisibilidad” de los derechos humanos.

25. En ese sentido, considero que la “interdependencia e indivisibilidad” debe tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en los principales instrumentos de derechos humanos. Esto con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. La aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos.

26. El Tribunal Interamericano tuvo en el caso que motiva el presente voto razonado una oportunidad para desarrollar en su jurisprudencia los alcances que tienen los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al resultar herramientas muy útiles para lograr la justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el “derecho a la salud”, y otorgar su plena realización y efectividad. (CORTE IDH, 2013, p.11-12).

Sendo assim, manifesta-se a favor de uma evolução da interpretação da Corte Interamericana, para que o direito à saúde seja entendido, protegido e justiciabilizado como um direito social, por meio de uma interpretação conjunta do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Protocolo de San Salvador.

Nos anos seguintes, a Corte Interamericana continuou a proteger o direito à saúde sempre através de outros direitos, ainda que, seja recorrente em votos concordantes a ideia de buscar avançar em direção à uma interpretação mais ampla e argumentativa, que oportunize proteger e resguardar o direito à saúde como um direito social.

Em 20 de novembro de 2014, a sentença do Caso Espinoza Gonzales vs. Peru¹⁸, que versava sobre tortura, tratamento desumano, falta de tratamento médico e alimentação adequadas em estabelecimento de reclusão estatal, devido ao conflito peruano, entre 1980 e 2000. Apresentados os fatos, realizados os depoimentos, ouvidas as testemunhas e analisadas as perícias necessárias, o Estado foi condenado por repetidas violações aos direitos de integridade pessoal, liberdade pessoal, proteção da honra e dignidade, tortura, violação sexual e discriminação contra a mulher, obstrução e garantia da justiça (CORTE IDH, 2014).

Sendo condenado, além das reparações comumente aplicadas de reconhecimento do erro e publicação da sentença e satisfação monetária, a oferecer tratamento médico, psicológico e psiquiátrico gratuito e imediato à vítima e aos seus familiares, devendo levar em conta a condição degradante pela qual passou. Ademais, foi solicitado que o Estado disponibilizasse o mesmo tratamento médico a todas as vítimas de violência sexual durante o conflito peruano, bem como, a capacitação dos seus profissionais da saúde para o tratamento adequado dessas mulheres (CORTE IDH, 2014).

É evidente que todos os casos julgados pela Corte Interamericana são importantes dado o seu papel de atuação na sociedade, buscando proteger, resguardar e promover os direitos humanos, de forma que, atrocidades iguais às que aconteceram durante a Grande Guerra não voltem a se repetir.

Entretanto, um julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2015 requer referência, pois trata-se do primeiro caso em que um Estado foi denunciado por violação a um direito social com base no Protocolo de San Salvador. O Estado do Equador foi denunciado por violação, entre outros direitos, ao direito à educação, que consta no artigo 13 do Protocolo. O Protocolo de San Salvador conferiu à Corte Interamericana de Direitos Humanos a justiciabilidade de dois direitos sociais, a educação e os direitos sindicais.

O caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador¹⁹, com sentença expedida em 01 de setembro de 2015, chegou a Corte Interamericana a fim de responsabilizar

¹⁸ Caso 7 – Espinoza Gonzales vs. Peru. Sentença condenatória de 20 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf>.

¹⁹ Caso 8 – Gonzales Lluy vs. Equador. Sentença condenatória de 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf>.

o Estado em relação a um contágio de HIV por meio de uma transfusão de sangue, o que estaria afetando a vida da vítima. Nesse sentido, o Estado não teria cumprido com o seu dever de garantir e fiscalizar as instituições privadas de saúde, bem como, omitiu-se em prestar atendimento médico especializado após o fato, contribuindo para a continuidade da violação dos direitos e impossibilitando a continuação da educação acadêmica (CORTE IDH, 2015).

Dessa forma, restou condenado à violação do direito à vida, à integridade pessoal, à obrigação de fiscalização das instituições sanitárias, à violação da garantia processual dentro de um prazo razoável, e, sobretudo, à violação à educação, com base no artigo 13 do Protocolo de San Salvador. Como medidas reparatorias, impôs-se o tratamento médico adequado imediato e gratuito, a disponibilidade dos medicamentos necessários, a capacitação dos agentes de saúde, além de outorgar-lhe uma bolsa de estudos universitária e de pós-graduação (CORTE IDH, 2015).

Além disso, o caso contou com três votos concordantes. Nos quais, os Juízes se manifestam acerca dos constantes pedidos, que ocorreram no decurso do processo, para a inclusão da violação ao direito à saúde no caso.

Manifestou-se o Juiz Pérez no sentido de reafirmar a sua posição de que:

15. La Corte Interamericana no puede asumir competencia respecto de la presunta violación de un derecho o libertad no incluido en el régimen de protección ni por la Convención Americana ni por el Protocolo de San Salvador. En algunas ocasiones podrá –y así lo ha hecho en varios casos, incluido el presente– lograr un resultado análogo aplicando, correctamente, otras disposiciones, como las que protegen el derecho a la integridad personal, a la propiedad o a las garantías judiciales y la protección judicial.

16. Tampoco se puede invocar un principio como el de la interpretación progresiva de los instrumentos internacionales para añadir derechos al régimen de protección. El ámbito adecuado de aplicación de ese principio es el de la interpretación de un derecho o libertad, o de una obligación estatal, que exista y esté incluida en el régimen de protección de la Convención o el Protocolo, en un sentido distinto y generalmente más amplio que el que le hayan dado originalmente sus autores.” (CORTE IDH, 2015, <www.corteidh.or.cr>).

Da mesma forma, o Juiz Ferrer Mc-Gregor, reafirmou sua intenção de alcançar uma interpretação mais progressista dos dispositivos normativos do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, objetivando a possibilidade de defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais de forma direta, através do artigo 26 da Convenção Americana:

23. ...la interpretación sistemática, integral y evolutiva, cimentada en la base normativa prevista en el artículo 26 de la Convención Americana y en sus relaciones con los artículos 1.1 y 2 de la misma, bajo la idea de que este artículo debe tener efecto útil porque no ha sido derogado, otorgan plena legitimación a este Tribunal Interamericano a dar pasos más decididos hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si se tiene en cuenta la tragedia diaria asociada a la negación sistemática de estos derechos en los países de las Américas. (CORTE IDH, 2015, p.13-14).

O terceiro voto concordante é do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, que aduz não ser necessário a utilização do artigo 26 da Convenção Americana para salvaguardar direitos econômicos, sociais e culturais, já que estes podem receber a proteção que necessitam por uma via indireta, através da conexão intrínseca que guardam com os demais direitos:

[...] mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso, pero es más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada “la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida.

En efecto, en la presente Sentencia la Corte decidió analizar las afectaciones a la salud a través de los derechos a la vida y a integridad personal consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención. Esta vía argumentativa no impidió que la Corte realizará importantes avances con relación a los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la prestación de los servicios de salud, así como a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados. Lo anterior no implica la creación de un nuevo derecho, sino darles contenido y alcance a derechos como la vida e integridad que sí se hallan consagrados en la Convención y, por tanto, aceptado por los Estados Parte. (CORTE IDH, 2015, p.10).

A próxima exposição a ser feita, não é diferente, refere-se à sentença do caso Tenorio Roca e outros vs. Peru²⁰, de 22 de junho de 2016, em que o Estado foi condenado pelo desaparecimento forçado de Rigoberto Tenorio Roca, pela violação do direito de liberdade pessoal, integridade, vida e reconhecimento à personalidade jurídica, pela não garantia e proteção judicial, pela violação do

²⁰ Caso 9 – Tenorio Roca e outros vs. Peru. Sentença condenatória de 22 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_314_esp.pdf>.

direito à conhecer a verdade dos familiares e pela obrigação de respeitar a integridade pessoal dos familiares das vítimas (CORTE IDH, 2016).

Devendo o Estado do Peru, portanto, no que é pertinente salvaguardar o direito à saúde, disponibilizar tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico adequado e efetivo, de forma gratuita e imediata em suas instituições hospitalares, não apenas às vítimas designadas no Caso Tenorio Roca, mas a todas as pessoas que passaram pelo desaparecimento forçado de familiares e que requeiram o tratamento perante a instituição médica competente (CORTE IDH, 2016).

Cumprе mencionar, uma decisão considerada histórica pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, datada de 31 de agosto de 2017, referente ao Caso Lagos del Campo vs. Peru, em que a Corte decidiu de forma unânime declarar a violabilidade do artigo 26 da Convenção Americana, condenando o Estado pela responsabilidade de violar os direitos de liberdade de pensamento e expressão, as garantias judiciais, artigos 13.2 e 8.2 da Convenção Americana (CORTE IDH, 2017).

E, por cinco votos a favor e dois contra, responsabilizou o Estado pela violação do direito de estabilidade do trabalho, liberdade de associação, nos termos dos artigos 26, 1.1, 13, 8 e 16 da Convenção Americana. Sendo imbuído de reparações de satisfação, medidas de não repetição com reconhecimento público de violação de direitos e as medidas de restituição econômica (CORTE IDH, 2017).

O Caso Lagos del Campo²¹, não versa sobre a proteção do direito à saúde, mas apresenta-se como um importante passo à proteção de tal direito por meio da aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, visto ser a primeira vez que a Corte Interamericana declara a violabilidade deste artigo.

Portanto, tratando-se do direito à saúde, e este estando incluído no rol de direitos sociais, viabiliza-se a possibilidade de proteção direta deste direito através do artigo 26 da Convenção, o qual refere-se aos direitos econômicos, sociais e culturais.

²¹ Caso Lagos del Campo vs. Peru. Sentença condenatória de 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>.

Diante dos julgados expostos, é possível perceber que, ainda que alguns dos seus magistrados estejam mais acessíveis à possibilidade de proteção do direito à saúde por meio de uma aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana, deixando expressa a ideia em votos concordantes, como enunciado anteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por enquanto, segue protegendo o direito à saúde por meio da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2017).

A seguir, no próximo tópico, será realizada uma análise da natureza atribuída ao direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o fim de verificar-se a Corte Interamericana protege o direito à saúde como um direito social ou como um direito individual vinculado à vida.

4.2 Análise da natureza atribuída ao direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: direito social ou direito individual vinculado à vida?

Num primeiro momento, cabe aqui, a observação de que o Protocolo de San Salvador, que reconhece e reafirma a necessidade de desenvolvimento e proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais, adotado em 17 de novembro de 1988, encontra-se em vigor desde 16 de novembro de 1999 (CORTE IDH, 1990). Passados 19 anos, somente 16 Estados-Partes aderiram a ele, e ainda é constante os debates acerca do seu alcance de proteção quanto à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2017).

Além disso, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos contribui para a divergência com a apresentação de votos concordantes e dissidentes às sentenças dos casos julgados, como observado em tópico anterior.

Grande causa do desacordo entre os magistrados e a classe acadêmica se dá frente a ideia de proteção do direito à saúde com a aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio de uma interpretação evolutiva e ampla do dispositivo ou a proteção de tal direito por via indireta, através da sua vinculação a direitos civis e políticos.

Isso porque, a Corte Interamericana, vem, ao longo de sua existência se pronunciando acerca de implicações que dizem respeito à proteção do direito à saúde, de forma a reportá-lo sempre à conexão intrínseca deste com o direito à

vida ou à integridade pessoal, ou ainda, ao conceito de vida digna, tanto ao fornecimento de atendimento médico e medicamentos adequados para as pessoas que se encontram em instituições de reclusão estatais, quanto ao seu fornecimento a populações indígenas.

O problema da proteção do direito à saúde vinculado aos direitos individuais é que impede uma observação aprofundada do dever de respeitar e garantir tal direito pelos Estados, a fim de que se possa avançar na sua efetivação plena.

Segundo o Juiz Ferrer Mc-Gregor, ainda que a atuação da Corte Interamericana na proteção do direito à saúde se viabilize por meio da proteção de outros direitos, como a vida, por exemplo, é importante considerar que essa proteção indireta acabaria por reduzir a obrigação que o Estado possui de garantir e proteger tal direito:

Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del corpus juris sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud (CORTE IDH, 2013, Caso Suárez Peralta vs. Peru, Voto Concorrente, p.23, párr.57)

A fim de estabelecer se a proteção do direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos se dá como um direito social ou como um direito individual vinculado à vida, recorre-se a um estudo mais detalhado das possibilidades apresentadas.

É inegável que a Corte Interamericana protege o direito à saúde de forma indireta, através da proteção dispensada a outros direitos nos casos em que julga, utilizando-se das características de interdependência e indivisibilidade, comum a todos os direitos humanos (TEREZO, 2014).

E não o faz sem razão, visto ser este um requisito essencial para a persecução da existência humana, sendo, além de fundamental ao ser humano, condicionante da dignidade da pessoa humana (MAUÉS; SIMÕES, 2010).

De forma que, o direito à saúde é uma emanção do próprio direito à vida, na medida em que não há vida sem ter saúde, podendo ser considerado, talvez,

o mais importante entre todos os direitos, uma vez que o conceito de saúde do qual a Corte Interamericana se utiliza, consiste em um sentimento de bem-estar não apenas físico, mas também mental e social (CARNEIRO, 2016). Aceitando que condições externas, como o meio em que o ser-humano convive possuem em influência sobre o organismo humano.

E, como expresso em oportunidade anterior, mesmo que não houvesse uma fundamentação legislativa, Sarlet (2002) entende que, ainda assim, o direito à saúde poderia ser reconhecido, pelo simples fato de haver uma proteção ao direito à vida, dada a relação intrínseca entre tais direitos e a sua importância para a continuidade da existência humana.

Nesse sentido, em voto dissidente do Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, é possível encontrar um entendimento da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em que esta determina a alimentação, a água potável e a saúde como direitos humanos essenciais para a efetivação plena do direito à vida, sendo que estes denegados, configurariam um atentado contra a própria dignidade humana (PEDROZO, 2010).

A Corte Interamericana acaba concretizando o direito à saúde de forma indireta por entender que tal direito não possui justiciabilidade imediata, isso porque a Corte Interamericana possui como função interpretar e aplicar as normas que constam na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Entretanto, a Convenção Americana reconheceu, no seu artigo 26, que os Estados deveriam a longo prazo, de forma progressiva, atuar para o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais (CADH, 1969).

E expressa de forma clara que qualquer dúvida quanto aos direitos sociais, a Corte pode se valer das normas que dispõem acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais que se encontram na Carta da Organização dos Estados Americanos, do artigo 29 ao artigo 50 (CADH, 1969).

Contudo, as normas que constam na Carta da Organização dos Estados Americanos são, segundo Courtis (2004, p.365), apenas objetivos e metas a serem alcançadas, não há um rol específico e taxativo de direitos.

Segundo Sierra Porto em seu voto concorrente, no Caso Gonzales Lluys e outros, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015:

[...] el artículo 26 no establece un catálogo de derechos, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “Carta” o “Carta de la OEA”). De una lectura de la Carta se puede concluir que está tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que por el contrario se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar una labor interpretativa bastante extensa. Ejemplo de lo anterior es el derecho a la salud, el cual fue materia de análisis. Algunos autores afirman que dicho derecho está notoriamente consagrado en la Carta, no obstante, cuando se busca en el texto de la misma, se encuentran solamente dos referencias vagas en los artículos 34 y 45. Al respecto, concuerdo plenamente con que “no es suficiente con solo inferir un derecho por su nombre desde la Carta, también es necesario que la Carta establezca el contenido mínimo de ese derecho. Este contenido mínimo podría ser clarificado luego - hasta cierto punto - por otros instrumentos internacionales. Definir todo el contenido y el alcance de un derecho por medio de otros instrumentos resultaría inevitablemente en una modificación de la Carta (CORTE IDH, 2015, p.2-3, párr.7).

Além disso, o Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em 1999 e que trouxe a previsão do direito à saúde no seu artigo 10, como um “bem-estar físico, mental e social”, previu, no seu artigo 19, que apenas o direito à educação (artigo 13) e os direitos sindicais (artigo 8) eram passíveis de justiciabilidade, excluindo assim, o direito à saúde da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana, continuou, portanto, valendo-se das características existentes entre os direitos humanos, de interdependência e indivisibilidade, ou seja, os direitos humanos são indissociáveis e possuem uma dependência mútua, complementam-se, o que faz com que a mesma acabe auferindo aos Estados, nas suas sentenças, medidas de reparação que visem a proteger o direito à saúde.

São em sua maioria, reparações que versam sobre condições mínimas necessárias à manutenção da vida, como, por exemplo, o atendimento médico em comunidades indígenas, ou, principalmente, questões de saneamento básico, como se pode verificar nos casos acima também.

Questões que muitas vezes parecem, aos olhos de outro ser-humano, tão simples e corriqueiras, mas que as comunidades, em sua grande maioria, não possuem por descaso ou omissão do Poderes Públicos. Não basta ter

assegurado o direito à vida e à integridade física, se não houver condições mínimas, de uma vida digna.

Da mesma forma assevera Sarlet (2009, p.67) acerca da dignidade da pessoa humana ser um importante balizador dos direitos humanos:

[...] a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distinta reconhecida a todo indivíduo, o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, em um conjunto de deveres e direitos fundamentais que asseguram a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano e velam pela garantia das condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável na vida e na própria existência dos outros seres humanos, mediante o respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Nesse sentido, é possível compreender que o mundo como um todo é um grande organismo vivo coexistindo, onde todo ser vivo, a cada ato, desencadeia uma ação e reação.

Na seara jurídica, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo, acima de todos os demais, sendo uma fonte geradora de todos os outros direitos, além de se constituir em um objetivo a ser alcançado, de forma que, todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado e aplicado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois “constituye la columnavertebral básica de todo el ordenamento constitucional” (ALCALÁ, 2014).

É em busca da concretização da dignidade da pessoa humana, por meio da efetivação do direito à saúde, proporcionando condições básicas de vida e de saúde, que a atuação da Corte Interamericana sobre a acionabilidade do direito à saúde se opera vinculada aos direitos civis e políticos.

De acordo com Ferrer Mc-Gregor, no Caso Suárez Peralta vs. Equador (CORTE IDH, 2013), a defesa do direito à saúde através da proteção dos direitos civis e políticos não outorga eficácia e efetividade plena aos direitos sociais, além disso, distorce a essência de tal direito, pois não deixa claro quais são as obrigações do Estado sobre este assunto. Ocorrendo uma sobreposição entre os direitos, uma vez que o direito à saúde é interpretado somente como um requisito do direito vida.

Entretanto, Sierra Porto, em voto concorrente, no Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador (CORTE IDH, 2015), acredita ser desnecessária a

declaração de violabilidade do artigo 26 da Convenção Americana para que o direito à saúde se concretize, uma vez que, os protocolos estão adstritos aos tratados, devendo serem compreendidos de forma complementar, ou seja:

[...] en el derecho internacional público son acuerdos independientes pero subsidiarios a un tratado que adicionan, aclaran, modifican o complementan el contenido procedimental o sustancial del mismo. La existencia de un protocolo esta directamente ligada a la existencia del tratado, es decir, sin tratado base no existe protocolo. La relevancia del Protocolo radica en que es mediante este tratado que los Estados de la región tomaron la decisión de definir cuáles son los DESC que están obligados a cumplir. Asimismo, establecieron de manera clara y precisa el contenido de dichos derechos. Y tomaron la decisión soberana de restringir cuáles de los DESC consagrados en el protocolo podían ser objeto de supervisión por medio del mecanismo de peticiones individuales.

Então, ao expressar de forma clara que somente o direito à educação e os direitos e garantias sindicais poderiam ser objeto de denúncia da petição individual encaminhada a Corte Interamericana pelos Estados ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os Estados Parte, que reconheceram, aceitaram e ratificaram a Convenção Americana fixaram limites ao âmbito de inserção do Protocolo de San Salvador.

Quanto ao artigo 26 da Convenção Americana, como observado no Caso Acevedo Buendía e outros, a sua observância se daria apenas em razão da violação da progressividade e a negação da regressividade pelo Estado Parte (RAMÍREZ, 2009).

O princípio da progressividade aduz aos Estados a possibilidade de implementar políticas públicas e estabelecer o desenvolvimento dos direitos sociais, econômicos e culturais no decurso do tempo, outorga, em certa medida, uma flexibilização para a atuação estatal de acordo com a sua realidade social e financeira (TEREZO, 2014).

O princípio da não regressividade deriva do princípio da progressividade, que consiste na impossibilidade dos Estados de retroceder nos direitos e garantias já contemplados aos seus consortes, não podendo o Poder Público ultrapassar o conteúdo essencial mínimo dos direitos, aquelas condições mínimas para a existência dos seres humanos, contudo, poderá a regressividade ser usada em momentos de crise social ou econômica (ALCALÁ, 2014).

Segundo a Corte Interamericana de Derechos Humanos, no Caso Acevedo Buendía e outros vs. Peru (2009, p.33-34, párr.102, párr.103), a obrigação de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais gera um dever de não regressividade de direitos:

102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido antelas instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Entretanto, ocorre que, há a manifestação entre juízes da Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que os direitos econômicos, sociais e culturais possuiriam uma justiciabilidade direta plena através da declaração de violação do artigo 26 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, com base em uma interpretação evolutiva do arcabouço normativo.

Nesse sentido, como evidenciado no voto concorrente da Juíza Margarette May Macaulay, no Caso Furlan e familiares vs. Argentina (CORTE

IDH, 2012, p.1, párra.6), “o problema não é uma discussão sobre a realização progressiva ou regressiva do direito à saúde, mas gira em torno do dever de garanti-lo”.

Para Ferrer Mc-Gregor, no Caso Suárez Peralta vs. Equador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderia, através de uma interpretação evolutiva do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ter total legitimidade para a proteção do direito à saúde, ou de qualquer outro direito econômico, social e cultural (CORTE IDH, 2013):

6. ...la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas (*infra* párrs. 33-72), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) y 45 h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud —como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos—, como lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos y fuentes internacionales —incluso nacionales vía el artículo 29.b) de la Convención Americana—. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad.

Desse modo, segundo a interpretação evolutiva, já defendida por Eduardo Ferrer Mc-Gregor Poisot (no Casos Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015) e Margarete May Macaulay (no Caso Furlan e familiares vs. Argentina, 2012), entre outros, parte-se do disposto no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos o comprometimento do Estado em adotar providências a fim de alcançar de forma progressiva a plena efetivação dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e culturais constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos (CADH, 1969).

Essa remissão às normas da Carta da Organização dos Estados Americanos, refere-se aos artigos 29 a 50, que versam sobre objetivos de direitos sociais, econômicos e culturais a serem alcançados, e, de acordo com o Parecer Consultivo OC-10/89, de 14 de julho de 1989 (CORTE IDH, 1989), tais normas devem ser utilizadas em conjunto com as disposições da Declaração Americana que contem e definem os direitos humanos essenciais aos quais a Carta da Organização dos Estados Americanos se refere.

Além disso, cumpre lembrar, que segundo Ferrer Mc-Gregor, no Caso Suárez Peralta vs. Equador, assim como qualquer outro órgão com funções jurisdicionais, “a Corte Interamericana tem o poder inerente aos seus poderes para determinar o alcance de sua própria competência (compétence de la compétence)” (CORTE IDH, 2013, p.7, párr.19).

Ademais, segundo a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, expressa no artigo 62.1 da Convenção Americana, pressupõe-se a admissão pelos Estados, no momento do reconhecimento da competência da Corte Interamericana, que estes se submetem ao direito a ser proferido pela Corte de resolver qualquer disputa que seja submetida à sua jurisdição (CADH, 1969).

Também é importante enfatizar, que a Corte Interamericana já declarou em momento oportuno, a sua competência para conhecer, resolver e declarar violado o artigo 26 da Convenção Americana, pois, ainda que este artigo se encontre no Capítulo II deste instrumento normativo, dentro do Título Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, está localizado na Parte I, intitulado Dos Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, e, do mesmo modo adstrito às normas dos artigos 1.1²² e 2²³ da Convenção Americana, acerca da obrigação de respeitar todos os direitos, sem qualquer discriminação e o dever de adotar

²² 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.

²³ 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.

disposições da Convenção Americana ou da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no direito interno de cada Estado Parte (Caso Acevedo Buendía e outros vs. Peru, 2009, párr.100).

Ademais, considerando todo o arcabouço normativo que é possível encontrar em âmbito sanitário, seja na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no artigo XI, expressando o direito à preservação da saúde por meio de medidas sanitárias e sociais, unindo o ser humano e o meio social e ambiental em que interage, ou, por meio do artigo 10 do Protocolo de San Salvador, e outros dispositivos que conceituam e definem metas ao direito da saúde, a Corte Interamericana teria a possibilidade real de abordar o direito à saúde sob outra ótica, de maneira autônoma e direta (Caso Furlan e outros vs. Argentina, 2012, Voto Concurrente Jueza Margarette May Macaulay, p.1-2, párr.4).

Então, uma vez que a ideia de aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção americana, na defesa do direito à saúde, baseia-se em uma interpretação mais evolucionária, é necessário conhecer as fontes que permitem realizar essa compreensão mais ampla do sistema normativo. Nesse sentido, deve ser aplicado o princípio mais favorável, não apenas à pessoa que se encontra envolvida no caso a ser julgado pela Corte Interamericana, mas também em questões processuais e de competência.

Contudo, é preciso ter em consideração que quando o Protocolo de San Salvador foi criado, em 1988, os Estados tiveram a oportunidade de, no seu corpo normativo, invalidar a aplicabilidade da norma do artigo 26 da Convenção, contudo, não o fizeram. De modo que, não há em todo o Protocolo de San Salvador que invalide ou limite o conteúdo das normas da Convenção americana (Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, 2013, Voto Concurrente Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, p.19, párr.43).

Da mesma forma, o artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que refere-se às normas de interpretação que deverão ser aplicadas à Convenção, expressa de forma clara, que tais normas não podem ser interpretadas de maneira que limite ou exclua o exercício, o gozo ou o efeito de qualquer direito, garantia ou liberdade expressa na Convenção ou reconhecidos de acordo com a legislação dos Estados Partes, ou ainda, em outro tratado (CADH, 1969).

À vista disso, se o Protocolo de San Salvador não almeja limitar o alcance da Convenção Americana e esta possui preceitos normativos que proibem a limitação ou exclusão de direitos e garantias, retorna-se ao ponto, já assinalado, de que a Corte Interamericana deve utilizar-se de todo o sistema normativo acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais para a sua proteção e defesa, da mesma forma que já o faz, utilizando-se do direito comparado ou das decisões da Corte Européia de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2017).

Vale lembrar, que ainda que a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador devam ser usados de forma conjunta, a violação do direito à saúde não pode ser declarada de acordo com as disposições contidas no artigo 10 do Protocolo, isso porque estaria se ferindo o que dispõe o seu artigo 19.6²⁴, acerca de quais direitos são passíveis de judicialização ante o Protocolo de San Salvador (Protocolo de San Salvador, 1988).

Portanto, a ideia central da interpretação evolutiva que a Corte Interamericana deve realizar, é a de que, a violação do direito à saúde se dê através do artigo 26 da Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador sirva de mecanismo de orientação e complementação juntamente com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os quais referem-se a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos, bem como todas as disposições contidas na Convenção Americana, e o dever de adequar as legislações internas a esas disposições (CORTE IDH, 2012).

É possível melhor compreender a interpretação evolutiva proposta acerca da aplicabilidade direta da artigo 26 da Convenção Americana no voto concorrente da Juiza Macaulay, no Caso Furlan e familiares vs. Argentina (2012, p.2, párr.8):

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal

²⁴ Artigo 19 – Meios de Proteção

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.

y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - CVDT, referenciada acima, é um tratado do direito internacional que estabelece as regras comuns para a assinatura de tratados entre Estados-nações, concluída em 23 de maio de 1969 pela Comissão de Direito Internacional, uma instituição das Nações Unidas, contudo só foi efetivada em 1980, e ficou conhecida como o Tratado dos Tratados em consequência de conter regras que estruturam de forma unificada a condução de tratados internacionais (PIOVESAN, 2017).

Dispondo como regra geral para a interpretação dos tratados, que os mesmo devem ser sempre interpretados de boa-fé, levando em consideração o contexto, objetivo e a finalidade no qual foi criado (CVDT, 1969, artigo 31).

Nesse sentido, a teoria evolutiva da aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana, requer que a Corte Interamericana, interprete único da Convenção Americana, atualize o sentido do artigo 26 levando em consideração o que o legislador quis dizer no momento da criação da norma, adaptando-a ao contexto social atual (CORTE IDH, 2013).

Ressalta-se ainda, a aplicação do princípio *pro persona* para a interpretação do artigo 26 e 29 da Convenção Americana a fim de garantir a proteção do direito à saúde de forma direta, como um direito social. Dessa forma, não deve apenas não limitar ou não excluir direitos, garantias e liberdades desta ou de outras Convenções ou leis internas dos Estados Partes, dentre as quais as Constituições, como também, estas leis devem ser utilizadas de forma a

garantir a maior proteção possível (Caso Suárez Peralta vs. Equador, 2013, Voto Concurrente Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, p.28, párr.64-65).

O princípio *pro persona* é definido como a interpretação mais favorável, de modo a não restringir ou limitar o exercício e gozo efetivo dos direitos e garantias, prevalecerá sempre a regra mais favorável à pessoa.

Importante ainda salientar, que de acordo com as sentenças da Corte Interamericana, percebe-se que a mesma analisa constantemente alguns aspectos de proteção do direito à saúde em conexão com os direitos violados, são implicações claras de afronta ao direito à saúde.

O que por si só, configuraria a possibilidade de decretar a violação do artigo 26 e 1.1 da Convenção Americana em relação ao direito à saúde, ainda que, nem a Comissão Interamericana, nem os representantes das vítimas o tivessem alegado, em razão do princípio *iuria novit curia*, que expressa o sentido de que o tribunal conhece a lei, ou seja, as partes não necessitam alegar o direito, e, do qual resulta a faculdade e o dever da Corte Interamericana em analisar e aplicar a violação de direitos e liberdade ainda que não invocadas diretamente na petição individual (Caso Vera Vera y otra, 2011, párr.100, párr.101).

A evolução da interpretação do artigo 26 da Convenção Americana surge, portanto, com vistas à adequação do corpo normativo do Sistema de Proteção Internacional Regional dos Direitos Humanos às evoluções sentidas nas sociedades atuais, à que as reparações impostas de fato se conectem com o direito violado e as necessidades sociais, não sendo apenas obrigações de respeito ao direito à saúde, a fim de que o direito à saúde concretize-se de forma plena como um direito social e não mero requisito da existência humana.

Nesse sentido, é importante salientar que o direito à saúde envolve a tomada de decisões complexas e a concretização de políticas públicas razoáveis a fim de alcançar a efetivação plena deste direito, sendo assim, a aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana envolve mais do simplesmente imputar responsabilidades aos Estados:

“102. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política

pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances.” (Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, 2013, Voto Concurrente Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, p.28, párr.64-65).

Ultrapassado o entendimento acerca da interpretação mais aberta e evolutiva que a Corte Interamericana deveria realizar a fim de proteger o direito à saúde pela aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana, cumpre discorrer acerca dos pontos dos quais diverge a corrente que adere à proteção do direito à saúde vinculada à proteção dos direitos e garantias civis e políticas, elencadas na Convenção Americana.

Para os que acreditam na proteção do direito à saúde por meio da proteção dos direitos civis e políticos, é um ponto de discrepância quanto ao reconhecimento e inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais no regime de proteção de direitos da Convenção Americana, isto porque, a Convenção Americana reconhece no Capítulo II, Parte I, os direitos civis e políticos existentes protegidos pelo regime de proteção da Convenção Americana de acordo com o seu artigo 31²⁵, entretanto, outros direitos poderão ser

²⁵ Artigo 31. Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77.

reconhecidos e protegidos desde que o sejam de acordo com o que se encontra expresso nos artigos 76²⁶ e 77²⁷ da Convenção Americana (CADH, 1969).

Por outro lado, lado a lado com os artigos 31, 76 e 77, que, por sua vez, regulam as formas de inclusão de novos direitos no sistema de proteção da Convenção Americana, têm-se o artigo 29²⁸, que possibilita o reconhecimento de novos direitos e garantias que são inerentes ao ser humano, contudo, não há qualquer menção à inclusão desses direitos e garantias reconhecidas pelo artigo 29 no sistema de proteção de direitos da Convenção Americana, então novos direitos reconhecidos, só podem incluir o rol de proteção da Convenção Americana se houverem passado pelos procedimentos dos artigos 76 e 77

²⁶ Artigo 76

1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção.
2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação.

²⁷ Artigo 77

1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades.
2. Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo.

²⁸ 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.

(apresentação de emendas ou protocolos adicionais pelos Estados-Parte) da Convenção Americana (SANTOS, 2012).

Isso não quer dizer que só existam esses direitos, quer dizer apenas que, os direitos que se incluem no regime de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos são os direitos que constam no Capítulo II, Parte I, ademais, quando da feitura da Convenção Americana, o projeto inicial do Capítulo II, Parte I, chamava-se “Direitos Protegidos” e incluía o artigo 26, referente ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, que foi posteriormente retirado (Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015, Voto Concorrente Juiz Alberto Pérez Pérez, p.1, párr.3).

Outrossim, no tocante ao sistema de proteção dos direitos que dispõe a Convenção Americana, entende-se não ser de competência da Corte Interamericana a inclusão de direitos no rol de proteção da Convenção ou de qualquer outro tratado, cabendo aos Estados-Parte o fazerem, por meio de emenda ou protocolos adicionais (TEREZO, 2014). A Corte Interamericana possui apenas a competência para decidir acerca de sua jurisdição a cada caso concreto (CADH, 1969, artigo 63.1).

Outro ponto de divergência, entre as teorias de proteção ao direito à saúde, converge à regra de boa-fé na interpretação dos tratados, introduzida pela Convenção de Viena e que expressa a necessidade de análise além da norma, observando o preâmbulo dos tratados, os tratados e práticas posteriores, então, na análise do Protocolo de San Salvador, este sendo posterior à Convenção Americana, percebe-se a afirmação do artigo 26 da Convenção Americana, quanto ao desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, econômicos e culturais (Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015, Voto Concorrente Juez Alberto Pérez Pérez, p.4, párr.13).

Ou seja, o Protocolo de San Salvador foi criado e adotado após a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e manteve-se silente quanto à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, permitindo a exigibilidade judicial apenas do direito à educação e dos direitos sindicais. Os Estados tiveram a oportunidade de alterar esta condição e não o fizeram.

Isto porque, o Protocolo de San Salvador reafirma a conexão dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais como um todo indissolúvel, assentado na dignidade da pessoa humana, além de elencar um rol

desses direitos, e, mantém a posição de que o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais deve se dar de forma progressiva, de acordo com as condições de cada Estado, uma vez que, só atribui justiciabilidade ao direito à educação e aos direitos sindicais (Preâmbulo Protocolo de San Salvador, 1988).

Ou seja, o artigo 77 da Convenção Americana, que se refere à possibilidade de inserção de direitos ao regime de proteção da Convenção Americana por meio de protocolos adicionais, foi utilizado em relação ao Protocolo de San Salvador, somente aos dois direitos citados acima, em nada alude ao direito à saúde (CADH, 1969).

Nesse sentido, é possível perceber a adoção da proteção de direitos e garantias, como a saúde por exemplo, por meio de uma interpretação progressiva da legislação e não de forma drástica e direta como a interpretação evolutiva, que acaba alterando o sentido do artigo 26 da Convenção Americana.

A interpretação progressiva é o método pelo qual a Corte Interamericana vêm protegendo o direito à saúde através da aplicabilidade de normas que protegem o direito à vida e a integridade física e que, normalmente, não seria possível porque não estão entre os direitos que constam no regime de proteção da Convenção Americana e do Protocolo de San Salvador, sendo assim, esse interpretação não inclui direitos no rol do regime de proteção, apenas busca resultados que protejam a saúde dentro do conceito do direito à vida ou à vida digna, por ser este mais amplo e abrangente que o conceito de direito à saúde e dada a sua não inclusão no sistema de proteção (Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015, Voto Concurrente Juez Alberto Pérez Pérez, p.4-5, párr.15, párr.16).

É também uma ideia ressonante ao impedimento da interpretação evolutiva para a aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana, a análise das atas que antecederam o texto final adotado pela Convenção Americana em 1969 (SILVA, 2016). Isso porque, é possível perceber que nenhum dos países que participavam da criação dos projetos queria incluir os direitos econômicos, sociais e culturais no regime de proteção juntamente com os direitos civis e políticos, aliás, é notável a constante preocupação com a disparidade de recursos de cada Estado, e o que a interferência de uma

organização externa poderia ocasionar em âmbito interno (CORTE IDH, 2009, Caso Acevedo Buendía e outros, p.32, párr.99).

De mais a mais, o projeto, que inicialmente contava com o artigo 26 e o artigo 27, acerca do desenvolvimento progressivo e que instituía um controle de cumprimento das obrigações, teve o seu artigo 27 suprimido, deixando clara a intenção dos Estados de que a promoção do desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais de forma progressiva ficaria a cargo de cada país, levando em consideração os seus recursos próprio (CORTE IDH, 2015, Caso Gonzales Lluy e outros, p.10, párr.20-21).

Nas palavras do Juiz Pérez Pérez, em voto concorrente no Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador é possível compreender como seria a disposição do artigo 27, que recepcionaria a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais do artigo 26 da Convenção Americana e que foi retirado pelos Estados Parte (CORTE IDH, 2015, p.10, párr.20-21):

20. Luego de algunos debates en los que se reiteraron algunas posiciones anteriores sin llegar a un consenso, y en ninguno de los cuales se propuso incluir a los derechos económicos, sociales y culturales en el régimen de protección previsto para los derechos civiles y políticos, se redactó un capítulo con dos artículos. El primero de ellos era igual al del artículo 26 incluido en el texto definitivo de la Convención, mientras que el segundo establecía un tenue e indirecto régimen de “control de cumplimiento de las obligaciones”. En la parte titulada “Artículos revisados por la Comisión de Estilo” figura el texto de los artículos 26 y 27 que se sometieron a votación:

[...]

Artículo 27. Control del Cumplimiento de las Obligaciones

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son la sustentación indispensable para el ejercicio de los otros derechos consagrados en esta Convención.

21. En la segunda sesión plenaria figura la siguiente decisión:

Se aprueba el Artículo 26 sin sufrir ninguna alteración y se suprime el Artículo 27. En consecuencia se adelanta la numeración de los artículos subsiguientes.

Não obstante, a existência de um protocolo está ligada à existência de um tratado e serve para alterar ou explicar informações contidas no tratado, são instrumentos autônomos, mas que se complementam, nessa perspectiva, não bastasse a assertiva de exclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais do

regime de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na qual se encontram os direitos civis e políticos pelos Estados-Parte, a posição foi reafirmada posteriormente, no Protocolo de San Salvador, concedendo apenas ao direito à educação e aos direitos sindicais a proteção (SANTOS, 2012).

Possibilidade que foi utilizada em 2015, onde a Corte declarou a violação do direito à educação de acordo com o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador e o artigo 26 da Convenção Americana, no Caso Gonzalez Lluy e outros vs. Equador, como visto em tópico anterior.

Já foi dito anteriormente que a Convenção Americana reconhece a justiciabilidade do seu artigo 26, no que se refere à progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, é possível justiciabilizar o artigo 26 da Convenção Americana em caso de regressão dos direitos econômicos, sociais e culturais, em caso do Estado Parte não cumprir com o desenvolvimento progressivo destes direitos, posto que, o Estado tem um dever para com o seu desenvolvimento progressivo, obtido da leitura do artigo 26 conjuntamente aos artigos 1 e 2 da Convenção Americana (Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría” Vs. Perú, párr. 100).

Além de que, salientou-se outras vezes, a remissão do artigo 26 às normas 29 a 50 da Carta da Organização dos Estados Americanos, que acabam resumindo-se a meras expectativas a serem perseguidas pelos Estados, possuindo cunho programático, sendo imprescindível que houvesse uma relação de ações, obrigações e um conteúdo mínimo para o direito à saúde, o que, não ocorre.

Portanto, a única obrigação justiciável para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto à violação do artigo 26 da Convenção Americana, se traduz na regressão de direitos econômicos, sociais e culturais, já que, o Estado possui o dever de promover o seu desenvolvimento progressivo, sendo proibido a edição de medidas que restrinjam, limitem ou excluam direitos:

11. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible arribar a una primera conclusión y es que el artículo 26 de la Convención Americana no contiene un catálogo de derechos subjetivos establecido de manera clara, precisamente por los problemas que genera la remisión a la Carta de la OEA. Por tanto, la obligación que este artículo implica y que la Corte puede supervisar de manera directa es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, de los derechos que se pudieran derivar de la Carta más

allá de la simple referencia al nombre, como lo podría ser el derecho al trabajo (Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015, Voto Concorrente Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, p.4, párr.11.

De toda forma, levando-se em consideração que a aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana baseia-se, principalmente, em uma interpretação evolutiva que deverá ser feita pela Corte Interamericana, é possível apresentar, de forma igual, uma interpretação a fim esclarecer a razão pela qual o direito à saúde deve ser protegido por meio da vinculação ao direito à vida.

Para tanto, num primeiro momento, é essencial que se estabeleça uma distinção entre os tipos de interpretação amparadas pela Convenção de Viena, nos artigos 31 e 32 sobre as regras gerais de interpretação dos tratados e utilizadas pela Corte Interamericana nas suas sentenças (CVDT, 1969).

A interpretação literal é realizada de boa-fé, sopesando o significado das palavras ou termos; a interpretação sistemática examina as normas levando em consideração todo o sistema jurídico que ela integra; a interpretação teleológica analisa as normas, o objeto e a finalidade do tratado; já a interpretação evolutiva avalia a norma dentro da evolução das sociedade, como um organismo vivo, podendo ser alterado quando o meio necessitar (Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, 2012, párr. 43, párr.178, párrs.191-244).

A Corte Interamericana por meio do artigo 29 da Convenção Americana, que expressa a “impossibilidade de exclusão ou limitação de direitos reconhecidos de acordo com as leis de qualquer um dos Estados-Parte ou com outra convenção”, utilizou-se da interpretação evolutiva, valendo-se de direito comparado, empregando legislação do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos e do Sistema Europeu, por exemplo com o objetivo de trazer uma melhor compreensão do conceito de vida e fundamentar sua sentença condenatória no Caso Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica (CORTE IDH, 2012, párr.245).

Além disso “os métodos de interpretação devem ser utilizados quando uma norma é ambígua, o que não ocorre com o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador ou com o artículo 26 de la Convención”, já que a norma é clara e precisa, não devendo restringir a interpretação a um único método, porque são complementares entre si, razão pela qual a utilização dos outros métodos de

interpretação, que não a interpretação evolutiva, demonstra a confirmação da proteção do direito à saúde como um direito conexo ao direito individual vinculado à vida (Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015, Voto Concorrente Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, p.7, párr.22).

No que tange a interpretação literal, o artigo 26 da Convenção Americana, sobre o desenvolvimento progressivo e o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, quanto aos direitos possíveis de justiciabilidade são claros em suas disposições e à vontade expressa pelos Estados, como exposto em momento anterior (CORTE IDH, 2014, Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, Voto Dissidente Juez Eduardo Vio Grossi, p.725,)

Atinente à interpretação sistemática, onde as normas são partes de um todo, então, é necessário analisar o sistema jurídico ao qual ele pertence, ou seja, os dispositivos normativos devem ser interpretados conjuntamente, de forma que a ideia de que o artigo 4 do Protocolo de San Salvador, sobre a não admissão de restrições, invalidaria o artigo 19.6 do mesmo Protocolo só seria cabível no caso do artigo 26 da Convenção Americana elencar um rol de direitos económicos, sociais e culturais enquanto o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador limitasse a sua justiciabilidade (CORTE IDH, 2014, Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, Voto Dissidente Juez Eduardo Vio Grossi, p.726). Ademais, o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador não restringe direitos, apenas limita a competência da Corte Interamericana.

Concernente à interpretação teleológica, em que o legislador deve levar em consideração o objeto e a finalidade dos tratados, partindo dessa premissa, a interpretação teleológica seria oportuna a possibilidade de justiciabilidade direta dos direitos económicos, sociais e culturais em razão do objetivo final do Sistema Interamericano ser a proteção dos direitos humanos, o que implica em tentar aplicar o maior número possível de direitos, e, porque quando foi criado o artigo 26 da Convenção Americana a intenção dos Estados não era excluir a possibilidade de aplicabilidade direta dos direitos económicos, sociais e culturais (Ferrer Mc-Gregor, 2017).

Nesse sentido Sierra Porto, no Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, assevera que a Corte Interamericana de Direitos Humanos por vezes utiliza os métodos de interpretação com o objetivo de compreender qual era a finalidade

das ações que os Estados Parte tentavam alcançar com a adoção da Convenção Americana:

Sobre el primer punto, cabe señalar que precisamente el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el sistema interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. Además, sobre este punto debe recalcar que “[s]i el sentido corriente de una disposición es claro en no otorgar jurisdicción a los órganos del sistema interamericano, el objeto y fin de la Convención no se pueden utilizar para derribar ese resultado”.

Con relación al segundo argumento, si bien los trabajos preparatorios son medios de interpretación complementarios, la Corte Interamericana en algunos casos los ha usado para intentar vislumbrar la finalidad o propósito que perseguían los Estados al momento de crear el tratado (CORTE IDH, 2015, p.7, párr.22).

Como explanado em momento oportuno acima, os Estados não possuíam a intenção de justiciabilizar os direitos econômicos, sociais e culturais de forma direta através do artigo 26 da Convenção Americana, razão pela qual o texto do artigo 27, acerca da possibilidade de supervisão do cumprimento das obrigações com as quais os Estados deveriam se comprometer, foi suprimido do texto final da Convenção Americana.

Cumpra ainda, atenção à utilização nas sentenças da Corte Interamericana de normas e legislação de tribunais nacionais dos Estados-Parte, como mecanismo de validação da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais através da aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana.

Contudo, mais uma vez reitera-se, já expresso anteriormente, quando da realização das conferências que aludiram à preparação dos projetos até a confirmação do texto principal final da Convenção Americana e, posteriormente, da adoção e incorporação do Protocolo de San Salvador, os Estados-Parte solidificaram a posição de exclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais sob a proteção justiciável da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

E, ainda que, em sua grande maioria possuam, em âmbito interno dispositivos normativos que assegurem a defesa de tais direitos, o principal problema talvez traduza-se na possibilidade de ter um órgão internacional com poder real sobre a efetivação de políticas públicas de um direito, tão importante

como o direito à saúde, mas que os Estados-Parte, em razão da disparidade de recursos financeiros e por questões sociais internas, não conseguem concretizar.

Outrossim, é a questão da utilização do princípio *pro persona* ante a interpretação evolutiva da proteção direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH, 1969, artigo 29) o princípio *pro persona* que deve sempre levar em consideração a norma ou interpretação mais favorável à pessoa humana ao qual o direito foi violado. A utilização de uma norma restritiva vai contra o objeto e a finalidade da Convenção, devendo ser aplicado quando “la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas” sendo que “la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma” (CORTE IDH, 2015, Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, p.10, párr.29).

Por fim, cabe examinar acerca do Caso Lagos del Campo vs. Perú, com a sentença datada de 31 de agosto de 2017, abordado neste capítulo, em tópico anterior, quando da exposição dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. E, ainda que não verse sobre o direito à saúde e não contenha nem mesmo medidas de reparação acerca do assunto, tratando-se de decisão atinente à violação da liberdade de expressão com base na aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana em relação com os artigos 1 e 2 também da Convenção Americana, pela violação da estabilidade do trabalho e artigos 8, 13 e 16 pela violação ao direito de associação, pode significar uma abertura de pensamento quanto à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais de forma direta, através do artigo 26 (*Caso Lagos del Campo Vs. Perú, 2017*, párr. 153).

Sendo esta, a primeira vez que a Corte Interamericana reconhece o direito do trabalho como um ramo autônomo e, particularmente, a estabilidade do trabalho, declarando o artigo 26 da Convenção Americana e os direitos que dele decorrem como justificáveis, de forma que, abre-se a possibilidade de interpretação evolutiva dos demais direitos. Nesse sentido, o caso foi jugado por 5 votos a favor da aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana e 2 votos contra.

Além de suscitar pequenas divergências de entendimento de conceitos, como na aplicação do princípio *iura novit curia*, ou seja, e que o tribunal conhece o direito, não sendo necessário às partes alegá-lo, que segundo Caldas (Caso Lagos del Campo vs. Peru, 2017, p.3 párr.14):

El Tribunal decidió que debía invocar el principio *iura novit curia*, a fin de pronunciarse conforme a la violación del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral con base en el artículo 26 de la Convención. Sin embargo, difiero de este pronunciamiento, por considerarlo innecesario, ya que el principio *iura novit curia* se aplica solamente cuando se alega el hecho y no se alega el derecho, pero en el presente caso se alegó el derecho, razón por la cual resulta absolutamente regular el pedimento y su forma.

Ainda assim, acompanhou a decisão acerca da proteção dos direitos económicos, sociais e culturais sob a violação do artigo 26 da Convenção Americana.

Ao passo que, Grossi (Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017, p.18) discorda da possibilidade de justiciabilidade do direito de estabilidade de trabalho pela Corte Interamericana por meio do artigo 26 da Convenção Americana, pois há “una clara distinción entre los derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al trabajo, incluyendo al derecho a la estabilidad en el empleo”, não devendo, portanto, ser reconhecido como direito protegido pelo regime de proteção da Convenção Americana, além do entendimento de que o artigo 26 da Convenção Americana contém normas de comportamento, não podendo, de forma alguma, reconhecer direitos.

Ainda assim, em que pese os debates que se seguem entre as duas correntes interpretativas, seja quanto à proteção dos direitos económicos, sociais e culturais de forma direta, por meio da aplicabilidade do artigo 26 da Convenção Americana, seja pela proteção desses direitos de forma indireta através da proteção de direitos civis e políticos, cumpre salientar, que a decisão do Caso Lagos del Campo vs. Peru, ainda que seja uma nova abordagem dos direitos económicos, sociais e culturais visto que, aludiu à proteção de um direito com base na violação do artigo 26 da Convenção Americana, e desse modo, abre precedente para outras decisões que se assentem em matéria pertinente, não houve qualquer menção ao direito à saúde ou a reparações do gênero.

Podendo ainda, ser citada a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, posterior ao Caso Lagos del Campo vs. Peru, datado de 2017, e que, em outros casos alusivos ao direito à saúde, durante o ano de 2018, tem mantido sua posição e intervindo na proteção do direito à saúde vinculado ao direito à vida, ao direito à integridade física e ao conceito de vida digna, buscando a concretização e efetivação plena de tal direito.

A seguir, será analisada a natureza das medidas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos impostas aos Estados no sentido de realização desse direito.

4.3 Análise da natureza das medidas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos Estados no sentido de realização do direito à saúde

As cláusulas gerais de obrigações encontram-se basicamente nos artigos 1²⁹ e 2³⁰ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, gerando um dever de respeitar e de garantir aos Estados, em sendo assim, estes devem para tanto, regular, prevenir e, quando necessário, reparar os danos causados por violações à direitos (TEREZO, 2014).

Da atuação ilícita dos Estados, seja por ação ou omissão, surge um dever de reparação, ou seja, “toda regla de responsabilidad, cualquiera sea su naturaleza, encierra em su interioridade un propósito reparatorio y sancionador a la vez” (AGUIAR, 1993).

A obrigação de reparação dos Estados é um princípio do Direito Internacional Público, expresso no artigo 31 das Responsabilidades

²⁹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁰ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Internacionais dos Estados por atos ilícitos, de 2001, no qual a Comissão de Direito Internacional estabeleceu que o Estado que for considerado responsável por atos que afetem de forma negativa os direitos humanos devem reparar o prejuízo de forma integral, além de estabelecer a extensão da expressão “dano”, como todo ato ilícito que agride, de forma material ou moral, o direito humano (ROJAS, 2009).

O Estado possui então, uma obrigação de garantir e respeitar os direitos humanos, nesse sentido, todo ato atentatório contra essa obrigação dos Estados e que venha a produzir um dano aos direitos humanos, gera o dever de reparação na medida da sua possibilidade.

De toda forma, é possível perceber a alteração ocorrida no âmbito da proteção do direito internacional, visto que, a responsabilidade dos Estados não se resume aos interesses comuns entre Estados, ou à relação de cordialidade entre eles, mas à proteção das garantias e liberdades dos seus consortes, com valores centrados no ser humano e a possibilidade destes indivíduos de exigir o cumprimento desta obrigação de respeito e garantia (CORTE IDH, CASO BLAKE).

Segundo Rojas (2009, p.21), a obrigação de respeito às liberdades e garantias humanas que o Estado deve cumprir, é o simples cumprimento direto das normas que a Convenção Americana e outros tratados estabelecem, seja por meio de uma ação ou por uma omissão.

Já a obrigação de garantia, diz respeito ao papel do Estado de promover os direitos humanos abarcados pela Convenção Americana, devendo, portanto, criar oportunidades que favoreçam ao seu cidadão a efetivação plena desses direitos. A Corte Interamericana, no Caso Velásquez Rodríguez em 1989, manifestou-se acerca da obrigação de garantia, no sentido de esta ser um dever do Estado de organizar toda a estrutura governamental de forma que estas permitam à população o livre e pleno exercício dos direitos (CORTE IDH, 1989).

Portanto, ao imputar a responsabilização internacional à um Estado parte, ante a violação da obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, a Corte Interamericana está reconhecendo nele o seu dever de reparar o dano ocasionado.

Dessa forma, surge para o Estado infrator uma obrigação secundária, que é a obrigação de reparação, isto porque, o Estado continua tendo que cumprir

com a sua obrigação principal, que é a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos. Esta obrigação principal não cessa só porque foi violada (ROJAS, 2009).

A obrigação de reparação encontra-se expressa no artigo 63.1³¹ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e acarreta o “restabelecimento, dentro do possível, do direito violado e, sendo o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação de direitos humanos”, como ocorreu no Caso *Gondínez Cuz vs. Honduras*, em 1989 (CORTE IDH, 1989).

Prosseguindo, o artigo 63.1 não possui um rol taxativo que fixe as reparações que deverão serem adotadas pela Corte Interamericana a fim de sancionar os Estados. A Convenção Americana adotou a norma geral de direito internacional acerca da necessidade de responsabilizar os infratores, como é possível perceber no Caso *Villagrán Morales*, que teve as suas reparações apreciadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sentença de 2001, como vê-se a seguir:

Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación (CORTE IDH, párr.62).

Dessa forma, ao encontro do ocorrido no Caso *Velásquez Rodríguez* (CORTE IDH, 1989), a obrigação de reparação imposta pelo princípio geral de responsabilização dos Estados adotado pela Convenção Americana, possui caráter compensatório e não punitivo, sendo essencial a reparação integral do dano às vítimas na medida do seu prejuízo, cabendo à Corte Interamericana, a tarefa de especificar as medidas necessárias para garantir a reparação de danos materiais e imateriais, assegurar o respeito aos direitos violados e se certificar

³¹ Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que seja garantida ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade que tenha sido violado. Também determinará, se apropriado, que as consequências da medida ou situação que constituiu a violação desses direitos sejam reparadas e que uma indenização justa seja paga à pessoa lesada.

de que tais fatos não voltem a ocorrer, como é possível observar na sentença do Caso Garrydo e Baigorria (CORTE IDH, 1998, párr.41):

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional em que há incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir em la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado e anular medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniária, según la práctica jurisprudencial de esta Corte. La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.

Ademais, cumpre salientar que a *restitutio in integrum* é um termo originário do direito romano, com o objetivo de restituir ou restaurar o dano na sua integralidade, a Corte Interamericana nas suas sentenças, o utiliza de forma a alcançar o restabelecimento da situação anterior à violação do direito, dentro das devidas possibilidades (BÁEZ, 2008).

De todo modo, ainda que o ideal almejo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos seja a restituição integral do dano, retrocedendo-o à condição inicial, antes da sua existência, por vezes essa tarefa demonstra-se impossível, porque os danos ocasionados pela violação do direito tornam-se difíceis de apagar ou eliminar (RAMÍREZ, 1999).

Portanto, a restituição do dano não é a única forma de medida de reparação, soma-se a esta o ressarcimento das consequências da violação, caso não possam retornar ao estado anterior e a indenização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais (RAMÍREZ, 1999).

Nesse sentido, é possível classificar as reparações quanto ao seu destinatário e quanto ao seu conteúdo. Quanto ao destinatário, as medidas de reparação podem ser divididas entre aquelas destinadas às vítimas, ou seja, tem caráter individual, como por exemplo, ocorreu no Caso González Lluy, em 2015, em que a Corte impôs ao Estado que oferecesse bolsa de estudos à vítima. E, aquelas destinadas à coletividade, como ocorreu no Caso Artavia Murillo (Fecundação in vitro), em 2012, em que o Estado foi orientado pela Corte Interamericana a adequar sua legislação e os meios de tratamento acerca da

fecundação in vitro, a fim de beneficiar todas as pessoas que buscam a possibilidade de ter filhos naturais (BRUNO, 2013).

No que tange ao conteúdo, as medidas de reparação podem apresentar diferentes classificações, ainda assim, é possível perceber que se encaixam umas nas outras, mantendo o mesmo conteúdo, alterando apenas o nome, de forma que, resta evidenciada a relação que existe entre elas.

Para Rámirez (1999, p.142), as medidas de reparação podem ser classificadas como: medida de garantia atual e futura, medida de devolução, de reposição, de substituição, de indenização, de satisfação e de prevenção.

Uma segunda classificação proposta através do Informe Definitivo apresentado à Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias das Nações Unidas, em 2 de julho de 1993, acerca de princípios e diretrizes básico em matéria de reparações para as vítimas de violações flagrantes dos direitos humanos, divide as reparações em: medidas de restituição, medidas de indenização, de reabilitação, de satisfação e garantias de não repetição (BOVEN, 1993).

É possível ainda, classificar as medidas de reparação, de acordo com Rescia (1999, p. 129), como medidas de restituição em espécie, medidas de indenização, medidas de satisfação e garantias de não repetição.

De toda forma, é perceptível a mudança de atuação da Corte Interamericana ao longo de sua existência, quanto à exposição das medidas de reparação nas suas sentenças, separando as reparações de cunho pecuniário das demais reparações e, podendo constar nas sentenças todas as medidas de reparação, ou seja, de restituição, de satisfação, de reabilitação, de satisfação e de garantia de não repetição, ou trazer apenas uma ou duas delas, dependendo do caso apresentado (BRUNO, 2013).

Ou seja, ainda que haja divergência dos doutrinadores quanto à expressão utilizada para nomear as medidas de reparação, o seu conteúdo punitivo mantém-se o mesmo.

Nesse sentido, pormenorizando-as, é possível perceber que as medidas de reparação de restituição possuem o objetivo de devolver o dano causado à sua situação inicial, ou seja, retroceder as consequências até que a condição da vítima retorne ao mesmo estado que era antes de ter ocorrido a violação ao

direito, como por exemplo, a devolução de terras ancestrais ou a extração de explosivos e reflorestamento de áreas afetadas (BRUNO, 2013).

Nas medidas de reparação de reabilitação, exige-se do Estado condenado a reabilitação das vítimas, seja por meio da entrega de bem ou na execução de serviços, como, por exemplo, a e entrega de bolsas de estudo, como ocorreu no caso Gonzales Llu y em 2015 (CORTE IDH, 2015), em que o Estado foi condenado a proporcionar bolsas de estudos de nível acadêmico e de pós-graduação à vítima.

Nas medidas de reparação de satisfação, os atos praticados pelo Estado visam uma repercussão pública, são aqueles em que o Estado deve reportar a sociedade a violação do direito e a sua condenação perante a Corte Interamericana, com o intuito de coibir novos atos que atentem contra os direitos humanos, podendo serem traduzidos, como a publicação de sentença condenatória em veículos de comunicação de grande repercussão e circulação ou a realização de cerimônias públicas ou até mesmo a designação de praças, ruas ou monumentos que contenham o nome das vítimas, sendo importante o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado Parte com a sentença condenatória, conforme o Caso Favela Nova Brasília (CORTE IDH, 2018).

As medidas de reparação de não repetição são aquelas onde o Estado deverá, através de medidas internas, garantir e promover as normas contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou qualquer outro texto internacional que a Corte Interamericana julgar necessário, podendo ser descrita como, por exemplo, a incorporação de legislação internacional ao sistema normativo do Estado condenado (CORTE IDH, 2009, Regulamento).

Nesse sentido, é importante lembrar que as medidas de reparação de não repetição do ato, são, em certa medida, mais complexas porque dependem de todo o sistema legislativo interno do Estado para a sua concretização, uma vez que, a alteração ou anulação de determinada norma possui seu rito procedimental próprio (RAMÍREZ, 2006).

As medidas de reparação de indenização podem são divididas em: indenização de dano material e indenização de dano imaterial. Em que, as reparações de dano material referem-se à perda total ou redução de renda, no qual a Corte Interamericana utiliza a teoria do lucro cessante para conseguir fixar

o valor indenizatório satisfatório (COELHO, 2008). Levando em consideração, portanto, a renda real que era captada pela vítima no momento dos atos que violaram o direito, e, na impossibilidade deste deverá ser avaliado o montante pelo salário mínimo vigente do Estado ou o custo de vida da vítima e da sua família (TEREZO, 2014).

Como apresentado no Caso Acevedo Buendía e outros, o dano imaterial, também conhecido como dano moral, é caracterizado pelos sentimentos das vítimas e dos familiares, pelo sofrimento o qual passaram ou estão passando, que devem alterar de forma consubstancial a sua existência, não possui natureza econômica (CORTE IDH, 2009).

De toda maneira, é perceptível que o direito à saúde se tornou uma preocupação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, isto porque, sua jurisprudência, não raras vezes aduz a reparações que visam assegurar a efetivação deste direito, consagrando-o à vinculação do direito à vida e ao conceito de vida digna.

É possível então, que na proteção do direito à saúde mediante a proteção de direitos civis e políticos e, em complementariedade com os artigos 1 e 2 da Convenção Americana, que dispõe, como referenciado acima, das obrigações de respeitar e garantir os direitos e liberdades dos seus consortes, sem qualquer discriminação e para a sua garantia e efetivação, adotar as medidas necessárias, a Corte Interamericana, venha, por meio das medidas impostas, à concretizar o direito sanitário.

Nesse sentido, por meio da análise das decisões julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no lapso temporal compreendido entre 2009 e 2018, percebe-se a manifestação da sua jurisprudência no sentido de garantir (GARAT, 2015, p.71):

1. O dever dos Estados em estabelecer um sistema normativo adequado e que assegure um mínimo de garantias ao direito à saúde;
2. A necessidade de atribuir aos serviços prestados um padrão de qualidade e maior disponibilidade de atendimentos e procedimentos;
3. A obrigação de fiscalizar a prestação do serviço à sociedade, efetuando vigilâncias e inspeções, tanto em âmbito público quanto privado.

Ademais, o Protocolo de San Salvador expressou, de forma clara e precisa, no artigo 10.2 que a saúde é um bem público, ao qual os Estados devem

proteger. É nesse sentido, de concretização de condições mínimas do direito à saúde, que a Corte Interamericana vêm impondo aos Estados medidas práticas quanto à prestação dos serviços à saúde que dizem respeito:

1. Aos aspectos referentes aos serviços e atendimentos: o Estado deve prestar um serviço de qualidade, possuir parâmetros de tratamento e internação que devem ser estritamente observados pelas instituições hospitalares, seja pública ou privada, como por exemplo, ocorreu no Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile, Caso Furlan e familiares vs. Argentina (CORTE IDH).
2. Quanto as pessoas que prestam o atendimento: o Estado deve proporcionar uma qualificação adequada e posteriormente, de tempos em tempos, uma capacitação para a readequação das práticas médicas e de atendimento ao público no Caso González y otras (Campo Algodoeiro) vs. México, Caso Furlan e familiares vs. Argentina, Caso Suárez Peralta vs. Equador (CORTE IDH).
3. Quanto às exigências das instituições de saúde: o Estado deve garantir uma infraestrutura apta para o atendimento médico e condições de saneamento e limpeza condizentes, com insumos e medicamentos necessários, como ocorrido no Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, Caso Furlan e familiares vs. Argentina, Caso Suárez Peralta vs. Equador (CORTE IDH).
4. Quanto aos mecanismos de fiscalização e inspeção dos profissionais, instituições médicas e estabelecimentos que prestam a atividade médica, pública ou privada, adoção de legislação – Caso González y otras (Campo Algodoeiro) vs. México, Caso Fornerón e filha vs. Argentina, Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, Caso Suárez Peralta vs. Equador (CORTE IDH).
5. Quanto aos procedimentos de investigação de irregularidades ou violação ao direito, resolver queixas, impor sanções, garantia da prática judicial - Caso Furlan e familiares vs. Argentina (CORTE IDH).

Nessa perspectiva, a Corte Interamericana sinaliza à confirmação da prestação de serviços com qualidade e eficiência, temerosa quanto à condições de capacitação dos profissionais que prestam os atendimentos médicos nos Estados, bem como, daqueles que incorporam as suas instituições de reclusão

na prestação ou falta de prestação dos serviços assistenciais de saúde e as condições dessas instalações (Caso Espinoza Gonzales vs. Peru, 2014).

Da mesma forma, também possuem proteção da Corte Interamericana as comunidades indígenas, que constantemente são alvo de questões referentes à propriedade das terras ancestrais, aludindo à Corte Interamericana para a escassez de requisitos mínimos de saúde, sem as quais torna-se inviável a vida digna, tendo o Estado, a obrigatoriedade de prover as condições de saúde e saneamento básicos necessários (Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010; Caso Comunidade Indígena Xucuru vs. Brasil, 2018).

Outro ponto é a atenção dispensada à premência da obrigação de respeito e garantia do direito à saúde, de forma que os Estados mantenham uma fiscalização e controle tanto das entidades públicas quanto privadas, além da carência de uma legislação acerca da proteção do direito à saúde adequada e consoante as disposições normativas internacionais, como ocorreu por exemplo, no Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, em 2012.

De toda forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos precisou no seu artigo 26, como verificado acima, que os direitos econômicos, sociais e culturais possuem, por parte do Estado, uma obrigação de respeito e garantia, através da prevenção, promoção e cumprimento desses direitos. Visto que, os Estados devem zelar pela efetivação dos direitos humanos e absorver as normas que os protegem nas suas legislações internas “sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena, de afronta ao princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional” (PIOVESAN, 2017).

Devendo as medidas impostas pela Corte Interamericana, portanto, serem exercidas de forma adequada, razoável, sem qualquer discriminação ou limitação, voltadas para o benefício de direitos econômicos, sociais e culturais, e, devendo sempre levar em consideração a precariedade e carência de recursos básicos de pessoas desfavorecidas, vulneráveis e a margem da sociedade, dando prioridade para as situações mais graves e de risco, com vistas à concretização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais (ONU, 2007, párr.8).

5 CONCLUSÃO

Este estudo objetivou analisar, entre o período de janeiro de 2009 a janeiro de 2018, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, buscando identificar as medidas impostas aos

Estados para a sua realização e a natureza das decisões referente ao direito à saúde, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida.

De forma mais específica, conceituar a Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua atuação enquanto guardiã do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, para averiguar a sua importância e as suas atribuições; identificar as disposições normativas do direito à saúde no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a fim de observar as diferentes dimensões atribuídas ao direito à saúde e, analisar a natureza atribuída ao direito à saúde, como direito social ou direito individual vinculado à vida, bem como verificar as medidas impostas ao Estado para sua realização.

Nesse sentido, no segundo capítulo, foi possível observar a formação do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos em consequência das situações vivenciadas na Primeira Guerra Mundial, entre 1914 e 1918, e, na Segunda Grande Guerra, que se estendeu de 1939 até meados de 1945, que em razão das atrocidades cometidas contra a população fez crescer a necessidade de urgência em proteger direitos e garantias fundamentais à existência humana.

A ideia da existência de Cortes Internacionais que responsabilizassem internacionalmente os governos por atos cometidos durante a guerra contra a humanidade, por si só, não é inovadora, foi introduzida pelo Tratado de Versailles, mas é, após a Segunda Guerra Mundial, que ganhou força com a devastação gerada tanto nos países do Eixo quanto aos países Aliados.

A Organização das Nações Unidas nasce então, oficialmente, em 1945, com o objetivo de manter a paz e o diálogo entre as nações em âmbito global e, posteriormente, influencia a Organização dos Estados Americanos na concepção de um sistema de proteção dos direitos humanos em nível regional, assim como, também ocorreu na Europa, com a conformação de um sistema de proteção dos direitos humanos europeu, consolidando a ideia de universalização e proteção aos direitos humanos.

Os primeiros ensaios com o intuito de reunião dos países da América Latina para que convergissem seus ideais na proteção e desenvolvimento econômico mútuo deu-se em 1889, na I Conferência Internacional Americana, que entretanto, não obteve o êxito esperado, foi a Organização das Nações Unidas, que incentivou a união e o diálogo entre os países, afim de manter a paz mundial, bem como, a criação de sistemas de proteção dos direitos humanos em

âmbito regional, contudo, a Organização dos Estados Americanos, só ganhou força efetivamente, a partir do Tratado do Rio, em 1947.

Com a consagração da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948, nasce formalmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e, da Carta da Organização dos Estados Americanos é criada a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, com a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos além de servir como órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos.

Contudo, em 1969, após sucessivas audiências de planejamento, os Estados Parte apoiaram a ideia de criação de uma Corte Internacional com Poder Jurisdicional, ocasionando a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que traz no seu corpo normativo a previsão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ainda amplia a função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui diretrizes tanto na Carta da Organização dos Estados Americanos, que se refere apenas à Comissão, quanto na Convenção Americana, de forma que, a competência da Comissão alcança tanto os Estados Parte da Convenção Americana, quanto os Estados-membros da Declaração da Organização dos Estados Americanos, porque mesmo não tendo aderido à Convenção Americana, estão vinculados à Declaração Americana, enquanto a Corte Interamericana estende sua competência apenas aos Estados-parte da Convenção Americana.

Nesse sentido, o estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos apontou significativos avanços na afirmação da justiça internacional em matéria de direitos humanos, referente ao direito à saúde e, ainda que seja possível reconhecer que o direito anda sempre um passo atrás da evolução social da humanidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem em complementariedade, demonstrando-se fundamentais em tal tarefa, auxiliando no estabelecimento ou reestabelecimento da dignidade das sociedades.

De forma que, a Comissão receberá uma queixa, analisará o caso e requererá todas as diligências que julgar necessárias, oitivas, depoimentos, e, poderá aplicar um acordo caso seja a manifestação das partes ou em não

havendo acordo, impor recomendações aos Estados que ocasionaram atos de violação aos direitos humanos, que deverão ser cumpridas em um prazo de três meses, podendo, ao término deste prazo, impor uma prorrogação do prazo ao Estado infrator ou encaminhar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Restou evidenciado, por sua vez, que o trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não se encerrará no envio do caso à Corte Interamericana, pois ela ainda se fará presente aos procedimentos que se seguirão dentro do órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, em que a Corte Interamericana, no desempenho da sua função contenciosa ou consultiva, ou seja, na aplicação ou interpretação dos dispositivos normativos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, exercerá a proteção a tais direitos.

Podendo, para tanto, conhecer mediante petição oriunda da Comissão Interamericana ou dos Estados membro, um caso violador de direitos humanos, desde que esgotados todos os recursos processuais no Estado de origem. Nesse sentido, ultrapassado todos os trâmites procedimentais, a Corte Interamericana irá estipular medidas de reparação aos Estados que visam restaurar o direito violado através da reparação integral do dano e pela punição dos culpados, entretanto, o que ocorre, na maioria dos casos, é a minimização das consequências do ato violador e a promessa de garantia dos direitos humanos daquele momento em diante.

E, ainda que, o grande problema da Corte Interamericana seja a sua falta de força sancionatória, foi possível perceber a sua atuação ativa na busca pela efetivação e concretização plena dos direitos humanos; é, portanto, a sua razão de existir, sendo uma peça central na manutenção do Sistema de Proteção, uma vez que, através das medidas de reparação ou do supervisionamento de sentenças, atua na fiscalização dos Estados, fomentando o desenvolvimento e observância do respeito e garantia dos direitos humanos e impedindo retrocessos.

No terceiro capítulo, adentrando um pouco mais ao tema do estudo, houve a necessidade de explorar, num primeiro momento, o conceito de saúde e a compreensão do direito à saúde como um direito fundamental social, além das diferentes dimensões que esse direito possui; visto que, assim como o conceito

de saúde foi adaptando-se ao longo dos tempos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também se adaptou a fim de protegê-lo, consagrando o conceito que melhor convém as suas necessidades.

Para tanto, foi possível compreender que o conceito evoluiu na medida em que a sociedade evoluía e demandava concepções mais adequadas às situações nas quais se encontrava.

Foi então, que o conceito de saúde passou de uma mera ausência de doenças, na era dos hebreus ao conceito regulamentado pela Organização Mundial de Saúde, que entende a saúde como um estado completo de bem-estar físico, mental e social.

Contudo, o conceito utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, suprimiu a expressão “completo”, devido à compreensão de que o ser humano nunca se encontra em um estado completo de saúde, já que uma leve alteração do sistema corporal, como, por exemplo, uma gripe, ou até mesmo uma deficiência causada pela idade, poderia ser considerada doença. Nesse sentido, o conceito da Organização Mundial de Saúde ao utilizar a designação “completo”, não levou em consideração fatores que, ainda que diminuam ou limitem a capacidade do ser humano, não podem ser considerados como enfermidades. Como por exemplo, em relação às deficiências causadas pela idade, onde o ser humano ainda se encontra em um estado de saúde, entretanto, já não corre mais como o faria quando em idade jovem. Assim, segundo o conceito da Organização Mundial de Saúde estaria doente.

O conceito do qual se utiliza a Corte Interamericana de Direitos Humanos refere-se à saúde como o mais alto nível de bem-estar mental, físico e social, compreendendo a importância do meio no qual habita e se relaciona na influência da saúde do ser humano, demonstrando preocupação com a qualidade de vida das sociedades.

É nessa orientação que o direito à saúde como um direito fundamental social exige prestações estatais, seja no sentido de uma ação positiva para a sua consecução, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou a disponibilização de procedimentos cirúrgicos ou como um direito de defesa, por meio de uma abstenção de agir para a efetivação de tal direito.

Outro aspecto dos direitos fundamentais sociais, no qual se insere o direito à saúde, é que, em sendo direitos a prestações, são divididos em direitos

originários a prestações, em que a simples existência de previsão constitucional já possibilita a exigibilidade das prestações, e, direitos derivados a prestações, onde há a necessidade de lei que possibilite o acesso às prestações, contudo, grande parte da doutrina entende que mesmo que o direito à saúde não estivesse expressamente disposto, ainda seria absolutamente exigível dada a sua intrínseca conexão com o direito à vida, à integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Cumprindo aos Estados a observância da disponibilização do mínimo existencial, condições de saúde mínimas indispensáveis à persecução da existência humana, sem qualquer retrocesso naqueles direitos ou condições que a sociedade já houver adquirido, ainda que, por vezes, o Estado recorra à insuficiência de recursos financeiros para a não concretização do direito à saúde.

De toda forma, depreende-se do estudo da dimensão objetiva, subjetiva e difusa do direito à saúde a possibilidade de exigibilidade de tal direito, ainda que, alguns doutrinadores defendam que as normas constitucionais em âmbito sanitário possuam um conteúdo meramente programático, sem qualquer força normativa, por necessitarem de dispositivos normativos que complementem o exposto na Constituição Federal de 1988 e, não reconheçam a aplicabilidade imediata outorgada a tais normas pelo artigo 5º, § 1º da Carta Magna, sendo tido apenas como um conjunto de metas e objetivos que devem ser seguidos pelo ente estatal.

Tendo em vista a aplicabilidade imediata e plena das normas instituidoras do direito fundamental social à saúde, bem como, da importância que tal direito tem na existência humana e social, é imperativo a sua regulamentação suplementar a fim de possuir exigibilidade na sua dimensão subjetiva, materializando o dever de concretização do direito fundamental à saúde pelo Estado.

Além disso, é necessário compreender que o ordenamento jurídico não existe apartado dos fatos que regula, de forma que, o meio ambiente social, cultural e econômico influencia não apenas no momento de criação de uma norma, mas pelo tempo que esta perdurar, devendo fato e norma serem analisados a cada caso concreto.

Num segundo momento, foi analisado no terceiro capítulo as normas que dispõe acerca do direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos

Humanos, e, é possível perceber que a divergência entre normatividade e programaticidade também persiste no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isso porque, o direito à saúde foi positivado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no seu artigo XI, referindo-se a preservação do direito à saúde e do bem-estar humano, bem como na Carta da Organização dos Estados Americanos dos artigos 30 a 50, contendo normas de desenvolvimento integral dos direitos econômicos, sociais e culturais, que deveriam ser respeitadas e perseguidas pelos Estados.

Também se encontra a positivação do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 10 do Protocolo de San Salvador, que compreende o conceito de saúde aplicado pela Corte Interamericana de Direito Humanos e metas de saúde preventiva e promoção do direito à saúde.

Ainda assim, a Corte Interamericana de Direito Humanos entende que os dispositivos normativos que se referem ao direito à saúde não possuem força judiciável por se tratarem de normas que compreendem apenas objetivos e metas a serem alcançadas pelos Estados, não tendo um rol fixado de atitudes e atividades concretas que deveriam ser respeitadas e, portanto, não teriam exigibilidade.

Dessa forma, foi possível compreender no quarto capítulo, por meio da exposição dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre 2009 e 2018, que, com a Carta das Nações Unidas em 1945, nos seus artigos 55 e 56, os países-membros se comprometeram, de forma individual ou solidária, a obter melhores condições de vida e de bem-estar. E, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, inúmeros países incluíram, em suas Constituições, a positivação dos direitos sociais, ainda que fosse um documento meramente recomendatório.

Em que pese os avanços verificados quanto aos direitos humanos, em 1966, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, surgiram como instrumentos de exigibilidade para a proteção de tais direitos. Entretanto este Pacto não obteve o mesmo grau de proteção que o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, pois juntamente com as tensões da Guerra

Fria, entendia-se que os direitos sociais eram prioridade de cada Estado, devido a questões sociais e orçamentarias, próprias de cada país.

Ao mesmo tempo, a Comissão de Assuntos Jurídicos, responsável pela elaboração do Pacto, considerava os direitos econômicos, sociais e culturais muito complexos para integrar um instrumento conjunto com os direitos civis e políticos.

Influenciada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos também adotou a ideia de reportar direitos civis e políticos de um lado e direitos econômicos, sociais e culturais de outro.

Outros sucessivos pactos e tratados vieram a contribuir para a formação de um corpo normativo na tentativa de proteger o direito à saúde. Contudo, é possível perceber a disparidade existente nos regimes de proteção ao direito à saúde, em que os direitos civis e políticos se encontram mais detalhados, possuem obrigações de garantia, promoção, efetividade e são obrigações imediatas, ao passo que, os direitos econômicos, sociais e culturais são desprovidos de conteúdo nas suas disposições normativas, tendo um caráter de desenvolvimento progressivo e dependente dos recursos financeiros do Estado.

Ainda assim, as duas categorias de direitos se complementam, dada a compreensão de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, e verifica-se que a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais implica na realização dos direitos civis e políticos e vice-versa.

Ademais, além de um considerável aparato jurídico, seja em âmbito global, com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, seja em âmbito regional, com a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que traz a previsão do desenvolvimento progressivo de tais direitos, ou o artigo 10 do Protocolo de San Salvador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos conceitua a saúde, como um estado de bem-estar físico, mental e social, além de ser um bem público de responsabilidade do Estado.

Contudo, é necessário que se esclareça, que a divergência acerca da proteção da saúde de forma direta, como um direito social, ou efetuada de forma indireta, como um direito individual vinculado à vida, trata-se de uma questão argumentativa.

Para tanto, cumpre lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui a função de aplicar e interpretar as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos casos que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-Parte apresentam a ela, pois bem, na Convenção Americana, o único dispositivo ao qual se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais é o artigo 26, que aduz ao desenvolvimento progressivo desses direitos a critério dos Estados, segundo os seus recursos financeiros, fazendo menção à Carta da Organização dos Estados Americanos para suprir futuras dúvidas.

Entretanto, ao analisar a Carta, constatou-se haver somente metas a serem cumpridas. Da mesma forma, o Protocolo de San Salvador em referência ao direito à saúde, no seu artigo 10. também dispôs de objetivos que os Estados deveriam alcançar.

Ao passo que, o mesmo Protocolo de San Salvador, regula a inclusão do direito à educação e direitos sindicais no regime de proteção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, excluindo, portanto, o direito à saúde.

E, restando ao artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, complementarmente aos artigos 1 e 2 da mesma Convenção, que se referem à obrigação dos Estados de respeitar os direitos, a possibilidade de justiciabilizar apenas o que se refere à progressão ou regressão dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ou seja, o artigo 26 da Convenção Americana expressa o dever de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, se esse dever não for cumprido cabe a possibilidade de judicializar a regressão desses direitos pelo Estado Parte, sendo esta justiciabilidade fortalecida pela utilização dos artigos 1 e 2, também da Convenção Americana, que referem-se à obrigação dos Estados Parte em respeitar os direitos, o que não ocorre em caso de regressão dos direitos, e, refere-se também à obrigação dos Estados Parte em adequar o seu direito interno à Convenção, ou seja, ao adotar a Convenção Americana assume as obrigações que nela foram pactuadas, ao regredir direitos ou não atuar de forma a desenvolver progressivamente os direitos econômicos, sociais e culturais o Estado Parte está desrespeitando a Convenção Americana.

Ademais, salientou-se que quando dos momentos de debates sobre projetos do texto que incorporaria a Convenção Americana, os países discordaram da inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais sob o regime de proteção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo suprimido do texto final o artigo que continha tal disposição, e, posteriormente, em nova oportunidade, no Protocolo de San Salvador, inclui-se apenas o direito à educação e os direitos sindicais a esta proteção dispensada pela Corte Interamericana.

Então, através desse entendimento acerca do corpo normativo que compõe o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana vem ao longo de sua existência protegendo o direito à saúde através da proteção dos direitos civis e individuais, estabelecendo medidas de reparação quanto a tal direito, sempre que seja possível uma conexão com o conceito de vida digna.

Em contrapartida, vem sendo fomentada a ideia de através de uma interpretação evolutiva do sistema normativo interamericano, proteger o direito à saúde com a aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana.

O que já ocorreu no Caso Lagos del Campo vs. Peru, datado de 2017, em que houve a declaração de violação ao artigo 26 da Convenção Americana, responsabilizando o Estado pela violação do direito de estabilidade do trabalho, liberdade de associação, nos termos dos artigos 26, 1.1, 13, 8 e 16 da Convenção Americana, a fim de proteger o direito ao trabalho, abrindo, em certa medida, um precedente à proteção dos demais direitos econômicos, sociais e culturais mediante a aplicabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana; contudo, percebeu-se que em casos que se seguiram ao Caso Lagos del Campo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu continuidade ao seu entendimento de proteção do direito à saúde por meio da proteção dos demais direitos civis e políticos.

À guisa de conclusão, respondendo o problema que motivou este estudo, no qual, frente a análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao direito à saúde, entre janeiro de 2009 a janeiro de 2018, quais são as medidas impostas aos Estados para a sua realização e qual é a natureza atribuída ao direito à saúde nessas decisões, na ordem de direito social ou individual vinculado à vida?

Conclui-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos segue protegendo o direito à saúde através de uma interpretação progressiva da Convenção Americana dos Direitos Humanos à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, sob a proteção de um direito civil ou político, que indiretamente repercute na tutela do direito à saúde.

Ainda que, não se possa negar a forte influência que surge na Corte Interamericana no sentido de convergir, em um futuro próximo, à proteção do direito à saúde através da declaração direta e imediata de violação do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, compreende-se que a Corte Interamericana tem se utilizado das medidas de reparação impostas aos Estados para a concretização efetiva do direito à saúde, na medida em que impõe medidas de reparação de dano material e medidas de reparação de dano imaterial.

Sendo medidas de reparação de dano material, a restituição e as medidas de reparação de dano imaterial, a satisfação e medidas de não repetição, com o intuito de que os Estados cumpram com o dever de respeitar, de garantir e de resultado dos direitos humanos, devendo, a fim de dar conta de tal tarefa, regular, prevenir e quando necessário, reparar os danos causados por violações à direitos.

Ao concluir, reitera-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos trata o direito à saúde como um direito individual vinculado à vida, com base nos seguintes argumentos.

Primeiramente, porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, só seria capaz de julgar e processar casos atinentes aos direitos de primeira dimensão, o que não incluiria o direito à saúde.

Num segundo momento, a Corte Interamericana esclarece que o seu principal instrumento normativo é a Convenção Americana, e esta não traz no seu corpo jurídico, menção à proteção do direito à saúde, apenas estipula que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser desenvolvidos de forma progressiva de acordo com os recursos financeiros de cada Estado.

E, ainda que o Protocolo de San Salvador, dispensasse posteriormente proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais, deixou especificado que

apenas o direito à educação e os direitos sindicais seriam passíveis de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vale lembrar, a discrepância temporal existente entre a feitura e validação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, e o Protocolo de San Salvador, que data de 1988, mas só passou a vigorar em 1999, bem como, do momento atual que permeia a América Latina. Percebendo dessa forma, as mudanças sociais, econômicas e culturais ultrapassadas pelas sociedades e entendendo, que esses dispositivos normativos são fruto de um momento anterior, com condições e realidades diversa da qual nos encontramos hoje.

Ainda assim, existem limites que devem ser respeitados, de forma que, mesmo que houvesse por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos a intenção de resguardar e proteger os direitos sociais, econômicos e culturais de forma direta, esta não possuiria os mecanismos necessários para tal empreitada, vistos que são de âmbito administrativo interno dos Estados que ratificaram a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador, não possuindo a Corte Interamericana a capacidade de criar legislações em âmbito interno dos Estados Parte.

Além de que, foram os próprios Estados Parte, que por meio de reuniões e tratativas elaboraram o texto normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, de forma a comprometerem-se gradativamente com o desenvolvimento de tais direitos, devendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, até certo ponto respeitá-los.

E, de todo modo, cumpre a Corte Interamericana a função de processar e julgar as violações de direitos humanos ocorridas no âmbito dos seus Estados Parte quando acionada, todavia, não se pode olvidar, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui poder sancionatório punitivo. E, de mais a mais, é explícito o desrespeito demonstrado pelos Estados Parte com o não cumprimento total ou parcial das reparações impostas pela Corte Interamericana nos casos que julga, porque lhe falta mecanismos de eficazes de fiscalização das sentenças que profere.

No entanto, como ressaltado em momento anterior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos persevera na sua função de guardiã do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, buscando a efetivação plena desses direitos, e, tentando ampliar o seu âmbito de proteção

com o objetivo de consolidar melhores condições sociais, econômicas e culturais às sociedades que compõem os seus Estados Parte, de forma que, valendo-se de uma aproximação do direito à saúde ao direito à vida, dada a importância da saúde para a persecução da vida humana e a intrínseca ligação desses dois direitos, aplica a proteção do direito à saúde como um direito individual vinculado à vida.

Por fim, cumpre ressaltar a importância de uma colaboração recíproca entre todos os Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, seja global ou regional, afim de garantir, ampliar e fortalecer a ideia de proteção do direito à saúde.

REFERENCIAS

AGUIAR, Asdrúbal. *La responsabilidad del Estado por violación de Derechos Humanos (apreciaciones sobre e lacto de San José)*, in Revista Intituto Interamericano de Derechos Humanos, vol, 17, IIDH, 1993. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos económicos, sociales e culturales em la Constitución Chilena vigente*. Revista de Direitos Fundamentais Democracia. V.16, n.16. Curitiba. julho-dezembro 2014. Disponível em: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf> >. Acesso em: 10.nov.2018.

_____. *El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales inetrnacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno em el periodo 2006-2011*. In: Diálogos jurisdicionais e direitos humanos. André de Carvalho Ramos [et al.] Flávia Piovesa, Jânia Lopes Saldanha (orgs.). 1.ed., Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

ALCEDO, Carlos Ivan Fuentes. *Protegendo el derecho a la salud em el sistema interamericano de derechos humanos: estudio comparativo sobre su justiciabilidad desde um punto de vista substantivo y procesal*. American University International Law Review 22. Nº1 (2006). Disponível em: < <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol22/iss1/3/>>. Acesso em: 11.nov.2018.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

ALVES, J. A. Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. *La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las constituciones suramericanas*. In: Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BÁEZ, Julio José Rojas. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de reparaciones y los critérios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos*. 2008. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r22050.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENONI, Belli; BRANDÃO, Marco Antônio Diniz. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do Século XXI*. In: *Direitos Humanos no século XXI*. Paulo Sérgio Pinheiro, Samuel Pinheiro Guimarães (orgs.). São Paulo: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais/ Fundação Alexandre Gusmão, [s.d.].

BIANCHI, André Luiz. *Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLESINA, Iuri; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BOVEN, Theo Van. *Informe Definitivo presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas*. 1993. E/CN.4Sub.2/1993/8. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/10101.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 42º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRUNO, Romina Cecilia. *Las medidas de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: alcances y criterios para su determinación*. Tesis de la Maestría em Derechos Humanos. Director Doctor Fabián Omar Salvioli. Co-directora Doctora Susana Gisela Lamas. Universidade Nacional de La Plata, 2013. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/37558/Documento_completo_.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6ªed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*. Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. Disponível em: <[/www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)>. Acesso em:30.nov.2018.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume II. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. *La protección internacional de los derechos humanos em la América Latina y Caribe*. Costa Rica: Prometo Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

_____. ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2.ed. atual. e ampl. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ ACNUR, 2004.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. 1ªed. São Paulo: Editora Nova, 2013. v.1.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. *A efetivação jurisdicional do direito à saúde – Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm>. Acesso em: 01.dez.2018.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Conheça nossa História*. 2018. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 31. ago. 2018.

_____. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Caso 12.738 – *Opario Lemoth Morris e outros (Buzos Miskitos)*, Honduras – Audiência Pública de 24 de outubro de 2011.

_____. Caso 12.791 – *Jesús Ángel Gutiérrez Olvera*, México – Audiência Pública de 27 de outubro de 2011.

_____. Medida cautelar 370/12 – *334 Pacientes del Hospital Federico Mora, Guatemala*. 2012. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab2012>>. Acesso em: 30. ago. 2018.

_____. Medida cautelar 255/13 – *Robert Gene Garza*. *Estados Unidos da América*. 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab2012>>. Acesso em: 30. ago. 2018.

_____. Medida cautelar 60/15 – *Adolescentes privados de liberdade em centros de atendimento socioeducativo de internação masculina no Estado do Ceará*. *Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab2012>>. Acesso em: 30. ago. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica, 1969*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 11.nov.2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS. 1994. Disponível <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>>. Acesso em: 29. jul. 2018.

CORREIA, Thereza Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Nossa História*. 2018. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>>. Acesso em: 30.out.2018.

_____. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 1 de julho de 2009. Serie C No. 198. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 out. 2018

_____. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador* (fundo, reparações e custas). Sentença de 22 de novembro de 2007. São José da Costa Rica. Disponível em:< <http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Serie C No. 257. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. São José da Costa Rica. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. *Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Sentença de 24 de agosto de 2010. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (exceções

preliminares, mérito, reparações e custas). Sentença de 17 de junho de 2005. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. (reparações e custas). Sentença de 26 de maio de 2001. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. (exceções, preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 20 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 1 de setembro de 2015. Serie C No. 298. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. (exceções, preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 22 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. (reparações e custas). Sentença de 21 de julho de 1989. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 19 de maio de 2011. Serie C No. 226. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C No. 261. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul.2018.

_____. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11.jul. 2018.

_____. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10.ago.2018.

_____. *Opinião Consultiva OC-10/89*. Acerca da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. De 14 de julho de 1989. Disponível em: <<https://nidh.com.br/a-opinio-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>>. Acesso em: 02.nov.2018.

_____. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, 2009.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 23.ago. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *História. Membros da Corte Internacional de Justiça*. 2018. Disponível: <<https://www.icj-cij.org/en>>. Acesso em: 28.mai.2018.

COURTIS, Christian. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. In: *Protección internacional de derechos humanos: Nuevos desafíos*. Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (orgs.). México: Editora Porrúa-ITAM, 2004. Disponível em: <<https://www.juridicas.unam.mx/>>. Acesso em: 15.nov.2018.

_____. *Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo progresivo*. In: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (orgs.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/derechos_humanos.pdf>. Acesso em: 20.nov.2018.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 29. nov.2018.

DOMINGUES, José Maurício. *Interpretando a modernidade: imaginário e instituições*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

GARAT, María Paula. *El tratamiento del derecho a la salud em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 10. Nº 11 (julho 2015), p.59-79. ISSN 1510-3714. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119797>>. Acesso em: 11.nov.2018.

GARCIA, Eugênio Vargas. *O sexto membro permanente: O Brasil e a Criação da ONU*. 1.ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

GARCIA, Eugênio Vargas. *Paz para acabar com a Paz. Revistad e História da Biblioteca Nacional*. 2010. Disponível em <<http://www.revistadehistoria.com.br/v2/home/?go=detalhe&id=1447>>. Acesso em: 28. maio.2018.

GARCIA, Maria. *Tratados internacionais. Denúncia: Necessidade de Participação do Poder Legislativo. O princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Doutrinas essenciais: Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Imposição judicial de serviços públicos de saúde X Teoria da separação e poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito*. Revista da AJURIS. V.39. n.126. junho 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/782>>. Acesso em: 30.nov.2018.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. *Interacciones y convergências entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo Tribunales Contitucionales Nacionales: um enfoque coevolutivo*. In: *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público*. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portela. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2001.

HEGENBERG, Leonidas. *Evolução histórica do conceito de doença*. In: *Doença: um estudo filosófico* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1998. ISBN: 85-85676-44-2.

IKAWA, Daniela Ribeiro; KWEITEL, Juana; MATTAR, Laura Davis. *O Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos Anotada*. In: PIOVESAN, Flávia. (org.). *Código de Direitos Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. DPJ: São Paulo, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. In: _____. Kant (II). Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p.103-162. Coleção Os Pensadores.

LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. ALVES, Fernando Roberto Schnorr. *A utilização da noção de “dever de proteção” pela Corte Interamericana de Direito Humanos: uma análise a partir das condenações do Brasil*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional

Latino-Americana: Desafios e perspectivas do controle de convencionalidade pelos Tribunais Constitucionais. Humberto Nogueira Alcalá, Liliana Galdámez Zelada, Mônia Clarissa Hennig Leal (orgs.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

LEDESMA, Héctor Faundez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2.ed. San José, Costa Rica: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999. Disponível em < <https://www.iidh.ed.cr/>>. Acesso em: 11.nov.2018.

_____. *Los derechos económicos, sociales y culturales em el sistema interamericano*. In: AA. VV. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. San José, Costa Rica: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Disponível em: < <https://www.iidh.ed.cr/>>. Acesso em: 20.nov.2018.

MAAS, Rosana Helena. *O dever dos entes estatais de disponibilizar informações públicas como fundamento para o exercício do status activus processualis no controle de políticas públicas: uma proposta de canal de informação e transparência em políticas públicas da saúde (CITAPP SAÚDE) frente ao estudo da judicialização da saúde em Santa Cruz do Sul*. Tese de Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul. 2016. Disponível em: < <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1305> >. Acesso em: 30.nov.2018.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. *Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal*. Revista Bioética (Impr.). 2014; 22 (3): 561-8. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a20.pdf>>. Acesso em: 02.nov.2018.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Reflexões sobre o controle das políticas públicas e de medicamentos*. BLIACHERIENE, Ana Carla. Et al (org.). [p.79-96]. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTIN, Gilbert. *A Segunda Guerra Mundial: Os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Tradução Ana Luísa Faria, Miguel Serras Pereira. 1.ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandora Alex de Souza. *Direito público sanitário constitucional*. 2010. Disponível em: <<http://www.saude.ba.gov.br>>. Acesso em: 24.out.2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NABAIS, J. C. *Solidariedade social, cidadania e direito fiscal*. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 110-140

NETO, Platon Teixeira de Azevedo. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas ortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Série Estado e Constituição. Vol.12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Site da Organização das Nações Unidas. Conheça a ONU*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 06. jun.2018.

_____. *Carta da Organização das Nações Unidas, 1945*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. *Convenção sobre o Direito das Crianças, 1989*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em: 19.nov.2018.

_____. *Princípios Básicos e Diretrizes sobre Direitos a medidas de Saneamento e Reparação para Vítimas de Violações Graves ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Internacional Humanitário*. Resolução 60/147 de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.academia.edu/8478545/UN-A_RES_60_147_-_Princ%C3%ADpios_B%C3%A1sicos_e_Diretrizes_sobre_o_Direito_a_Medidas_de_Saneamento_e_Repara%C3%A7%C3%A3o_para_V%C3%ADtimas_de_Graves_Viola%C3%A7%C3%B5es_ao_Direito_Internacional_dos_Direitos_Humanos_e_ao_Direito_Internacional_Humanit%C3%A1rio>. Acesso em: 05. abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Site da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 02. nov.2018.

_____. *Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf>. Acesso em: 04. dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial de Saúde, 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: 31.ago.2018.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30.nov.2018.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19.nov.2018.

PARRA VERA, Oscar. *El derecho a la salud. La necesidad de repensar los derechos sociales*. Revista Cubana de Salud Publica. N25, p.112-122, 1999.

_____. *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. In: Tratado de Derecho a la Salud. Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.). Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2013.

PEDROZO, Fogel. *Voto Juiz Ad-hoc. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. (fundo, reparações e custas). Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 06.dez.2018.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro*. In: Os direitos humanos no Brasil. São Paulo: Universidade de São Paulo/ Núcleo de Estudos da Violência e Comissão Teotônio Vilela, 1995.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.5, p. 67-80, outubro de 2009.

PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *PROTOCOLO DE SAN SALVADOR*. 1988. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>>. Acesso em: 10.out.2018.

QUINTANA, Julia Gonçalves.; REIS, Jorge Renato dos. *O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade*. Revista Constituição e Garantia de direitos. Universidade Federal do Rio

Grande do Norte. 2017. p.223-242. ISSN 1982-310X. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/819>>. Acesso em: 01.dez.2018.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMÍREZ, Sergio García. *La Corte Interamericana de derechos humanos: origem, vocación y cumplimiento*. In: Diálogos jurisdicionais e direitos humanos. André de Carvalho Ramos [et al.] Flávia Piovesa, Jânia Lopes Saldanha (orgs.). 1.ed., Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *La jurisdicción interamericana de derechos humanos: estudios*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.

_____. *Las reparaciones em el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. 2009. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/9.pdf>>. Acesso em: 20.out.2018.

_____. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Versión abreviada del trabajo presentado al Seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral del siglo XXI. San José, Costa Rica. 1999. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/9.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

RECH, Luciana Cremonese; MAAS, Rosana Helena. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós audiência pública da saúde: uma forma de intervenção do instituto do amicus curiae*. Anais do XII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea VIII Mostra de trabalhos jurídicos científicos. EDUNISC. ISSN 2358-3010. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13066/2212>>. Acesso em: 02.nov.2018.

REIS, Jorge Renato dos.; FONTANA, Eliane. *Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias*. In: Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Tomo 11.

_____. FONTANA, Eliane. *O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível*. In: Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Tomo 10.

RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. *Las reparaciones em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 1999. Disponível em:

<<https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=ilsajournal>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2ªed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

REZENDE, Nanci Figuerôa. *A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro*. In: Direito à vida e à saúde. Ana Carla Bliacheriene [et.al.]. (org.). p.222-236. São Paulo: Atlas, 2001.

ROBLES, Magda Yadira. *El derecho a la salud em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos (2004-2014)*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N.º.35, julho-dezembro 2016. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/viewFile/10496/12662>>. Acesso em: 20.nov.2018.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

ROJAS, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2ªed. Chile: Andros Impresores, 2009.

ROSSO, Paulo Sergio. *Solidariedade e Direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. In Direitos Humanos e Democracia. Revista Eletrônica do CEJUR. Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cejur/article/download/16752/11139>>. Ou <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PLyNs66dIIMJ:https://revistas.ufpr.br/cejur/article/download/16752/11139+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 01.nov.2018.

SANTOS, Alberto Silva. *A internacionalização dos direitos humanos e o Sistema Interamericano de Proteção*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador. n.10, jan.2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07.set.2018.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (orgs). 2ªed. [p.13-50]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Noedi Rodrigues da. *A tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos*. XII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis. 2016. Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos_2017/4368/1389/1642.pdf>. Acesso em: 04.nov.2018.

SILVEIRA. Daniel Barile da (Org.). *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua jurisprudência*. São Paulo: Boreal Editora, 2013.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International human rights in context: law, politics, morals*. 2.ed. New York: Oxford, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública nº 4 – Sobre a Judicialização da Saúde*. Realizada de 27 a 29 de abril – 04 a 07 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 01.nov.2018.

_____. *Tutela Antecipada AgR 175 CE*. Limitações à judicialização do direito à saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 07 out.2018.

_____. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337*. 2ª Turma. Relator Min. CELSO DE MELLO. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 31.out.2018.

_____. *Arguição de Preceito Fundamental*. ADPF nº 45-09. Distrito Federal. Relator Min. CELSO DE MELLO. 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 31.out.2018.

_____. *Recurso Extraordinário. 646.721*. Plenário. Rio Grande do Sul Relator Min. MARCO AURÉLIO. 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 30.out.2018.

_____. *Acórdão TRF-3. AI 498554*. 6ª Turma. Relator. Des. MELTON DOS SANTOS. 08 de maio de 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 11.nov.2018.

_____. *Acórdão TRF-1 AGA 00097088920124010000*. 6ª Turma. Relator Des. JIRAR ARAM MEGUERIAN. 04 de julho de 2013.

_____. *STA 244*. Relator Min. GILMAR MENDES. 24 de setembro de 2009.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*. In: O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Leonardo Avritzer, Lilian Cristina Bernardo Gomes, Marjorie Corrêa Marona, Fernando Antônio de Carvalho Dantas (orgs.) 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2014.

TERRA, Rosane B. M. da R. Barcellos; PELLEGINI, Grace Kellen de Freitas. *Inter-relações entre o direito público e o privado: uma abordagem do princípio da solidariedade nas relações privadas*. In: Intersecções jurídicas entre o público e o privado. Jorge Renato dos Reis, Katia Leão Cerqueira (orgs.). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2013.

TEXIER, Philippe. *Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales em el sistema universal*. In: Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales/ CEJIL. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004.