

**CURSO DE DIREITO**

Flávia Thaís Stein

**O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E SUA PROTEÇÃO PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  
HUMANOS**

Sobradinho  
2019

Flávia Thaís Stein

**O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E SUA PROTEÇÃO PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  
HUMANOS.**

Projeto de Trabalho de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof<sup>ª</sup>. Pós Dra. Rosana Helena Mass  
Orientadora

Sobradinho  
2019

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a mim mesma por não ter desistido em nenhum momento dessa caminhada de 05 anos, pois mesmo sendo um sonho, houve momentos difíceis e conturbados. Agradeço especialmente aos meus pais Teresinha e Mausir e a minha irmã Anna Júlia por terem me dado suporte necessário para essa caminhada. E, também, não posso deixar de agradecer todo o apoio institucional e discente da minha querida e competente orientadora Rosana Helena Maas, obrigada por toda orientação e por ter se tornado uma inspiração para mim.

## RESUMO

O direito à saúde como direito fundamental surgiu na normativa brasileira com a Constituição de 1988 e por se tratar de um direito constitucionalmente garantido, bem como atrelado à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, o Poder Judiciário encontra-se autorizado a adotar impositivos jurisdicionais para a sua concretização. Do mesmo modo, a efetivação do direito à saúde é verificada no âmbito internacional, vez que o Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica, sendo que os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem caráter imperativo, endossando a responsabilidade internacional do Estado na efetivação do direito à saúde. Com efeito, o fenômeno da judicialização da saúde está em plena expansão no Brasil, como também é uma problemática a ser enfrentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que crescem as demandas que chegam aos órgãos jurisdicionados pela efetivação desse direito. Nesse sentido, no presente trabalho questionou-se: o direito à saúde, considerado como direito fundamental social, é protegido nessa ordem no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos? Para responder a problemática, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se da análise bibliográfica e jurisprudencial acerca do direito à saúde como direito fundamental social e sua proteção no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos na sua função contenciosa. A partir da análise conclui-se que o direito à saúde é protegido como direito social e fundamental no âmbito nacional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que tem caráter prestacional e positivo firmado pela Constituição Federal brasileira. Outrossim, no âmbito interamericano a Corte Interamericana de Direitos Humanos garante o direito à saúde de forma intrínseca ao direito à vida e à proteção da pessoa. Outrossim, a partir do ano de 2018, a Corte Interamericana passou a julgar o direito a saúde de forma direta, utilizado para tanto as disposições do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, garantindo a efetivação do direito à saúde em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derecho Social, Saúde, Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The right to health as a fundamental right emerged in Brazilian legislation with the 1988 Constitution and because it is a constitutionally guaranteed right, as well as linked to the dignity of the human person and the right to life, the Judiciary is authorized to adopt tax jurisdiction for its implementation. Likewise, the realization of the right to health is verified internationally, since Brazil is a signatory to the San Jose Pact of Costa Rica, and the judgments of the Inter-American Court of Human Rights are imperative, endorsing the international responsibility of the State. in the realization of the right to health. Indeed, the phenomenon of the judicialization of health is booming in Brazil, as it is also a problem to be faced by the Inter-American Court of Human Rights, as the demands that reach the jurisdictional bodies for the enforcement of this right grow. In this sense, the present study questioned: is the right to health, considered as a fundamental social right, protected in this order within the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights? To answer the problem, the deductive method will be used, starting from the bibliographical and jurisprudential analysis about the right to health as a fundamental social right and its protection within the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights in its function. contentious. From the analysis it is concluded that the right to health is protected as a social and fundamental right at the national level by the Supreme Federal Court, since it has prestational and positive character signed by the Brazilian Federal Constitution. Moreover, in the inter-American context, the Inter-American Court of Human Rights guarantees the right to health intrinsically to the right to life and the protection of the person. Also, from 2018 onwards, the Inter-American Court began to judge the right to health directly, using the provisions of Article 26 of the American Convention on Human Rights to ensure the realization the right to health in line with dignity. of the human person.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights, Social Law, Health, Federal Supreme Court

## **LISTA DE SIGLAS**

OEA – Organização dos Estados Americanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal de Justiça

OMS – Organização Mundial da Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA PERSPECTIVA HISTÓRICO EVOLUTIVA DO ESTADO .....</b>	<b>11</b>
2.1 A evolução histórica constitucional dos Estados e a inserção dos direitos sociais na história constitucional mundial .....	11
2.2 O desenvolvimento histórico constitucional dos direitos fundamentais sociais no Brasil .....	17
2.3 O direito à saúde como direito fundamental social .....	24
2.4 O direito sanitário no Brasil .....	30
<b>3 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONVENCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ÂMBITO INTERAMERICANO.....</b>	<b>35</b>
3.1 A evolução da proteção aos direitos fundamentais sociais no âmbito Interamericano .....	35
3.2 Direitos humanos e fundamentais .....	44
3.3 Direitos humanos sociais: direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos .....	49
<b>4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>54</b>
4.1. A proteção judicial do direito à saúde no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos .....	54
4.2 O fenômeno da Judicialização e seus aspectos.....	55
4.3 Judicialização da saúde no Brasil: análise da STA nº 175 e da repercussão geral no RE 855.178/SE .....	57
4.4 Judicialização da Saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise jurisprudencial das decisões contenciosas.....	63



**6 CONCLUSÃO ..... 71**

**REFERÊNCIAS..... 73**

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde como direito fundamental surgiu na normativa brasileira com a Constituição de 1988 e denominada “Constituição cidadã”, haja vista a grande disponibilidade de direitos e garantias fundamentais dispostas na Lei Maior. A proteção do direito a saúde também é verificada nos Tribunais Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica.

Nesse sentido, por se tratar de um direito fundamental social, bem como atrelado à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, o Poder Judiciário encontra-se autorizado a adotar impositivos jurisdicionais para a sua concretização, na medida em que haja políticas públicas que transgridam direitos fundamentais, o Judiciário não poderá se omitir em decidir. Entretanto, em consequência a deficiência em políticas públicas de efetivação desse direito, bem como da maior acessibilidade a justiça, entre outros fatores, houve um incremento na judicialização de demandas relacionadas a efetivação da saúde.

Com efeito, a proteção e efetivação do direito à saúde tem tornado o Supremo Tribunal Federal mais ativo, uma vez que deverá decidir sobre temas políticos e de grande repercussão social, não podendo abster-se de tais decisões.

No mesmo sentido, a proteção ao direito à saúde também é abrangido pelo Pacto de San José da Costa Rica, como é também conhecida a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão jurisdicional responsável pelos julgados referentes à efetivação desse direito. Todavia, tal jurisdição não se dá de forma direta e expressa, uma vez que é a partir do Protocolo de San Salvador que este direito ficou expressamente previsto e garantido nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por conseguinte, as sentenças da Corte Interamericana em matéria da proteção ao direito à saúde endossam a responsabilidade internacional do Estado na necessária observância de parâmetros protetivos mínimos em

matéria de direito à saúde.

Nesse sentido, considerando a jurisdição pela efetivação desse direito, bem como a ampla demanda pela saúde, questiona-se: o direito à saúde, considerado como direito fundamental social, é protegido nessa ordem no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

No presente trabalho será analisado, a partir do método dedutivo e análise bibliográfica baseada em livro, artigos científicos, publicações avulsas, revistas dentro da temática proposta, bem como análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o direito social à saúde como direito fundamental social e sua proteção no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Outrossim, estudar-se-á a evolução histórica constitucional dos Estados e a inserção dos direitos sociais na história constitucional mundial, sendo verificado a longa e gradual evolução dos direitos fundamentais em cada momento histórico do Estado de Direito, bem como nas Constituições Brasileiras. Diante disso, pretende-se investigar a trajetória histórica dos direitos sociais como direitos fundamentais no Brasil, para verificar como o direito à saúde é protegido e garantido hodiernamente, bem como o direito à saúde como direito fundamental social e o direito sanitário no Brasil.

Do mesmo modo, será estudado a evolução da proteção aos direitos fundamentais sociais no âmbito Interamericano, sendo que será abordado o desenvolvimento histórico convencional dos direitos fundamentais sociais e sua proteção no Sistema Interamericano, bem como os direitos humanos e fundamentais e a análise dos direitos humanos sociais no âmbito Interamericano.

Por fim, será analisada a judicialização da saúde a partir da análise jurisprudencial da proteção e efetivação do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo verificado a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à efetivação do direito à saúde, verificando as jurisprudências.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA PERSPECTIVA HISTÓRICO EVOLUTIVA DO ESTADO.**

A consagração constitucional dos direitos fundamentais sociais obriga o Estado em garantir aos indivíduos um patamar mínimo de recursos, capaz de garantir-lhes direitos básicos, como a saúde, sendo que o cumprimento de prestações positivas e não abstenção do Estado garantem existência digna e a proteção dos direitos essenciais ao ser humano.

No entanto, para se chegar ao atual contexto, percorreu-se uma longa e gradual evolução dos direitos fundamentais em cada momento histórico do Estado de Direito, bem como nas Constituições Brasileiras. Diante disso, pretende-se investigar a trajetória histórica dos direitos sociais como direitos fundamentais no Brasil, para verificar como o direito à saúde é protegido e garantido hodiernamente.

### **2.1 A evolução histórica constitucional dos Estados e a inserção dos direitos sociais na história constitucional mundial.**

Visualiza-se os direitos fundamentais sociais como parte indivisível do Estado Democrático de Direito, sendo delimitados e delineados pela Carta Maior, a Constituição. Entretanto, para chegar à atual situação, percorreu-se uma longa e gradual evolução dos direitos fundamentais sociais em cada momento histórico.

Nesse sentido, a evolução histórica dos direitos fundamentais sociais assume grande importância, tendo em vista a circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também a narrativa da história evolutiva que culmina no surgimento do Estado Constitucional, cuja existência se justifica no reconhecimento desses direitos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Embora os direitos fundamentais sociais não tenham surgido no mundo antigo, alguns ideais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, bem como no pensamento cristão (SARLET, 2009).

Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados positivados que orientavam e delimitavam o Poder atuando como critérios legitimadores do exercício do poder. Em consonância a isso, leciona Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 265):

De particular relevância foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão do direito racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Por conseguinte, a concretização do Estado Moderno, a partir do final da Idade Média, apresentou-se primeiramente como absolutista, sendo a centralização do poder o elemento caracterizador do Estado absolutista. Assim, estava presente na figura do monarca (soberano), sendo que o poder era exercido segundo os interesses dos mesmos e as decisões tomadas deveriam ser acatadas (MORAIS JUNIOR, 2007).

Com o intuito de que as autoridades respeitassem a liberdade dos cidadãos e impedisse a concessão de privilégios, tais como eram concedidos à nobreza, veio à tona a Revolução Francesa em 1789 (MORAIS JUNIOR, 2007).

Apesar de não ter sido o único fato histórico influenciado pelos ideais liberais, a Revolução Francesa foi um dos movimentos mais expressivos e de consequências bastante profundas e determinantes para a construção da ideia de um Estado de Direito.

Nesse sentido, com o fim do modelo feudal, a forma de organização do poder político, justificado na vontade divina, sofre um grande enfraquecimento, sobrevivendo o pensamento de que o Estado, sendo um pacto firmado entre homens livres e iguais, deve assegurar as liberdades e os direitos dos cidadãos, como pressuposto de que o cidadão está no centro da teoria política (LEAL, M. C. H., 2003).

Nesse sentido, conforme leciona Bonavides (1972, p. 03), o Estado seria o conjunto de vontades dos homens, que a partir de um contrato social, serviria

como alavanca para realização da vida em sociedade:

O Estado se manifesta, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõe, consoante as doutrinas do contratualismo social. Sua existência seria, por consequência, teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que serve o homem para alcançar a sociedade a realização de seus fins.

Neste processo modificativo, a concepção liberal foi incorporada ao Estado e, desde então, “apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 91).

Todo esse processo se dá como pano de fundo a instauração do Estado Liberal, sendo movidos pelos interesses da burguesia, ideais iluministas e do racionalismo, bem como do antropocentrismo (LEAL, M. C. H., 2003).

Por conseguinte, ao Estado Liberal caberia a função de garantir a segurança e paz, bem como assegurar a ordem pública, abstendo-se o máximo possível da intervenção na vida econômica e social dos indivíduos. Essa manifestação do Estado surgiu como novo modelo pautando o argumento de um povo soberano disposto a defender os seus direitos.

A partir da implementação do Estado Liberal, todos os homens são considerados iguais por natureza e, como tais, devem assim ser tratados pela legislação. Nesse sentido, a Constituição é considerada o mecanismo capaz de conferir essa garantia aos cidadãos e, assim, ser um instrumento de manutenção da ordem estabelecida (LEAL, M. C. H., 2003).

Entretanto a abstenção imposta ao Estado pelo modelo Liberal gerou uma extrema desigualdade social, sendo que não demorou muito para que as classes prejudicadas viessem reivindicar a modificação da situação. Nesse sentido, em meados do século XX surgiram fortes movimentos sociais e a eclosão das lutas operárias (LEAL, M. C. H., 2003).

Nesse sentido, o modelo liberal viu-se diante dos ideais socialistas que reivindicavam maior igualdade econômica e social, além da igualdade perante a lei, assim, surgiu o Estado Social de Direito (MORAIS JUNIOR, 2007).

A figura individualista do Estado Liberal não pode ser mais aceita, pois, a

partir do Estado Social, os indivíduos serão pertencentes a um grupo, ampliando a visão de responsabilidades do Governo, no sentido de atender a demandas cada vez mais complexas e setoriais (LEAL, R.G., 2000).

Por conseguinte, o Estado de Direito sofre uma mudança na concepção de prioritariamente individualista para consideração das questões socialmente relevantes.

As necessidades de saúde, educação, moradia e emprego, afirmadas pelos ideais socialistas, vieram a consolidar no início do século XX o que se chamou de Estado Social ou Estado de Bem-Estar, incumbido de promover a melhoria das condições de vida da população (MORAIS JUNIOR, 2007).

A inovação do Estado tem como pano de fundo a irracionalidade do sistema capitalista, gerador de um Estado liberal fascista, conforme leciona Leal, M. C. H. (2003, p.11):

Todo esse processo tem em sua base, portanto, a constatação da incapacidade do sistema liberal-burguês de lidar, de um lado, com a irracionalidade do sistema capitalista, geradora de um novo feudalismo econômico encoberto pelo Estado (formal) de Direito e, de outro, com a irracionalidade representada pelo fascismo.

Por conseguinte, o Estado Social de Direito incorpora algumas funções a serem realizadas com vistas à implementação da igualdade social, de modo que se compromete em criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana (MORAIS JUNIOR, 2007).

Nesse sentido, o Estado de bem-estar social apresenta-se como uma solução intermediária entre o socialismo e o capitalismo, sendo que o Estado não pode ser mais visto como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais como prestador de uma obrigação positiva, sendo a forma de assegurar às categorias sociais desfavorecidas a promoção de bens e serviços (LEAL, M. C. H., 2003).

Nesse contexto, a partir da evolução do Estado, as Constituições passam a inserir direitos econômicos, sociais e culturais em seu texto, tendo como meta a diminuição da desigualdade social e econômica, bem como é atribuído a Constituição a função de ser um programa de ação para o governo.

Outrossim, o Poder Público passa a avocar para si a responsabilidade de

uma tutela política mais eficiente, visando a coletividade e a satisfação econômica da maior parte da população, além de uma paulatina intervenção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo de diminuir os conflitos estruturais sociais. (LEAL, R.G., 2000)

Por conseguinte, a tentativa de reconciliar as normas constitucionais de caráter liberais com a sociedade, implicava o sacrifício dos direitos individuais. Tal embate encontrou resolução com a introdução de fórmulas programáticas dentro dos textos constitucionais, criação cuja expressão maior foi a Constituição da República de Weimar de 1919, Constituição Alemã. (MORAIS JUNIOR, 2007).

A partir daí, o constitucionalismo evoluiu no sentido de conferir aos princípios constitucionais igual valor ou superior às demais regras, introduzindo o Estado Democrático de Direito que é o Estado detentor de uma legalidade e igualdade qualificada, ultrapassando o seu aspecto formal, baseada em princípios e valores supremos (LEAL, M. C. H., 2003).

A preocupação social incorporada ao Estado Social não foi suficiente para apresentar solução ao problema da desigualdade, ganhando destaque a preocupação de incentivar a participação pública no processo decisório e na formação dos atos de governo, tendo em vista a igualdade de direitos (MORAIS JUNIOR, 2007).

O Estado Social não conseguiu responder às demandas de participação efetiva e cotidiana dos cidadãos, bem como não conseguiu efetivar políticas públicas e prioridades políticas emergentes ou outras formas de compromisso e viabilização da Sociedade, assim, surge a necessidade de adequação do Estado, visando a efetivação democrática das entidades públicas e dos direitos sociais (LEAL, R. G., 2000).

Nesse sentido, trata-se de uma democracia mais complexa do que a verificada na política clássica, tendo em vista o maior número de atores sociais envolvidos, pluralidade de setores sociais a que ela se estende, bem como pela quantidade e diversidade de problemas que precisa enfrentar, sendo que a Constituição passa a ser entendida como expressão máxima dos valores eleitos pela sociedade (LEAL, M. C. H., 2003).

O Estado constitucional de direito é caracterizado por possuir três fatores



relevantes, quais sejam: a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais; a consagração do princípio da legalidade como princípio de todos os poderes públicos; e o comprometimento de todos os poderes do Estado para garantir os direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos sociais (MORAIS JUNIOR, 2007).

A instituição do Estado constitucional de direito implica na afirmação do caráter normativo das normas constitucionais para todos os poderes do Estado, sendo assegurada aos cidadãos a garantia de seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, leciona Leal, R.G. (2000, p. 63):

Um governo ou Sociedade democrática é aquele, então, que conta e mesmo define, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, elegidas pela própria Sociedade, através de suas formas de participação/representação.

Dessa forma, o desafio do Estado é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, em relação ao desenvolvimento da pessoa humana e, ao mesmo tempo, respeitar o ordenamento jurídico. Assim, significa dizer que o Estado possui preocupações éticas voltadas aos direitos fundamentais sociais inerentes a pessoa humana. (LEAL, R.G., 2000).

Dessa banda, o poder está submetido ao direito e, a lei geral e abstrata, como é tida como expressão do poder, tendo sua origem na vontade geral da maioria da população, sendo considerado o instrumento de garantia que o Estado de direito clássico (liberal) dispensa aos indivíduos frente ao poder político. (MORAIS JUNIOR, 2007).

A Constituição é a garantia do indivíduo frente ao poder, pois os cidadãos não podem atuar a margem da lei, mas apenas dentro dela e a lei também é o instrumento mais confiável para garantir as liberdades individuais, pois é por meio dela que o povo encontra a voz que clama pelo seu direito.

A partir do século XX, os direitos fundamentais sociais começaram a surgir em nível Constitucional, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919), como também a do Brasil (1934), exigindo do Estado uma prestação positiva.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos que exigem do Estado certas prestações materiais, por meio de leis, de atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, para executar e implementar as chamadas “políticas sociais” que possibilitem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.(KRELL, 1999).

Nesse sentido, a partir da importância da inserção dos direitos sociais na história constitucional mundial, faz-se necessário vislumbrar a história da inserção dos direitos fundamentais sociais desenvolvimento constitucional brasileiro.

## **2.2 O desenvolvimento histórico constitucional dos direitos fundamentais sociais no Brasil**

Para se chegar ao que se conhece hoje de direitos fundamentais sociais, houve uma gradativa evolução das Constituições promulgadas no Brasil, principalmente ao se questionar se os direitos sociais são direitos fundamentais.

Nesse sentido, na Constituição do Império, promulgada em meados de 1824, os direitos hoje conhecidos como direitos fundamentais apareciam no artigo 179 e nos 35 incisos do mesmo, tratava-se de direitos fundamentais semelhantes aos encontrados em textos constitucionais dos Estados Unidos e França. Muito embora estarem presentes na Constituição, a aplicabilidade dos direitos fundamentais ficou prejudicada em função da criação do Poder Moderador, que concedia ao Imperador o poder ilimitado. (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Por essa banda, conforme explica Souza Neto e Sarmiento Neto (2012, p.73), a Constituição de 1824 possuía um caráter de liberalismo conservador:

Nesse ponto, o liberalismo da Constituição de 1824 aproxima-se do modelo então hegemônico no constitucionalismo europeu, que ainda não havia incorporado às constituições a sua dimensão democrática. Já o lado semi-absolutista da Carta tem o seu ápice na previsão do Poder Moderador (arts. 98 a 101)[...].

A Constituição Republicana de 1891 era a expressão, em texto legal, do liberalismo republicano e moderado que havia se desenvolvido nos EUA. Em relação aos direitos fundamentais, essa Carta retoma os já garantidos pela Constituição de 1824 e endossa importantes bandeiras republicanas ao abolir os privilégios de nascimento, foros de nobreza e ordens honoríficas sendo feito alguns acréscimos.

Muito embora houvesse o acréscimo do instituto do *habeas corpus*, a Constituição de 1891 não demonstrou nenhuma sensibilidade para o social, estruturando apenas direitos individuais defensivos, voltados à limitação do arbítrio estatal, sem qualquer abertura para os direitos de natureza positiva (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil, conforme leciona Souza Neto e Sarmento Neto (2012, p. 85):

Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura.

O sistema de direitos sociais sofre extensas alterações a fim de demonstrar o caráter social da Constituição de 1934. A maior inovação está na previsão dos direitos sociais, na ordem jurídica brasileira depois da Constituição de 1934, os direitos fundamentais não poderiam mais ser concebidos exclusivamente como direitos de defesa, eles reclamavam a atuação dos poderes públicos em seu favor, exigindo do Estado uma posição efetiva para minimizar os problemas sociais e não o absenteísmo estatal, daí seu caráter de dimensão positiva. (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

Promulgada a Constituição de 1937, seu caráter autoritário logo restou claro, muito embora se mantivesse alguns direitos fundamentais sociais previstos na Constituição anterior de 1934, pouco era sua aplicabilidade, bem como houve a inserção de regras que dificultavam a efetividade dos direitos sociais fundamentais.

A Constituição de 1946 buscou conciliar liberalismo político e democracia com o Estado Social, ela se afastou do autoritarismo da Carta de 37 e instituiu o liberalismo democrático. (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

No que tange aos direitos sociais, houve poucas mudanças em relação aos direitos já positivados na Constituição de 1934. Entretanto, e considerando o caráter autoritário desta Constituição, os direitos fundamentais sociais deveriam ser exercidos nos limites do bem público, da necessidade de defesa, bem estar social, da paz e da ordem coletiva (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

A Constituição de 1946 vigorou no Brasil por mais de 20 anos, sendo dissolvida em janeiro de 1967 por uma nova Constituição. No entanto, sob a sua vigência, houve momentos de democracia e estabilidade institucional, e outros, extremamente conturbados, em que a Constituição teve pouca importância. Ela afastou o autoritarismo da Constituição de 1937, acolhendo os ideais do liberalismo democrático sem abdicar dos direitos já conquistados como os trabalhistas e da intervenção do Estado na ordem econômica. (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012)

Por conseguinte, os direitos fundamentais sociais foram protegidos, incluindo algumas inovações no ordenamento jurídico como a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Outrossim, ocorreram diversas crises institucionais que foram enfraquecendo a Carta de 1946, sendo que o golpe militar de 1964 levou a revogação gradativa da mesma.

No ano de 1967, a Constituição brasileira tinha se tornado uma colcha de retalhos. Surge a ideia de elaborar outra Constituição, que institucionalizasse de forma definitiva o regime (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

A Constituição de 1967 entrou em vigor em meados de março daquele ano, sendo fortemente influenciada pela Carta de 1937 no que tange ao autoritarismo, incorporando as características essenciais da mesma. Durante todo o texto constitucional evitou-se falar em democracia, sendo visível a exacerbação do poder centralizado na União e na figura do Presidente da República (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Em que pese o rol dos direitos e garantias individuais ser bem extenso, eles não tiveram nenhuma efetividade, tendo em vista o autoritarismo praticado durante a ditadura militar.

Outrossim, foram impostos outros 12 atos institucionais até o advento da

Constituição de 1969, além de inúmeros atos complementares, que também repercutiram sobre a Carta (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

A Constituição de 1969 foi outorgada pela Junta Militar que governava o Brasil, sob a forma de emenda constitucional, sendo que no que diz aos direitos fundamentais, houve claros retrocessos, como a imposição de pena de morte além dos casos de guerra externa, bem como se ampliou o prazo máximo do estado de sítio, de 60 para 180 dias, salvo nos casos de guerra (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

O movimento que resultou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 só se tornou viável no contexto da crise da ditadura militar durante a lenta abertura do regime ditatorial e transição para a democracia, que se iniciou no governo do Presidente Ernesto Geisel e foi consolidado no governo do General João Batista de Figueiredo. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Conforme leciona Rodrigues e Moreira (2016, p. 05), o Brasil vivia momentos de inquietação política e econômica, sendo que a população reclamava pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente o direito à saúde:

O Brasil vive momentos de turbulência política e econômica, e o povo brasileiro reclama como não se viu em outro momento da história nacional, uma postura das instituições democráticas que conduza, realmente, à efetivação dos direitos fundamentais, com significativo destaque os relativos ao social e dentre eles, ao fundamental direito à saúde.

As maiores influências externas da Constituição de 1988 foram as Constituições de Portugal, de 1976 e da Espanha, de 1978, ambos os países passaram por uma reorganização democrática, com a manifestação do poder constituinte originário, da qual resultaram constituições que priorizaram os direitos fundamentais, revestidas de forte teor social (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

A Constituição Federal do Brasil, denominada “Constituição Cidadã”, promulgada no ano de 1988 foi a primeira da história constitucional brasileira a dispor de um título exclusivo – Título II - para elencar os direitos e garantias fundamentais, sendo que juntamente com os direitos e deveres individuais e

coletivos, os direitos políticos, foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso elenco de direitos dos trabalhadores. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013).

Com efeito, a consagração dos direitos sociais básicos e de caráter geral foi um ponto de destaque na Constituição de 1988, sendo que menciona Sarlet (2018, p.1):

Um primeiro ponto a ser destacado [...] a recepção e afirmação do conceito moderno de direitos fundamentais, a começar pela utilização, pela primeira vez na trajetória do Direito Constitucional Positivo brasileiro, do termo direitos e garantias fundamentais na condição de gênero do qual passaram a ser espécies (e aqui não se irá controverter a adequação terminológica e sua atualidade) os direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos dos trabalhadores, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Nesse sentido, a Lei Maior de 1988 ampliou significativamente o rol de direitos e garantias fundamentais sociais, sendo que, desde o seu preâmbulo, afirma a edificação de um Estado Democrático de Direito com objetivo de assegurar o exercício dos direitos fundamentais sociais. (LEAL, R. G., 2000).

Na Constituição de 1988, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Os direitos sociais são identificados como aqueles que envolvem prestações materiais por parte do Estado, tendo um caráter positivo e pragmático, razão pela qual demandariam investimento de recursos. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. (BARROSO, 2008).

De outra banda, os direitos de defesa exigem uma abstenção do Estado e não uma atuação positiva, impondo ao Estado o dever de não intervir, não reprimir, não censurar. Outrossim a finalidade do direito de defesa é defender o indivíduo do arbítrio do Estado. (ALVES, 2019).

A Carta Maior se preocupa não só com a disposição de grande rol de direitos fundamentais sociais, mas também com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra-morta, daí o princípio da

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (SOUZA NETO; SARMENTO NETO, 2012).

Outrossim, cumpre ressaltar que a Constituição de 1988 recepcionou a maioria dos direitos consagrados internacionalmente, contemplando tanto os direitos e garantias individuais, como também os direitos sociais. São também averiguados direitos fundamentais dispersos ao longo do texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Nesse sentido, a Constituição contempla direitos fundamentais de diversas dimensões, demonstrando estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem como com os principais pactos internacionais (SARLET, 2009).

Em relação ao texto Constitucional, três características atribuídas a ele, podem ser aplicadas aos direitos fundamentais e sociais, notadamente seu caráter analítico, sendo que o rol de direitos fundamentais possui sete artigos e cento e nove incisos; caráter pluralista que advém da grande diversidade de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta; caráter programático e dirigente estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelo poder público (SARLET, 2009).

Ainda, segundo leciona Souza Neto e Sarmento Neto (2012, p. 130):

Ela não se contentou com a proclamação retórica da igualdade formal, direcionando-se também à promoção da igualdade material, sem prejuízo da preocupação com o reconhecimento e com o respeito à diferença. Nesse sentido, tratou-se da primeira de nossas constituições a contemplar alguma abertura para o multiculturalismo, ao incumbir-se da proteção das diferentes identidades culturais e étnicas que compõem a Nação brasileira.

O artigo 6º da Constituição Federal, bem como dos demais artigos que se referem a direitos sociais, afirmam que estes dependem de uma atuação positiva do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada.

Ainda que, no caso de alguns direitos sociais, verifica-se uma baixa densidade normativa, essa particularidade não diminui o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas

competências. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013).

Desde que a Constituição de 1988 foi promulgada no Brasil, ela tem sido encarada com uma autêntica norma jurídica, e não mera enunciação de princípios retóricos, sendo que tem sido cada vez mais invocada perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo n.º 745.745 de Minas Gerais<sup>1</sup> que é dever do Estado efetivar políticas públicas de proteção resultante de normas constitucionais, bem como o Poder Judiciário tem papel importante na efetivação do caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde, em o Poder Público não efetivando-as. (BRASIL, 2014).

Outrossim, o acesso aos direitos está longe de ser universal e as violações praticadas contra os direitos fundamentais são graves e rotineiros e atingem principalmente as camadas menos favorecidas da população.

O Estado constitucional de direito baseia-se nos direitos fundamentais e incluem o direito a liberdade, a igualdade e mínimo existencial, sendo este

---

<sup>1</sup> Ementa: Recurso extraordinário com agravo (lei nº 12.322/2010) – manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – dever estatal resultante de norma constitucional – configuração ,

No caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (rtj 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar. O injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 6º, 196 e 197) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público : atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – recurso de agravo improvido



último correspondem às condições elementares para vida humana, como direito à saúde.

Nesse sentido, faz-se necessário conhecer o direito à saúde como direito fundamental e social, bem como direito coletivo ou mesmo enquanto direito em construção.

### **2.3 O direito à saúde como direito fundamental social.**

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo inteiro ficou atônito com as atrocidades praticadas durante a grande guerra e começaram a questionar as condições humanas e a necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos, sendo que os Estados viram-se obrigados a reconhecer os direitos sociais. (CARVALHO, 2003).

Os direitos sociais não se contrapõem aos direitos fundamentais, nesse sentido leciona Carvalho (2003, p. 19):

Primeiramente, cumpre observar que a previsão constitucional dos direitos sociais não se opõe aos direitos fundamentais de liberdade. Pelo contrário, os primeiros partem do mesmo princípio de garantia de liberdades, porém desenrola-se até a necessidade de assegurar também a igualdade social, que se via ameaçada com a falta de pressupostos sociais na efetivação sem limites das tais liberdades individuais. Dessa forma, as Constituições atuais, além de prever os já tradicionais direitos fundamentais individuais, passaram a estabelecer também os direitos fundamentais sociais.

Ainda, percebe-se que enquanto os direitos fundamentais individuais se baseiam na ideia de liberdade, os direitos sociais inspiram o valor primário de igualdade, tendendo a corrigir desigualdades que se formam a partir das condições econômicas e sociais. (PRADO, 2012).

Seguindo as orientações, as Constituições europeias do pós-guerra afirmaram constitucionalmente o direito à saúde. Todavia, o Brasil sofreu tardiamente os efeitos referentes aos direitos sociais, sendo que as Constituições de 1891 e 1824 já mencionavam o direito à saúde. Entretanto, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi a primeira dentre as constituições brasileiras a garantir o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais. (CARVALHO, 2003).

A previsão Constitucional do direito a saúde como sendo considerado um

direito fundamental social evidencia a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, passando a exigir do Estado uma atitude positiva em relação a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição. (PRADO, 2012).

Nesse sentido, ao estabelecer que as normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais tivessem uma prestação positiva e imediata do Estado, bem como que tais normas fossem dotadas de proteção reforçada sendo chamadas de cláusulas pétreas, o constituinte assegurou aos direitos fundamentais um regime jurídico especial e qualificado, sendo que apenas aqueles direitos dotados de tal regime jurídico são considerados direitos fundamentais e sociais. (SARLET, 2018).

Em se tratando de direitos sociais, são um conjunto de pretensões e exigências dos cidadãos, cada um como indivíduo isolado e independente, mas como seres sociais que vivem em sociedade e que não podem deixar de viver com outros indivíduos (PRADO, 2012).

Nesse sentido, o direito à saúde como condição digna de vida e bem estar social, está intimamente ligado ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo que está expresso na Constituição Federal brasileira no art. 6º como Direito Social. (PRADO, 2012).

A Constituição, no Título II, em seu segundo capítulo, trata dos Direitos Sociais como direitos prestacionais, trazendo em seu artigo 6º o que:

São direitos sociais a educação, **a saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>), grifo nosso

Este direito social não é simplesmente uma norma pragmática, sendo regulamentado por meio do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, conseqüentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos. (KRELL, 2007).

Diante do conceito positivado na Constituição Federal de 1988, restou evidente que o Estado está incumbido da prestação material e efetivação desse direito, conforme abaixo transcrevo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, <[https://:www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br)>)

Nesse sentido, o direito à saúde restou expressamente positivado na Constituição Federal brasileira de 1988 nos art. 196 a 200<sup>2</sup>. Com isso, o direito

---

<sup>2</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - (revogado).

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

à saúde se constitui em um direito público e subjetivo, exigindo do Estado a sua efetivação (PRADO, 2012).

A proteção constitucional destinada ao direito à saúde é inegável e vem sendo reforçada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão da Suspensão da Tutela Antecipada nº. 175 (2009, p. 14), em que menciona que “[...] o dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)” .

A não efetivação do direito à saúde caracteriza-se como um inaceitável desrespeito ao direito à vida, pois sem saúde restam comprometidos os direitos fundamentais da dignidade humana, bem como a autonomia e a autodeterminação. (RODRIGUEIRO; MOREIRA, 2016)

É neste compasso que, o direito fundamental e social à saúde deve ser visto, protegido e aplicado, não só enquanto direito individual e direito coletivo, mas também, sob a égide de um direito em construção, de um direito por vir. (RODRIGUEIRO; MOREIRA, 2016).

Nesse sentido, o direito social à saúde, bem como seu acesso, surge

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

com o intuito de preservação e de proteção à saúde, sendo concebido como um direito de todos e dever do Estado, o qual deve garantir mediante políticas sociais e econômicas e a oferta de serviços públicos que visem preservar e proteger a vida do cidadão. (BORGES; MARINHO, [entre 2010 e 2018]).

Com a Constituição de 1988 o direito à saúde foi considerado como direito subjetivo público, tendo em vista o reconhecimento de que o cidadão é detentor do direito e o Estado tem a obrigação de fornecê-lo, da mesma forma a responsabilidade própria do sujeito em cuidar de sua própria saúde e colaborar para saúde coletiva. (PRADO, 2012).

Os direitos sociais são considerados como direitos de 2º geração, tendo sua juridicidade questionada, uma vez que não continha garantias processuais para sua concretização. Todavia, a Constituição Brasileira elaborou o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. (PRADO, 2012).

Para esquivar-se da aplicabilidade do direito social a partir do preceito de aplicabilidade imediata criado pela Constituição, Borges; Marinho ([entre 2010 e 2018], p. 13), dispõe que:

A Carta Magna em seu artigo 5º, § 1º estabelece o princípio da aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas de direitos fundamentais. Assim sendo, para que o Estado se negue prestar o serviço uma vez implementada a política pública necessária, deverá fundamentar sua decisão com argumentos que tenham o condão de elidir tal presunção.

Ainda, cumpre ressaltar que para a aplicabilidade do direito à saúde, como sendo direito social e de aplicabilidade imediata, se faz necessário a previsão orçamentaria dos entes obrigados solidariamente a efetivação desse direito. Todavia as previsões orçamentarias são importantes, mas não devem constituir obstáculos para prestação do direito social a saúde, uma vez que dependem do contexto político. (CARVALHO, 2013).

O direito a saúde não só diz respeito ao acesso a medicina curativa, mas também abrange o direito a saúde física e mental, a partir da medicina preventiva, bem como a disposição a população de higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e trabalho, lazer, alimentação saudável dentre outras coisas. (PRADO, 2012).

O Estado possui obrigação constitucional em efetivar o direito à saúde a partir de políticas públicas, nesse sentido, Rodrigueiro e Moreira (2016, p. 12), leciona que:

Não há discricionariedade social para o Estado, quando a questão se refere à efetivação do direito público subjetivo à saúde. As políticas públicas devem ser destinadas para a realização integral do direito público subjetivo à saúde.

Por conseguinte, tem-se que qualquer omissão do Estado como principal garantidor do direito à saúde ou até mesmo a prestação ineficiente do mesmo, pode ser efetivada a partir de medidas judiciais que obrigam o Estado na prestação do direito. (PRADO, 2012).

Nesse sentido, a Constituição cada vez mais se empodera, visto que limita o poder político e institui maior rigidez as normas, passando os Tribunais Superiores a decidirem questões de relevante interesse social em nome da Lei Fundamental. (MAAS, 2016).

Na esfera internacional a judicialização ocorre a partir do surgimento de organizações e de tratados internacionais, que acabam por gerar uma verdadeira ordem supranacional, nesse sentido leciona Leal, M. C. H. (2014, p. 134):

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

Nesta perspectiva, a busca pela efetivação do direito social à saúde pode ser visualizada no âmbito interamericano a partir do “*corpus juris interamericano*” da Corte Internacional de Direitos Humanos, bem como no âmbito interno a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, é necessário compreender o direito sanitário no Brasil, bem como a importância do direito à saúde e o desenvolvimento de legislações com a finalidade de garantir e proteger a prestação à saúde.

## 2.4 O direito sanitário no Brasil.

Após a reorganização política internacional ocorrida após a Segunda Guerra Mundial e com a criação da Organização Mundial da Saúde em 1946, a saúde passou a ser reconhecida como um direito de todo o ser humano, sem distinção de raça, cor ou credo. (CARDOSO NETO, 2014).

Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. (SEGRE; FERRAZ, 1997).

Todavia, o direito a saúde não corresponde apenas ao acesso a medicina curativa, mas também o acesso a saúde física e mental, a partir da medicina preventiva, com esclarecimentos a população acerca de práticas de higiene pessoal, saneamento básico, alimentação adequada, campanhas de vacinação, dentre outras coisas. (PRADO, 2012).

O direito à saúde, no Brasil, é considerado um direito humano fundamental da sociedade e necessário ao desenvolvimento do país. Nesse sentido, as ações e os serviços de saúde são considerados de relevância pública e se sujeitam aos mecanismos de controle social de uma democracia, a fim de evitar abusos a esse direito. (BRASIL, 2006).

As mudanças políticas e econômicas ocorridas no Brasil entre os anos 1970 e 1980 determinaram o esgotamento do modelo sanitário vigente no país e forçaram o surgimento de modelos sociais de atenção à saúde básica. (PRADO, 2012).

Nesse trilho, o Estado passou a legislar em diversas áreas, a fim de organizar as ações e os serviços públicos para à proteção, à promoção e à recuperação do direito à saúde. Desse modo, a legislação brasileira, passou a contar com diversas novas leis voltadas especificamente para a garantia do direito à saúde, tais como: Lei no 8.080/90, Lei no 8.142/90, Lei no 9.782/99, Lei no 9.961/00, Lei no 6.259/75, Lei no 6.437/77, Lei no 5.991/73, entre outras. (BRASIL, 2006).

A partir da edição das diversas normas regulamentadoras do direito à saúde, surge um novo ramo no direito brasileiro como sendo o direito sanitário, que desenvolveu um sistema voltado à organização das ações e dos serviços

públicos de saúde a serem prestados pelo Estado.

Por conseguinte, o direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto direito humano propriamente dito, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas com a finalidade de promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem a sociedade. (DALLARI, 2003).

Nesse sentido, o Estado tem a obrigação de proporcionar o direito à saúde, sendo sua competência regular e controlar todas as variáveis que possam colocar em risco a saúde pública, segundo Cardoso Neto (2014, p. 50):

[...] o Direito Sanitário é um ramo da Ciência Jurídica diretamente atrelado ao ramo do Direito Público que trás ao Estado a obrigação de atuar de forma a proporcionar proteção e promoção da saúde pública. Para tanto possui como competência o papel de regulador e controlador sobre a circulação de bens, produtos, serviços e atividades que possam colocar em risco a saúde das pessoas.

Assim, o administrador público deve agir baseado por uma série de leis e normativas que orientam para a satisfação do interesse público e, no que diz respeito as questões sanitárias, delimitam os objetivos da atuação do Estado na área da saúde e os meios a serem empregados para atingi-los. (DALLARI, 2010).

No ano de 1985, com o crescente movimento sanitário, deu-se início ao processo de universalização da atenção à saúde, sendo que na 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em Brasília, de 17 a 21 de março de 1986, foram definidos pelo Movimento da Reforma Sanitária os princípios norteadores. Dentre as definições da Conferência, estava a democratização do Estado e a defesa da saúde como direito de cidadania. (ASSIS, 2010).

Nesse aspecto, surge o SUS – Sistema Único de Saúde em 1980, sendo que se insere como uma espécie de agente efetivador da direito social à saúde. Preestabelecido na Constituição de 1988, a Lei Federal n.º 8.080/90: “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providência.”

O antecedente ao Sistema Único de Saúde remete a um cenário nacional



epidemiológico precário, caracterizado pela falta de cobertura e limitações do modelo assistencial vertical e centrado na doença. Assim, o SUS desenvolve a transição para um modelo baseado em princípios norteadores como universalidade, equidade e integralidade, abrangendo um ciclo completo e integrado entre a promoção à saúde, a proteção e a recuperação. (CARVALHO; *et. al.*, 2013).

Conforme menciona Assis<sup>3</sup> (2010, p. 148), o SUS constituiu ações e serviços de saúde de forma integrada, regionalizada e hierarquizada, comandada por diretrizes. Tais diretrizes estão previstas na própria Constituição Federal em seu art. 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:  
 I - **descentralização, com direção única em cada esfera de governo;**  
 II - **atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;**  
 III - **participação da comunidade.** Grifo nosso (BRASIL, 1988. <[https://:www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br)>), grifo nosso.

Nesse trilha, integram também o Sistema único de Saúde as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle e qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde, bem como a iniciativa privada, em caráter complementar. (ASSIS, 2010).

O SUS apresenta uma relação dinâmica e uma tensão permanente entre os direitos e deveres do indivíduo e as atribuições do Estado, bem como o conflito entre os grandes interesses privados que permeiam a área da saúde, como a indústria hospitalar médica, indústria de medicamentos e outros serviços e seguros privados de saúde, e o princípio de prestação estatal e universalista do Sistema Único de Saúde. (CARVALHO; *et. al.* 2013).

Em se tratando dos problemas locais referentes ao financiamento do direito à saúde, a Lei n.º 8.080/90 tratava com distanciamento as questões

---

<sup>3</sup> Essas ações e serviços de saúde passaram a constituir-se em um Sistema Único de Saúde, integradas a uma rede regionalizada e hierarquizada, obrigatoriamente informadas pelas diretrizes da (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) participação da comunidade.

mais particulares de cada sociedade. Em que pese ser uma das diretrizes da Constituição Federal, a descentralização dos serviços da saúde somente foi efetivada quando da edição da Lei Federal n.º 8.142, em 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. (SOUZA; COSTA, 2010).

Nesse sentido, a descentralização da saúde é efetivada através do financiamento solidário entre as três esferas públicas, todavia é efetivada pelos municípios, envolvendo a transferência de serviços, responsabilidades, poderes e recursos da esfera federal para a municipal. (SOUZA; COSTA, 2010).

A Lei no 8.142/90 veio definir a questão da gestão financeira dos recursos destinados ao SUS, dispondo que todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e municípios, devem instituir fundos de saúde. (BRASIL, 2006).

Desde a criação do Sistema Único de Saúde sob a Lei n.º 8.080/90, a mesma sofreu diversas alterações legislativas com a criação das Lei n.º 9.836, de 23/09/1999; 10.424, de 15/04/2002; 11.108, de 7/04/2005; 12.438, de 6 de julho de 2011; 12.466, de 24/08/2011; Lei Complementar n.º 141, de janeiro de 2012 e Portaria nº 2.219, de 23 de julho de 2018, bem como diversas outras Portarias e Resoluções do Ministério da Saúde.

Durante os 20 anos do SUS, Souza e Costa (2010, p. 513), afirma alguns desafios da efetivação das políticas públicas de saúde pelo SUS:

A complexidade do SUS, as dificuldades locais, regionais, a fragmentação das políticas e programas de saúde, a qualificação da gestão e do controle social, a organização de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde têm se constituído em desafios permanentes na consolidação do Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde, tal como conhecemos nos dias de hoje, é resultado de um grande esforço coletivo de mobilização no País. Todavia para sua correta efetivação, o SUS precisa ser focado como um processo ainda em construção, que demanda enormes esforços do Estado e da sociedade civil. (CARVALHO; *et. al*, 2013).

Para tanto, cumpre analisar o desenvolvimento histórico do direito

fundamental social à saúde no âmbito interamericano, a fim de compreender o processo internacional de efetivação desse direito.

### **3 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONVENCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ÂMBITO INTERAMERICANO**

O *corpus juris* do Sistema Interamericano é composto por diversos tratados, sendo que alguns deles constituem base de ordenamento jurídico, enquanto outros tratados complementam a proteção dos direitos humanos de modo específico.

Há alguns importantes tratados que tutelam a proteção aos direitos humanos no âmbito interamericano, quais sejam: a Carta da OEA; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em que pese a extrema importância dos quatro tratados acima referidos, neste capítulo será abordado o desenvolvimento histórico convencional dos direitos fundamentais sociais e sua proteção no Sistema Interamericano, especialmente tratando da Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### **3.1 A evolução da proteção aos direitos fundamentais sociais no âmbito Interamericano.**

A partir das atrocidades cometidas com a Segunda Guerra Mundial, em que o Estado foi o grande violador de direitos humanos, acabou então sendo fortalecida a ideia de que a proteção dos direitos humanos não cabe de forma exclusiva ao Estado, devendo eles serem protegidos em nível internacional. (DAIROT, 2018).

Um tratado internacional, uma vez integrado ao ordenamento jurídico interno de um país, este passa a ter força jurídica interna obrigatória e vinculante, sendo que a violação do mesmo quando ratificado pelo país implica responsabilização internacional do Estado violador. (BRASIL, 2006).

O processo de internacionalização do direito se dá, a partir do surgimento de organizações e de tratados internacionais, que criam uma ordem supranacional, sendo que o Direito Internacional se transforma em um direito

de sujeição, que equivale a um verdadeiro contrato social internacional, por meio do qual o Direito Internacional se modifica estruturalmente, passando de um sistema baseado em tratados bilaterais *inter partes*, a um verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal. (LEAL, M. C. H.,2014).

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos é composto 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. (DAROIT, 2018).

Em meados do século XX, houve um grande avanço na positivação dos direitos humanos no plano internacional com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Carta das Nações Unidas, aprovada na Conferência de São Francisco em 26 de junho de 1945. Nesse mesmo documento, foram definidos os direitos humanos e liberdades fundamentais que deveriam ser garantidos por todos os Estados. (BRASIL, 2006).

A ONU 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, 2019).

A Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia, na Holanda, é o principal órgão jurisdicional das Nações Unidas. Com início de suas atividades no ano de 1946, a função da Corte é solucionar, em concordância com o direito internacional, disputas legais submetidas por Estados, além de oferecer pareceres consultivos sobre questões legais apresentadas por órgãos autorizados da ONU e outras agências especializadas. (BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 2019).

Atualmente, a Corte Internacional de Justiça é composta por 15 juízes, eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança em escrutínios separados, em que todos os países que fazem parte do Estatuto da Corte, que integra a Carta das Nações Unidas, podem recorrer a ela (ONU, 2019).

Em 1948, sobreveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos que afirmou para todos os países princípios que passariam a caracterizar a concepção atual dos direitos humanos, como a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos. (BRASIL, 2006).

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, os países membros puderam utilizar de mecanismos internacionais para a proteção dos direitos humanos, conforme dispõe Dairot, (2018, p.25):

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

Por sua vez, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem foi aprovada através da Resolução XXX, em 02 de maio de 1948, durante a IX Conferencia Internacional Americana. Tal documento é a listagem de garantias e obrigações dos indivíduos sob a jurisdição da OEA. (COELHO, 2008).

Já em 1966, na Assembleia Geral das Nações Unidas, surge o Pacto dos Direitos Civis e Políticos que cuida de direitos humanos liberais ou liberdades públicas. Esta normativa dispõe acerca dos direitos humanos relacionados à liberdade individual, à proteção da pessoa contra a ingerência estatal no âmbito privado, bem como à participação popular na gestão da sociedade. (BRASIL, 2006).

Em consonância 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, sendo que hoje existem três sistemas principais de proteção regional dos direitos humanos: o europeu, o interamericano e o africano. (DAIROT, 2018).

No que diz a regionalização dos sistemas de proteção aos direitos humanos, no continente americano, a principal organização de Estados é a Organização dos Estados Americanos - OEA. Assinada em 30 de abril de 1948, durante a IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, Colômbia, conta hoje com 35 países-membros. (BRASIL, 2006).

A Carta da OEA sofreu cinco Protocolos de Reforma. Sendo eles: o Protocolo de Buenos Aires, em 1967; 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 que entrou em vigor em janeiro de 1996. (DAROIT, 2018).

Cumprе ressaltar que a Carta da OEA juntamente com a Declaração Americana de Direitos Humanos, foram os instrumentos mais relevantes para o surgimento posterior dos órgãos de proteção dos direitos humanos, conforme Ospina e Villarreal (2013, p. 133, grifo do autor):

Es oportuno resaltar que, junto con la Carta de la OEA, la DADH - adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos- fue el instrumento más relevante para el posterior surgimiento de los órganos de protección de derechos humanos, ya que estableció la relevancia de la protección internacional de los derechos humanos por parte de los Estados Americanos. Ahora bien, pese a las importantes discusiones que giraron en torno a las obligaciones en materia de derechos humanos, la DADH no fue aprobada como una convención con efectos vinculantes para los Estados, sino que fue consagrada como una declaración que definían los medios para fortalecer el compromiso de los Estados con los derechos y libertades individuales y sociales. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH ha dispuesto en su Opinión Consultiva No. 10/90 que *“para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. [...] La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”*<sup>3</sup>. Este mismo criterio ha sido sostenido por la Comisión<sup>4</sup>.

Nesse sentido, com propósito vinculativo dos direitos humanos para as nações integrantes da Organização dos Estados Americanos, surge a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH ou Pacto de San José da Costa Rica, como é também conhecido, sendo assinada inicialmente em 1969 e em vigor somente em 1978, por ocasião do depósito do 11º instrumento de ratificação. (PIOVESAN; FREITAS, 2018).

Conforme Piovesan e Freitas (2018, p.4)<sup>4</sup> o Pacto de San José da Costa Rica dispõe acerca de direitos à vida, à propriedade privada, à proteção judicial, à liberdade de pensamento e de expressão, à proteção da família, ao nome, dentre tantas outras garantias, sendo retificado pelo Brasil em setembro de 1992.

---

<sup>4</sup> O Pacto de San José da Costa Rica, como é também referida a CADH, preconiza direitos de toda ordem em favor das pessoas, a exemplo dos direitos à vida (art. 4), à propriedade privada (art. 21), à proteção judicial (art. 25), à liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), à proteção da família (art. 17), ao nome (art. 18), dentre tantas outras garantias previstas em seus 82 artigos (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

A Convenção tem dois protocolos adicionais. O primeiro é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou “Protocolo de San Salvador”, entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, sendo que o Brasil ratificou este compromisso em 21 de agosto de 1996. O segundo é o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, subscrito em 08 de junho de 1990. (COELHO, 2008).

Em se tratando do Sistema Interamericano de Direitos Humanos dispostos pela Comissão Americana de Direitos Humanos, o mesmo é composto pelos dois órgãos de monitoramento a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direito Humanos, sendo que 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. (DAROIT, 2018).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, prevista no artigo 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é composta por 07 membros, sendo eles: Esmeralda Arosemena de Troitiño, do Panamá; Joel Hernández García, do México; Antonia Urrejola Noguera, do Chile; Margarette May Macaulay, da Jamaica; Francisco José Eguiguren Praeli, do Peru; Luis Ernesto Vargas Silva, da Colômbia; e Flávia Piovesan, do Brasil, tendo como competência a salvaguarda dos direitos humanos previstos no tratado supramencionado. (COMISSÃO IDH, 2019).

Conforme Ospina e Villarreal (2013, p. 135), as funções da CIDH se ampliaram com a entrada em vigor da CADH:

Con la entrada en vigor de la CADH, las funciones de la Comisión se ampliaron: (i) además del monitoreo sobre la situación de derechos humanos, se incluyó (ii) la formulación de recomendaciones a los Estados, (iii) atender consultas formuladas por los Estados miembros y (iv) el trámite del sistema de peticiones individuales.

Nesse sentido, a função de acompanhamento da Comissão é preparar relatórios sobre o estado dos direitos humanos a partir de três categorias: um relatório anual, sendo descrito avanços retrocessos; outro relatório por país em



que descreve a atual situação em relação aos direitos humanos; e um relatório temático, sendo que analisa situações específicas que estão ocorrendo no continente. (OSPINA; VILLARREAL, 2013).

Outrossim, a Comissão Interamericana só possui competência para se pronunciar sobre violações de direitos dos países que ratificaram a Carta da OEA ou Convenção Americana sobre Direitos, tendo como princípios basilares: o sistema de petição individual, o monitoramento da observância dos direitos humanos pelos Estados Membros, bem como a atenção a linhas temáticas com prioridade. (DAROIT, 2018).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui também a função de assessoramento, com caráter preventivo, auxiliando os Estados-membros a melhorar o nível de cumprimento dos direitos humanos, a fim de evitar futuro prejuízo aos direitos humanos. (OSPINA; VILLARREAL, 2013).

Qualquer pessoa, de forma individual ou em grupo, pode peticionar sua queixa perante a Corte, não sendo necessário o acompanhamento de advogado, conforme artigo 44 da CADH:

Artigo 44

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

A petição deve conter 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. (DAROIT, 2018, *apud*. NETO, 2017).

Todavia, a CIDH tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos nas Américas, sendo suas principais competências dispostas no art. 41<sup>5</sup> da Convenção Americana de Direitos

---

<sup>5</sup> Artigo 41:

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no

Humanos.

Em relação ao procedimento adotado pela CIDH, tem-se que petição dirigida à Comissão, para ser admitida e apreciada, deve respeitar certos pressupostos de admissibilidade, disposto no art. 46<sup>6</sup> da CADH. Posteriormente, após a admissão da petição, será dada oportunidade ao contraditório, conforme procedimentos constantes dos arts. 48 e 49 da CADH<sup>7</sup>.

---

âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;

d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;

f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e

g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

<sup>6</sup> Artigo 46

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

a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos

<sup>7</sup> Artigo 48

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

a. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;

b. recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;

c. poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;

d. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou

Após a conclusão do relatório, sendo que da data em que for notificado do relatório final confeccionado pela Comissão, o Estado interessado tem o prazo de 3 (três) meses para dar cumprimento às prescrições formuladas por aquele órgão, conforme art. 51 da CADH:

Artigo 51

1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Outrossim, em não sendo resolvida a questão, poderá a Comissão, emitir sua própria opinião e conclusão, fixando prazo para cumprimento e deliberando acerca do cumprimento, com votos da maioria absoluta de seus membros. (PIOVESAN; FREITAS, 2018).

Cumprir mencionar que é possível efetuar um pedido de medida cautelar a CIDH com o fim de evitar danos irreparáveis em caso de gravidade e urgência, sendo que esse pedido seguirá os mesmos requisitos da petição individual. (DAROIT, 2018).

Outrossim, para que o caso seja submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos o Estado-membro envolvido deve ter reconhecido sua competência contenciosa. (PIOVESAN; FREITAS, 2018).

Nesse mesmo sentido, outro órgão da Convenção Americana de Direitos

---

comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias;

e. poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e

f. pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção.

2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Artigo 49

Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Humanos é Corte Interamericana de Direitos Humanos que possui competência contenciosa e consultiva, sendo que apenas os Estados-membros e a Comissão podem peticionar perante a Corte, sendo necessário que seja esgotada todas as possibilidades perante a Comissão, conforme previsão no artigo 61 da CADH:

Artigo 61

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.(CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

A Corte é um órgão independente e autônomo, que compõe a Organização dos Estados Americanos, mas não se encontra subordinada à instituição, sendo seu principal objetivo aplicar e interpretar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos em conformidade com as normas do Pacto de San José da Costa Rica. (DAROIT, 2018).

Dos 35 Estados que constituem a Organização dos Estados Americanos, 20 reconhecem a competência contenciosa da Corte. Esses Estados são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. (CORTE IDH, 2019).

A Corte exerce sua atividade contenciosa responsabilizando o Estado pela violação do Direito Humano, tendo em vista que a partir da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos o ente Estatal se obrigou, a não só garantir, como também prevenir e investigar a violação de algum direito humano, devendo usar todos os recursos que dispuser para impedir as violações da Convenção Americana. (GUERRA, 2012).

Nesse sentido, os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos possuem caráter vinculativo, obrigando o Estado violador à promoção de medidas para cessar a afronta à Convenção. (PIOVESAN; FREITAS, 2018).

Outrossim, a competência contenciosa poderá ser do tipo *ratione personae*, *ratione materiae* e a *ratione temporis*. Em relação a competência do tipo *ratione personae*, apenas Estados-membros e a Comissão possuem

legitimidade para peticionar perante a Corte. Segundo Guerra, S. (2012, p.4)<sup>8</sup> o indivíduo ainda não possui legitimidade para peticionar perante a Corte.

A competência *ratione materiae*, prevista artigo 62, 3, dispõe que a Corte poderá conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção, sendo que a competência pode ser aceita por prazo determinado, conforme dispõe a competência do tipo *ratione temporis*. (GUERRA, 2012).

De outro lado, conforme Piovesan e Freitas (2018, p. 11) quanto à função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as opiniões consultivas exaradas pela Corte respondem a requerimento formulado por qualquer membro da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Outrossim, o *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2018, p. 13), afirmou que a função consultiva é em relação a compatibilidade das normas internas com a Convenção; bem como a interpretação da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.<sup>9</sup>

Sendo assim, verifica-se que o sistema de proteção dos direitos humanos possui índole multinível, oferecendo garantias no âmbito global, bem como em nível regional, sendo que ambos existentes para além da proteção local, garantida pelo arcabouço jurídico-constitucional interno dos Estados-partes. (PIOVESAN; FREITAS, 2018).

Nesse sentido, cumpre analisar as diferenças e definições em relação aos direitos humanos e direitos fundamentais, a fim de melhor dimensionar a aplicabilidade do sistema de proteção interamericano e brasileiro, em relação a efetivação do direito à saúde.

### **3.2 Direitos humanos e fundamentais.**

---

<sup>8</sup> Isso porque no plano americano ainda não foi reconhecido o *jus standi* do indivíduo, isto é, não pode a pessoa humana ingressar diretamente com ações no âmbito da Corte Interamericana.

<sup>9</sup> Por este medio la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. (*ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2018).

Expressões comumente utilizadas como sinônimo é de extrema importância a diferenciação dos direitos humanos e direitos fundamentais, uma vez que ambos têm aplicações e consequências práticas diversas, especialmente no que diz a interpretação e a aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos. (SARLET, 2009).

Em que pese não se pode olvidar que os direitos fundamentais serão sempre direitos humanos, uma vez que os direitos humanos possuem dupla vocação: afirmar a dignidade humana e prevenir o sofrimento humano. (PIOVESAN, 2009).

Nesse sentido, os direitos humanos são entendidos como direitos que foram estabelecidos por normas de direitos internacionais, guardando relação direta com os documentos de direitos internacional, por referir validade universal para todos os povos e tempos, bem como reconhecer o ser humano como ser possuidor de direitos e garantias. (SARLET, 2009).

Em que pese os direitos humanos estejam inseridos no direito nacional dos Estados, eles vem aos poucos se tornando internacionais, isto posto os direitos humanos tendem a estarem positivados tanto no direito internacional, quanto no direito nacional dos Estados. (MEDEIROS, 2014; *apud*. ALMEIDA, 1996).

Outrossim, os direitos humanos positivam uma série de direitos naturais do homem, sendo que assumem uma dimensão supra-positiva. Todavia, também considera-se como direitos humanos, não só aqueles outorgados a todos os homens apenas por sua mera condição de ser humano (“direitos do homem”), como também aqueles direitos não positivados (“direitos humanos”).(SARLET, 2009).

Em relação a dificuldade em efetivar os direitos humanos pelo Brasil, Leal, R.G. (2008, p. 151) afirma que:

Nesta seara, temos algumas situações dignas de registro: (1) a Constituição Brasileira deixa claro que os tratados se encontram sujeitos ao controle de constitucionalidade; e (2) a relação entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional, no Brasil, é de garantir aos primeiros apenas tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.

Assim, os direitos humanos acabam sendo transformados em direitos

fundamentais pelo modelo positivista, sendo incorporado ao sistema normativo positivado como elemento essencial, visto que adquirem a hierarquia jurídica e caráter vinculante em relação a todos dos poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional. (SARLET, 2009).

Outrossim, a eficácia jurídica dos direitos humanos depende, em regra, da recepção do mesmo na ordem jurídica interna, visto que, do contrário, os mesmos não possuem necessária cogência, dependendo da cooperação e boa vontade do Estado individualmente considera-lo como direito fundamental. (SARLET, 2009).

De outro lado, os Direitos Fundamentais nascem quando os direitos humanos são incorporando, reconhecidos e assegurados pelas Constituições dos Estados como direitos e garantias.

Nesse sentido, Dimoulis e Martins (2008, p. 51) definem direitos fundamentais como:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Os direitos fundamentais são na sua essência, os direitos do homem livre e isolado, sendo direitos que possuem em face do Estado. Considera-se direito do homem os direitos naturais, inalienáveis e sagrados, direitos considerados também como imprescritíveis. (BONAVIDES, 2005).

Com efeito, os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, sendo que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos fundamentais. (MENDES, 2012).

Quanto a efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais, os mesmos atingem o maior grau de efetivação, visto que existem instancias, até mesmo judiciárias, capazes de poder fazer respeitar e realizar esses direitos. (SARLET, 2009).

Dentre vários critérios, comumente costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, sendo que termo mais coerente com

a evolução dos direitos fundamentais seria a expressão “dimensão”, e não “gerações”, uma vez que os direitos se complementam jamais se excluem. (BARROS, 2016).

Os direitos fundamentais de 1ª dimensão marcam a passagem do Estado autoritário para um Estado de Direito. (LENZA, 2017).

Os direitos de 1ª dimensão são de cunho individualista e negativo, visto que são considerados direitos dos indivíduos frente ao Estado, marcados pela não intervenção dos poderes públicos e uma abstenção do Estado na sua efetivação. Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas, direitos políticos e civis, propriedade e igualdade perante a lei. (SARLET, 2009).

Esses direitos são faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é sua característica principal, sendo direito de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2005).

Com efeito, os direitos sociais de 2º dimensão são relativos aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos que correspondem a igualdade. O surgimento desses direitos foi impulsionado pela Revolução Industrial europeia a partir do século XIX, em decorrência das péssimas condições de trabalho das fábricas da época, bem como com a eclosão da Primeira Guerra Mundial no início do século XX. (LENZA, 2017).

Com efeito, nasce um novo conceito de direitos fundamentais vinculados a valores sociais que demandam realizações concretas, fazendo do Estado um agente de extrema importância na concretização dos direitos fundamentais de segunda geração. (BONAVIDES, 2005).

Em que pese outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais por parte do Estado, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, Sarlet (2009, p. 47) afirma que:

A segunda dimensão de direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que direito de cunho prestacional, de acordo com o que propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Nessa geração de direitos não há liberdade sozinha que garanta a dignidade plena, sendo exemplos de direitos garantidos nessa dimensão:



direito à educação, à saúde e à assistência social, onde o homem continua sendo o titular desses direitos. (LOVATO; DUTRA, 2015).

Os direitos fundamentais sociais de 2ª dimensão fizeram nascer uma consciência da importância de assegurar garantias fundamentais à instituição sociedade, fazendo surgir um novo conteúdo de direitos fundamentais: as garantias institucionais. (BONAVIDES, 2005).

Os direitos de 3ª dimensão são denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, sendo o indivíduo seu titular e destinando-se à proteção de grupos humanos como família, povo e nação, tendo como sua principal característica ter sua titularidade coletiva ou difusa. (SALERT, 2009).

Com efeito, os direitos de 3ª dimensão perpassam pelo direito ao desenvolvimento, direito à paz, ao meio ambiente, a propriedade como patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação. São transindividuais, ou seja, direitos que vão além do interesse do individual, pois dizem respeito à proteção do gênero humano, sendo caracterizado pelo universalismo e humanismo. (LENZA, 2017).

No que diz a sua positivação, a maioria dos direitos de 3ª dimensão ainda não encontrou amparo constitucional em diversos Estados, sendo, na maior parte das vezes, reconhecido na esfera internacional, que conta com grande número de tratados e outros documentos que os garantem. (SARLET, 2009).

Ainda, em relação aos direitos de quarta dimensão há grande divergência quanto a sua existência entre os autores, sendo que tal dimensão que abarcaria direitos relativos à democracia, informação, pluralismo, globalização e futuro da cidadania. (LOVATO; DUTRA, 2015).

Nesse sentido, os direitos fundamentais de 4ª geração, assim como os de 3ª dimensão, ainda encontram dificuldades da positivação Constitucional dos Estados, ressalvadas algumas iniciativas de participação direta popular no processo decisório, como ocorre no plano dos Conselhos Tutelares no âmbito da proteção a infância e juventude. (SARLET, 2009).

Outrossim, em que pese a característica coletiva ou difusa dos direitos de 3ª e 4ª dimensão, não se pode olvidar que ambos visam a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade. (SARLET, 2009).

Os chamados direitos de 5ª dimensão surgem no fim do século XX, com o advento da tecnologia e da internet, marcando a passagem da sociedade industrial para a sociedade virtual, sendo que podem ser denominados de direitos da era digital. Todavia, o reconhecimento desses novos direitos deve seguir critérios para impedir que ocorra o desprestígio da fundamentalidade. (LOVATO; DUTRA, 2015).

Do mesmo modo, há a diferenciação dos direitos fundamentais quanto a função subjetiva e objetiva, sendo que Dimoulis e Martins (2008, p. 117) considera que função subjetiva refere-se ao direito de seu titular de resistir a intervenção estatal em sua esfera de liberdade.

De outra banda, a função objetiva diz respeito aos direitos fundamentais, cuja percepção independe de seus titulares, sendo que exercer o controle é dever do próprio Estado. Outros desdobramentos são a irradiação dos direitos fundamentais no que diz a interpretação conforme a Constituição, uma vez que as autoridades devem interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de modo consoante aos direitos constitucionais e o dever estatal de tutelar os direitos fundamentais. (DIMOULIS; MARTINS, 2008).

Constata-se que os direitos fundamentais são fruto das reivindicações concretas, geradas por injustiças ou agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano. Suas diversas gerações revelam sua característica aberta e mutável.

Outrossim, cumpre mencionar que, em que pese haver dimensões dos direitos humanos, os mesmos persistem válidos concomitantemente, sendo um acúmulo, um somatório. (LOVATO; DUTRA, 2015).

Nesse sentido, cumpre analisar a proteção do direito social à saúde perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista a importância da sua efetivação e garantia como direito inerente à pessoa.

### **3.3 Direitos humanos sociais: direito à saúde no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**

Através da adaptação do sistema a novas realidades e aos novos problemas sociais o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos

Humanos vem, editando Convenções, Tratados e outras legislações suplementares que o auxiliem no cumprimento das suas funções. (DAROIT, 2018).

Os direitos civis e políticos, ou seja, tanto direitos de primeira como de segunda e até de terceira geração, exigem do Estado prestações positivas e negativas, sendo que os direitos sociais estão condicionados à atuação do Estado, devendo este efetivá-los tanto de forma interna como externa, sendo por assistência ou cooperação internacional. (ARAUJO DE SOUZA, 2014).

Com efeito, verifica-se que a tutela dos direitos civis e políticos pela CADH é direta, podendo ser objeto de proteção pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Já quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, não está prevista uma forma direta de proteção, em casos de violação a tais direitos, sendo protegido por uma espécie de sistema indireto pela CADH. (RODRIGUES DA SILVA, 2016).

Por conseguinte, em uma breve análise, é possível perceber que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos faz uma única menção aos direitos econômicos, sociais e culturais em seu artigo 26<sup>10</sup>, expressando o dever dos Estados-membros na adoção de providências que efetivem progressivamente os direitos econômicos, sociais e culturais. (DAROIT, 2018).

Nesse sentido, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais, denominado de Protocolo de San Salvador. Este passou a vigorar internacionalmente em 1989, sendo que apenas após a edição do referido Protocolo, as possibilidades de exigibilidade em âmbito internacional, se estenderam tanto aos direitos civis, políticos e econômicos, como também aos sociais e culturais, visando a maior proteção dos direitos humanos. (ARAUJO DE SOUZA, 2014).

---

<sup>10</sup> Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

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

Com efeito, é sob o artigo n.º 10 do Protocolo de San Salvador que se encontra pela primeira vez em todo o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a expressão relacionada ao direito à saúde. Ainda, Daroit (2018, p.101) destaca que:

[...] 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.

Conforme se depreende da leitura do artigo 10, do Protocolo de San Salvador, não obstante as disposições trazidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o referido Protocolo 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, percorrendo pela 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, [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm), grifo nosso).

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; e
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto

risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis. (Protocolo de San Salvador, 1988), grifo nosso.

Em que pese a previsão expressa do direito à saúde, o protocolo de San Salvador não trouxe nenhuma novidade processual em relação a justiciabilidade desse direito, uma vez que não previu nenhum mecanismo de proteção judicial, tampouco 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. (DAROIT, 2018).

Nesse sentido, limitada capacidade normativa para judicializar os direitos econômicos, sociais e culturais por meio do Protocolo implicaria a necessidade de recorrer ao art. 26 da Convenção, uma vez que o mesmo estabelece um mecanismo para aplicar tanto direta quanto indiretamente as disposições sobre direitos humanos contemplados em outros tratados além da Convenção Americana de Direitos Humanos (PAES, p. 26, 2008), conforme abaixo transcrito:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

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

Com efeito, ainda que não possua uma carga de justiciabilidade, o direito à saúde vem sendo protegido judicialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir da vinculação deste com o direito à vida (artigo 4 da CADH) e à integridade física (artigo 5 da CADH), bem como pela obrigação assumida pelos Estados-membros em garantir e respeitar os direitos humanos e o dever de adequar a sua legislação interna, adotando medidas efetivas de proteção. (DAROIT, 2018).

Ato contínuo, considerando o sólido conjunto de normas formado pelo Pacto de São José da Costa Rica, complementado pelo Protocolo de São Salvador, é necessário ressaltar que a sua exigibilidade pelos cidadãos é

imediate em face do Estado brasileiro, devendo haver estrita observância pelo órgão jurisdicional no momento de sua aplicação. (PIOVENSAN; FREITAS, 2018).

Outrossim, em face da justiciabilidade do direito à saúde a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou, a partir do ano de 2018, a julgar diretamente o direito à saúde em suas decisões utilizando de forma extensiva o art. 26 da Convenção de Direitos Humanos.

Assim, verifica-se que existem muitos os dispositivos normativos, tanto em âmbito global quanto em âmbito regional e nacional que se preocuparam com a proteção do direito à saúde e com o dever do Estado efetivar esse direito. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito interamericano, e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito nacional, atuam de forma proativa, objetivando materializar o direito à saúde, protegendo-o de insurgências e de violações, bem como propagando a sua promoção, conforme será verificado no próximo capítulo a partir da análise de jurisprudências acerca do direito à saúde.

## **4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Neste capítulo será abordada a questão da judicialização do direito à saúde perante o Supremo Tribunal Federal, sendo analisada a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 e a Repercussão Geral no RE 855.178/SE, duas decisões importantes e notórias sobre o assunto. Do mesmo modo, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos será analisado o caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador; Caso Vera Vera Y Otra Vs. Ecuador; Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile e Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala.

Considerando a importância dos casos acima mencionados, tendo em vista que seus julgados possibilitaram uma maior compreensão do modo de tutela do direito à saúde pelo STF e pela CIDH, sendo que serão estudados a seguir.

### **4.1 A proteção judicial do direito à saúde no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

A saúde foi associada ao direito à vida pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e de forma independente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, e ratificados pelo Brasil (Decretos nº 591 e 592, de 06/07/1992). (ASSIS, 2010).

É essa ligação do direito à saúde com o direito à vida, que faz com que o direito à saúde se torne o direito mais importante de todos os direitos humanos, sendo que, em razão disso, mesmo que não houvesse uma positivação expressa do direito à saúde, ele encontraria proteção através do direito à vida, porquanto é requisito fundamental para a continuação da vida humana e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

O direito à saúde é reconhecido, não só na Constituição Federal do Brasil, como também nos tratados e nas declarações de direito internacional, como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador. O Brasil possui um sistema de proteção dos direitos humanos que

integra ao ordenamento jurídico nacional as proteções oferecidas pelas normas jurídicas de direito internacional. (BRASIL, 2006).

Por se tratar de um direito fundamental atrelado à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, o Poder Judiciário encontra-se autorizado a adotar impositivos jurisdicionais para concretização do direito à saúde, na medida em que haja políticas públicas que transgridam direitos fundamentais, o Judiciário não poderá se omitir em decidir. (STEIN; MORAES, 2018).

Outrossim, para vigorar no Brasil, as normas internacionais passam por um procedimento complexo no qual se integram a vontade do Poder Executivo, por intermédio do Presidente da República, e a vontade do Congresso Nacional. Um tratado internacional necessita ser negociado e assinado pelo Poder Executivo, conforme art. 84, VIII, da Constituição Federal, bem como precisa ser posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional, para somente depois ser ou não ratificado pelo Poder Executivo junto ao Estado depositário indicado no próprio tratado para que o promulgue por meio de Decreto e publique. (VENTURA, 2009).

É 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). (GARAT, 2015).

Nesse sentido, passa-se a analisar a temática da judicialização, bem como especificadamente a judicialização da saúde, inicialmente no âmbito nacional com análise de jurisprudência acerca do direito à saúde pelo STF e, após, análise da jurisprudência no âmbito interamericano em relação à saúde.

#### **4.2 O fenômeno da Judicialização e seus aspectos.**

O Estado Constitucional de Direito começa a adquirir força a partir da Segunda Guerra Mundial, passando a Constituição daí possuir força como norma jurídica. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das



normas constitucionais (BARROSO, 2013).

O Estado passa a considerar a dignidade da pessoa humana como centralidade dos direitos fundamentais, sendo que os três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem o dever de efetivar os direitos fundamentais dentro de suas competências.(BARROSO, 2008)

Nesse sentido, a Constituição de 1988, denominada “Constituição cidadã”, ampliou significativamente o leque de direitos sociais a partir da incorporação de diversas disposições protetivas de direitos humanos, facilitando o acesso a esses direitos através do Poder Judiciário. (PIOVESAN; FREITAS. 2018).

Nesse caminho, a judicialização dos direitos fundamentais possui como principal característica o protagonismo do Poder Judiciário, sendo a judicialização a decisão, em caráter final, de questões relevantes e sociais, política ou moralmente, pelas Cortes Superiores, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal. (STEIN; MORAES, 2018)

O fenômeno da judicialização dos direitos faz com que o direito, cada vez mais, seja um direito jurisdicional, construído pelos magistrados, e não pelo Legislativo, tornando-o um direito jurisprudencial.

Com efeito, o processo de judicialização da política no âmbito nacional, tem tornado o Supremo Tribunal Federal mais ativo, uma vez que deve decidir sobre temas políticos e de grande repercussão social, não podendo abster-se de tais decisões. Tal efeito tem como possíveis causas a desilusão com a política atual, bem como o reconhecimento de um Judiciário forte e independente como garantidor das democracias modernas (BAROSSO, 2013).

Já no âmbito interamericano os direitos humanos estão previstos e garantidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que, juntamente com a Comissão Interamericana integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. (DAROIT, 2018).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se apresenta como uma instituição independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos demais tratados, cujas decisões formam o “*corpus iures interamericano*” acerca do direito social à saúde. (PIOVESAN; FREITAS, 2018).

Nesse sentido, para melhor compreensão do fenômeno da judicialização, tanto no âmbito nacional, quanto no âmbito interamericano, cumpre analisar decisões e jurisprudências acerca da efetivação do direito à saúde.

#### **4.3 Judicialização da saúde no Brasil: análise da STA 175 e da Repercussão Geral no RE 855.178/SE**

O fenômeno da judicialização da saúde está em plena expansão no Brasil, uma vez que crescem as demandas que chegam ao Poder Judiciário buscando a efetivação dos direitos fundamentais à pessoa humana, sendo o principal deles o direito à saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu artigo 196 o direito a saúde, como sendo dever do Estado e direito de todos os cidadãos.

Nesse sentido, a partir da redemocratização do Brasil nos anos 90, intensificou-se o debate a cerca do direito a saúde, restando estabelecido pela então nova Constituição, que o direito à saúde seria estendido a todos os brasileiros e não mais somente aos que possuíam vínculo empregatício (BARROSO, 2008).

Outrossim, a Lei 8.080/90 que instituiu o Sistema Único de Saúde, e delineou a estrutura e o modelo operacional do sistema, garantindo a universalidade do direito a saúde. A constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve estar de acordo com os princípios e diretrizes pelos quais o SUS foi constituído, estando eles presentes principalmente no artigo 198 a 200 da Constituição Federal, com destaque à unidade, à descentralização, à regionalização, à hierarquização, à integralidade e à participação da comunidade (FIGUEIREDO; SARLET, 2009).

A Constituição cada vez mais se empodera, visto que limita o poder político e institui maior rigidez as normas, passando os Tribunais Superiores a decidirem questões de relevante interesse social em nome da Lei Fundamental. Passando os mesmos a pertencerem ao processo político, na

medida em que o conduzem, assim como também são conduzidos por esse processo (MAAS, 2016).

A partir da democratização da saúde, a facilidade de acesso ao Poder Judiciário, especialmente aos Tribunais Superiores, juntamente com as dificuldades de efetivação do direito à saúde, em decorrência da falta de investimentos por parte do poder público e, conseqüentemente, o mau funcionamento do Sistema Único de Saúde, houve um incremento considerável de demandas judiciais relacionadas ao direito fundamental da saúde. (STEIN; MORAES, 2018).

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde, ainda que se trate de um direito social, de natureza coletiva, ele acaba sendo concretizado de forma individual, em que a população busca o Poder Judiciário para efetivação de direitos fundamentais, com demandas das mais variadas, que passam pelo fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e procedimentos diversos, até a incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS, sobrecarregando a jurisdição com um número crescente de ações (LEAL; ALVES, 2015).

A fim de analisar a judicialização da saúde no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como aferir o direito à saúde como direito social, analisou-se as jurisprudências mais importantes e notórias, sendo selecionada o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175<sup>11</sup> - Ceará, publicada no Diário Eletrônico Judicial em 30 de abril de 2010, vez que as conclusões do voto do relator ministro Gilmar Mendes, fixaram parâmetros judiciais a serem seguidos em ações relativas ao direito à saúde.

O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 foi interposto pela União contra decisão da Presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada 175, também formulada pela União,

---

<sup>11</sup> EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que manteve a antecipação da tutela, determinando à União, Estado do Ceará e município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominando Zavesca (Miglustat), em favor de C. A. C. N, a qual é portadora da patologia denominada NIEMANN –PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

O agravante, *in casu*, a União alegou à grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública, bem como a violação ao princípio da separação dos poderes e as normas regulamentadoras do SUS. Sustentou a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências. Argumenta que a dispensação de valor considerável para o atendimento a solicitação do medicamento implicaria no deslocamento de recursos estatais e a descontinuidade na prestação dos serviços de saúde. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Ainda na decisão, o Ministro Relator Gilmar Mendes afirma que diante da relevância e da complexidade que envolve a concretização do direito à saúde, é necessário a análise de alguns preceitos, os quais discorre durante a decisão.

Na decisão, o ministro afirma que há divergência doutrinária em relação ao direito constitucional à saúde possuir um caráter subjetivo público, obrigando o Estado a prestações positivas, decorrem na natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização com o “mínimo existencial” e “reserva do possível”. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Entende-se por “mínimo existencial”, em sentido amplo, como um argumento eventualmente utilizado pelo Estado que objetiva adequar essas pretensões às possibilidades financeiras do Estado, no sentido de dar a resposta às demandas judiciais cujo objeto é o adimplemento de prestações previstas em normas que conferem aos cidadãos algum direito fundamental social. (MATSUDA; PEREIRA; SOUZA, 2008).

Outrossim, “reserva do possível”, como conceitua Araújo, 2011, p.443:

Reserva do Possível” é uma expressão que define a limitação dos recursos econômicos disponíveis pela administração pública, a fim de suprir as necessidades dos cidadãos, que a priori, é de sua

obrigação. [...]A ideia central sobre a reserva do possível é a de que os indivíduos não têm direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade.

Por conseguinte, o relator continua discorrendo sobre o problema da judicialização da saúde, sendo que envolve não apenas o Poder Judiciário, mas também os gestores públicos, uma vez que a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da cidadania. Entretanto, as decisões judiciais tem gerado tensão entre os elaboradores e executores de políticas públicas, vez que implicam em consequências globais na rateação dos recursos públicos. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Destarte, na decisão em questão o relator firmou critérios para análise dos pedidos judicializados em relação à saúde, afirmou que na maior parte dos casos judicializados se dá em função da necessidade de determinação judicial para efetivação de políticas públicas já existentes, devendo ser esse o primeiro critério a ser observado, vez que ao determinar a efetivação de uma prestação de saúde, o judiciário não está criando política pública e sim efetivando a já existente. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Em não sendo efetivada as prestações de saúde, desse ser verificado se não estão previstas nas políticas públicas fornecidas pelo SUS, nesses casos devem ser verificado se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua disponibilização, conforme dispõe Maas, (2016, p. 59):

Caso o contrário, ou seja, a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas públicas do SUS, deve-se distinguir se a não prestação decorre de: 1. uma omissão legislativa ou administrativa; 2. de uma decisão administrativa de fornecê-la; ou 3. de uma vedação legal à sua dispensação, ou seja, é vedado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, situação em que a não-concessão do medicamento se impõe.

Outro critério ventilado pelo relator Gilmar Mendes na decisão diz respeito à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, sendo que desse critério decorrem duas hipóteses distintas: a primeira dispõe do fato de que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente e, por segundo, que o SUS não tem nenhum tratamento

específico para determinada patologia. (MAAS, 2016).

Nesse caso restou definido na decisão da STA 175 que deve prevalecer a hipótese de que o SUS forneça tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente, todavia, o Poder Judiciário ou a própria administração deverão decidir qual medida diferente da custeada pelo SUS será fornecida a determinada pessoa que, por razões, específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

O terceiro critério apontado pelo relator Gilmar Mendes diz respeito aos tratamentos experimentais, ou seja, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia, sendo daqueles que não foram testados pelo sistema público, mas que já são disponibilizados pelo setor privado, uma vez que sua efetivação judicial poderá ser objeto de impugnação judicial, sendo isso por ações individuais ou coletivas, devendo haver instrução processual. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Do mesmo modo, o ministro Celso de Mello, no seu voto no agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175, (2010, p. 39), afirmou:

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direito de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas.

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello ainda dispõe no referido julgado que a missão institucional da Corte, como guardiã da Constituição, fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, como o direito à saúde, que em seu sentido de fundamentalidade impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, devendo sempre prevalecer nos julgados o direito à saúde. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Celso de Melo ainda invocou o princípio da proibição do retrocesso que em se tratando de direitos sociais impedem que sejam desconstruídas as conquistas já alcançadas, tratando-se de preceitos negativos, vez que impede que quando alcançados os direitos sociais, venham a ser oprimidos ou

diminuídos. (BRASIL, 2010, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Nesse sentido, os votos dos Ministros na decisão do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n° 175, demonstra a prevalência do preceitos do direito à saúde como direito social e de caráter prestacional e positivo, exigindo do Estado sua efetivação, bem como a possibilidade da busca pela prestação à saúde no viés judicial.

Do mesmo modo, no dia 23 de maio de 2019, houve o julgamento de Repercussão Geral Tema n° 793, oriundo o Recurso Extraordinário n.º 855178<sup>12</sup>, interposto pela União, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

No processo originário do recurso a parte autora ingressou com pedido de fornecimento do medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg /125mg), em face do Estado de Sergipe e da União, sendo determinado em sede de primeira instância o fornecimento cofinanciado pela União e Estado de Sergipe. (BRASIL, 2019, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

No ano de 2015, o Ministro Relator Luiz Fux julgou pela existência de repercussão geral do tema, sendo que perante a relevância constitucional do tema em questão, qual seja, direito à prestação à saúde pelos Estados, uma vez que o tema transcende interesse das partes envolvidas, sendo relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. (BRASIL, 2019, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

A União alegou no Recurso Extraordinário acima referido a ilegitimidade da mesma para figurar no polo passivo da demanda, vez que o SUS é guiado pelo princípio de descentralização, sendo obrigação dos órgãos locais fornecer medicamentos.

O relator ministro Luiz Fux, retomou os argumentos lançados na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, afirmando que o entendimento firmado na decisão da STA 175, vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal

---

<sup>12</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

Federal em sucessivos julgamentos, sendo que tem acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa. (BRASIL, 2019, <<http://portal.stf.jus.br/>>).

Nesse sentido, a partir da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o direito à saúde é considerado como direito social e, a partir de seu caráter prestacional e positivo, obriga os entes Estatais a prestação da saúde de maneira solidária.

Outrossim, no âmbito nacional, depreende-se a extrema importância da efetivação do direito à saúde na via judicial, na medida em que há falhas na prestação da saúde, tendo em vista o direito à saúde estar intimamente ligado ao direitos à vida e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, há grande ocorrência de postulação pelo direito à saúde na esfera interamericana, existindo diversos julgados que efetivam esse direito, em que pese a Corte Interamericana de Direitos Humanos efetive de maneira indireta, há julgados referindo de forma direta o direito à saúde.

#### **4.4 Judicialização da saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

As sentenças não nacionais, ou seja, as que não foram proferidas pelo Poder Judiciário do Brasil, podem ser internacionais, sendo prolatadas por organismos jurisdicionais internacionais; bem como podem ser consideradas estrangeiras, sendo aquela proferida pelo Poder Judiciário de um Estado diferente do Brasil. Sua distinção tem suma importância, uma vez que as sentenças estrangeiras necessitam de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de analisar eventuais incompatibilidades em relação ao direito brasileiro. Já as sentenças internacionais não precisam de homologação, vez que se baseiam no direito internacional já incorporado ao direito brasileiro, como é o caso das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visto que fazem parte do *corpus iuris* nacional. (COELHO, 2008).

Além do pagamento de indenizações às vítimas, os Estados são obrigados pelas sentenças da Corte a dedicar-se a reformas legislativas, compreendam condutas de acordo com as premissas humanitárias defendidas na Convenção, ou ainda, conforme dispõe Piovesan; Freitas (2018, p. 215) são



incumbidos até mesmo de modificar entendimentos jurisprudenciais exarados equivocadamente por determinado Tribunal interno, quando da resolução de conflito que trate de direitos humanos.

A Convenção Americana ou Pacto de São José da Costa Rica promoveu reformas estruturais no Sistema Interamericano criando a Corte Interamericana de Direitos Humanos e estabelecendo procedimentos mais aprimorados em relação a verificação da responsabilidade do Estado em face da violação dos direitos humanos. (COELHO, 2008)

De fato, a Corte possui papel relevante no contexto regional, vez que antes da implantação desse Sistema de Proteção Regional dos Direitos Humanos, as possibilidades de se obter reparação de danos por violação aos direitos humanos esgotavam-se ao se chegar às Cortes Constitucionais dos respectivos Estados. Em relação ao tempo de hoje, se o Estado não reconhece a violação do direito, há a possibilidade de acionar a Corte. (GUERRA, 2012).

Em que pese a Convenção ter ampliado a proteção dos direitos fundamentais no âmbito interamericano, tal proteção se deu de forma direta aos direitos civis e políticos. Entretanto, havia uma deficiência em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, que eram previstos apenas no artigo 26 da Convenção, sem maiores especificidades. Nesse sentido, em 1978 foi firmado na cidade de San Salvador o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San salvador. (COELHO, 2008).

Nesse aspecto, a Corte interamericana vinha se manifestando em relação à proteção do direito a saúde, de forma a reportá-lo sempre ao direito à vida ou à integridade pessoal, ou ainda, ao conceito de vida digna, nunca mencionando diretamente a violação ao direito à saúde. (DAROIT, 2018).

Assim, conforme se verifica, a Corte Interamericana decidiu no caso Vera Vera e Outros Vs. Equador<sup>13</sup>, sentenciado em maio de 2011, que houve a

---

<sup>13</sup> El 19 de mayo de 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana”, “Corte” o “Tribunal”) emitió una Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República del Ecuador (en adelante “el Estado” o “Ecuador”) por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio del señor Pedro Miguel Vera Vera por la falta de atención médica adecuada y oportuna luego de que fue detenido con una herida de bala y mantenido bajo la custodia del Estado, tras lo cual falleció diez días después. El Ecuador no ha

violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e proteção judicial em detrimento do Sr. Pedro Miguel Vera Vera pela falta de atenção médica adequada e oportuna depois que ele foi preso com um ferimento a bala e mantido sob custódia do Estado.

Em sua decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2011, p.19-20. parr. 43) afirmou que o direito a vida e a integridade da pessoa humana estão diretamente vinculados ao direito à saúde, devendo o Estado garantir a prestação à saúde, no caso em comento, das pessoas sob custódia.

Do mesmo modo, no caso Gonzales Lluy e Outros Vs. Equador<sup>14</sup>, submetido à Corte em 18 de março de 2014, em que o Estado do Equador foi declarado responsável por violações dos direitos à integridade da pessoa, à vida, à educação e à garantia judicial de prazo no processo penal, consistente na contaminação de Talía Gabriela Gonzales Lluy pelo vírus HIV, quando possuía 03 anos de idade, ao receber uma transfusão de sangue em um banco de sangue da Cruz Vermelha, em uma clínica de saúde privada.

Na decisão do presente caso, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015, p.133, párr.31), em relação a proteção do direito à saúde através dos direitos à vida e a integridade da pessoa, segundo Sierra Porto em seu voto concorrente:

En efecto, en la presente Sentencia la Corte decidió analizar las afectaciones a la salud de Talía Gonzales Lluy por ser una persona con VIH 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 darle contenido y alcance a derechos como la vida e integridad que sí se hallan consagrados en

---

realizado una investigación sobre las circunstancias de su muerte.

<sup>14</sup> El 1 de septiembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Además, la Corte encontró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy. Por otro lado, el Tribunal no encontró méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial.

la Convención y, por tanto, aceptado por los Estados Parte.

Outrossim, na sentença do caso em comento, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, menciona que a Corte Interamericana acaba concretizando o direito à saúde de forma indireta, isso porque a Corte interpreta e aplica as normas que constam na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todavia, o Juiz defende a justiciabilidade direta do direito à saúde interpretando cumulativamente o artigo 26 da Convenção Americana, juntamente ao artigo 29 do referido tratado; e à luz de uma interpretação sistemática com os artigos 4 e 19.6 do Protocolo de San Salvador, vez que a análise do direito à saúde como direito autônomo teria permitido avaliar com maior profundidade as questões referentes ao caso em comento. (CORTE IDH, 2015).

De outra banda, no Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile<sup>15</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou pela primeira vez, de forma direta, em relação ao direito à saúde. Nesse caso o Estado chileno foi condenado em agosto de 2016 pela violação do direito à saúde, em que o Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches foi internado por duas vezes no Hospital público Sótero del Río, sendo que em uma delas sofreu intervenção cirúrgica sem consentimento dos familiares, bem como recebeu alta antes do momento oportuno. Na segunda internação, permaneceu na ala de cuidados intermediários, sendo que sua ficha médica apresentava indicações de cuidados intensivos, vindo a falecer posteriormente. (CORTE IDH, 2018).

Na decisão a Corte Interamericana (2018, p.39, parr. 118) afirmou que o

---

<sup>15</sup> El 8 de marzo de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”) dictó Sentencia en la que declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte (artículos 26, 1.1 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “la Convención”), así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente (artículo 5 de la misma). Asimismo, la Corte declaró que el Estado vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares (artículos 26, 13, 7 y 11, en relación con el artículo 1.1 de la Convención), así como el derecho al acceso la justicia (artículos 8 y 25 de la misma) e integridad personal, en perjuicio de los familiares del señor Poblete (artículo 5 de la misma). La Corte se pronunció por primera ocasión respecto el derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en interpretación del artículo 26 de la Convención, así como respecto de los derechos de las personas adultas mayores (en adelante personas mayores).

direito à saúde é um direito fundamental e indispensável para o ser humano, sendo competência do Estado em garantir o acesso a prestação do direito à saúde de forma eficaz.

:

La Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud<sup>168</sup>, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

A decisão do caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile (2018, p. 34, párr. 105) refere que pela primeira vez a Corte se manifestou de maneira direta em relação ao direito à saúde como integrante dos DESC (Direitos Econômicos, Sociais e culturais) e sua justiciabilidade perante a Convenção, sendo o Estado do Chile responsável pela violação do direito à saúde, em conformidade com o artigo 26 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma. (CORTE IDH, 2018).

O direito à saúde é consagrado em um vasto *corpus iuris* internacional, o Tribunal da Corte (2018, p.39, párr. 118) considera que a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado de outros direitos humanos. Todo ser humano tem o direito de desfrutar do mais alto nível possível de saúde que lhe permita viver com dignidade, compreende-se como saúde não apenas como ausência de condições ou doenças, mas também a um estado completo de bem-estar físico, mental e social, derivado de um estilo de vida que permite alcançar pessoas um equilíbrio abrangente. O Tribunal especificou que a obrigação geral se traduz no dever estatal de garantir o acesso das pessoas a serviços essenciais de saúde, garantindo um benefício médico eficaz e de qualidade, além de promover melhorias das condições de saúde da população.

Em seu voto (2018, p.84, párr.5), o Juiz Humberto Antonio Sierra Porto afirma que foram acertadas as decisões da Corte Interamericana que

vincularam a análise de violações dos direitos à vida e integridade pessoal da vítima à luz de aspectos prestacionais do direito à saúde, sendo que a análise dos direitos econômicos, sociais e culturais por conexão permite definir as obrigações relativas ao direito de saúde sem expandir os poderes da Corte além do que a Convenção Americana, o Protocolo de San Salvador e o direito internacional permitem.

La Corte fue acertada en vincular su análisis de las violaciones a la vida y la integridad personal de la víctima a la luz de diversos aspectos prestacionales del derecho a la salud. En lo que respecta a este punto de análisis, la Corte siguió la tesis –en mi visión acertada– que había sostenido a lo largo de su jurisprudencia de analizar las violaciones en materia de DESCAs por conexidad<sup>9</sup>. El análisis de este caso comprobó la pertinencia de la aproximación de la Corte a este tipo de situaciones antes del caso Lagos del Campo. En efecto, como ya he mencionado en otras ocasiones, el análisis de los DESCAs por conexidad permite definir las obligaciones en materia de derecho a la salud sin expandir las competencias de la Corte más allá de lo que correspondería a cualquier Tribunal, y lo que una lectura apegada a derecho en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador y el derecho internacional permiten.

Do mesmo modo, no caso Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala<sup>16</sup> a Corte Interamericana pronunciou sentença em agosto de 2018 condenando o Estado da Guatemala pela violação dos direitos à saúde, à vida e a integridade da pessoa, em relação a omissão do Estado em prestar tratamento médico adequando a 49 pessoas que viviam com vírus HIV entre os anos de 1992 e 2003. (CORTE IDH, 2018).

A Corte enfatiza que o alcance dos direitos derivados do artigo 26 da

---

<sup>16</sup> El 23 de agosto de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por las violaciones a diversos derechos cometidas en perjuicio de 49 personas que viven o vivieron con el VIH y de sus familiares. En particular, la Corte encontró que distintas omisiones del Estado en el tratamiento médico de las víctimas constituyeron un incumplimiento del deber de garantizar el derecho a la salud, y que el impacto de esas omisiones provocó violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal de algunas de ellas. Adicionalmente, la Corte determinó que la omisión de garantizar una atención médica adecuada a dos mujeres embarazadas que viven con el VIH constituyó un acto de discriminación, y que la inacción estatal en materia de protección al derecho a la salud de la población que vive con el VIH en Guatemala constituyó una violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, el Tribunal advirtió la existencia de diversas falencias en la resolución de un recurso judicial intentado por 13 de las víctimas ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, las cuales constituyeron violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial. Finalmente, la Corte encontró que la afectación en la salud, la vida y la integridad de las víctimas también tuvieron un impacto en el derecho a la integridad personal de sus familiares.

Convenção deve ser entendido em conjunto com o restante das cláusulas da Convenção Americana e a outros instrumentos relevantes para sua interpretação. Assim, considera-se que as obrigações gerais de “respeito” e “garantia”, juntamente com a obrigação de “adaptação” do artigo 2 da própria Convenção, se aplicam a todos os direitos, sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais, cultural e ambiental. (CORTE IDH, 2018).

Na decisão do caso em comento, resta estabelecido que é competência da Corte determinar o alcance do direito à saúde em relação ao *corpus juris* internacional. A Corte afirma que as obrigações contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana constituem base para a determinação da responsabilidade internacional perante um Estado por violações dos direitos reconhecidos na Convenção. Ao determinar as ações e omissões do Estado, com a própria Convenção ou com outros tratados sobre os quais tenha jurisdição, a Corte poderá interpretar a obrigações e direitos nele contidos à luz de outros tratados e de outras normas pertinentes. (CRTE IDH, 2018).

Nesse sentido, em relação a justiciabilidade do direito à saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018, p.38, párr. 101), a Corte afirma a utilização de fontes, princípios e *corpus juris* internacional como regulamentos especiais aplicáveis na determinação do conteúdo do direito à saúde fazendo uma interpretação de acordo com as diretrizes estabelecidas na Convenção:

De esta forma, la Corte utilizará las fuentes, principios y criterios del corpus juris internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la salud<sup>105</sup>. Este Tribunal señala que la utilización de la normativa antes mencionada para la determinación del derecho a la salud, y de los derechos correlativos para personas que viven con el VIH, se utilizará en forma complementaria a la normativa convencional. Al respecto, la Corte afirma que no está asumiendo competencias sobre tratados sobre los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCA<sup>106</sup>. Por el contrario, la Corte realizará una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29, y conforme a su práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención. La determinación del derecho a la salud dará un especial énfasis a la Declaración Americana, pues tal y como lo estableció este Tribunal.

Gradativamente verificou-se a adoção de novos marcos jurídicos e a transformação da jurisprudência interamericana em relação a proteção, a defesa e a promoção dos direitos humanos, em particular do direito à saúde, sendo que a partir do ano de 2018 a Corte Interamericana passou a se manifestar de maneira direta em relação ao direito à saúde como integrante do Direitos Econômicos, Sociais e culturais e sua justiciabilidade perante a Convenção.

## 5 CONCLUSÃO

Este estudo objetivou analisar as principais e notórias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal referente ao direito à saúde, para verificar se o direito à saúde é considerado como direito fundamental social e é protegido nessa ordem.

A partir da análise de todo o exposto, pode-se concluir que no âmbito do Supremo Tribunal Federal o direito à saúde é considerado direito fundamental possuindo aplicabilidade imediata, bem como a competência dos entes é considerada solidária na efetivação do direito à saúde.

Outrossim, o direito à saúde exige uma ação positiva pelo Estado, seja no sentido de sua efetivação ou como um direito de defesa, por meio de uma abstenção de agir para a efetivação de tal direito, tendo o Poder Judiciário plena competência para sua efetivação, quando o Poder Executivo omitir-se.

De outra banda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é apta a julgar e impor medidas de proteção apenas aos casos que envolvam os direitos civis e políticos, uma vez que, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não avocou a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde.

Nesse sentido, a Corte Interamericana tem se utilizado de todo o *corpus juris* internacional 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.

A Corte Interamericana vinha protegendo, até o ano de 2018, o direito à saúde de forma indireta, através da proteção dos direitos civis e individuais, sempre relacionando a proteção do direito à saúde com o direito à vida e a proteção da pessoa, de forma que, o direito à saúde seria uma emanção do próprio direito à vida, na medida em que não há vida sem ter saúde.

A partir do ano de 2018 a Corte passou a verificar a possibilidade de proteção direta do direito a saúde, avocando a aplicabilidade do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humano, o qual se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, conjuntamente artigos 1º e 2º da mesma Convenção, possibilitando a justiciabilidade deste direito.



A evolução da interpretação do artigo 26 da Convenção Americana surge como adequação do corpo normativo do Sistema de Proteção Internacional Regional dos Direitos Humanos com a finalidade de concretizar o direito à saúde como um direito social e não apenas como um requisito da existência humana.

Nesse sentido, depreende-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, através de uma interpretação progressiva do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passou a julgar, a partir do ano de 2018, de forma direta o direito à saúde, aplicando diretamente os direitos econômicos, sociais e culturais constantes na Convenção.

Em virtude dos fatos mencionados, pretendeu-se verificar se o direito à saúde, considerado como direito fundamental social, é protegido nessa ordem no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

A partir do exposto, verificou-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, passou a se manifestar de maneira direta em relação ao direito à saúde como integrante dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais e sua justiciabilidade perante a Convenção, bem como o STF tutela o direito à saúde como direito social e, a partir de seu caráter prestacional e positivo, obriga os entes Estatais a prestação da saúde de maneira solidária.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO DE SOUZA, Anna Luiza . *A justiciabilidade dos direitos sociais no sistema interamericano: desafios e perspectivas*. 2014. 68 f. Trabalho de conclusão de curso – Escola de Direito FGV Rio. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12685/Anna%20Luiza%20de%20Araujo%20Souza.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 Ago. 2019.

ARAÚJO, Kátia Patrícia. *Reserva do possível: os direitos fundamentais frente à escassez de recursos*. Revista Acadêmica, Vol. 83, p. 423- 470. Recife, 2011.

ALVES, Cristiane Paglione. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11648](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648). Acesso em: 16 fev. 2019.

ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH. p. 25, 2018

ASSIS, Gilmar de. SUS para todos: breves reflexões Jurídico-sociais. Avanços e desafios. In AITH, Fernando; SATURNINO, Luciana Tarbes Mattana; DINIZ, Maria Gabriela Araújo; MONTEIRO, Tammy Claret (Org.). *Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível*. Belo Horizonte : ESP-MG, 2010. p. 143-185.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. de publicações, 1972.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Uberaba – MG, v.11, n.15, nov. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 3, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: [Ministério da saúde], 2006.

BRASIL. Constituição, de 05 de outubro de 1988. *Constituição da República*

*Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão da Tutela Antecipada n.º 175*. Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de setembro de 2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo n.º 745.745*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: [Ministério da saúde], 2006.

BORGES, Alexandre Walmott; MARINHO, Sérgio Augusto Lima. *Direito Social À Saúde: Definição Da Saúde Como Direito Derivado Na Jurisprudência Do STF*. Uberlândia – MG. [Entre 2010 e 2018]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=78b9cab19959e4af>, Acesso em: 18 mai 2019.

BARROS, Wilkson Vasco Francisco Lima. A relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Uma análise à luz da república federativa do Brasil de 1988. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54068/a-relacao-entre-os-direitos-fundamentais-e-os-direitos-humanos>> . Acesso em: 30 set. 2019.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Corte Internacional de Justiça, c2019*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/>> Acesso em: 10 Ago. 2019.

CARVALHO, Déa; MERCHAN-HAMANN, Edgar; PEREIRA, Márcio Florentino; NOGUEIRA, Roberto Passos; PIOLA, Sérgio; BERMÚDEZ, Ximena Pamela Diaz. *O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios*. In ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; NETO, Nicolao Dino. (Org.). *Direito sanitário em perspectiva*. Vol. 2. Brasília – DF: Escola Superior do Ministério Público da União, 2013. p. 75-90.

CARVALHO, Mariana Siqueira de Carvalho. *A Saúde Como Direito Social Fundamental Na Constituição Federal De 1988*. Revista de Direito Sanitário, Brasília – DF, v. 4, n. 2, jul. 2003.

CARVALHO, Déa; MERCHAN-HAMANN, Edgar; PEREIRA, Márcio Florentino; NOGUEIRA, Roberto Passos; PIOLA, Sérgio; BERMÚDEZ, Ximena Pamela Diaz. *O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios*. In: ALVES; Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Mária Célia; DINO NETO, Nicolao. (Org.). *Direito Sanitário em perspectiva*. Volume 2. Brasília: FIOCRUZ –

Fundação Oswaldo Cruz, p.75-90, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Nossa História*. 2019. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm> >. Acesso em: 28. set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 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: 21 set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). São José da Costa Rica. Sentencia de 1 de setembro de 2015. Serie C No. 298. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 21. set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala. (exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas). São José da Costa Rica. Sentença de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 29 set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. (mérito, Reparções e Custas). São José da Costa Rica. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 29 set. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Composição*. 2019. Disponível em: < <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/composicion.asp> >. Acesso em: 28. set. 2019.

CARDOSO NETO, Nicolau. *Direito ambiental e direito sanitário: identificação de equivalência entre seus ramos de atuação*. 2014. 105f. Tese (Programa de Pós- graduação *Scripto Senso* em ciência jurídica – PPCJ) Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí – SC, 2014.

DAROIT, Ana Paula. *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?*. 2019. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Secretaria de Gestão do Trabalho e da

Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde – Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 39-58

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito sanitário: fundamento, teoria e efetivação*. In AITH, Fernando; SATURNINO, Luciana Tarbes Mattana; DINIZ, Maria Gabriela Araújo; MONTEIRO, Tammy Claret (Org.). *Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível*. Belo Horizonte : ESP-MG, 2010. p. 43-72

DALLARI, Sueli Gandolfi. *A construção do direito à saúde no Brasil*. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n. 3, p.09-34. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>>. Acesso em 13 jul. 2019.

DAROIT, Ana Paula. 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?. 2018. 181f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Supremo Tribunal Federal. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2018

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.set. 2019.

GUERRA, Sidney. *A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Santa Catarina, v. 32, n.2, jul./dez. 2012.

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9241>>. Acesso em: 16 de fev

2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?. *Revista De Investigações Constitucionais*. Curitiba – PR, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; BOLESINA, Iuri. Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas? In: *Revista do Direito*. n.38. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. O direito à saúde entre judicialização e ativismo judicial: um estudo sobre o impacto das demandas judiciais individuais no orçamento do Município de Cachoeira do Sul/RS. *Direito e Democracia*. n.2. Canoas v.16 p.28-42 jul./dez. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOVATO, Ana Carolina; DUTRA, Marília Camargo. *Direitos fundamentais e direitos humanos - singularidades e Diferenças*. XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MAAS, Rosana Helena Maas. *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*. 2016. 289f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. *O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais*. *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

MEDEIROS, Paulo Rogério Farias. *Direitos humanos e cidadania. Jus Navegandi*. Set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31651/direitos-humanos-e-cidadania/1>>. Acesso em: 29 set. 2019.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. *Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito*: REVISTA DE DIREITO PÚBLICO, LONDRINA, V. 2, N. 3, P. 119-136, SET./DEZ. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. rev. amp. – São Paulo: Saraiva, 2012.

OSPINA, Felipe Arias; VILLARREAL, Juliana Galindo. *El sistema interamericano de derechos humanos*. In GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres. (Org.). *Manual Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 131-164.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Site da Organização das Nações Unidas. Conheça a ONU*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 25. set. 2019.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. *Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do sul de Minas. Pouso Alegre – MG. 2012.

PIOVESAN, Flávia; FREITAS, Daniel Castanha de. *O Pacto De San José Da Costa Rica E A Jurisprudência Interamericana Em Matéria De Direito À Saúde*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul - RS, v. 1, n. 54, p. 205-225, jan./abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas*. Revista. TST, Brasília, vol. 75, no 1, jan/mar 2009. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010\\_piovesan.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5&isAllowed=y)>. Acesso em: 30 set. 2019.

PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DOS DIREITOS ECONÓMICOS, 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.

PAES, Letícia da Costa. *A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*. 2008.1. 62 f. Trabalho de conclusão de curso - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11993/11993.PDF>>. Acesso em: 16 Ago. 2019.

RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida; MOREIRA, José Cláudio Domingues. *O direito social à saúde na perspectiva da constituição de 1988: um direito individual, coletivo e em construção*. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru - SP, v.50, n.66, p.143-159, jul./dez. 2016.

RODRIGUES DA SILVA, Noedi . *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 – Porto Alegre, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição — do entusiasmo à frustração?* Conjur, 12 out. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-12/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal>>. Acesso em: 09 jul 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. *O conceito de saúde*. Revista Saúde Pública. v. 31, n. 5, p. 538-542. São Paulo, 1997.

SOUZA, Georgia Costa de Araújo; COSTA, Iris do Céu Clara. *O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças*. Revista Saúde e Sociedade. v.19, n.3, p.509-517, São Paulo, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira De; SARMENTO NETO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEIN, Flávia Thais; MORAES, Maria Valentina. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais sociais: o problema da judicialização da saúde no município de Sobradinho*. XIV Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea & IV Mostra nacional de trabalhos científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/17969/1192611938>> Acesso em: 20 Ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 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: 21 set. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . Repercussão Geral no Recurso



Extraordinário 855.178. Sergipe. Plenário. Relator Min. LUIZ FUX. 23 de maio de 2019. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 29. set. 2019.

TOLEDO, Cláudia. *MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã*. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p.102 a 119 Fev/2017. Disponível em: <  
<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

VENTURA, Daisy de Freitas Lima. *Uma visão internacional do direito à saúde*. In COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho e DALLARI, Sueli Gandolfi. (Org.). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009. p. 77-88.