

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

KIWONGHI BIZAWU

MARGARETH ANNE LEISTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Kiwonghi Bizawu, Margareth Anne
Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-100-5 2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A tarefa de promover o conhecimento, de estimular valores e de desenvolver a pesquisa não é nada simples. Sua complexidade decorre de uma imensidão de fatores, inúmeras dificuldades para a superação de entraves que marcam as determinantes do processo de produção do conhecimento.

O presente livro é composto por vinte e seis artigos, que foram selecionados por pareceristas .

Os autores apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos, e suas conclusões foram objeto de amplo debate, no qual coordenadores, autores e a comunidade científica presente puderam contribuir com a pesquisa.

Em linhas gerais, o primeiro debate girou em torno do ser humano como sujeito do direito internacional e as doutrinas relativismos e universalistas.

No segundo debate, foram abordados temas como paz Internacional, ingerência ecológica e liberdade religiosa.

O terceiro debate deve como foco o sistema interamericano de direitos humanos, mais especificamente a Corte Interamericana e os tratados internacionais de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O quarto debate tratou da condição dos refugiados e a imigração no Brasil.

Ainda, foram abordados temas variados como: violação aos direitos humanos da mulher, do idoso e o controle de convencionalidade.

Desse modo, o artigo de Renata Albuquerque Lima , Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior analisa as consequências da proteção internacional dos direitos humanos, verificando-se a necessidade de compreender o valor do indivíduo no cenário internacional, bem como a necessidade de refletir sobre o conceito de soberania historicamente construído. Quanto ao artigo de lavra de Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela, tem por objetivo investigar se a pessoa humana é sujeito de direito internacional, sob o abrigo da cidadania, e a partir de que

momento foi possível considerar tal afirmação. No mesmo diapasão se situam Gustavo Bovi Gonçalves , Pedro Henrique Oliveira Celulare ao apresentarem uma discussão sobre o conceito de Estado soberano ante a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural. Sabrina Nunes Borges , Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy fazem um estudo sobre o surgimento dos direitos humanos como resposta ao abuso e desrespeito praticado pelo homem contra o próprio semelhante. Já Frederico Antonio Lima De Oliveira , Alberto de Moraes Papaléo Paes instigam o espaço da Revista Ensinagem como um instrumento dialético através da possibilidade de crítica e tréplica, apostando numa visão universalista dos direitos humanos.

Para Késia Rocha Narciso , Roseli Borin, numa linguagem poética, a Paz internacional est vista como como direito humanona ótica do efeito borboleta. Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio , Rafael Figueiredo Fulgêncio examinam a violência soberana positivada através das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que estabelecem sanções aplicáveis ao Talibã e à Al-Qaeda, como diplomas jurídicos. Luiza Diamantino Moura aborda a construção da noção da ingerência ecológica como instrumento jurídico para salvaguardar o ambiente dos danos ecológicos. Rafael Zelesco Barretto comenta a relação entre a Sharia, ou lei islâmica, e a liberdade religiosa, enfatizando a possibilidade de múltiplas interpretações das principais fontes deste ordenamento jurídico. Jahyr-Philippe Bichara apresenta uma reflexão sobre imigração e direito internacional, abordando um aspecto jurídico mais complexo da imigração, partindo da soberania dos Estados. Aline Andrighetto destaca em seu artigo os Pactos Internacionais protetores de grupos sociais minoritários, demonstrando a efetividade do compromisso assumido pelos países signatários. Gilda Diniz Dos Santos em belo texto ressalta a jurisprudência internacional e tratados internacionais de direitos humanos contribuindo para efetivação dos direitos humanos do trabalhador. O artigo de Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento , Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento examina a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Clarice Gavioli Boechat Simão "analisa o processo de regionalização da proteção dos direitos humanos, abordando suas justificativas e progressos obtidos, notadamente a partir da ótica interamericana, com suas peculiaridades." Débora Regina Mendes Soares faz "uma análise acerca de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais de grupos vulneráveis integrarem o núcleo duro de normas universais e cogentes identificadas pelo Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos como Jus Cogens, especificamente no âmbito da seara da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos." Maria Lucia Miranda de Souza Camargo analisa a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos ocorridas no país, em razão dos casos que passaram a ser julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Geraldo Eustaquio Da Conceição analisa o instituto do refúgio no Brasil, partindo das Declarações da ONU e da

legislação brasileira sobre o tema. Cecilia Caballero Lois e Julia de Souza Rodrigues escrevem sobre as deliberações das reuniões ordinárias e extraordinárias realizadas no Conselho nacional de Imigração no período compreendido entre 2013 e 2014, para compreender melhor a formulação dos principais mecanismos criados pelo governo brasileiro para regular a permanência de nacionais haitianos por razões humanitárias no Brasil. Erica Fabiola Brito Tuma e Mariana Lucena Sousa Santos tecem críticas contra duas decisões de diferentes cortes acerca do respeito, proteção e aplicação do direito à saúde. Lino Rampazzo e Aline Marques Marino procuram discutir a situação da migração interna no Brasil dentro da Lei nº 6.815/1980, denominada Estatuto do Estrangeiro, tomando como referência os projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas (PL nº 5.655/2009 e PL nº 288/2013) à luz do direito internacional e da Constituição brasileira de 1988, resgatando, para tanto, o princípio da dignidade humana. Artenira da Silva e Silva Sauaia e Edson Barbosa de Miranda Netto analisam "as interpretações explicitadas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acerca da Lei Maria da Penha em sede de Conflitos de Competência." Antonio Cezar Quevedo Goulart Filho faz apontamentos críticos às violações de direitos humanos dos idosos. Igor Martins Coelho Almeida e Ruan Didier Bruzaca estudam o direito de consulta prévia na América Latina, tendo em vista o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. Valdira Barros estuda a eficácia dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo por referencial empírico o chamado caso dos meninos emasculados do Maranhão, analisando-se a denúncia internacional apresentada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos sobre o caso. A seu turno, Joao Francisco da Mota Junior indaga a implementação da LAI pelos estados federados e a violação ao pacto San Jose de Costa Rica. João Guilherme Gualberto Torres e Geovany Cardoso Jevaux apresentam o ensaio intitulado "Ensanchas de um controle de convencionalidade no Brasil: três casos sob análise." Cassius Guimaraes Chai e Denisson Gonçalves Chaves abordam o Controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro, expondo, quanto à sua aplicabilidade, suas tipologias e delimitações teóricas e práticas.

**A TAREFA HOLÍSTICA DE PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SEU TRATO
DIFERENCIADO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS E NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

**THE TASK OF HOLISTICA RIGHTS PROTECTION HEALTH AND ITS TRACT
DIFFERENTIATED IN FRAMEWORK OF THE INTER-AMERICAN HUMAN
RIGHTS SYSTEM AND IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

**Erica Fabiola Brito Tuma
Mariana Lucena Sousa Santos**

Resumo

Este trabalho analisa criticamente duas decisões de diferentes cortes acerca do respeito, proteção e aplicação do direito à saúde. A primeira trata da recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que enfrentou a problemática da justiciabilidade indireta do direito social à saúde, e a segunda, a decisão do STF, que de forma direta reconheceu a proteção a tal direito, atribuindo responsabilidade solidária a todos os entes estatais brasileiros. Critica o fracionamento e consequente tratamento normativo distinto conferido aos direitos civis e políticos de um lado, e de outro, aos direitos econômicos, sociais e culturais, culminando com um verdadeiro impedimento à realização imediata de todos os direitos, apontando que a holística concepção contemporânea dos Direitos Humanos, norteada pelos princípios da indivisibilidade e interdependência desses direitos, impõe sua plena justiciabilidade tanto nos sistemas internacionais, quanto no âmbito doméstico, apontando ainda a importância dos chamados diálogos judiciais, em tal contexto.

Palavras-chave: Direito à saúde, Indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, Justiciabilidade, Diálogos judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines critically two decisions of various courts about the respect, protection and implementation of the right to health. The first deals with their recent decision of the Inter-American Court of Human Rights who faced the problem of indirect justiciability of the social right to health, and the second, the Supreme Court decision that directly recognized the protection of such right, attributing joint liability to all Brazilians state entities. Criticizes the fragmentation and consequent distinct regulatory treatment given to civil and political rights on the one hand, and on the other to economic, social and cultural rights, culminating in a real impediment to immediate realization of all rights, pointing out that the holistic contemporary design of Human Rights, guided by the principles of indivisibility and interdependence of the same rights, imposes its full justiciability both international systems, as in the domestic sphere, still pointing the importance of so-called judicial dialogues in such a context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Indivisibility and interdependence of human rights, Justiciability, Judicial dialogues

INTRODUÇÃO

No contexto de acentuadas transformações experimentadas pelos Estados contemporâneos, especialmente em relação às interações econômica, social e cultural, em quantidade cada vez maior, as jurisdições domésticas necessitam do intercâmbio com outras cortes do sistema jurídico internacional.

Em 2010, na apreciação do Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 175 – Ceará, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a ampla responsabilidade estatal quanto ao direito à saúde, compreendendo assim a responsabilidade solidária entre os entes.

Já no ano de 2013, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), a Corte Interamericana (Corte IDH) enfrentou de maneira indireta esse mesmo direito social, asseverando em sua sentença a interdependência e indivisibilidade dos chamados Direitos Humanos, sem contudo tê-los apreciado de maneira autônoma, onde apenas, por ricochete, e ligado a violações de direitos civis e políticos, este órgão conferiu a proteção demandada pelas vítimas.

O presente trabalho busca analisar os dois casos de enfrentamento do direito à saúde, nas respectivas cortes, à luz das teorias dos diálogos judiciais, observando a tendência do tribunal brasileiro, ou não, aos diálogos transjudiciais, a partir da análise dos votos de seus ministros, demonstrando o nível de permeabilidade desta casa, e ainda, os fundamentos que levam ao trato diferenciado dos direitos civis e políticos de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs), de outro, no âmbito do sistema regional interamericano, até os dias atuais, bem como as vias interpretativas utilizadas, baseadas nos instrumentos internacionais existentes no âmbito de sua atuação.

1 ANÁLISE DA REALIZAÇÃO IMEDIATA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO ÂMBITO DO SIDH

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o direito à saúde já foi enfrentado por sua Corte relacionado ao direito à vida ou e integridade pessoal¹; ao conceito de vida digna²; à atenção médica prestada em centros de reclusão ou outras instituições similares³; e, em outros casos, relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos⁴.

Ocorre que, em nenhum dos casos acima, declarou de maneira direta e autônoma o direito à saúde, nem mesmo no recente Caso Suárez Peralta vs. Ecuador (2013), em que, não obstante em sua sentença o órgão jurisdicional tenha reconhecido o caráter indivisível e interdependente dos Direitos Humanos, a Corte deixou de encarar a problemática ao não considerar o que realmente levou o caso aquele sistema regional de proteção, qual seja, as implicações do direito à saúde por má conduta médica, com responsabilidade do Estado.

Ainda sobre o caso, a realização de procedimento cirúrgico realizado em clínica privada por médicos não habilitados para o exercício profissional resultaram em sequelas graves e permanentes na vítima Melba Suárez Peralta, onde, apesar da abertura de procedimento penal à época dos fatos contra os responsáveis, a falta de diligência e de impulso o levaram à prescrição, cinco anos mais tarde e culminou na impunidades dos mesmos.

Nesse sentido, quando o aludido caso se encontrava ainda na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nem mesmo a violação contida no art. 5.1 da Convenção Americana, que tutela a chamada integridade pessoal, encontrava-se elencada no rol das pretensas declarações de violações estatais. A mesma apenas foi inserida quando, pelo requerimento dos representantes da vítimas, já na Corte IDH, que não enfrentou, conforme já afirmado, o direito à saúde de forma direta.

¹ Caso Furlan y Familiares vs. Argentina; Caso Vera Vera y outra vs. Ecuador; Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Caso Albán Cornejo y otros vs; Ecuador; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.

² Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; Caso “Instituto de Reeducación Del Menor” vs. Paraguay; Caso de los “Niños de laCalle! Vs. Guatemala.

³ Caso Díaz Penã vs. Venezuela; Caso Vera Vera y outra vs. Ecuador; Caso Vélez Loor vs. Panamá; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú; Caso “Instituto de Reeducación Del Menor” vs. Paraguay.

⁴ Caso Artavia Murilo y Outros vs. Costa Rica; Caso Rosendo Cantú e Outra vs. México; Caso Fernández Órtega e Otros vs. México; Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú; Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

Insta ressaltar, ainda em relação ao caso em tela, que a Corte IDH prestigiou outros tribunais regionais, a exemplo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e internacionais, como o Sistema ONU de proteção, em detrimento da jurisprudência interna, no espectro americano, posto que a maior parte dos países membro do sistema já preveem em suas Constituições, a tutela do direito social à saúde.

A esse respeito, LAZARTE⁵ critica o comportamento da Corte IDH quando esta arvora *standards* pouco argumentados, apelando à sua autoridade e não aos fundamentos que a conduziram, mesmo diante de uma crescente jurisprudência decorrente de dinâmicas estratégias de litígio e no fato de tal direito constar explicitamente previsto em constituições, posto que a exigibilidade desse mesmo direito perante tribunais nacionais, constatado em diversos países do continente americano, leve à ideia de superação de pressupostos tradicionais acerca da não-justiciabilidade dos DESCs.

Ocorre que este esboço não pretende traçar um panorama simplista sobre o tema. Ao contrário, apesar de tal contexto, torna-se imperioso destacar o tratamento normativo diferenciado conferido aos direitos civis e políticos quando comparados aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs), com desdobramentos claros inclusive nos mecanismos de monitoramento do cumprimento das obrigações internacionais assumidas, também diferentes, que culminam com a tentativa de verdadeiro fracionamento dos direitos humanos.

O entendimento de que a pretensa distinção entre os direitos civis e políticos em relação aos DESCs liga-se ao suposto caráter de obrigatoriedade negativa do primeiro gênero de direitos em face dos segundos, onde estes últimos implicariam em prestações positivas, ou seja, a de se prestar um atendimento positivo. No entanto, tal divisão tem como fundamento, segundo ABRAMOVICH, uma visão distorcida e naturalista do papel e do funcionamento da máquina estatal, onde mesmo direitos que parecem ajustar-se mais com a facilidade à caracterização de uma obrigação, ou outra, não necessariamente se amoldem a eles.

Assim, os direitos civis e políticos e os DESCs são um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, ao passo em que os grupos de direitos distinguem-se quando relacionados a uma questão de gradação, apenas, e não em aspectos substanciais.

Ocorre que a compreensão atual dos direitos humanos, pautada especialmente pelos princípios da indivisibilidade e interdependência desses direitos faz com que o SIDH institua

meios que proporcionem a justiciabilidade dos DESCs, superando as teorias passadas que tenderam à ideia de divisão dos direitos. Nessa mesma esteira, o entendimento de que os dois grupos de direitos reúnem tanto obrigações positivas quanto negativas, imediatas e progressistas, conforme trazido há pouco.

Ainda sobre a interdependência dos direitos, em muitos casos, as violações de direitos civis e políticos afetam também os DESCs, e vice-versa, especialmente porque estes últimos caracterizam-se justamente por envolverem um amplo espectro de obrigações estatais.

O impedimento à realização imediata de todos os direitos, assim como sua justiciabilidade pelos organismos internacionais, especialmente o SIDH, mesmo que de forma indireta deve servir não somente para a promoção dos Direitos Humanos como um todo, mediante previsão em textos normativos, dotando-os de conteúdo, mas ainda instituir internacionalmente o cumprimento de obrigações assumidas por parte dos Estados, especialmente em casos que consigam alcançar o SIDH, por meio de petições individuais, reclamando a tutela dos DESCs.

A justiciabilidade do direito social à saúde enquanto um mecanismo de exigibilidade de direitos, à luz do princípio da indivisibilidade pode ser observada no SIDH apenas de forma indireta, sem qualquer afastamento de toda a proteção alcançada e portanto já conferida pelo mesmo, conforme já trazido, o que acaba por resultar em medidas de reparação genéricas, sem guardarem uma vinculação direta com o direito vulnerado, gerando incertezas⁶.

No fundamento da crítica ao não enfrentamento direto dos DESCs, tem-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, o Protocolo de San Salvador, e o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Quanto ao primeiro instrumento, resta clara a possibilidade de judicialização ante o mecanismo de petições individuais, no âmbito dos Estados-membro da OEA. Os demais instrumentos limitariam a possibilidade de judicialização dos DESCs, reduzindo a competência ao direitos de liberdade sindical e à educação, o que evidencia com clareza a necessidade de uma interpretação progressiva de proteção dos Direitos Humanos.

Imperioso destacar ainda que a DUDH e a DADDH não distinguiram os direitos em civis e políticos e DESCs. Tal distinção veio a partir de outros instrumentos internacionais, como o preâmbulo da CADH. Em contrapartida, o preâmbulo do Protocolo de San Salvador assevera a

integralidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos, onde as diferentes categorias constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

A tese da indivisibilidade pode ser notada ainda na Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Teerã, em 1968, e na Declaração e o Programa de Viena, em 1993, o que, aliadas ao litígio estratégico no sistema regional em comento desdobrou-se em inegáveis conquistas concernentes à proteção dos DESCs.

Desta feita, a interpretação normativa interamericana no sentido da plena efetividade dos DESCs, não obstante os elementos de progressividade e recursos disponíveis, que podem configurar-se como condicionantes normativos para a justiciabilidade desses direitos, devem ser levados em consideração de acordo com as particularidades de cada Estado. Ocorre que a interpretação evolutiva considerando o *corpus júris* interamericano em seu conjunto (Convenção e Protocolo de San Salvador) impõe a necessária evolução que deve ser dada à jurisprudência interamericana sobre a eficácia normativa plena do art. 26.

A própria Corte IDH, já asseverou em outros julgados que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Sustentou ainda que tal interpretação evolutiva é condizente com as regra gerais de interpretação estabelecidas no art. 29 da CADH, assim como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Impende-se que não apenas os direitos sociais demandam ações progressistas para sua satisfação, quando comparados aos direitos civis e políticos, posto que ambos exigem ações do Estado e requerem medidas progressistas, para satisfação integral, apesar de muitos dos DESCs requererem maiores esforços estatais. Assim, a interpretação evolutiva do princípio da progressividade o liga à busca da realização de todos os direitos, e não apenas, parte deles.

Desta forma, o princípio da progressividade é caracterizado pelos elementos do gradualismo e não retroatividade⁷, onde o primeiro relaciona-se à adoção de medidas de implementação durante o decurso do tempo, e o segundo, a vedação de alterações que alterem a situação de alcance de direitos, seja no âmbito das ações do poder executivo, no que diz respeito às políticas públicas, quer no âmbito do poder legislativo, com a edição de novas leis.

Considerando assim o art. 26 da CADH como porta para a judicialização dos DESCs, posto que ser esta a única norma do aludido pacto que se refere “aos direitos que derivam das

normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”, o tratamento pela Corte IDH tem se mostrado tímido e tangencial, não obstante os esforços das vítimas nas exigências de proteção desses direitos. Nesse sentido, manifestou-se o juiz Eduardo Ferrer MacGregor em seu voto concorrente no caso Suárez Peralta vs. Ecuador⁸, ao aduzir que a norma antes mencionada outorga à Corte IDH competência para pronunciar-se sobre o direito à saúde, compreendendo a justiciabilidade direta do direito social, e não apenas em conexão com outros direitos civis.

Ressalta-se aqui a ampla abertura observada no voto do juiz, quanto à importância da interação múltipla com outras cortes, transnacionais e nacionais, quando do momento de sua tomada de decisão, com a consequente recepção de argumentos, muito embora, segundo a teoria de Anne-Marie Slaughter em *A typology of transjudicial communication*, em sua classificação quanto ao grau de reciprocidade das comunicações, o que possa ser notado no caso tenha sido o *monólogo*, com apenas a citação de precedentes de outros tribunais.

Ainda na mesma seara, sem negar os avanços alcançados na proteção dos DESCs, quando postulado de maneira indireta (prática da Corte IDH), tal conduta não outorga uma eficácia e efetividade plena desses direitos, desnaturalizando sua essência, e não esclarecendo as obrigações estatais sobre esta matéria, o que provoca sobreposição entre direitos, e leva a confusões desnecessárias nos tempos atuais.

Ainda sobre a necessária interpretação evolutiva dos Direitos Humanos, tem-se que o empréstimo oriundo da troca de experiências apresenta como desdobramento favorável determinado consenso, ou ao menos, aproximação, em termos internacionais, sobre determinadas questões em matéria de jurisdição constitucional, o que contribui diretamente para a promoção e proteção, especialmente dos direitos humanos, posto que a oxigenação de argumentos cooperou para uma mais adequada racionalidade das decisões locais, evidenciada por meio do diálogo judicial.

Ao efetuar uma interpretação evolutiva a Corte IDH tem outorgado especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utiliza normas e jurisprudência internas, bem como de outros sistemas regionais, e ainda do sistema global de proteção dos Direitos humanos, quando do momento de analisar seus casos.

Esse enriquecimento mútuo, por meio de intercâmbios, troca de experiências, argumentos, incorporação de princípios, precedentes e *Standards* potencializa as proteções já alcançadas em nível local, regional e global, sendo extremamente importante a divulgação do conteúdo das deliberações internacionais de direitos humanos, e da possibilidade de seus usos nos diversos processos judiciais, programas de governo e outras ações em curso nos Estados.

Assim, a superação do constitucionalismo doméstico soberano tira dos Estados o *locus* solitário e privilegiado de resolução de conflitos, especialmente os que envolvem violações de direitos humanos, realocando-o para um dos diversos que surgem, no reconhecimento de diversas dimensões jurídicas entrelaçadas e interrelacionadas na busca de resolução de dado problema, com o compartilhamento de argumentos.

A ligação das interações, com a análise comprometida, criteriosa e ampla do caso concreto, permeada por precedentes transnacionais que já enfrentaram processo de reflexão pela comunidade jurídica formadas por órgãos e tribunais locais e transnacionais define os novos rumos do constitucionalismo, lado a lado do reconhecimento e proteção cada vez crescente à proteção internacional dos direitos humanos, sem, contudo pretender-se substituir o constitucionalismo estatal.

Sob esse enfoque, pretende-se analisar o segundo caso no presente trabalho, qual seja, a tendência à abertura do STF, ou não, aos diálogos transjudiciais, a partir da análise dos votos de seus ministros, demonstrando o nível de permeabilidade desta casa, em matéria do direito social à saúde.

2 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA QUANTO À PLENA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A INCLUSÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS ENQUANTO EXIGÍVEIS

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da “judicialização” da saúde em um caso emblemático: o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Ceará, de 17/03/2010. O julgado teve importância nacional, pois tratou de tema “inédito”: a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, mais precisamente, o direito à saúde.

No caso, houve a necessidade de concessão de tratamento médico para uma jovem portadora de uma patologia rara. No entanto, como o tratamento tinha custo elevado, a mesma ingressou com ação judicial requerendo o fornecimento pelo Estado de Ceará, município de Fortaleza ou a União.

O direito à saúde, foi tratado não somente como um direito social, garantido na CF/88 (art. 196), mas discutida sua transcendência para além de uma “promessa constitucional”. Trata-se de um direito fundamental, e portanto, conforme prevê o art. 5º, § 1º da CF/88, possui aplicação imediata.

Todo e qualquer direito social, não pode ser considerado meramente uma norma programática, aguardando a posição do Poder Executivo ou Legislativo, para ter seu efeito concretizado, segundo os ministros no julgado

Ingo Sarlet diz:

sobre a problemática específica da eficácia das normas programáticas, isto é, dos direitos fundamentais que assumem esta forma no que diz com a técnica de sua positivação, basta-nos, por ora, a certeza de sua existência, ao que se soma a constatação já feita de que todas as normas constitucionais – inclusive as programáticas – são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade”. (...) O constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, discutiu-se a responsabilidade dos entes federativos em matéria de saúde. Contudo, o art. 23, II da CF/88 foi enfático ao conceder competência aos três entes para cuidar da saúde. Ademais, conforme incontáveis decisões elencadas no próprio processo analisado, a matéria restou indiscutível para os ministros do Supremo.

O Ministro Relator Gilmar Mendes afirmou que pelo fato de o SUS ter seus serviços de maneira descentralizada e por ter unido seus recursos financeiros com o escopo de melhorar a qualidade na prestação da saúde, fortaleceu o argumento de responsabilidade solidária entre os entes.

Inegavelmente, surge como uma das questões centrais para o debate de direito à saúde, a ingerência “indevida” do Poder Judiciário sobre o Legislativo e Executivo. Explica-se: a saúde, enquanto direito público subjetivo e DESC (direitos econômicos, sociais e culturais), necessita, para se materializar, do Poder Legislativo para editar normas. Ademais, o direito à saúde, requer uma afinação entre todos os poderes. Nesse sentido, o Poder Executivo é o responsável pela elaboração e execução de políticas públicas sociais, capazes de dar concretude ao texto constitucional.

O problema das políticas públicas na área da saúde, não ocorre isoladamente no Brasil, mas sim em muitos de seus vizinhos latino americanos. No julgamento da STA 175, o STF não trouxe doutrinas estrangeiras latino americanas, nem decisões desses países que fundamentassem seus votos para além de citações de julgados do próprio STF e doutrinas europeias. E, além disso, no voto do Min. Relator, o mesmo levantou a questão da “posição desconfortável que estão enfrentando, os direitos sociais”, afirmando que é um desafio atual do direito comparado.

Porém, apesar do que foi afirmado pelo Ministro Relator, timidamente, citou as Constituições da Alemanha e Portugal pela ausência de eficácia expressa desses direitos, mas olvidou-se dos vizinhos latino americanos que já conferem expressamente essa proteção, como é o caso da Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, El Salvador, Haiti, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Uruguai, Peru, Panamá, Suriname, Venezuela e República Dominicana.

Ao tratar do problema que passam os direitos sociais, brevemente, o Ministro se afasta do direito comparado e volta à análise de “nosso direito”: “ainda que estas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público (...) é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito”.

Mesmo assim, o STF se posicionou acertadamente, quando tratou que o direito à saúde. Ao dizer que o problema de nosso país não está em “fazer políticas públicas, mas sim de executá-las”, o Min. Gilmar Mendes, atingiu o cerne da questão: os gestores das políticas públicas, convertem em promessa, o que é dever constitucional, ao não executar as políticas públicas

sociais, que necessitam os jurisdicionados para uma vida digna e com respeito aos direitos humanos.

Por serem direitos de prestação positiva, os direitos sociais, têm essa “feição” de dependência de “vontade do legislador ou executor das políticas públicas”, já que além disso, dependem de questões orçamentárias do ente federado.

Porém, tais dificuldades na má administração na gestão não podem prejudicar os direitos dos cidadãos à prestação digna do direito à saúde. Portanto, embora, a Constituição tenha elencado o direito à saúde como norma programática, dificultando, anteriormente, a exigibilidade desses direitos, atualmente, essa ideia não pode vingar. Enquanto direito humano, a saúde, decorrente do direito à vida pode ser exigível por si mesmo, sem dependência de qualquer outro direito para se fazer concreto.

Inegavelmente, a saúde é um direito que precisa de recursos econômicos em áreas estratégicas para ser fornecido adequadamente. Não se quer, no presente trabalho, entrar no mérito de qual a melhor ou mais adequada política pública.

O que se pretende é reafirmar que direitos sociais, não podem ser promessas, e que, para sua efetivação, sempre que necessário, o Poder Judiciário, deverá dar uma resposta a um caso concreto em que houver ausência, omissão dos outros poderes na prestação de um serviço, ou pior: violação desses direitos tão caros aos seres humanos.

ABRAMOVICH afirma que a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais depende em parte de atividades de planejamento, previsão orçamentária e implementação que, cabem ao poder público, sendo limitados aos casos em que o Poder Judiciário pode cumprir a tarefa de suprir a inoperância daquele.

Mesmo dessa forma, existe certa margem de atuação do Poder Judiciário, que tem baseado suas decisões em relação aos direitos sociais afetados, nas Constituições e Tratados de Direitos Humanos. O autor continua: “A jurisprudência dos tribunais domésticos na América Latina dá exemplos de algumas vias exploradas por eles com sucesso para cumprir a função de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais.”

O autor ainda propõe ainda uma espécie de “diálogo” entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos pactos de direitos humanos. Isso porque, “quando as normas constitucionais ou legais determinarem, para o planejamento de políticas públicas”, pautas que dependam de direito

econômicos, sociais ou culturais, e os Poderes respectivos não tiverem adotado medida alguma, o Poder Judiciário irá intervir nessa omissão e vai enviar novamente ao Poder devido, a elaboração da medida necessária.

Não pode, o Estado gestor, argumentar, que diante de falta de recursos para implementação de políticas públicas, sofrerá o jurisdicionado com essas “escolhas trágicas”. Portanto, pode até surgir dúvida quanto à interferência do Poder Judiciário no caso da prestação da saúde. Essa dúvida é rapidamente sanada, quando se analisa a espécie de direito violado.

Por se tratar de direitos humanos, como a saúde, indisponível, inalienável e, portanto, impossível de se esquivar de apreciação judicial sempre que violados, percebe-se que, diante de omissão estatal na prestação da saúde, não há violação ao princípio da separação dos poderes, posto que o Judiciário não elaborou nem implantou política pública, apenas determinou seu cumprimento, como garantia à prestação desse direito social.

Aparentemente, outro princípio violado, quando da “judicialização da saúde”, pode ser uma limitação fática à exigibilidade judicial dos direitos sociais, é o princípio da reserva do possível. Para a efetivação de políticas públicas, o Estado demanda recursos, e conseqüentemente orçamento.

A violação ao princípio da reserva do possível, pode ser pensada pela limitação de gastos públicos com determinadas ações. Assim, quando o Judiciário concede uma medida para que o Estado arque com as despesas de um tratamento médico individual, teoricamente, o mesmo não previu tal gasto, por não ser este planejado, e por isso, os gestores públicos se insurgem quando recebem condenações nesses casos.

Alexy define esse termo como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Isso não significa uma ineficácia na prestação de qualquer direito social, mas sim a necessidade de ponderação diante do caso concreto, sopesar um direito fundamental frente à possível violação de outros. Ou seja, em que medida o direito fundamental de tutela da saúde individual, pode ou não prejudicar a coletividade.

O Ministro Gilmar Mendes, se debruça sobre o tema, na STA 175, de forma aprofundada, e buscou subsídios em alguns autores estrangeiros. Afirmou que os direitos fundamentais não têm apenas proibição de intervenção, mas também postulado de proteção. Traz ao debate os autores Holmes e Sustain para confirmar todas as dimensões de direitos fundamentais têm custos.

No entanto, mesmo diante de tamanho arcabouço teórico, o fundamento para a “interferência” do Poder Judiciário nas decisões de judicialização da saúde é parecido com a questão da separação dos poderes: o Poder Judiciário não pode se afastar da apreciação judicial em casos de direitos fundamentais, como a saúde, restando imperiosa a análise do caso concreto para que seja feita a ponderação dos direitos possivelmente violados. A decisão brasileira, foi decisiva em nosso contexto jurídico quanto à justiciabilidade plena dos direitos econômicos, sociais e culturais, o direito social à saúde.

Com o intuito de analisar se essa decisão é isolada no contexto mundial, ou se apresenta relações com outros tribunais, a questão passa a ser olhada sob o prisma das teorias do diálogo judicial. Esse olhar diferenciado tem como objetivo analisar se há ou não diálogo entre cortes de diferentes países e em que medida e grau isso ocorre. Para que ocorra de modo mais claro, foi escolhida a tipologia da autora Vick Jackson, que aduz basicamente em sua teoria, como os tribunais têm dialogado com outras cortes estrangeiras.

Vick Jackson trata de posturas tomadas pelos tribunais nacionais e transnacionais. Para tanto, classifica-as e afirma que tais posturas podem ser de convergência, resistência ou engajamento. A esse respeito, no STF não se vislumbra o engajamento, já que nesse, a ideia de utilizar o direito internacional, decisões e doutrinas como uma ferramenta legítima e constante.

Na realidade brasileira, existe uma dúvida se a postura do STF pode ser vista como de resistência ou convergência. Há uma linha tênue que divide as duas. A resistência pode ser manifestada de três formas: silêncio (desconhecimento total), a indiferença (conhecimento das decisões estrangeiras, mas ignora sua existência) e a resistência ativa (conhece a fundo, mas opta por não utilizar fontes estrangeiras).

A resistência ativa, pode ser um movimento no sentido oposto de uma resistência mais extremada, pois, já demonstra um conhecimento da jurisprudência internacional. Nesse sentido, que pode ser próxima à convergência, está aqui a linha tênue.

A convergência, que é uma aproximação com o direito estrangeiro, apesar de possuir várias espécies, no caso do STF, a mais visível é a de resultado. Quando um tribunal busca respostas equivalentes em situações semelhantes, assim, o STF, diversas vezes chega à mesma decisão que seus vizinhos latino americanos, ou que a própria Corte, mas não utiliza as mesmas vias interpretativas.

Há explicação para que seus resultados coincidam. A convergência possui bases normativas ou jurisprudenciais, como os direitos morais universais. Se um direito é protegido para todos os seres humanos, assim, todos os tribunais devem decidir da mesma forma acerca dos mesmos direitos. É o caso do direito à saúde e sua justiciabilidade.

O STF enfrentou o tema de forma diferente da Corte Interamericana, mas ambos chegaram a resultados iguais: a proteção desse direito de maneira integral. Os votos do Min. Relator e do Min. Celso de Mello, buscaram, embora timidamente, se “afinar” ao que ocorre em matéria de direito à saúde.

De qualquer forma, não se pode dizer que essa postura é de resistência, pois os ministros ressaltam a importância de conhecer o direito estrangeiro e chegam a um resultado semelhante quanto se trata de direitos morais universais, como o direito humano à saúde.

Essa decisão representou uma revolução em matéria de DESCs no Brasil, não somente na área da saúde, e restou demonstrado que qualquer direito social, pode e deve ser plenamente exigível perante o Poder Judiciário sempre que houver ameaça de lesão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foram analisados dois casos judiciais versando sobre o direito social à saúde, levados à Corte IDH e ao STF. O primeiro tribunal enfrentou-o de forma indireta, tangenciando tal direito aos direitos civis e políticos, enquanto a segunda casa, de forma direta, concluiu pela ampla possibilidade de judicialização desse direito, devendo o mesmo ser demandado, solidariamente, por todos os entes e órgãos estatais.

Com base na compreensão contemporânea em termos de proteção dos Direitos Humanos, especialmente no que concerne as características da indivisibilidade e interdependência de tais direitos, demonstra-se, somado ao conjuntos de instrumentos internacionais, jurisprudência e normas oriundas do direito interno dos Estados americanos, a possibilidade de enfrentamento direto dos chamados direitos sociais.

Relacionado ao segundo caso, demonstra-se que o modo como o STF imprimiu eficácia ao direito fundamental à saúde encontra amparo na Constituição, nos instrumentos e organismos

internacionais que o Brasil faz parte e ainda, da proteção de cunho moral universal conferida aos direitos humanos.

Assim, não obstante o caso brasileiro tenha sido julgado anos antes do caso levado à corte regional, depreende-se do tribunal brasileiro interessante contribuição, a ser utilizada inclusive, pela Corte IDH, quando no futuro, à luz da necessária interpretação evolutiva dos direitos humanos, e oxigenada pelos diálogos judiciais com outras cortes regionais e também tribunais internos do próprio sistema, que muito têm a contribuir em matéria de justiciabilidade de direitos sociais, esta finalmente construir jurisprudência bem definida e delimitada, do enfrentamento direto desse direito social, de modo a demonstrar aos Estados membros, detidamente, suas verdadeiras obrigações internacionais, modulando e aperfeiçoando o direito interno, e promovendo uma maior proteção desses direitos nas Américas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil**, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 20 de Julho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). Acesso em 20 de Julho de 2015.

CORTEIDH. **Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Fondo**. Sentencia de 31 de mayo de 2013.

JACKSON, Vicki. **“Constitutional Engagement in a transnational era”**. Oxford: New York, 2010.

LAZARTE, Renata Bregaglio. **“Verdadera indivisibilidad? Las consecuencias de la judicialización indirecta de los derechos econômicos, sociales y culturales em el sistema interamericano de derechos humanos”** In LOPES, Ana Maria D’Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 257.

_____. **Problemas prácticos Del control de convencionalidad em los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales**. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/2251/2506>>. Acess oem 05 de Julho de 2015.

PEREZ, Aida Torres. **“Conflicts of Rights in the European Union: a tehory of supranational adjudication”**. Oxford: New York, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **“A typology of transjudicial communication.”** University of Richmond Law Review, vol 29, 1994.

_____. **“A Global community of courts”.** Harvard International Law Journal, vol. 44, winter/2003.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais.** 1. ed. Curitiba: Appris, 2014.

WANG, Daniel WeiLiang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 20 de Julho de 2015.