

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Jorge Lintz Calixto Santos Souza

**Proteção Constitucional do Direito à Saúde na Jurisprudência Interamericana
sob a Óptica do Constitucionalismo Regional Transformador**

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2024

JORGE LINTZ CALIXTO SANTOS SOUZA

**Proteção Constitucional do Direito à Saúde na Jurisprudência Interamericana
sob a Óptica do Constitucionalismo Regional Transformador**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito final à aprovação no curso que viabiliza a obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo: Direito Constitucional.

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

São Paulo

2024

JORGE LINTZ CALIXTO SANTOS SOUZA

Proteção Constitucional do Direito à Saúde na Jurisprudência Interamericana sob a Óptica do Constitucionalismo Regional Transformador

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito final à aprovação no curso que viabiliza a obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo: Direito Constitucional.

Aprovado em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Examinador 1: Prof. Dr. Márcio Pugliesi

Examinador 2: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Dedico este trabalho

*Aos meus pais, pela motivação constante,
além da fé inabalável.*

*Aos meus filhos, minhas inspirações diárias
de amor e alegria.*

“[...] E nenhuma nação pode estar segura ou próspera por muito tempo, se os direitos básicos dos seus cidadãos não forem protegidos.”¹

“[...] And no nation can be secure or prosperous for long, if the basic rights of its citizens are not protected.”

¹ Discurso de Kofi Annan (Ex- Secretário Geral da ONU) na sessão inaugural do Conselho de Direitos Humanos. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2006/06/182992>. Acesso em: 26 de agosto de 2023.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) e da Fundação São Paulo.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) e da Fundação São Paulo.

AGRADECIMENTOS

Na minha caminhada sempre busco reconhecer e agradecer todos aqueles que diretamente ou indiretamente me proporcionaram crescimento. Portanto, sou especialmente grato:

Aos meus pais Jorge Félix e Eliete Calixto, minha irmã e advogada Izabel Milena Calixto, esposa Camila e filhos pequenos André Lintz Calixto e Joaquim Lintz Calixto pelo carinho e atenção de sempre.

Agradeço, também, a minha orientadora e prof.^a. Dr.^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos por ter aceitado esse desafio de me orientar e pelos importantíssimos conselhos fornecidos ao longo dos trabalhos. Me sinto, extremamente, privilegiado e honrado.

Ao professor e doutor Márcio Pugliesi pelo interesse e disponibilidade em fazer parte da banca examinadora.

A professora e doutora Maria Garcia pela compreensão, dedicação e conhecimento passados durante o curso do Mestrado, bem como à disposição em integrar esta banca de qualificação/defesa.

Aos professores e doutores Carlos Eduardo Dieder Reverbel e Marcelo Schenk Duque da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelos ensinamentos durante o período que fui aluno ouvinte do mestrado desta universidade, como também, por ter aceitado meu convite para compor a banca de defesa.

As professoras baianas e Me. Adriana dos Reis e Dr.^a. Luciene Santos pela paciência, profissionalismo e dedicação exemplar nas correções do trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) pela oportunidade de fazer parte desta instituição consagrada no nosso país.

À CAPES e a Fundação São Paulo, cuja ajuda financeira foi essencial para o desenvolvimento deste trabalho acadêmico.

SOUZA, J. L. C. S. **Proteção Constitucional do Direito à Saúde na Jurisprudência Interamericana sob a Óptica do Constitucionalismo Regional Transformador.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2024.

RESUMO

O presente trabalho emerge da preocupação suscitada em torno da proteção do direito fundamental à saúde, principalmente, no contexto das demandas judiciais na jurisprudência interamericana. Ademais, pretende-se entender a superação da concepção individualizada e privilegiada da tutela da saúde para pensar em uma proteção cada vez mais coletiva, tendo em vista a necessidade global de que o ser humano faz parte. Dificuldades globais exigem soluções globais e, o ordenamento jurídico necessita regulamentar para promover respostas mais protetivas aos indivíduos. Dentro do contexto histórico e jurídico, observa-se múltiplos artigos e decisões e, neste estudo, almeja-se compreender como a defesa do direito fundamental à saúde se desenrolou durante esses últimos anos na jurisprudência interamericana, inclusive, em meio à pandemia. O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina se baseia no constitucionalismo transformador para procurar referências que concretizem o reconhecimento da superioridade das normas dos direitos fundamentais, incluindo a da saúde com um enfoque na região mais desigual do mundo. A América Latina tem um histórico de profundas desigualdades sociais, bem como a falta de implementação do amplo rol dos direitos fundamentais que, muitas vezes, estão delineados nas suas respectivas cartas magnas. O objeto de estudo delineado aqui, portanto, concentra-se, prioritariamente, no direito fundamental à saúde à luz do constitucionalismo transformador. Para uma compreensão adequada, foi conduzida uma revisão bibliográfica que abordou os conceitos de direito fundamental, constitucionalismo transformador, o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, além da análise jurisprudencial das ações mais relevantes sobre o tema no Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como resultado desta pesquisa, defendo que o direito à saúde é, inegavelmente, um direito fundamental que requer proteção, e que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o privado, especialmente nas decisões dos órgãos judiciais interamericanos, corroborando com a visão sobre a importância da proteção dos direitos humanos e do constitucionalismo regional transformador para a sua real implementação.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Constitucionalismo Transformador. Jurisprudência Interamericana.

SOUZA, J. L. C. S. **Proteção Constitucional do Direito à Saúde na Jurisprudência Interamericana sob a Óptica do Constitucionalismo Regional Transformador.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2024.

ABSTRACT

The present work emerges from the concern raised around the protection of the fundamental right to health, mainly in the context of legal demands in inter-American jurisprudence. Furthermore, we intend to understand how to overcome the individualized and privileged conception of health protection to think about increasingly collective protection, taking into account the global need in which we are part. Global difficulties require global solutions and the legal system needs to regulate to promote more protective responses to individuals. Within the historical and legal context, we observed multiple articles and decisions and, in this study, we aim to understand how the defense of the fundamental right to health has unfolded during these last years in inter-American jurisprudence, including in the midst of the pandemic. The *ius Constitutionale Commune* in Latin America is based on transformative constitutionalism to seek references that materialize the recognition of the superiority of fundamental rights standards, including health, with a focus on the most unequal region in the world. Latin America has a history of profound social inequalities, as well as a lack of implementation of the broad list of fundamental rights that are often outlined in their respective charters. The object of study outlined here, therefore, focuses primarily on the fundamental right to health in the light of transformative constitutionalism. For a proper understanding, we conducted a bibliographical review that addressed the concepts of fundamental law, transformative constitutionalism, the impact of the Inter-American Human Rights System, in addition to the jurisprudential analysis of the most relevant actions on the subject in the Federal Supreme Court (STF) and the Federal Court Inter-American Human Rights. As a result of this research, I argue that the right to health is, undeniably, a fundamental right that requires protection, and that the collective interest must prevail over the private, especially in the decisions of inter-American judicial bodies, corroborating the view on the importance of protection of human rights and transformative regional constitutionalism for its real implementation.

Keywords: Fundamental right to health. Transformative Constitutionalism. Interamerican Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDI	Carta Democrática Interamericana
CE	Conselho da Europa
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
DADH	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
DESCA	Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
ICCAL	Ius Constitutionale Commune na América Latina
OAS	Organização dos Estados Americanos
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Pan-Americana de Saúde
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR	19
1.1 Conceito	19
1.2 Características	29
1.3 Algumas críticas importantes	30
1.4 O papel das Cortes Constitucionais	31
1.5 Algumas Constituições transformadoras	33
1.6 Outras informações relevantes	34
1.7 <i>Ius Constitutionale Commune</i>	34
2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO À SAÚDE	39
2.1 Dos direitos fundamentais	39
2.2 Breve contexto histórico nas Constituições Brasileiras	50
2.3 Proteção na Constituição Federal de 1988	56
3 PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANO	63
3.1 Sistema Interamericano	63
4 DO DIREITO À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTEXTO DA PANDEMIA – ESTUDOS DE CASOS	77
4. 1 Estudo de casos	78
5 DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SISTEMA INTERAMERICANO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO PANDÊMICO	100
5.1 Breves considerações	100
5.2 Diálogo	110
CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

O presente trabalho emerge da preocupação suscitada em torno da proteção do direito fundamental à saúde ao longo desses últimos anos, principalmente, no contexto das demandas judiciais na jurisprudência interamericana. Cabe frisar que a pandemia da COVID-19, que assolou o mundo, trouxe, novamente, à tona questões complexas relacionadas aos direitos fundamentais e à atuação do sistema jurídico em situações de emergência. Nesse contexto, inúmeros países se viram confrontados com a necessidade de equilibrar a proteção da saúde pública com as liberdades individuais.

Em um universo cada vez mais interligado por causa da globalização, os Estados são obrigados a inovar e ampliar direitos fundamentais em seus ordenamentos e suas resoluções jurídicas, tomando como pilares, inclusive, vários preceitos internacionais, especialmente no que tange ao direito fundamental à saúde. A necessidade da proteção coletiva do direito à saúde é um tema que está na ordem do dia, demonstrando a importância de um estudo para que haja uma adequada troca e concretização de boas práticas.

Diante desse cenário, esta pesquisa almeja lançar luz sobre como a defesa do direito fundamental à saúde se desenrolou ao longo dos últimos anos e, também, na jurisprudência interamericana, sob a perspectiva do constitucionalismo transformador.

O objeto de estudo delineado aqui concentra-se no estudo da proteção do direito fundamental à saúde em âmbito jurisprudencial interamericano incluindo, inclusive, decisões em meio a uma pandemia, uma crise de saúde pública de magnitude global. A análise da interação entre o direito à saúde e os desafios impostos pela pandemia nos remeteram a questões cruciais que ultrapassaram as fronteiras nacionais. Portanto, é fundamental compreender como os sistemas jurídicos regionais, como o sistema interamericano, responderam a essa crise, especialmente à luz do conceito de constitucionalismo regional transformador.

Partindo dessas reflexões, formulo o seguinte questionamento: Como a proteção do direito fundamental à saúde vem sendo tratada nos últimos anos no nosso país, bem como na jurisprudência interamericana sob a óptica do constitucionalismo regional transformador?

Para atingir o objetivo e responder a essa pergunta, revisões bibliográficas e normativas foram realizadas, abordando as partes histórica, doutrinária, os conceitos

de direitos fundamentais, constitucionalismo regional transformador e Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Essas revisões permitiram a contextualização do estudo nos campos teórico e normativo proporcionando, assim, uma base sólida para a análise das decisões judiciais à luz dos princípios e normas que regem o direito fundamental à saúde na região interamericana.

Além da revisão bibliográfica realizada, para uma compreensão adequada dessa dinâmica, foi conduzida uma análise jurisprudencial das ações dos últimos anos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais tiveram relevância e impacto no debate, dentre elas, a vacinação durante a pandemia. Essas decisões judiciais fornecem insights valiosos sobre como os tribunais interpretam e aplicam o direito à saúde em várias circunstâncias, destacando a importância do papel do judiciário na proteção dos direitos fundamentais, principalmente, em tempos de crise.

Para iniciar a análise, no capítulo primeiro (Constitucionalismo Regional Transformador), explico, em linhas gerais, as teorias do Constitucionalismo Regional Transformador e *Ius Constitutionale Commune* com enfoque na América Latina já que é uma região marcada por desigualdades sociais. Ademais, cabe mencionar que essas teorias se baseiam nas constantes experiências similares enfrentadas nesses países que possuem uma minoria da sua população vivendo em excelentes condições de vida enquanto a grande maioria em precariedade, muitas vezes, absoluta de direitos fundamentais. Portanto, transformar a realidade e buscar a efetividade dos institutos jurídicos são, sem sombra de dúvidas, fortalecer o Estado Democrático de Direitos, os direitos humanos e o direito fundamental à saúde.

No capítulo segundo (Proteção constitucional ao direito à saúde), apresento as principais teorias dos direitos fundamentais, assim como a tutela do direito à saúde nas Constituições Brasileiras. Ademais, cabe frisar que será abordado a abrangência e a aplicabilidade do aprendizado desse direito fundamental à saúde, ressaltando que se trata não apenas de tutela à saúde individual, mas também à saúde coletiva, bem como entender que é sob à visão constitucional de defesa e proteção à saúde que esse direito fundamental está inserido.

Seguidamente, no capítulo terceiro (Proteção do direito à saúde no Sistema Interamericano), analiso e demonstro o entendimento doutrinário e normativo da proteção do direito à saúde, bem com as decisões relacionadas à saúde na esfera do sistema interamericano. Examina-se como o arcabouço jurídico na América Latina é

compreendido e utilizado para efetivar a tutela desse direito fundamental em diversas conjunturas, inclusive, no momento pandêmico pelo qual a humanidade passou, contribuindo, portanto, para um entendimento mais abrangente do sistema de direito à saúde na região interamericana.

As adversidades comuns e insistentes da América Latina originam-se de um passado histórico, cultural e político comuns, marcados pelas desigualdades estruturais e déficits de suas instituições, o que gera empobrecimento e segregação de diversos seguimentos da sociedade. Dessa maneira, os desafios estruturais da região na saúde, que serão adequadamente identificados e debatidos, são os alicerces para a formulação das diretrizes interamericanas, e o sistema interamericano nos convoca para compartilhá-los.

No quarto capítulo (Do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal e o contexto da pandemia – estudos de casos) analiso o direito à saúde com base nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizando, para tal, as decisões que tiveram relevância durante a pandemia.

Para a escolha das ações paradigmas julgadas pela nossa Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal - STF) sobre direito à saúde considerou-se, inicialmente, 2(dois) cortes metodológicos, ou seja, primeiramente, referente ao órgão julgador e segundo, ao intervalo temporal de julgamento.

Instituiu-se, quanto ao órgão julgador, que somente julgados do plenário do STF constituiriam o propósito da análise, precisamente pela perspectiva de proximidade com o entendimento da Corte. Foram desconsideradas, assim, decisões das Turmas, julgamentos ainda não concluídos, bem como as decisões monocráticas do próprio e de outros tribunais.

O intervalo temporal observou o período compreendido entre 16 e 17/12/2020, data da decisão do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1267879/SP, tendo como relator o Ministro Roberto Barroso e 17.12.2020, data da decisão das Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6586 e 6587, de relatoria Ministro Ricardo Lewandowski, uma vez que foi a partir de tais casos que o STF passou a reconhecer que a obrigatoriedade da vacinação não viola a liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

No quinto e último capítulo (Diálogo jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e o Sistema Interamericano na proteção do direito à saúde e o contexto pandêmico) investigo como acontece o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal, o

Sistema Interamericano e o Constitucionalismo Regional Transformador, na tutela ao direito à saúde na pandemia.

A maior motivação deste estudo é revelar que o direito à saúde tem proteção constitucional, os julgados e a respectiva jurisprudência interamericana têm caminhado cada vez mais pela proteção coletiva e que o cenário pandêmico com a participação mais efetiva de todos os envolvidos é o cenário ideal para a implementação da proteção constitucional ao direito à saúde, inclusive com implicações nos novos arcabouços jurídicos.

Por fim, importante dizer que compreendo que o momento para analisar, pesquisar e discutir o direito à saúde não poderia ser mais oportuno, pois inúmeros são as implicações históricas, jurídicas, sociais, econômicas, ambientais e interseccionais que podem ter impactos na sociedade.

Consigna-se que, diante da importância do tema, o estudo deverá compreender as seguintes questões: a) A defesa constitucional ao direito à saúde e b) estudos de julgados referentes ao tema, incluindo, por sua vez, casos relevantes debatidos e julgados no Supremo Tribunal Federal (STF) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos durante à pandemia

1 Constitucionalismo Regional Transformador

Este capítulo tem como propósito analisar, em apertada síntese, conceitos, características e outras informações relevantes do Constitucionalismo Regional Transformador, bem como mostrar as principais Constituições que utilizam tais preceitos. No estudo aqui apresentado, buscam-se referenciais teóricos que corroboram na determinação da supremacia dos direitos fundamentais e sua respectiva busca de efetivação.

O nosso planeta carrega um legado de profundas desigualdades sociais, nas quais o amplo rol de direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos, muitas vezes, não se traduz em realidade para a população. Ademais, essas desconformidades geram relevantes violações na esfera dos direitos humanos, exigindo, portanto, uma mudança na interpretação constitucional.

Em resposta a essa realidade, surge o Constitucionalismo Regional Transformador, buscando superar as falhas dos modelos tradicionais e construindo um sistema jurídico regional mais justo, inclusivo e efetivo.

O *Ius Constitutionale Commune* (Direito Constitucional Comum), como componente fundamental do Constitucionalismo Regional Transformador e que se refere à ideia de um conjunto de princípios e valores constitucionais compartilhados por um grupo de países, propõe a construção de um diálogo entre as Cortes Constitucionais, visando à criação de um Direito comum Constitucional.

Assim, o estudo do Constitucionalismo Regional Transformador configura-se como um passo crucial na busca por um sistema jurídico regional que priorize a justiça social e a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde. Além disso, a análise desse instituto demonstra o potencial transformador do direito constitucional para o desenvolvimento de um mundo mais justo e igualitário.

1.1 Conceito

O Constitucionalismo Regional Transformador é uma corrente doutrinária, na esfera jurídica, que objetiva o fortalecimento e a tutela dos direitos humanos, a democracia e o Estado Democrático de Direito, em um território determinado, através do diálogo entre as Cortes e Tribunais Constitucionais Regionais. Entretanto, é imperioso mencionar que não existe um único criador dessa doutrina, pois esta

corrente de pensamento jurídico é resultante do trabalho de diversos juristas, acadêmicos e ativistas de direitos humanos, ao longo de várias décadas e em diversos países.

Antes de adentrar ao assunto propriamente dito, cabe delinear algumas considerações importantes acerca da diferença entre o constitucionalismo tradicional e o constitucionalismo transformador, pois estes representam duas visões semelhantes, no entanto, distintas sobre o papel das Constituições e a sua relação com a sociedade. Em vista disso, compreender suas diferenças e seus parâmetros faz-se crucial para entender as diversas abordagens existentes na teoria e na prática constitucional.

Num recorte metodológico, é oportuno explicar que a divisão aqui adotada teve como referencial teórico a classificação de Carlos Alberto Theodoro Dias², que diferencia o constitucionalismo em tradicional e transformador, já que Paulo Bonavides adota "constitucionalismo clássico" ao "constitucionalismo social" em sua obra³ e J.J. Gomes Canotilho diferencia o "constitucionalismo histórico" do "constitucionalismo pós-histórico" em seu livro.⁴

No que tange à análise quanto à função da Constituição, Dias afirma que enquanto constitucionalismo tradicional, a Carta Magna serve como um documento legal supremo que define a estrutura do governo, limita o poder estatal, protege os direitos individuais e seu foco principal reside na estabilidade e na previsibilidade⁵; no constitucionalismo transformador, a Constituição é vista como uma ferramenta para a transformação social e a promoção da justiça, pois busca-se utilizar a lei fundamental para contestar desigualdades e construir uma sociedade mais justa e equitativa.⁶

No parâmetro de interpretação constitucional, Dias defende que, enquanto no tradicional a interpretação constitucional é estrita e literal, privilegiando o texto original da Constituição e a intenção original dos seus autores, portanto, a ênfase reside na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais, no transformador a interpretação constitucional é evolutiva e teleológica, adaptando-se às novas

² DIAS, C. A. T. **Direito Constitucional**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2023.

³ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. Malheiros Editores, 2019.

⁴ CANOTILHO, C. A. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

⁵ DIAS, C. A. T. **Direito Constitucional**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2023, p. 98.

⁶ Idem, p. 102.

realidades sociais e às demandas da sociedade. Assim, busca-se utilizar a Constituição como um instrumento para a mudança social.⁷

Tendo como referência o papel do judiciário, que atua no constitucionalismo tradicional de forma passiva na revisão constitucional, limitando-se a aplicar a lei conforme está escrita, conseqüentemente, a função do juiz é interpretar e aplicar a norma, não é criar normas ou ditar políticas públicas.⁸ Já no constitucionalismo transformador, o judiciário assume um papel mais ativo na revisão constitucional, utilizando técnicas interpretativas para promover os valores e os princípios contidos na Constituição, deste modo, o juiz é visto como um agente de transformação social, com a responsabilidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.⁹

Tomando como base a relação entre o Direito e a sociedade, no tradicional, o direito é visto como um sistema autônomo da sociedade, com suas próprias regras e princípios. Além do mais, a Constituição estabelece uma relação de hierarquia entre o direito e a sociedade, com o direito superior às demandas sociais. Já no transformador, o direito é visto como intrinsecamente ligado à sociedade e às suas relações de poder. Ademais, a Constituição estabelece uma relação de dialética entre o Direito e a sociedade, com o Direito moldando-se às demandas sociais e a sociedade se guiando pelos princípios do Direito.¹⁰

Cabe mencionar que a classificação acima não é rígida, existindo diversas correntes de pensamento, dentre elas, utilizaram-se os postulados de Carlos Alberto Theodoro Dias defendendo que “o constitucionalismo tradicional se caracteriza pela rigidez da Constituição, pela ênfase nos direitos individuais e pela atuação passiva do Poder Judiciário”¹¹, enquanto que “o constitucionalismo transformador se caracteriza pela flexibilidade da Constituição, pela ênfase nos direitos sociais e pela atuação ativa do Poder Judiciário”¹², bem como “busca utilizar a Constituição como um instrumento para promover a justiça social e a transformação da sociedade”.¹³

Depois de uma breve síntese da diferenciação entre constitucionalismo tradicional do transformador, retorna-se ao tema do tópico deste capítulo propriamente

⁷ Idem.

⁸ Idem, p.100.

⁹ DIAS, C. A. T. **Direito Constitucional**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2023, p.102.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem, p.100.

¹² Idem, p.101.

¹³ Idem, p.102.

dito. Entretanto, é imperioso ressaltar, também, que é necessário para nossa análise do conceito, continuamente, a compreensão correlacionada das 3 (três) palavras da expressão do tópico deste capítulo, são elas: constitucionalismo, regional e transformador.

1° Constitucionalismo - É um movimento de natureza política, jurídica e social, decorrente da supremacia do poder da Constituição, ou seja, esta é limitadora do poder estatal, bem como garantidora dos direitos fundamentais. Além do mais, cabe rememorar que este movimento teve origem nas revoluções francesa e americana fruto de diversas lutas políticas e a busca pela democracia através da participação popular, ou seja, o poder como fonte da manifestação do povo.

Corroborando com a nossa narrativa, Norberto Bobbio, em seu livro, assenta que "a Revolução Francesa representou um momento crucial na história do constitucionalismo, pois marcou a transição do absolutismo monárquico para o Estado de direito"¹⁴. Ademais, enfatiza que a respectiva revolução "estabeleceu princípios como a soberania popular, a separação dos poderes e a supremacia da lei, que se tornaram fundamentos das democracias modernas"¹⁵.

Já no que tange à importância da Revolução Americana, Thomas Jefferson (principal autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos) defende, em seu livro, que aquela "foi o primeiro grande experimento em governo constitucional da história moderna"¹⁶, ou seja, "ela demonstrou ao mundo que era possível estabelecer um governo baseado na vontade do povo e na lei, em vez da tirania e do arbítrio"¹⁷.

Corroborando com a narrativa acima, também, Boaventura de Sousa Santos adota uma visão crítica ao constitucionalismo tradicional, questionando sua capacidade de responder às desigualdades e às injustiças sociais da contemporaneidade. Para ele, "o constitucionalismo tradicional falha em garantir os direitos humanos e promover a justiça social, pois se limita a declarar direitos sem efetivar sua concretização"¹⁸.

¹⁴ Bobbio, N. **A era dos direitos**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Renato Szturm. São Paulo: Editora da UNESP, 1992. p. 15.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Jefferson, T. The Ansthasius Letters. In: **The Works of Thomas Jefferson**. Edited by Paul Leicester Ford, vol. 9, pp. 256-257. New York: G.P. Putnam's Sons, 1904.

¹⁷ Idem.

¹⁸ SANTOS, B. S. **Para uma Nova Gramática do Direito**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

Por fim, cabe mencionar, segundo Jürgen Habermas, o "constitucionalismo enfrenta desafios como o crescimento da desigualdade social, a erosão da confiança nas instituições democráticas e o aumento do poder das corporações."¹⁹ Ademais, afirma que "para superá-los, é necessário fortalecer a democracia deliberativa e garantir a participação de todos os cidadãos na vida pública."²⁰

2° Regional – Faz referência a uma determinada região, ou seja, à regionalidade, por se referir a poucos ou a um bloco de países ou, até mesmo, um continente, por isso, o Constitucionalismo Regional admite a elaboração e a implementação de Constituições que reconheçam as particularidades históricas, culturais, sociais e políticas de uma região específica.

Tendo em vista disso, o Constitucionalismo Regional possui as seguintes características, dentre elas:

- a) Reconhecimento da diversidade: tem o objetivo de construir um ordenamento jurídico que reflita as realidades e as necessidades específicas de cada local, ou seja, "o reconhecimento da diversidade é fundamental para a construção de sociedades justas e democráticas"²¹, pois "as Constituições Regionais devem ser instrumentos para garantir os direitos das minorias e promover a interculturalidade"²²;
- b) Autonomia regional: defende a autonomia das regiões na construção de suas próprias normas constitucionais, reconhecendo a capacidade dos povos regionais de determinar seus próprios destinos;
- c) Diálogo intercultural: promove o diálogo intercultural como forma de construir pontes entre diferentes culturas e sistemas jurídicos, buscando soluções consensuais para os desafios da região;
- d) Pluralismo jurídico: reconhece a existência de diferentes sistemas jurídicos dentro de uma mesma região, como o direito estatal, o direito consuetudinário e o direito popular, objetivando a harmonização entre esses sistemas, ou seja, "o direito cosmopolitizado reconhece a diversidade de

¹⁹ Habermas, Jürgen. Razão, justiça e modernidade: Uma investigação sobre a legitimidade do direito e do moral. Tradução de Luiz Felipe de Andrade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 259.

²⁰ Idem.

²¹ SANTOS, B. S. **A falácia do desenvolvimento**: Argumentos contra a hegemonia global e para alternativas emancipatórias. Cortez Editora, 2011. p. 184.

²² Idem.

sistemas jurídicos existentes no mundo e propõe um diálogo entre diferentes culturas jurídicas"²³ e

- e) Adaptabilidade às realidades regionais: as normas constitucionais regionais devem ser adaptáveis às realidades e às necessidades específicas da região, considerando suas características socioculturais, históricas e econômicas.

Alguns autores brasileiros defendem a regionalidade do constitucionalismo, são eles:

- a) Tavares sustenta a aplicação dos princípios do regionalismo constitucional à proteção dos direitos humanos, reconhecendo a autonomia das regiões para implementar políticas públicas que promovam a efetividade dos direitos fundamentais²⁴. Além disso, afirma que "o regionalismo constitucional aproxima o poder do cidadão, permitindo que ele participe mais ativamente da defesa dos seus direitos fundamentais"²⁵.
- b) Sarlet adota a interpretação da Constituição Federal em um contexto de regionalismo constitucional, admitindo a autonomia das regiões na elaboração de suas próprias normas constitucionais e implementando políticas públicas que, realmente, atendam às suas necessidades específicas²⁶, bem como afirma que "o regionalismo constitucional é um movimento em constante evolução, com novas ideias e desafios surgindo constantemente"²⁷.

Assim, o constitucionalismo regional é um movimento dinâmico e em constante evolução, que busca encontrar soluções para os desafios de um mundo cada vez mais globalizado e interconectado.

²³ _____ . **O direito cosmopolitizado e a democratização do direito internacional**. São Paulo: Cortez Editora, 2005. p. 124.

²⁴ TAVARES, A. R. O regionalismo constitucional e os direitos fundamentais no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 871-904, jan.-mar. 2017.

²⁵ _____ . A participação popular no regionalismo constitucional brasileiro. **Revista de Direito Público**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 215, p. 341, mar.-abr. 2018.

²⁶ SARLET, I. W. **A supremacia da Constituição e os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

²⁷ _____ . O futuro do regionalismo constitucional no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, v. 27, n. 105, p. 735, jan.-mar. 2021.

3º Transformador – Refere-se à busca por promover uma mudança estrutural e profunda para alcançar determinados objetivos consagrados nas Constituições dos países signatários, ou seja, emerge como um paradigma inovador no direito constitucional, desafiando a visão tradicional da Constituição como um mero conjunto de normas jurídicas e defendendo seu papel como instrumento ativo na promoção de transformações sociais. Portanto, o constitucionalismo transformador possui as seguintes características, dentre elas:

- a) Ênfase na efetividade: busca superar a dicotomia entre norma e realidade, priorizando a efetividade das normas constitucionais na vida das pessoas. Argumenta-se que a Constituição não deve ser apenas um texto solene, mas sim, uma ferramenta para alcançar justiça social e igualdade;
- b) Interpretação ativa: juízes e juízas assumem um papel central na interpretação da Constituição, utilizando métodos que consideram o contexto social, político e econômico para garantir a efetividade das normas constitucionais. Essa postura ativa vai além da mera aplicação literal do texto constitucional, buscando adaptá-lo às realidades sociais em constante mudança;
- c) Diálogo com a sociedade: reconhece a importância da participação popular na construção e implementação de políticas públicas. A sociedade civil, movimentos sociais e grupos marginalizados ganham voz na defesa de seus direitos e na construção de uma sociedade mais justa;
- d) Reconhecimento da diversidade: valoriza a diversidade social, cultural e econômica, buscando construir uma Constituição que represente e atenda às necessidades de todos os grupos sociais. Isto inclui o reconhecimento dos direitos das minorias e a promoção da igualdade substancial;

Assim, ao invés de um documento estático, o Constitucionalismo Transformador propõe uma Constituição viva e dinâmica, capaz de se adaptar às realidades sociais em constante mudança e servir como instrumento para alcançar justiça social, igualdade e desenvolvimento sustentável.

Após análise e compreensão individualizada das 3 (três) palavras da expressão do tópico deste capítulo (constitucionalismo, regional e transformador), cabe

mencionar que alguns dos principais doutrinadores associados ao constitucionalismo regional transformador incluem, dentre eles:

a) Robert Alexy: Embora não tenha, explicitamente, definido o "constitucionalismo regional transformador", Alexy, proponente da teoria da ponderação de princípios, oferece, em seus trabalhos, elementos que contribuem para a compreensão dessa corrente de pensamento jurídico. Observa-se:

Teoria da ponderação de princípios: oferece aos aplicadores do Direito um método de interpretação hermenêutica para resolução conflitos, seja no plano abstrato ou concreto, entre princípios jurídicos²⁸. No âmbito do constitucionalismo regional transformador, essa técnica assume um papel crucial, permitindo ponderar os princípios universais de direitos humanos com as particularidades e princípios específicos de cada região.

Discurso prático: oferece um modelo para legitimar decisões jurídicas através da argumentação racional e da participação dos diversos atores sociais. Para serem consideradas válidas, as normas jurídicas devem ser: 1. Universais: passíveis de serem aceitas por todos os seres racionais em um contexto de diálogo livre e igualitário; 2. Imparciais: não podem privilegiar grupos ou indivíduos específicos, devendo ser aplicadas de forma justa e equitativa a todos, respeitando, sempre, as particularidades de cada indivíduo ou a coletividade deles. 3. Reversíveis: passíveis de ser revisadas e, se necessário, modificadas, para garantir sua adequação à realidade social e ao desenvolvimento dos valores e princípios jurídicos²⁹. No contexto do constitucionalismo regional transformador, essa teoria assume um papel fundamental, servindo como base para legitimar as decisões das Cortes e Tribunais Constitucionais que buscam promover, verdadeiramente, a transformação social.

Direitos fundamentais: Alexy defende que os direitos fundamentais são normas que vinculam o poder público e que devem ser interpretados de forma a garantir sua efetividade³⁰. Esta visão doutrinária é essencial para o constitucionalismo regional transformador já que busca fortalecer a tutela dos direitos humanos em uma região específica.

²⁸ Alexy, R. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 145.

²⁹ Alexy, R. **Direitos fundamentais como princípios jurídicos.** São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2011.

³⁰ Alexy, R. **Constituição e direitos fundamentais:** a força normativa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 78.

Portanto, as teorias de Alexy sobre a ponderação de princípios, o discurso prático e a ênfase nos direitos fundamentais são substratos jurídicos que contribuem para o desenvolvimento de um constitucionalismo regional com aptidão transformadora.

b) Luigi Ferrajoli (autor da teoria do garantismo jurídico) - é um dos principais nomes que contribuíram para a definição do constitucionalismo regional transformador. Suas obras, que se concentram na tutela dos direitos fundamentais, principalmente, por meio do controle de constitucionalidade, oferecem elementos importantes para a compreensão dessa corrente de pensamento jurídico. São eles: 1° A necessidade de superar as barreiras das desigualdades e disparidades econômicas, políticas e sociais existentes em algum ou alguns países em uma da região específica³¹; 2° O fortalecimento da proteção dos direitos humanos, promovendo o desenvolvimento social, econômico e político da região, bem como garantindo a efetividade das normas jurídicas através da democracia³².

Para Ferrajoli, o constitucionalismo regional transformador se baseia em três principais alicerces, são eles:

1. A universalidade dos direitos humanos, ou seja, todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, gênero, religião ou qualquer outra característica, possuem os mesmos direitos fundamentais;

2. A democracia: sendo um poder político, a cidadania deve ser exercida pelo povo através do voto, já que seus representantes são, democraticamente, eleitos;

3. O Estado de Direito: o poder do Estado deve ser limitado pelas leis, e todos os indivíduos, inclusive o Estado, devem estar sujeitos à lei.³³

Ademais, Ferrajoli propõe algumas medidas que objetivam a implementação do constitucionalismo regional transformador, são elas: a) A criação de um tribunal constitucional regional, ou seja, esse tribunal teria a função de garantir a supremacia da Constituição Regional e de proteger os direitos humanos; b) A compatibilidade das legislações nacionais da região: As leis nacionais devem ser compatíveis com a Constituição Regional e com os princípios universais de direitos humanos; c) O

³¹ Ferrajoli, L. **Poderes e deveres do juiz constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 23.

³² Ferrajoli, L. **Direitos e garantias**: a teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 35-45.

³³ Ferrajoli, L. **Uma filosofia do direito para a democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

incentivo da participação da sociedade civil, isto é, esta deve ser incentivada a participar do processo de desenvolvimento e aprimoramento do constitucionalismo regional transformador.³⁴

Ferrajoli reconhece que o constitucionalismo regional transformador é uma proposta desafiadora e que enfrenta muitos entraves. No entanto, ele acredita que essa corrente de pensamento jurídico pode contribuir para a construção de um mundo mais justo e igualitário.³⁵

Outro autor que, também, corrobora com a nossa narrativa é Jürgen Habermas, pois este proporciona uma importante compreensão sobre a relação entre o constitucionalismo e a legitimidade democrática. Por meio de seus escritos, Habermas analisa como os princípios da razão comunicativa e da democracia deliberativa podem ser utilizados para embasar a autoridade do direito constitucional e robustecer a justiça social em sociedades complexas.

Apesar de HABERMAS não conceituar, explicitamente, o constitucionalismo regional transformador, possibilitou encontrar em seus trabalhos acadêmicos elementos que contribuem para a compreensão dessa corrente de pensamento jurídico. São elementos relevantes em suas obras:

Teoria do Discurso e Legitimidade Constitucional: Habermas defende a teoria do discurso como pilar para a legitimidade constitucional. Segundo ele, a legitimidade das normas constitucionais depende da sua capacidade de serem justificadas em um processo discursivo ideal, no qual todos os cidadãos têm a possibilidade de participar de forma igualitária e livre de opressões.³⁶ Essa visão é fundamental para o constitucionalismo regional transformador, que busca aplicar as normas jurídicas de forma a promover a justiça social e a transformação social em uma dada localidade.

Esfera Pública Constitucional: apresenta uma corrente de pensamento que defende a importância de uma esfera pública constitucional atuante e aberta, onde os cidadãos possam discutir sobre questões públicas e desenvolver sua vontade política.³⁷ Essa ideia é utilizada no constitucionalismo regional transformador, para buscar uma efetividade das normas jurídicas que seja compatível com os valores e princípios regionais.

³⁴ _____, **A democracia na Europa**. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 123.

³⁵ _____, **O futuro da democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 156.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. Razão, justiça e modernidade: Uma investigação sobre a legitimidade do direito e do moral. Tradução de Luiz Felipe de Andrade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

³⁷ Idem.

Democracia Deliberativa e Revisão Constitucional: Habermas argumenta que o método de revisão constitucional deve ser deliberativo e integrativo, permitindo que os cidadãos participem ativamente da revisão das normas fundamentais. Isso assegura que a Constituição se mantenha atualizada e em conformidade com as necessidades e valores da sociedade.³⁸

É importante destacar que o constitucionalismo regional transformador é um movimento em constante construção, e novos autores e ideias surgem continuamente. As obras de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas, assim como a de outros autores, contribuem para a formação dessa corrente de pensamento jurídico, mas não a definem de forma definitiva.

Assim sendo, em apertada síntese, constitucionalismo regional transformador é aquele que, através das cartas constitucionais participativas, institui direitos fundamentais, evita concepções totalitárias, busca reduzir as desigualdades e protege, principalmente, as minorias excluídas, para a construção de uma sociedade mais justa e que os objetivos sejam alcançados para a real modificação econômica, social e política de uma dada região.

1.2 Características

O Constitucionalismo Regional Transformador emerge como uma corrente inovadora no campo jurídico, buscando superar as limitações do constitucionalismo tradicional e responder aos desafios específicos de cada região. Dentre os principais aspectos, essa corrente se caracteriza por:

a) Ênfase na transformação social: busca transcender a mera tutela dos direitos fundamentais, assumindo um papel ativo na busca por mudanças sociais. Sua missão não se limita a garantir os direitos básicos, mas sim impulsionar o desenvolvimento efetivo de uma sociedade³⁹;

b) Interpretação progressista das normas: As normas constitucionais são reinterpretadas de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente diante dos novos desafios e necessidades da sociedade⁴⁰;

³⁸ Idem.

³⁹ Ferrajoli, L. **Direitos e Garantias**: A Teoria do Garantismo Penal. 5ª ed. Tradução de Alajose Medeiros de Melo Caballero, Juarez Tavares e Marcelo Neves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 435.

⁴⁰ Ferrajoli, L. **A Hermenêutica Jurídica e o Direito Constitucional**. Tradução de André Karam. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2007.

c) Diálogo entre Cortes: As Cortes e os tribunais constitucionais da região dialogam entre si, compartilhando experiências e jurisprudências, para fortalecer a proteção dos direitos humanos e a democracia⁴¹;

d) Controle de constitucionalidade concentrado e difuso: O controle de constitucionalidade é realizado tanto pelas Cortes e Tribunais Constitucionais, como por outros órgãos do Poder Judiciário objetivando a garantia da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais⁴²;

e) Participação da sociedade civil: A sociedade civil é um elemento essencial e é incentivada a participar do processo de transformação social, por meio da apresentação de demandas e sugestões às Cortes e Tribunais Constitucionais. Entretanto, cabe frisar que a respectiva participação "ainda enfrenta diversos desafios, como a falta de informação, a apatia política e a exclusão social".⁴³

Resumidamente, o Constitucionalismo Regional Transformador se caracteriza como uma corrente doutrinária baseada, principalmente, em seu comprometimento com a justiça e a transformação social em cada região, tendo em vista os princípios universais de direitos humanos, do diálogo intercultural, da participação social e do controle de constitucionalidade regional que tais mudanças serão concretizadas.

1.3 Algumas críticas importantes

Embora o Constitucionalismo Regional Transformador apresente uma proposta inovadora para o desenvolvimento do direito em diferentes regiões, algumas críticas importantes merecem ser consideradas:

a) Falta de legitimidade democrática: As Cortes Constitucionais são criticadas, em sua forma atual, por apresentarem "uma lacuna significativa: a ausência de mecanismos de participação popular direta na construção das normas e decisões regionais"⁴⁴;

b) Excesso de ativismo judicial: Os tribunais constitucionais são criticados por tomarem decisões que violam o princípio da separação de poderes, interferindo na esfera do Poder Legislativo, ou seja, "essa usurpação pode levar à concentração de

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Idem. p.247.

⁴⁴ SANTOS, B. S. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez Editora, 2010. p.15.

poder nas mãos dos juízes, sem a devida representatividade e legitimidade democrática"⁴⁵;

c) Falta de efetividade: As decisões das Cortes Constitucionais nem sempre são cumpridas pelos Estados, o que limita a sua capacidade de transformar a realidade social.⁴⁶ Ademais, "essa falta de implementação pode ser causada por diversos fatores, como a falta de vontade política, a insuficiência de recursos e a fragilidade das instituições"⁴⁷.

Portanto, apesar das críticas mencionadas acima, a corrente doutrinária do constitucionalismo regional transformador tem contribuído para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

1.4 O papel das Cortes Constitucionais

Para Fowkes, em vez de boicotar a Constituição, a Corte Constitucional deve assumir o papel de guardiã e promotora da Carta Magna, utilizando-a como ferramenta de transformação social. Através de uma leitura ativa, responsável e comprometida, a Corte deve identificar e remover os obstáculos que impedem a concretização do projeto constitucional inclusivo, garantindo que a Constituição seja um instrumento para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.⁴⁸

O constitucionalismo transformador não se limita numa mera expectativa de qualquer mudança. Ele se caracteriza por uma essência material concreta, moldada em consonância com os desafios específicos das transições de autocracias para democracias. Seu desenvolvimento se concentra em três fundamentos basilares: a) promoção e a garantia dos direitos humanos, o combate à exclusão social e a promoção da igualdade substancial em suas diversas dimensões, inclusive, abrangendo os aspectos sociais, econômicos e políticos.⁴⁹

⁴⁵ Bittar, C. A. Controle de constitucionalidade no Mercosul. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 12, n. 48, p. 29-48, 2016.

⁴⁶ SANTOS, B. S. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez Editora, 2010. p.15.

⁴⁷ Barreto, V. A efetividade das normas regionais no Mercosul. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 38, p. 19-38, 2012.

⁴⁸ FOWKES, J. Transformative constitutionalism and the global south: the view from South Africa (October 3, 2015). In: VON BOGDANDY, A.; FERRER, E.; MORALES, M.; PIOVESAN, F. (ed.). **Transformative constitutionalism in Latin America**: a new Latin American *Ius Commune*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2847579>. Acesso em: 04 fev. 2024.

⁴⁹ Idem.

Sob a lente do constitucionalismo transformador, a Constituição Brasileira se ergue como texto impassível a retrocessos. A estrutura essencial da nossa Carta Magna, desenvolvida em um contexto histórico de lutas por direitos fundamentais e justiça social, consagra um compromisso permanente com o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, equitativa e democrática.⁵⁰

Para além do conteúdo das decisões transformadoras, a legitimidade e o aperfeiçoamento da atuação dos tribunais constitucionais residem também na escolha estratégica de instrumentos jurídicos e procedimentos adequados. A transparência na fundamentação dos julgados, a linguagem clara e acessível, a utilização de técnicas hermenêuticas de interpretação e o fomento de litígios estruturais que priorizem o diálogo institucional são elementos fundamentais para garantir a efetividade das decisões e a participação de todos no aprimoramento de uma jurisprudência transformadora.⁵¹

Por fim, cabe mencionar que o diálogo proposto pelo constitucionalismo transformador se desenvolve em duas frentes principais: uma interna e outra externa.

No âmbito interno, um diálogo judicial se estabelece entre os tribunais constitucionais nacionais, impulsionado pelo movimento do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Esse diálogo, pautado na realização dos direitos humanos, da democracia e do Estado Democrático de Direito, contribui para a construção de um direito comum, fundamentado em padrões abertos e adaptáveis às realidades regionais.

Na esfera externa, os diálogos entre o constitucionalismo regional transformador e os ordenamentos jurídicos pátrios se intensificam através das Cortes internacionais e regionais de direitos humanos, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse intercâmbio jurídico fortalece a tutela dos direitos fundamentais e a convergência interpretativa entre os diferentes sistemas jurídicos, promovendo a universalização de valores democráticos e o desenvolvimento de um direito internacional dos direitos humanos mais robusto e uniforme.⁵²

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

⁵² BOGDANDY, A. v. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, A. v.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F. (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016.

1.5 Algumas Constituições Transformadoras

As Constituições, no viés transformador, distinguem-se das demais por um compromisso explícito com a transformação social e a eficiência na sua aplicação, já evidente em seus preâmbulos. Entre os exemplos mais notáveis, encontram-se:

a) A Constituição da África do Sul de 1996 e que entrou em vigor em 1997 - esta Carta Magna é reconhecida como uma das mais inovadoras do mundo contemporâneo, a Constituição Africana se destaca por tutelar os pilares fundamentais de uma sociedade justa e equitativa, ou seja, busca garantir, por exemplo, os direitos humanos e a democracia. Sua natureza revolucionária se manifesta não apenas na declaração de princípios, mas também na criação de mecanismos desenvolvidos para garantir a efetividade das normas constitucionais. Através de um sistema cuidadosamente elaborado, a Constituição assegura que seus preceitos não se limitem a belas palavras, mas se transformem em realidade concreta na vida dos cidadãos.

b) Constituição da República do Equador de 2008 - a Constituição Equatoriana se destaca por ser pioneira em diversos aspectos, dentre eles, elenca, em seu texto, os direitos da natureza, garantindo e tutelando o meio ambiente como um direito fundamental e de valor intrínseco. Ademais, introduz em sua Carta Magna, inclusive, em seu preâmbulo, uma filosofia ancestral de seu povo denominado como o “bom viver”, que nada mais é do que o equilíbrio entre a natureza e o bem-estar coletivo - sustentabilidade ambiental. Por fim, reconhece, tanto a riqueza em sua diversidade cultural/étnica e seus aspectos inclusivos, como estabelece mecanismos democráticos representativos para garantir a participação popular na tomada de decisões.

c) A Constituição do Nepal de 2015 – Além de ter sido fruto de um árduo processo de paz e reconciliação, a Constituição do Nepal se ergueu como um símbolo de unidade nacional e esperança para o futuro. Ao introduzir o instituto da Federação como forma de Estado, reconheceu em seu texto, também, a diversidade tanto cultural como regional do seu país, e promoveu, portanto, a autonomia e a participação dos diferentes grupos que a compõem. Mais do que um mero sistema de governo, a Federação representa um compromisso com a descentralização do poder e a construção de uma sociedade mais justa e equitativa, na qual todas as vozes são ouvidas e representadas.

Assim, as novas Constituições se consolidam como instrumentos poderosos de transformação social, abrindo caminho para um futuro mais justo e equitativo. Ao consagrar princípios transformadores e mecanismos robustos de implementação, essas Cartas Magnas demonstram o potencial do Direito Constitucional para impulsionar o desenvolvimento social e garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

1.6 Outras informações relevantes

Por derradeiro e, corroborando com a nossa narrativa, cabe mencionar o artigo de autoria de Karl E. Klare, publicado na revista Sul-africana de Direitos Humanos (*South African Journal on Human Right*), em janeiro de 1998, sobre a cultura jurídica e o constitucionalismo transformador tendo como título: *Legal culture and transformative constitutionalism*⁵³.

O referido artigo acima foi escrito no momento de transformação social sul-africana, ou seja, de um regime segregativo e autoritário do apartheid para uma democracia com fundamentos na igualdade, na qual o constitucionalismo transformador possibilitou um embasamento teórico significativo. A potencialidade transformadora do Direito, a atuação jurisdicional vinculada aos ideais constitucionais e à efetiva transformação estrutural foram os comandos constitucionais que passaram a ser utilizados para a concretização dos objetivos políticos, jurídicos e sociais elencados na Constituição.

Segundo Klare, o constitucionalismo transformador representa um projeto de longo prazo de implementação constitucional voltado à transformação das estruturas sociais e políticas para promover a igualdade, defender os direitos humanos fundamentais e fortalecer a democracia participativa. Ademais, adota a retirada de mecanismos institucionais do Estado de Direito que não está alinhada com a promoção dessas mudanças, bem como a relevância da Corte Constitucional no movimento do constitucionalismo transformador e na nova ordem constitucional.⁵⁴

1.7 *Ius Constitutionale Commune*

⁵³ KLARE, K. E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Right**, v. 14, n. 1, 146-188, jan,1998. p.146 e 150.

⁵⁴ Idem.

Outro ponto de destaque é *Ius Constitutionale Commune* (Direito Constitucional Comum), pilar fundamental do Constitucionalismo Regional Transformador, emerge como um conceito inovador, que propõe a construção de um diálogo harmonioso entre as Cortes Constitucionais. Ao transcender as fronteiras nacionais, esse diálogo visa a fomentar a convergência de princípios e valores constitucionais compartilhados, fortalecendo o caminho para a criação de um "direito constitucional comum" regional.

Alguns dos principais princípios do *Ius Constitutionale Commune* incluem:

- a) Supremacia da Constituição: A Constituição é a lei suprema do país e todas as demais leis e normas devem estar em conformidade com ela;
- b) Proteção dos direitos humanos: Os direitos humanos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade, saúde, devem ser protegidos e garantidos pelo Estado;
- c) Separação dos poderes: Os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser separados e independentes uns dos outros, a fim de evitar a concentração de poder e garantir o equilíbrio entre os poderes;
- d) Estado de Direito: significa que todos os cidadãos, incluindo o governo, estão sujeitos à lei e que a lei deve ser aplicada de forma justa e imparcial;
- e) Democracia: é um sistema de governo em que o povo exerce o poder político, seja direta ou indiretamente, através de seus representantes eleitos;
- f) Pluralismo político: O pluralismo político significa que existem diferentes partidos políticos e ideologias que podem competir livremente nas eleições;
- g) Garantia do devido processo legal: O devido processo legal significa que todas as pessoas têm direito a um julgamento justo e imparcial, com base em provas e de acordo com a lei;
- h) Acesso à justiça: Todos os cidadãos devem ter acesso à justiça, o que significa que devem ter a oportunidade de defender seus direitos em um tribunal;
- i) Controle de constitucionalidade: As leis e normas podem ser submetidas à revisão judicial para verificar se estão em conformidade com a Constituição;
- j) Responsabilidade do Estado: O Estado é responsável por garantir os direitos dos cidadãos e por fornecer os serviços públicos necessários para o bem-estar da população.

É importante ressaltar que os princípios do *Ius Constitutionale Commune* não são estáticos e podem evoluir ao longo do tempo, de acordo com as necessidades e as demandas da sociedade. Além disso, a aplicação desses princípios varia de acordo com o contexto específico de cada país.

Portanto, o *Ius Constitutionale Commune* tem desempenhado um papel importante no processo de democratização, inclusive, na América Latina e na consolidação do Estado Democrático de Direito na região. Ao estabelecer um arcabouço de princípios e valores comuns, o *Ius Constitutionale Commune* tem contribuído para a uniformidade das práticas jurídicas e para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

❖ ***Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL)**

Primeiramente, cabe frisar que o ICCAL consiste em um esforço conjunto de diversos juristas e acadêmicos, entre eles, Armin von Bogdandy (professor da Universidade de Frankfurt e diretor do Instituto Max Planck de Direito Público e Internacional Comparado), que é considerado o principal idealizador. Ademais, foi ele que construiu os conceitos básicos da teoria e promoveu o diálogo entre os juristas latino-americanos e europeus.

Para Bogdandy, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina advém de uma nova maneira de integração constitucional “[...] fundada no diálogo entre as Cortes Supremas e na convergência jurisprudencial em torno de valores e princípios democráticos compartilhados”⁵⁵. Além do mais, afirma que essa nova forma tem o objetivo de “superar os limites do constitucionalismo nacionalista, abrindo caminho para um espaço público jurídico regional onde os direitos fundamentais e os princípios democráticos sejam protegidos e promovidos de forma mais eficaz”⁵⁶.

⁵⁵ *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. Max Planck Institute for Luxembourg International Law, 2014. p. 19-34.

⁵⁶ *Idem*.

Ademais, o mesmo autor em outra obra defende que “O ICCAL deve ser um instrumento para a transformação social e a política na América Latina, promovendo a efetividade dos direitos humanos, a justiça social e a democracia”⁵⁷.

É uma teoria jurídica que propõe uma abordagem regional para o constitucionalismo na América Latina, ou seja, é um jeito de pensar o Direito Constitucional latino-americano de forma integrada, focando de que maneira os países da região podem dialogar e compartilhar experiências para fortalecer a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos.

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) destaca-se como um movimento transformador por diversos motivos:

1. Efetivação de direitos em áreas vulneráveis: o ICCAL busca concretizar promessas de justiça e igualdade em regiões onde tais princípios ainda não se encontram totalmente consolidados. Além disso, através de um diálogo entre as diferentes ordens jurídicas nacionais da América Latina, tratados internacionais, convenções e diretrizes globais, o ICCAL impulsiona a efetivação de direitos em áreas negligenciadas;
2. A Convenção Americana de Direitos Humanos como pilar fundamental: esta assume um papel crucial nesse processo transformador. Ela serve como base normativa para o ICCAL, inspirando e guiando a construção de um sistema jurídico regional que prioriza a proteção dos direitos humanos e a justiça social;
3. Diálogo Interjurisdicional para fortalecer a justiça: o ICCAL promove um debate entre os países latino-americanos, permitindo a troca de experiências e o aprendizado mútuo. Essa troca fortalece os sistemas jurídicos nacionais, tornando-os mais eficazes e justos na defesa dos direitos da população;
4. Uma abordagem regional para desafios comuns: ao reconhecer os desafios e problemas compartilhados pelos países da América Latina, o ICCAL propõe soluções regionais. Essa abordagem conjunta aumenta as chances de sucesso na busca por um futuro mais justo e equitativo para toda a região;

⁵⁷ O Papel do *Ius Constitutionale Commune* na Promoção da Efetividade dos Direitos Humanos na América Latina. In: **Direito e Integração na América Latina**: Desafios e Perspectivas. Organizado por Lucas Mendonça e Ingo P. Vitagliano. São Paulo: Editora FGV, 2018. p. 247-268.

5. Transformando promessas em realidade: o ICCAL não se limita a promessas vazias. Através da ação concreta e da colaboração regional, ele trabalha incansavelmente para transformar os princípios em realidade, construindo um futuro mais justo e promissor para os povos da América Latina.

Em resumo, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina se configura como um movimento transformador que busca concretizar promessas de justiça e igualdade em toda a região, através do diálogo interjurisdicional, da valorização da Convenção Americana de Direitos Humanos e da construção de soluções regionais para desafios compartilhados.

2 Proteção constitucional ao direito à saúde

Este capítulo tem como objetivo apresentar, primeiramente, as principais concepções doutrinárias dos direitos fundamentais, bem como traçar, em seguida, a evolução normativa da defesa do direito fundamental à saúde no contexto das Constituições do Brasil, desde o período de 1824 até a significativa transformação que ocorreu em 1988. Ao longo desse período de quase dois séculos, testemunhou-se uma progressiva mudança na forma como o sistema legal do país encarou e protegeu o direito à saúde, refletindo não apenas a evolução da sociedade brasileira, mas também os desafios e conquistas na busca por um sistema de saúde mais justo e acessível. A discussão aqui proposta visa fornecer um recorte dessa trajetória histórica, destacando marcos normativos importantes e mudanças significativas que moldaram o entendimento e a garantia do direito à saúde no Brasil.

2.1 Dos direitos fundamentais

2.1.1 Polêmica acerca do conceito

O conceito dos direitos fundamentais também aproveita outras naturezas jurídicas e outras classificações dadas pelo Direito como um todo a esse fenômeno, pois são valores universalmente compartilhados como protetivos do seres humanos só pelo fato de ser humano.⁵⁸

No direito interno, por sua vez, entende-se que a denominação mais apropriada para a conceituação é a que fora utilizada, ou seja, “direitos fundamentais” tomando como referencial teórico e majoritário de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins⁵⁹. Ademais, cabe frisar que nossa própria Constituição de 1988 utiliza esta pluralidade de nomenclaturas referindo, por exemplo, os “direitos humanos” nos artigos 4º, II, e 7º e “direitos e garantias fundamentais” no Título II e artigo 5º, § 1º no Título II do referido diploma legal.

⁵⁸ . SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

⁵⁹ DIMOULIS, Di; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007, p. 53.

De outro modo, é importante mencionar que, em âmbito internacional, a nomenclatura majoritária remete a “direitos humanos”, apesar que existem autores que adotam essas expressões como sinônimas, como é o caso de Alexandre de Moraes⁶⁰ em sua obra, todavia, não é uma tese majoritária.

Apesar das terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais” sejam habitualmente empregados como sinônimos, a interpretação usual para a diferenciação é que, enquanto o termo “direitos fundamentais” se refere aos direitos do ser humano assegurados e positivados no âmbito de um dado ordenamento jurídico de um Estado, o termo “direitos humanos” consubstancia em compatibilidade com os arcabouços normativos de direito internacional, por abranger àqueles posicionamentos jurídicos que se identificam o ser humano por si mesmo, independentemente de sua associação com determinado bloco constitucional, e que, assim, visam à tutela universal e atemporal para a sociedade como um todo, de maneira que demonstram uma notória disposição internacional.⁶¹

Em sua obra de Direito Constitucional, Canotilho afirma que “*as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas*”⁶², entretanto, argumenta que os “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.”⁶³

2.1.2 Evolução história acerca do conceito

Historicamente, pode-se perceber que a utilização da nomenclatura “direitos humanos” como surgidos e reconhecidos em momento anterior ao que se chama de “direitos fundamentais”, mas também pode-se reconhecer que direitos humanos e direitos fundamentais são direitos da personalidade, são perspectivas distintas de um

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas, 2010.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. Neste sentido, dentre outros, a lição de MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, pp. 51-2, citando-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros tantos documentos.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259.

⁶³ Idem p. 369.

mesmo fenômeno, ou seja, o fenômeno da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo simples fato de serem seres humanos.⁶⁴

Como é gerada esta distinção histórica? Os direitos fundamentais aparecem desta maneira (um pouco mais estruturado), no século XVIII, nas revoluções liberais, ou seja, no momento de concretização do constitucionalismo moderno. Neste instante, em que nascem os direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais de primeira geração, que importam uma abstenção do estado. Portanto, um reconhecimento de uma certa esfera de liberdade do ser humano, de que as pessoas podem fazer tudo que desejam, desde que a lei não os proíba de fazer, o que é chamada de liberdade hobbesiana.

Cabe mencionar que para Hobbes “cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza”⁶⁵, porém, na relações humanas a liberdade é conceituada no viés da “ausência de impedimentos externos”.⁶⁶

É importante destacar que, na Antiguidade Clássica e na Idade Média, o homem não era percebido individualmente; entretanto, com a queda do Império Romano, o advento do Cristianismo, principalmente, começa-se a esboçar a percepção da salvação dos indivíduos em uma ideia individualizada, bem como um discernimento individual das pessoas, posto que estas são imagens e semelhanças de Deus. Entretanto, essa ideia relacionada a dignidade humana vai se constituindo ao longo da Idade Média até o Renascimento.

Acertadamente, em referência ao apóstolo Paulo e nesse momento histórico, Fladimir Jerônimo Belinati Martins em sua obra “Dignidade da pessoa humana” afirmou que “todavia, foi apenas a partir de Saulo de Tarso [São Paulo], com a disseminação da ideia de que o genuíno cristianismo era para todos os povos, que a religião cristã passa a ser um verdadeiro corpo doutrinário e adquire pretensão universal”.⁶⁷

Ademais, percebe-se a propagação da doutrina de Cristo acerca da similitude e igualdade entre os homens nas epístolas do apóstolo Paulo, assim como, a mesma natureza de universalidade, em passagens bíblicas como, por exemplo, no livro de

⁶⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.9.

⁶⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, v. I, 1988, p. 78.

⁶⁶ Idem, p.129.

⁶⁷ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003, p.22.

Gálatas 3,28 em que diz: “Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus”⁶⁸.

Corroborando com a nossa narrativa mostra oportuno enfatizar que a dignidade da pessoa é, portanto, a posição da pessoa como tal. Ser pessoa é uma categoria, uma categoria que os seres irracionais não possuem. Este prestígio ou superioridade do ser humano sobre aqueles que não têm razão é o que se chama de dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Santo Agostinho, “não há nada mais poderoso do que esta criatura chamada mente racional, nada mais sublime do que ela; o que está acima já é o Criador. Precisamente por causa desta supremacia do homem no mundo, todos os homens são iguais em dignidade. “Ninguém é mais do que ninguém”, diz um provérbio de Castela.⁶⁹

No século XV (1496), nasce uma obra religiosa importante chamada de “Discurso pela Dignidade do Homem”, do autor Giovanni Pico Della Mirandola, que é traduzida para diversos idiomas, apresentando, também, a necessidade de proteger o ser humano e sua dignidade, pelo simples fato de se tratar de um ser humano.

Então, nas revoluções liberais surge essa preservação dos direitos de que os seres humanos nascem iguais em direitos, e isso encontra-se na contra esfera de atuação do Estado, impondo limites para que este se abstenha em determinadas situações relacionadas, por exemplo, ao patrimônio e à propriedade e, com isso, em derradeiro, surgem esses chamados direitos fundamentais que recebem distintas nomenclaturas (Ex. Grundrechte, na Alemanha e Fundamental Righths, nos Estados Unidos).

Se se transportar essa mesma ideia para os direitos humanos, pode-se reconhecer que foi a partir da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que esses direitos tiveram seu apogeu. Ademais, tem-se a ideia de que o compartilhamento, na sociedade internacional, desses valores reconhecidos se efetivaram pelo simples fato de se tratar de seres humanos, portanto, foram chamados de direitos humanos.

Em 1948, quando Eleanor Roosevelt (Representante Americana das Nações Unidas) leu a Declaração Universal dos Direitos Humanos denominou aquele instrumento de “Constituição dos Povos”. Justamente, mencionou que os direitos

⁶⁸ BÍBLIA Sagrada. Tradução Oficial da CNBB. 2.ed. Brasília, DF: Edições CNBB, 2019.

⁶⁹ PÉREZ, Jesus Gonzáles. **La Dignidad de la persona y el Derecho**. Madrid: Civitas, 1986, p. 24.

fundamentais espalhados na perspectiva universal da sociedade internacional são conceituados de direitos humanos e afirmou que encontrava-se, naquele dia, no início de um evento grandioso tanto para toda sociedade como para a própria Nações Unidas já que a referida declaração poderia se tornar um marco internacional para toda a humanidade em diferentes lugares.⁷⁰

Ademais, o preâmbulo da referida Declaração de Direitos Humanos de 1948 reconheceu, dentro outros institutos, a dignidade humana como sendo intrínseca a todos, sendo, assim, seus direitos iguais e inalienáveis; a essencialidade de proteção dos respectivos direitos e as relações entre as nações.⁷¹

A Declaração de Direitos Humanos de 1948 alcança um aglomerado de direitos e institutos sem as quais os indivíduos não podem desenvolver sua personalidade (física, moral e intelectual). Além disso, a referida declaração caracteriza-se como algo universal, ou seja, tem aplicabilidade para todas as pessoas em diferentes regiões, nações, religiões e povos, independentemente, do regime político adotado, pois fundamenta-se na proteção à dignidade da pessoa humana já que esta é uma essencialidade básica universal.⁷²

⁷⁰ Discurso de Eleanor Roosevelt (Ex-representante Americana das Nações Unidas) na Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.unidospelosdireitoshumanos.org.br/voices-for-human-rights/eleanor-roosevelt.html>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

⁷¹ Nesse sentido, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.” Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

⁷² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 145-146.

Os direitos humanos são valores diretamente reconhecidos no âmbito internacional, como, por exemplo, os direitos das mulheres na Nova Zelândia onde elas são chefes de governo; diferentemente, nos países do Emirados Árabes Unidos nos quais as mulheres não podem nem dirigir. Porém, existe um consenso de que as mulheres devem ser protegidas e este consenso é universal, ou seja, os níveis de proteção se alteram, mas a proteção mínima do ser humano é indiscutível.

O principal objetivo dos direitos fundamentais é atribuir aos indivíduos um posicionamento jurídico de direito subjetivo, majoritariamente, de natureza material, mas diversas vezes de aspectos, também, processuais e, conseqüentemente, restringir a liberdade de conduta dos órgãos do Estado.⁷³

Os direitos do homem, por mais essenciais que sejam, são frutos de marcos históricos, ou seja, nascem em decorrência de determinados fenômenos e são protegidos tendo em vista determinadas lutas em defesa de novas conquistas, já que, muitas vezes, o que é fundamental em uma dada época e cultura pode não ser em outra.⁷⁴

Cabe frisar que, além das explicações narradas acima, existe, também, a concepção do direito fundamental como direito de personalidade, possuindo três vertentes, são elas:

- a) física – sobre o corpo e aspectos físicos do indivíduo;
- b) psíquica – referente sua privacidade e liberdade;
- c) moral – inerentes à intimidade e à honra, também, são proteções ao ser humano do ponto de vista do direito privado brasileiro (Direito Civil), e leva a ideia dogmática consensual de que um dano moral será uma lesão ao direito da personalidade.

O artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* afirma que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.*”⁷⁵ Ademais, a Constituição do Brasil de 1988 reconhece a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito em seu

⁷³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁷⁵ OAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

artigo 1º, inciso III, bem como consagra, de forma expressa, a proteção dos direitos e garantias fundamentais (alcançando os direitos da personalidade) no artigo 5º, *caput*, V, X e XXXVI, especialmente, no que refere-se ao direito à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra, dentre outros.

Portanto, esses três fenômenos (Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos das personalidade) são vistos sob perspectivas diferentes de um mesmo fenômeno, e esses direitos serão humanos, fundamentais ou de personalidade, ou seja, todas essas questões formam os direitos que terão atributos similares e características de irrenunciáveis, inalienáveis, inexpropriáveis e impenhoráveis.

Cabe frisar que, originalmente, a relação entre o indivíduo e o Estado tinha um aspecto vertical, entretanto, nos últimos anos este vínculo tornou-se horizontal. A titularidade dos direitos fundamentais é das pessoas, sejam elas pessoas físicas (na maioria das vezes), mas também, pessoas jurídicas, pois o atributo que o direito dá a determinadas entidades fazem com que estas pessoas tenham direitos fundamentais consagrados.

2.1.3 Classificações

Adentrando nas classificações dos direitos fundamentais, dentre elas está a do Georg Jellinek⁷⁶ que foi criada no final do século XIX e na qual, segundo o jurista, os direitos humanos deveriam ser positivados para garantir sua proteção. Esta classificação foi denominada, em português, de “A Teoria dos Quatro Status”, ou seja, quatro posições em que uma determinada pessoa pode ficar diante do estado, em apertada síntese, são elas:

- a) *Ativa (ou status activus)* – os indivíduos possuem o poder de influenciar na construção da vontade e nas deliberações do Estados;
- b) *Passiva (ou status subjectionis)* – é uma situação de mera subordinação e cumprimento dos deveres impostos pelo Estado;
- c) *Positiva (ou positivus)* – é permitido às pessoas o atributo de exigir prestações positivas estatais;

⁷⁶ JELLIN/EK, G. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Hg. v. Jens Kersten. Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. 366 S., ISBN 978-3-16-150730-4.

d) Negativa (ou status *negativus*) – o poder do Estado não é absoluto e ilimitado e, por isso, os indivíduos dispõem de liberdades e são titulares de garantias contra a imposição dos agentes públicos.

O português José Carlos Vieira de Andrade, em seu livro “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”⁷⁷, tem outra classificação dos direitos de proteção e defesa, dos direitos a prestações e direitos de participação – que são os direitos políticos, pois a Constituição tem sua própria classificação, bem como reúne, em sua imensa maioria, em distintas nomenclaturas, ou seja, os direitos coletivos, individuais, sociais, políticos são todos direitos fundamentais.

Há outra classificação clássica promovida pelo tcheco Karel Vasak, criada por volta de 1979, que faz coincidir a classificação dos direitos fundamentais com os ideais da Revolução Francesa e classifica esses respectivos direitos em gerações. São eles:

a) A primeira geração diz respeito à liberdade, porque impõe a abstenção do Estado e é uma garantia do indivíduo quanto um arbítrio do ente estatal, ou seja, um direito de ser creditado por meio de Leis (Exs.: proteção da propriedade, direito de liberdade, de não ser preso se não por ordem de autoridade competente...), formando, com isso, os chamados direitos humanos;

b) A segunda geração diz respeito ao que o Estado deve às pessoas, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais (Exs.: a previdência social, a saúde, a educação...) baseados na igualdade;

c) A terceira geração refere-se à relação aos direitos transindividuais, ou seja, os direitos de solidariedade (Exs.: a paz, o direito ao meio ambiente protegido para as gerações atuais e futuras...)

Corroborando com a nossa narrativa, o George Marmelstein, em seu livro “Curso de direitos fundamentais”⁷⁸, fazendo referência ao também Vasak, diz que tomando como base a revolução francesa que defendeu os institutos da liberdade, igualdade e fraternidade elaborou uma teoria baseada nas gerações dos direitos fundamentais.

Cabe mencionar que a referida teoria dividiu-se em três gerações, ou seja: a) Primeira geração – tutela os direitos civis e políticos, baseando-se no pilar da

⁷⁷ ANDRADE, J. C. V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

⁷⁸ MARMELESTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

liberdade, já que originou-se na revoluções burguesas; b) Segunda geração – proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, tendo como base a igualdade, fomentada pela Revolução Industrial e os problemas sociais causados por ela naquela época e c) Terceira geração – tutela dos direitos de solidariedade, principalmente, o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, tendo como pressuposto a fraternidade que ganhou maiores contornos após o término da Segunda Guerra Mundial e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.⁷⁹

Frisa-se que a teoria acima recebeu diversas críticas devido ao fato de que a nomenclatura “gerações” daria uma ideia de sobreposição, portanto, ao longo do tempo, passou a ser chamada de “dimensões” e, atualmente, é uma das maiores classificações.

Corroborando com a terminologia “dimensões”, Sarlet enfatiza e faz ponderações em afirmar que existe uma discussão terminológica sobre o tema, todavia, observa-se um aumento progressivo convergindo para a mesma ideia no que tange o termo “as dimensões” dos direitos fundamentais. Ademais, afirma que tais direitos estão em constante processo de desenvolvimento sendo, inclusive, utilizados no âmbito do arcabouço internacional e refletindo as transformações na realidade política, social e econômica ao longo da história. Portanto, a teoria das dimensões dos direitos fundamentais demonstra o caráter cumulativo e complementar entre tais dimensões, principalmente, na esfera do direito constitucional tanto interno quanto internacional dos direitos humanos.⁸⁰

Outro ponto de destaque complementar, conforme afirma Konrad Hesse, é que a delimitação dos direitos fundamentais necessita ser condizente e proporcional para uma efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados.⁸¹

Um julgado que também se alinha ao nosso pensamento foi uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ex-ministro Celso de Mello, que dizia, *in verbis*:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER
ABSOLUTO.

⁷⁹ Idem, p. 42.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55

⁸¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p.256. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁸²

Em apertada síntese, os direitos humanos são as proteções dos seres humanos, pelo simples fato de se tratar de seres humanos, ou seja, a existência de uma pessoa é suficiente para seu amparo e sua defesa, diante de um arcabouço normativo, já que, por exemplo, os textos constitucionais não precisam apenas desenhar ou organizar o Estado para o exercício das suas funções, mas também a primazia dos direitos fundamentais.

Ressalta-se que Robert Alexy não dedica-se ao sistema de gerações de direitos fundamentais, não obstante, defende posições jurídico-fundamentais tripartite, ou seja: a) direitos a algo (Rechte auf etwas); b) liberdades (Freiheiten) e c) competências (Kompetenzen).⁸³

2.1.4 Atributos dos fundamentais

No entendimento de Robert Alexy, os direitos do homem possuem cinco atributos que tornam tais direitos tão específicos, são eles: a) universais – refere-se a todos os seres humanos, independentemente, de qualquer discriminação; b) morais – não dependem de normatização para ter validade, pois são direitos válidos moralmente; c) preferenciais – já que os direitos do homem tem prioridade necessária; d) fundamentais – tutela direitos essenciais que devem ser protegidos em todo sistema jurídico e e) abstratos – porque possuem elevado grau de generalização, todavia, são determinados através da ponderação.⁸⁴

⁸² Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p.20.

⁸³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 171-228.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-49

Os direitos fundamentais ultrapassam, por motivos justificáveis, o cenário nacional, já que estes abarcam os direitos do homem, ou seja, independentemente de sua positivação em um dado ordenamento jurídico pátrio, têm validade universal. A fundamentalidade desses direitos impõe, por consequência, imposições a cada ordenamento jurídico nacional. Um reforço importante para a sua premissa mundial está na Declaração dos Direitos do Homem instituída em 10 de dezembro de 1948. Portanto, os direitos do homem transformaram-se institutos com caráter vinculativo jurídico-positivamente em âmbito internacional.⁸⁵

2.1.5 Colisão dos direitos fundamentais

Primeiramente, cabe mencionar que as técnicas habituais da hermenêutica jurídica demonstram-se insuficientes quando se tratam dos direitos fundamentais, pois tais direitos são predispostos a colidir. Como os direitos fundamentais são, normalmente, institutos com formato de princípios, as dissonâncias entre eles podem ser solucionadas sem que um deles deixe de existir no ordenamento jurídico. Ademais, o conceito de colisão de direitos fundamentais divide-se em restrita ou ampla.⁸⁶

As colisões de direitos fundamentais em sentido restrito nascem quando a prática do direito fundamental de um titular afeta o direito fundamental de outro titular.⁸⁷ (Exemplo: Permanência de símbolos religiosos em órgãos públicos e laicidade do Estado – Tema 1086 do STF⁸⁸)

As colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, em contrapartida, caracterizam-se quando os respectivos direitos colidem com bens coletivos.

⁸⁵ Idem, p.55-56.

⁸⁶ Idem, p. 56-62.

⁸⁷ Idem, p. 57-59.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário ARE 1249095. EMENTA: CONSTITUCIONAL. PRESENÇA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM PRÉDIOS PÚBLICOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À GARANTIA DO ESTADO LAICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E DE REPERCUSSÃO GERAL JURÍDICA E SOCIAL RECONHECIDAS. I - A causa extrapola os interesses das partes envolvidas, haja vista que a questão central dos autos (permanência de símbolos religiosos em órgãos públicos federais e laicidade do Estado) alcança todos os órgãos e entidades da Administração Pública da União, Estados e Municípios. II - Relevância da causa do ponto de vista jurídico, uma vez que seu deslinde permitirá definir a exata extensão dos dispositivos constitucionais tidos por violados. Do mesmo modo, há evidente repercussão geral do tema sob a ótica social, considerados os aspectos religiosos e socioculturais envolvidos no debate. III – Existência de questão constitucional e de repercussão geral reconhecidas. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 07 jan. 2024.

Exemplificando Alexy cita “a segurança interna e externa, a prosperidade da economia nacional, a integridade do meio ambiente e um nível cultural alto”⁸⁹

Cabe mencionar que o aspecto vinculativo dos direitos fundamentais não podem ser retirados, pois, da mesma maneira que os direitos do homem são transformados em direito positivo, os direitos fundamentais exigem uma institucionalização de maneira ampla, possibilitando, portanto, a sua judicialização.⁹⁰

Colisões principiológicas, de outra maneira, são solucionadas não com a extinção de um deles do ordenamento jurídico ou a instituição de uma cláusula de exceção, mas por meio da definição de qual dos dois ou mais princípios, em face do caso concreto, tem a prevalência. Colisões entre princípios são elucidados na dimensão do peso (Dimension des Gewichts), enquanto divergências entre regras são resolvidos na dimensão da validade (Dimension der Geltung)⁹¹

Portanto, num Estado Democrático de Direito, além da obediência às suas próprias leis, que têm participação popular e são frutos de lutas históricas, deve-se ter como primazia os princípios e o respeito aos direitos fundamentais (que no nosso estudo refere-se, principalmente, ao direito fundamental à saúde), pois constituem a base da democracia.

2.2 Breve contexto histórico nas Constituições Brasileiras

Primeiramente, cabe destacar que a proteção ao direito fundamental à saúde era tratado de forma diferente no Brasil nas Constituições anteriores da atual Constituição de 1988, ou seja, os indivíduos que não cumpriam os requisitos solicitados para o atendimento à saúde nas instituições públicas, por exemplo: renda e inclusão no mercado de trabalho, ficavam dependentes, exclusivamente, da iniciativa privada.

Observa-se a tutela do direito à saúde em cada uma delas:

a) A Constituição Imperial de 1824⁹² não abordava, expressamente, o direito fundamental à saúde, atribuindo, apenas, a salvaguarda dos chamados “socorros

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 181-184

⁹⁰ Idem, p. 62-63

⁹¹ Idem, S. 77-79.

⁹² BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

públicos” aos brasileiros em seu artigo 179, XXXI (“A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.”)

Paulo Vargas Groff em seu artigo chamado de “Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras”⁹³ analisa as respectivas Constituições no Brasil e, no que tange a mencionada acima, afirmou que a Constituição de 1824 foi inspirada pelos ideais do liberalismo e pelo constitucionalismo em difusão na Europa. Entretanto, no contexto do Brasil a inquietude maior das elites era a instituição de um Estado-nação (define por um conjunto de cidadãos que se consideram pertencentes a uma mesma nação), portanto, a implementação de um estado democrático liberal ficou em segundo plano. A monarquia misturava a adesão de uma lógica e de um exercício liberal e autoritário. O regime monárquico era visto como a única maneira de manter a unidade nacional⁹⁴. Portanto, nesse cenário, haviam grandes barreiras para o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Cabe mencionar, também, que em referência a tutela judicial dos direitos fundamentais, a Constituição de 1824 não estabeleceu mecanismos apropriados para a proteção dos direitos fundamentais⁹⁵ e, mesmo expresso na referida Constituição em seu artigo 179 (“A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”⁹⁶), frutos dos ideais liberais na época, permaneceram a escravatura e a monocultura (pilares econômicos) no período de todo o Império. Apenas na fase final do Império, ou seja, em 1888, é que ocorreu a abolição da escravidão. Demonstrando, portanto, a contrariedade do sistema político constitucional da época.⁹⁷

⁹³ GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf>. Acesso em: 19 outubro 2023.

⁹⁴ GROFF, Paulo Vargas. Constitucionalismo brasileiro: uma breve análise crítica da sua evolução. Destaque Jurídico: Revista de Estudos Jurídicos, Porto Alegre, n. 1, 2002, p.11.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

⁹⁷ _____, Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf>. Acesso em: 19 outubro 2023.

b) A Constituição de 1891⁹⁸, não obstante, suprimiu o dispositivo que preservava os “socorros públicos” e apontou, em seu Artigo 72, *caput*, uma sutil e indireta proteção sanitária ao citar a “segurança individual” afirmando que “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes [...]”⁹⁹

Frisa-se que esta foi a primeira Constituição Republicana e, nessa seção, o artigo 72 estabeleceu um rol de direitos e garantias individuais, ou seja, direitos da primeira dimensão, não muito diverso daqueles previstos na Constituição de 1824.

Porém, nesse cenário as tutelas dos direitos fundamentais, apesar de formalmente prevista na Carta Magna, ficavam inviabilizadas na prática, pois, dentre outros motivos, a sociedade civil não tinha representatividade e nem organização. Ademais, a descentralização advinda com a referida Constituição atribuía a magistratura ao domínio dos Estados, permitindo, com isso, o poder para as oligarquias locais. Assim, representou um retrocesso do sistema de garantias das liberdades individuais que o período imperial havia começado a estabelecer.¹⁰⁰

Por fim, é imperioso destacar que a Constituição de 1891 inaugura no constitucionalismo brasileiro uma definição, materialmente aberta, de direitos fundamentais, resultando, também, na doutrina uma teoria dos direitos fundamentais chamados de “implícitos e decorrentes”¹⁰¹.

c) Na Constituição de 1934¹⁰², foi aumentada a relação dos direitos individuais e políticos, produzidas normas programáticas e em seu artigo 10 foi atribuída a competência concorrente à União e aos Estados, para protegerem a saúde e as assistências públicas. Ademais, garantiram-se, ainda por cima, assistência médica e sanitária aos trabalhadores e às gestantes, conforme tipificado em seu artigo 121, o qual afirma que “a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do

⁹⁸ BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ TORRES, João Camillo de Oliveira. Estratificação social no Brasil. São Paulo: Difusão européia do livro, 1965, p.81.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92.

¹⁰² BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

trabalhador e os interesses econômicos do país”; “a legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador” e “a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.”¹⁰³

Mencionando a referida Constituição Brasileira de 1934, Paulo Vargas Groff em seu artigo chamado de “Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras”¹⁰⁴ faz ponderações e afirma que “a “revolução de 1930” rompe com o Estado oligárquico e introduz na prática um Estado do tipo populista. Ela apresentou renovação das estruturas e das instituições, apesar de as mudanças não terem sido muito profundas. É mais apropriado se falar de reforma do Estado do que em uma transformação (revolução) do Estado. Acrescenta que “em 1934 foi promulgada uma nova Constituição, considerada avançada para o seu tempo, que introduz novos direitos, direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais” e que “além dos tradicionais direitos individuais, a Constituição de 1934 inovou ao introduzir no constitucionalismo brasileiro os direitos sociais, de segunda geração.”¹⁰⁵

d) A Constituição de 1937¹⁰⁶ no que tange à competência legislativa em matéria de saúde, limitou essa competência à União, abdicando, contudo, a possibilidade de delegação aos Estados quando, em seu artigo 16, XXVII, diz que “compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias”, dentre elas, “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”, bem como garantiu o dever da legislação trabalhista tutelar a saúde dos trabalhadores quando afirmou no seu artigo 137 que “a legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: I) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto.”¹⁰⁷

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf>. Acesso em: 19 outubro 2023.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹⁰⁷ Idem.

Cabe mencionar que o artigo 137, I da referida Constituição foi suspenso pelo Decreto nº 10.358 de 1942¹⁰⁸ que declarou estado de guerra em todo o território nacional.

Segundo José Afonso da Silva, essa Constituição foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”¹⁰⁹. Além disso, Pontes de Miranda afirmou que “A Carta de 1937, apenas outorgada, longe estava de aceitar a liberdade física e as demais liberdades com direitos do homem”¹¹⁰.

e) Na Constituição de 1946, pretendeu-se garantir uma redação intermediária entre as Constituições de 1934 e de 1937, assegurando no seu artigo 5º, XV a competência privativa da União para legislar sobre defesa e proteção da saúde e salvaguardando ao brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, pela primeira vez, em seu artigo 141 “a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade.”¹¹¹

Nas palavras de Paulo Vargas Groff, “a Constituição de 1946, que veio dentro do contexto da democratização do país, também restabeleceu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1934.”¹¹² e acrescentou que a “Constituição previa capítulos referentes à “Nacionalidade e Cidadania”, aos “Direitos e Garantias Individuais”, dentro do Título IV – Da Declaração de Direitos (arts. 129 a 144).”¹¹³

f) Na Constituição de 1967, foi assegurada no seu artigo 8º, XVII, “c” a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde. Além disso, visando à melhoria da condição social, garantiu aos trabalhadores e às suas famílias, no artigo 158, XV uma assistência hospitalar, médica, sanitária e preventiva.¹¹⁴

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto nº 10.358, de 31 de Agosto de 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d10358.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Campinas: Bookseller, 1999.

¹¹¹ BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹¹² GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras, p.118. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf>. Acesso em: 19 outubro 2023.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 20 agosto 2023.

Corroborando com a nossa narrativa, João Baptista Herkenhoff afirmou que os Atos Institucionais ns° 1 e 2 não se conciliaram com as garantias presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois a) “os punidos, a muitos dos quais se imputaram atos delituosos, não tiveram o direito de defesa previsto no art. 11 da Declaração” b) “o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos eventualmente violadores dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei – previsto no art. 8 o da Declaração – também foi desrespeitado pelo artigo que revogou o princípio da ubiquidade da Justiça e excluiu de apreciação judiciária as punições da Revolução”, c) “o tribunal independente e imparcial, a que todo homem tem direito, não o é aquele em que o próprio juiz está sujeito a punições discricionárias. Assim, a total supressão das garantias da magistratura viola o art. 10 e, por fim, “a exclusão discricionária do grêmio político (suspensão de direitos de cidadão) contraria o art. 21, que confere a todo homem o direito de participar do governo de seu país.”¹¹⁵

É imperioso destacar, neste momento, que no ano de 1968 o Brasil é marcado por vigorosa repressão ocasionada pela ditadura militar, como resultado à força das revoltas populares a esse regime. Assim, ocasionou um enrijecimento do regime e repressões às liberdades e às garantias dos indivíduos e de toda coletividade.

Na data de 17 de outubro de 1969, portanto, foi outorgada a Emenda Constitucional n°1 introduzindo a Constituição de 1969¹¹⁶. Entretanto, para muitos autores como o José Ribas Vieira a referida Constituição não passou de uma simples emenda¹¹⁷.

Ademais, José Afonso da Silva afirma que, tecnicamente, é possível admitir, na teoria, a instituição de uma nova Constituição, inclusive, houve mudança da nomenclatura de “Constituição do Brasil” para “Constituição da República Federativa do Brasil”. Comenta que a respectiva emenda foi confeccionada pela Junta Militar já que a mesma reivindicava o poder constituinte derivado tendo em vista ao recesso do Congresso. E conclui que “não houve nenhuma votação, e a Carta foi outorgada,

¹¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994

¹¹⁶ BRASIL. **Constituição (1967)**. Redação dada pela Emenda Constitucional n°1 de 17.10.1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em 20 outubro 2023.

¹¹⁷ VIEIRA, José Ribas. **O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 91.

mesmo constando, no seu art. 1º § 1º, que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”¹¹⁸

Assim, em apertada síntese, as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891, apenas, trouxeram direitos de primeira geração ou dimensão. As Constituições posteriores (1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) dispuseram de direitos de primeira e segunda geração ou dimensão e, por fim, a Constituição de 1988 com os direitos de terceira geração ou dimensão. É o que será visto posteriormente.

2.3 Proteção na Constituição Federal de 1988

Inicialmente, sublinha-se a existência de dispositivos, nesta Constituição, que evidenciam a importância dos direitos fundamentais, especialmente, do direito fundamental à saúde e sua aplicabilidade prática. A própria organização textual expressa a intenção do constituinte originário em lhe dar grande evidência. Ademais, pode-se afirmar que os princípios essenciais acompanham todo o texto constitucional, bem como se encontram delineados em todo arcabouço da Carta Magna.

É perceptível, nesta Constituição, a inspiração no constitucionalismo alemão e na Lei Fundamental de Bonn, principalmente, no que tange à matéria dos direitos fundamentais. Cabe mencionar que a atual carta magna brasileira(1988), da mesma maneira que a alemã, dispõe nos seus primeiros capítulos a disciplina dos direitos e das garantias fundamentais, especificidade na qual ela se distancia das Constituições que a antecedem. Ademais, a Constituição Brasileira de 1988 incluiu o legado de Weimar, assegurando, de forma expressa, múltiplos direitos sociais, uma característica no qual ela indubitavelmente supera a Lei Fundamental Alemã.¹¹⁹

Cabe frisar, em síntese, que a Lei Fundamental de Bonn entrou em vigência a partir no dia 24 de maio de 1949, através dele, portanto, a dignidade foi instituída como “um valor (Wert) que subjaz e permeia os direitos fundamentais (artigos 1 à 19), como também toda a Lei Fundamental.”¹²⁰

Os direitos fundamentais da Lei Fundamental foram, de maneira expressa, elencados de modo diretamente vinculante, como direitos pleiteáveis em juízo,

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 369-370.

¹²⁰ Heck, Luís Afonso. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 28, n. 109, p. 321-348, jan./mar. 1991.

inclusive contra o legislador (artigo 1, III). Lá, afirma-se que “os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”¹²¹. Todavia, foi através da instituição de um Tribunal Constitucional Federal, a criação da reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) e do sistema de controle constitucional que permitiram, verdadeiramente, a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.¹²²

Mais do que a manifesta notoriedade da doutrina constitucional alemã para a teoria da Constituição, via de regra, é exatamente no âmbito teórico e prático dos direitos fundamentais, da jurisdição constitucional e dos dispositivos de controle de constitucionalidade, que se localizam os pontos de similitudes mais importantes e em que mais se tem promovido o fenômeno da importação de classes oriundas ou mais concebidas no Direito Constitucional Alemão.¹²³

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, reconhece e tutela o direito universal à saúde, em diversos dispositivos de seu texto. No Artigo 6º assegura que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”¹²⁴, portanto, a saúde é elencada como um dos direitos sociais, restando evidenciada a sua importância e relevância para a sociedade, ao lado de direitos como a educação, a segurança, a previdência social, dentre outros.

No que tange à competência para tratar da saúde, é importante mencionar tanto a comum do artigo 23, II afirmando que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...]cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”¹²⁵, como a legislativa do artigo 24, XII que diz: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e

¹²¹ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Edição de junho de 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 07 de jan 2024.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar/>. Acesso em: 07 de jan 2024.

¹²³ Idem.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹²⁵ Idem.

defesa da saúde” e a concorrente entre a União, o Estado, o Distrito Federal e, complementação por parte do Município, referendado no artigo 30, VII, o qual diz: “Compete aos Municípios: [...] VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”;¹²⁶

Entretanto, cabe mencionar que os Municípios devem prestar a respectiva assistência com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados como, por exemplo, serviços de atendimento à saúde da população. Portanto, os três entes federativos estão dentro desta responsabilidade, ou seja, desta tríplice responsabilidade.

Outro ponto envolvendo a saúde, também previsto na Constituição Federal, é a questão da vinculação de receita de imposto prevista no artigo 167, IV, onde se diz que são vedados “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.¹²⁷

Ou seja, trata-se da vedação de vinculação de receita de impostos ao órgão, fundo ou despesa (princípio da não afetação dos impostos), ressalvada que é possível quando se tratar da saúde, principalmente, para ações e serviços públicos.

Aliado ao estudo mencionado acima, a Constituição de 88 prevê, ainda, em seus artigos 196 e 197, que a saúde é um direito destinado a todos, um dever do Estado e as respectivas ações e serviços tem relevância pública. Nesse sentido, cabe ao ente estatal garantir o pleno exercício da saúde, por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos. Deve o Estado, ainda, fomentar e assegurar o acesso universal e igualitário às respectivas ações e serviços, para sua promoção, bem como “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.”¹²⁸

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

No mesmo sentido, o artigo 198 da Constituição Federal traça diretrizes acerca da organização e disposição das ações e serviços públicos de saúde, os quais integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único e de atendimento integral, são elas: “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.”¹²⁹

Ademais, cabe frisar que conforme, também, o próprio artigo 198 da Constituição Federal “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; 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”¹³⁰

E, por fim, no mesmo dispositivo legal a “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”¹³¹

De igual sorte, vale sublinhar que o direito à saúde, segundo a classificação dos direitos fundamentais em gerações, classifica-se no rol dos direitos de segunda

¹²⁹ Idem

¹³⁰ Idem

¹³¹ Idem

geração. Tais direitos exigem, para a sua implementação, uma conduta ativa e positiva do Estado. Ou seja, cabe ao poder público a tomada de ações visando ao efetivo implemento e eficácia do exercício dos respectivos direitos.

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais apresentam tamanha essencialidade, da perspectiva do direito constitucional, que a decisão sobre eles não pode ser deixada à livre dispor da maioria parlamentar simples, ou seja, do legislador infraconstitucional.¹³²

Consigna-se que, por ser enquadrada como direito fundamental, a máxima eficácia na efetivação saúde é requisito essencial para a concretização e o respeito à dignidade humana, pois, além dos fundamentos supracitados, a dignidade da pessoa humana constitui pilar central da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 afirmando que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana”¹³³

Em apertada síntese, observa-se que, no Brasil, a efetividade ao direito à saúde tornou-se reflexo da consolidação de vários marcos, como aqueles atingidos pelos movimentos sanitaristas. Tais movimentos fomentavam reuniões, dentro das Conferências de Saúde, que tiveram papel fundamental para que avanços fossem incorporados pela Assembleia Nacional Constituinte, na elaboração da Constituição de 1988.

O sistema de saúde, em uma visão ideológica, propõe não apenas o cuidado de maneira assistencial, mas também a preocupação integral com a saúde. Sendo assim, o direito à saúde do cidadão engloba diversos momentos, desde a prevenção até o efetivo tratamento, objetivando uma melhoria na qualidade de vida da população, e não apenas a cura de moléstias. Ademais, o ordenamento brasileiro determina, ainda, que a referida promoção da saúde, em seus diversos âmbitos, é dever, não apenas da União, mas também dos Estados e dos Municípios.

A “saúde não tem apenas o significado de equilíbrio orgânico, mas é o resultado da qualidade de vida de um povo, das políticas adotadas pelo Estado, não

¹³² ALEXY, Robert, op. cit., p. 450.

¹³³ Idem

podendo o setor de saúde, exclusivamente, ser responsabilizados pelas condições de saúde da população.”¹³⁴

Ressalta-se, ainda, que a Constituição de 88 não restringiu o exercício e a tutela da saúde apenas à esfera pública. Nesse sentido, o artigo 199 do texto constitucional prevê a possibilidade da iniciativa privada também atuar no âmbito da saúde, ficando possibilitada a sua participação de forma complementar ao sistema único de saúde, desde que respeitando as diretrizes deste, “mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”¹³⁵

Ademais, no próprio dispositivo legal do artigo 199 da Constituição Federal proíbe tanto “a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”¹³⁶ como “a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.”¹³⁷ Por derradeiro, “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.”¹³⁸

Corroborando com o entendimento constitucional de que a saúde, e portanto, a medicina, devem ser destinados, de forma global, à sociedade, o Código de Ética Médica (Resolução CFM¹³⁹ n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n° 2.222/2018 e 2.226/2019) e que entrou em vigor 180 após sua publicação (30/04/2019), em seu capítulo I, estabelece que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade. E, diante disso, deverá ser exercida sem discriminação de nenhuma natureza, tendo por principal alvo a atenção do médico à saúde do homem.

¹³⁴ SANTOS, Lenir. Comentários à “Saúde e a nova Constituição: peculiaridades, implicações e perspectivas”. In: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Saúde: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 97.

¹³⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

Neste mesmo diploma acima, sublinha-se, também, a importância e necessidade de os profissionais da medicina agirem com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, em prol dos objetivos acima mencionados. Entretanto, deve-se observar que, conforme capítulo II, XI (Dos Direitos dos Médicos), “é direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ Idem.

3 Proteção do direito à saúde no Sistema Interamericano

Este capítulo tem como objetivo lançar luz sobre o funcionamento do sistema interamericano e examinar a base teórica e organizacional no processo de tomada de decisões no que se refere à proteção do direito à saúde. O sistema interamericano desempenha um papel crucial na promoção e defesa dos direitos humanos na região das Américas, e o direito à saúde é um elemento essencial nesse contexto. Nossa análise busca desvendar os mecanismos, órgãos e fatores que influenciam as decisões relacionadas à saúde no âmbito interamericano, explorando como os princípios e normas internacionais são interpretados e aplicados para garantir a proteção desse direito fundamental em diferentes contextos e situações, inclusive, na pandemia, contribuindo assim para uma compreensão mais abrangente do sistema de direitos humanos na região interamericana.

3.1 Sistema Interamericano

A procura da efetivação do direito fundamental à saúde, matéria corriqueira de exame e debate desde tempos remotos, é um assunto cujo alcance não é apenas local, contudo, regional, nacional e internacional. Dessa maneira, a análise do direito fundamental à saúde no arcabouço interamericano e em sua jurisprudência ganha destaque, substancialmente, diante da discussão frente ao enfrentamento da pandemia.

Ademais, tem se observado à judiciabilidade dos direitos sociais na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente, quanto à proteção do direito à saúde, que é a base deste estudo.

Inicialmente, frisa-se que o direito à saúde está inserido na categoria dos direitos sociais e, por esta razão, é mencionado na legislação interamericana de maneira expressa ou apenso aos direitos econômicos, sociais e culturais. No nosso ordenamento pátrio brasileiro, inclusive, é classificado como direito fundamental, ao lado de vários outros direitos fundamentais individuais, como, por exemplo, direito à vida.

Conveniente é evidenciar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Relatório Anual de 2021¹⁴¹, reiterou o direito à saúde como um direito humano fundamental e imprescindível à aplicabilidade adequada dos demais direitos humanos, e afirmou “que todos os seres humanos têm direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde que lhes permita viver dignamente”¹⁴², ou seja, “entendendo a saúde não apenas como a ausência de aflições ou enfermidades, mas como um estado completo de bem-estar físico, mental e social, derivado de um estilo de vida que permita às pessoas alcançarem um equilíbrio integral.”¹⁴³ Portanto, é obrigação do Estado a tutela e a garantia de serviços essenciais de saúde já que os mesmos são de exigibilidade imediata e as obrigações de caráter progressiva.

No que a exigibilidade imediata do direito à saúde o Relatório Anual citou que “os Estados devem adotar medidas eficazes para garantir o acesso sem discriminação às prestações reconhecidas pelo direito à saúde, garantir a igualdade de direitos entre homens e mulheres e, em geral, avançar no sentido da plena efetividade dos DESCAs.”¹⁴⁴

Já no que tange as obrigações de caráter progressiva, o relatório enfatizou que “os Estados partes têm a obrigação concreta e constante de avançar da forma mais expedita e eficaz possível no sentido da plena efetividade desse direito, na medida de seus recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados.”¹⁴⁵

Ademais, o próprio relatório anual apontou que as obrigações de caráter progressiva “impõe-se a obrigação de não regressividade em relação à realização dos direitos já alcançados. Em virtude do anterior, as obrigações convencionais de respeito e garantia, bem como de adoção de medidas de direito interno são fundamentais para alcançar sua efetividade.”¹⁴⁶

No sistema interamericano, o direito à saúde foi evidenciado, de modo especial, no artigo XI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e,

¹⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual de 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023, p. 135.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

também, no artigo 10 do Protocolo de São Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1999).

Na Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana de Bogotá, em 1948, no capítulo referente ao Direito à preservação da saúde e ao bem-estar, em seu artigo XI, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos consagrou a tutela e a promoção do direito à saúde para todos e por meio de providências sanitárias e sociais relacionadas à “alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.”¹⁴⁷

Ademais, corroborando com a nossa análise, é importante mencionar que o Protocolo de São Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, em matéria de direito à saúde, que foi promulgado no Brasil pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999¹⁴⁸, em seu artigo 10, também, tutela a referida matéria e prevê que “toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.”¹⁴⁹ Porém, “afim 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.”¹⁵⁰

Cabe mencionar que o referido decreto exemplificou possíveis medidas que podem ser adotadas para garantir o direito à saúde, como por exemplo: “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.”¹⁵¹

¹⁴⁷COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

¹⁴⁸ BRASIL. **DECRETO Nº 3.321, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ PROTOCOLO DE SÃO SALVADOR. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

Ademais, tendo em vista à precariedade em tutelar efetivamente os direitos fundamentais já que existe a recorrência de descumprimento dos mesmos, em níveis globais, Ferrajoli explica a importância de instituição de um sistema, de natureza supranacional, de divisas e relações de poderes objetivando à proteção dos direitos fundamentais. Portanto, defende a formação de um ordenamento universal, ou seja, de um constitucionalismo global.¹⁵²

Levar a sério estes direitos significa hoje ter a coragem de separá-los da cidadania como pertencente (a uma comunidade estatal específica) e do seu carácter estatal. E separá-los da cidadania significa reconhecer o seu carácter supra estatal - em ambos os sentidos da sua dupla garantia constitucional e internacional e, portanto, protegê-los não só dentro, mas também fora e face aos Estados, pondo fim a esta grande separação que os exclui do seu desfrute à grande maioria da raça humana, contradizendo o seu proclamado universalismo.¹⁵³

A partir da análise quanto à tutela dos direitos sociais no Sistema Interamericano, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se que, no caso da proteção do direito à saúde, a garantia desta ocorreu em alguns casos julgados pela referida Corte.

Para a presente análise, foram escolhidos alguns julgados da Corte Interamericana sobre o direito à saúde que serão estudados, nos parágrafos seguintes e em dois momentos distintos: a) o período da proteção indireta, em que a fundamentação foi desenvolvida pelo tribunal a partir de uma menção aos direitos civis e políticos e b) o período da proteção direta, mediante perspectiva que admitiu a justiciabilidade autônoma com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Período da proteção indireta do direito à saúde

Ao longo de muitos anos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos priorizou por não proporcionar a proteção autônoma dos direitos econômicos, sociais e culturais. Pelo motivo de que, tal como aconteceu no sistema europeu, o sistema

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Iura Paria: Los Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2020.

¹⁵³ *Idem*, p.192.

interamericano aperfeiçoou uma qualidade de “leitura social” dos direitos políticos e civis, elencada na indivisibilidade dos direitos humanos”.¹⁵⁴

Neste contexto, apresenta-se o caso da comunidade indígena Yakye Axa x Paraguai, para a qual a Corte Interamericana decidiu, em 17 de junho de 2005, que “as afetações especiais no direito à saúde, e intimamente vinculadas com este, no direito à alimentação e no acesso à água limpa impactam, de maneira aguda, o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos, como o direito à educação ou o direito à identidade cultural.”¹⁵⁵ Ademais, acerca da tutela ao direito de propriedade sobre as terras onde a comunidade lá habitavam, enfatizou que “no caso dos povos indígenas, o acesso a suas terras ancestrais e ao uso e desfrute dos recursos naturais que nelas se encontram está diretamente vinculado com a obtenção de alimento e o acesso à água limpa”.¹⁵⁶ Por fim, dentre outros argumentos no julgado, citou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais destacando a existência da “...vulnerabilidade de muitos grupos de povos indígenas cujo acesso às terras ancestrais pode ver-se ameaçado e, nesse sentido, sua possibilidade de ter acesso a meios para obter alimento e água limpa”.¹⁵⁷

Outro julgado remete ao caso da comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai (2006)¹⁵⁸, com decisão em 29 de março de 2006, quando a Corte analisou a tutela da saúde dos índios sob o prisma do direito fundamental à vida. Declarou que não obstante o Estado demandado dispor de arcabouço normativo interno garantido o atendimento de forma gratuita da população indígena em instituição de saúde, bem como isenção de todas as despesas relacionadas com estudos e outros procedimentos médicos no Hospital Nacional de Itauguá e em todos os centros de assistência médica do país dependentes do Ministério de Saúde Pública e Assistência Social, havia exigência de um comportamento governamental ativo que tutelasse os direitos elencados na Convenção de maneira plena e efetiva.

¹⁵⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos. Cidade de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

¹⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005. São José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ CORTE IDH. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006 (mérito, reparações e custas).

Além do mais, a Corte, nesta mesma decisão, reconheceu e valorizou a iniciativa promovida pelo Paraguai com a adoção do Decreto Presidencial nº 3.789, para a entrega de determinada quantidade de alimentos, assistência médico-sanitária e materiais educativos para a comunidade. No entanto, considerou, como já fez em outras ocasiões, que a legislação por si só não é suficiente para garantir a plena eficácia dos direitos protegidos pela Convenção, mas implica a necessidade de uma conduta governamental que garanta a existência, na realidade, de uma garantia efetiva do livre e pleno exercício dos direitos humanos.¹⁵⁹

Dessa maneira, a Corte Interamericana estabeleceu que o Estado providenciasse, imediatamente, regularmente e de forma permanente, o atendimento médico a todos os integrantes da comunidade, especialmente, grupos mais vulneráveis (crianças e adolescentes, idosos etc), com campanhas frequentes de vacinação e desparasitação que considerassem os usos e costumes tradicionais daquele povo.

A Corte dispôs que enquanto os membros da comunidade estivessem sem terras, o Estado deveria adotar imediata, regular e permanentemente as seguintes medidas: a) fornecimento de água potável suficiente para consumo e higiene pessoal dos membros da comunidade; b) exame médico e cuidados de todos os membros da comunidade, especialmente crianças, idosos e mulheres, acompanhados da realização periódica de campanhas de vacinação e desparasitação, que respeitem as suas práticas e costumes; c) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes; d) criação de latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário adequado nos assentamentos da comunidade, e e) dotar a escola do assentamento “Santa Elisa” dos materiais e recursos humanos necessários, e criar uma escola temporária com os materiais e recursos humanos necessários para os meninos e meninas do assentamento “Km. 16”. Por fim e, na medida do possível, a educação ministrada considerará a cultura da Comunidade e do Paraguai e será bilíngue, em língua isenta e, à escolha dos membros da Comunidade, espanhol ou guarani.¹⁶⁰

Outrossim, em âmbito do território brasileiro, é imperioso analisar o caso *Damião Ximenes Lopes versus Brasil*, decidido em 2006, no qual o Brasil recebeu

¹⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Sentença de 29 de março de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 21 outubro 2023.

¹⁶⁰ Idem.

penalidade por maus-tratos em instituição hospitalar, causada pelo falecimento de um paciente em tratamento por saúde mental.

Tratou-se do caso em que a irmã de Damião (Irene Ximenes Lopes) peticionou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando o Brasil por várias violações, dentre elas, aos direitos à vida, à integridade pessoal e à dignidade de seu irmão Damião Ximenes Lopes.

O caso brasileiro teve relevância devido ao fato de ter sido o primeiro, na esfera interamericana, a expor um debate referente ao direito à saúde, conquanto por intermédio do direito à vida e à integridade pessoal, especialmente, dos indivíduos que sofrem com distúrbios psiquiátricos. Naquele ensejo, a Corte Interamericana elucidou não apenas a indagação da autonomia das pessoas doentes, assim como os deveres do Estado na área da saúde, ficando assimilado que a saúde é um bem público cuja tutela está sob responsabilidade do Estado. Ademais, afirmou que cabe ao Estado “a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra em tratamento de saúde.”, bem como considerou que é dever estatal “regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado.”¹⁶¹

Frisa que o próprio julgado afirmou que caso exista a ausência de regulamentação e fiscalização tal conduta gerará responsabilidade internacional, pois os Estados têm responsabilidade perante as entidades públicas como, também, nas privadas prestadoras de atendimento de saúde já que, segundo a Convenção Americana, “as hipóteses de responsabilidade internacional compreendem os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, bem como atos de terceiros, quando o Estado falha em seu dever de regulá-los e fiscalizá-los. A obrigação dos Estados de regular não se esgota, por conseguinte, nos hospitais que prestam serviços públicos, mas abrange toda e qualquer instituição de saúde.”¹⁶²

¹⁶¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

¹⁶² Idem.

Por derradeiro, cabe mencionar que o caso *Ximenes Lopes versus Brasil* promoveu diversas políticas públicas que acarretaram avanços importantes para o tratamento de pacientes na esfera da saúde mental, bem como o desenvolvimento das instituições de acolhimento e o aprimoramento dos profissionais da saúde no cuidado com os pacientes, conforme explicitado nos Cadernos de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de número 36 do ano de 2022 e citou que no município de Sobral foram tomadas algumas medidas, dentre elas:

No âmbito municipal

- a) a criação da comissão no objetivo de investigar a responsabilidade da Casa de Repouso Guararapes tendo em vista a morte de Damião Ximenes Lopes;
- b) a implementação de uma Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral;
- c) a assinatura em 2000 de um convênio entre o Programa Saúde na Família e Equipe de Saúde Mental do município,
- d) criação de uma Unidade de Internação Psiquiátrica no Hospital Dr. Estevão da Ponte, “um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas portadoras de psicose e neurose, um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas dependentes de álcool e outras substâncias psicotrópicas; o Serviço Residencial Terapêutico; e uma unidade ambulatorial de psiquiatria regionalizada no Centro de Especialidades Médicas e equipes do Programa Saúde na Família.”¹⁶³

No âmbito nacional

- a) Elaboração da Lei nº 10.216/2001 - “Lei de Reforma Psiquiátrica” que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental¹⁶⁴;

¹⁶³ **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Nº 36:** Jurisprudência sobre o Brasil / Corte Interamericana de Direitos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf. Acesso em: 25 de set. 2023.

¹⁶⁴ BRASIL. **LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 25 set. 2023.

b) Realização de eventos como o seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e aplicação da Lei nº 10.216” realizado em 23 de novembro de 2001 e a Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental em dezembro de 2001;

c) Elaboração do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos em 2002;

d) Implantação do Programa de Reestruturação Hospitalar do Sistema Único de Saúde, implementação do “Programa de Volta para Casa” e a consolidação do Fórum de Coordenadores de Saúde Mental, todos em 2004.¹⁶⁵

Já no caso Albán Cornejo e outros x Equador, o Estado equatoriano foi julgado e condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 22 de novembro de 2007 por negligência médica em um hospital privado, já que o ente estatal tem a obrigação de fiscalização das instituições e condições médico-hospitalares, fomentar a tutela da saúde e da vida digna dos seus cidadãos. Porém, o tribunal ratificou pela garantia ao direito à integridade pessoal, e não ao direito fundamental à saúde, pois, naquele instante, a tutela ao direito à saúde não seriam, de forma imediata, justiciabilizável perante a Corte Interamericana. Contudo, ocorreu a garantia dos direitos à vida e integridade física com o escopo de garantir o direito à saúde já que a violação desses direitos legais trazem consigo um pedido de justiça.

Cabe mencionar que, no julgado supra, a Corte Interamericana avançou, novamente, nos debates sobre a proteção da vida e da integridade, que se projetam na assistência à saúde, no direito das pessoas e no dever de atendê-la por diversos meios, obrigação do Estado.¹⁶⁶

Outro julgado, também importante, refere-se ao caso da comunidade indígena Xákmok Kásek x Paraguai, julgado em 24 de agosto de 2010 e citado no Relatório elaborado pela Promotoria de Trabalho do Primeiro Turno¹⁶⁷, em que o direito não tutelado à propriedade das terras indígenas atingia o direito à identidade cultural e, como resultado, a saúde da tribo, por possuir um vínculo muito intrínseco com a terra.

¹⁶⁵ **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Nº 36:** Jurisprudência sobre o Brasil / Corte Interamericana de Direitos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf. Acesso em: 25 de set. 2023.

¹⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.** Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (fondo, reparaciones y costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

¹⁶⁷ Cf. Relatório elaborado pela Promotoria de Trabalho do Primeiro Turno, sem data (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1808).

Frisa-se que o referido relatório, após inspeções nas Fazendas Salazar, Coraí e Maroma verificou precária situação dos respectivos membros das comunidades, inclusive, mencionando que eles não tinham “condições mínimas de higiene, abrigo e espaço de acordo com o número de moradores”¹⁶⁸, que as casas “não tinham paredes compactas e tetos com telhas e foram construídas de forma tal que atentam contra a integridade física e a saúde dos indígenas, o chão era de terra [...]”¹⁶⁹ e que eles “receberam alimentação de forma muito reduzida.”¹⁷⁰ Por fim, chegou à conclusão de que “nessa visita foram verificadas as irregularidades em matéria de exploração laboral sofrida pelos membros da Comunidade.”¹⁷¹

Período da proteção direta do direito à saúde

Outrossim, em meados de 2018, no Chile, através do caso *Poblete Vilches e outros versus Chile*¹⁷², observou-se que o direito à saúde, finalmente adquiriu tutela como direito autônomo na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme comprometimento técnico e econômico dos Estados Partes na Convenção Americana em providenciar medidas, através dos recursos disponíveis, tanto em âmbito interno quanto em cooperação internacional “a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura [...] por via legislativa ou outros meios apropriados” (artigo 26 da Convenção Americana)¹⁷³

O caso *Poblete Vilches e outros versus Chile* tratou-se da condenação do Estado chileno (responsável pela violação do direito à saúde) pela morte de uma pessoa idosa tendo em vista omissão médica, pois a mesma foi internada em um hospital público no Chile, entretanto, foi submetida a procedimento cirúrgico sem o seu consentimento prévio ou autorização familiar.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da comunidade indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

¹⁷² Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Poblete Vilches e Outros VS. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 26 set. 2023.

¹⁷³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

Cabe mencionar que a decisão da Corte, no processo supra, possibilitou que, após o incidente acima, fossem delimitados parâmetros aplicáveis em situações de urgências no âmbito médico, dentre eles: a) obrigação dos Estados de regular a prestação de serviços na área da saúde; b) dever de se garantir modelos mínimos de aceitabilidade, acessibilidade, disponibilidade e qualidade; c) procedimento equânime e real aos usuários dos serviços; e d) dever de supervisionar e fiscalizar os serviços oferecidos.¹⁷⁴

No mesmo ano do julgado acima, houve decisão referente ao caso *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*¹⁷⁵, com sentença em 23 de agosto de 2018, referente a negligência do Estado no que tange ao tratamento médico de indivíduos portadores do HIV.

Ademais, dando sequência ao posicionamento precedido na sentença anterior (*Caso Poblete Vilches e outros versus Chile*), a Corte Interamericana no julgado *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala* expôs que o Protocolo de San Salvador não tem potencial limitador da competência do tribunal regional para decidir possíveis desobediências ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja matéria é definida pela integralidade do arcabouço jurídico internacional.

A Corte em uma interpretação literal, sistemática e teleológica concluiu que o artigo 26 da Convenção Americana protege os direitos que derivam das normas econômicas, sociais e educacionais, científicas e culturais contidas na Carta da OEA. Porém, o alcance destes direitos deve ser entendido em relação ao restante das demais cláusulas da própria Convenção, de modo que estão sujeitos às obrigações gerais contidas nela (artigos 1.1 e 2) e podem estar sujeitos à supervisão desta Corte (artigos 62 e 63). Por derradeiro, cabe afirmar que a conclusão se baseou não apenas em questões meramente formais, mas resultantes, também, da interdependência e indivisibilidade dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, bem como da sua compatibilidade com o objeto e finalidade da Convenção, que é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches e Otros VS. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 26 set. 2023.

¹⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cuscul Pivaral e Otros vs. Guatemala. Sentença de 23 de agosto de 2018. (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas) Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. Acesso em: 24 outubro 2023.

Portanto, caberá a cada caso concreto que requeira uma análise DESC determinar se um direito humano tutelado pelo artigo 26 da Convenção Americana deriva explícita ou implicitamente da Carta da OEA, bem como o alcance dessa proteção.¹⁷⁶

Além dos fundamentos sobre a perspectiva de constatação da ofensa direta ao artigo 26 da Convenção Americana, a Corte Interamericana, no julgado supra, aumentou os paradigmas de efetivação do direito à saúde aplicáveis ao indivíduos com HIV. Além do mais, explicitou as razões de decidir afirmando, em sua decisão, que o acesso aos medicamentos é uma parte indispensável do direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde possível.

A este respeito, a Corte voltou ao critério de que o acesso aos medicamentos no contexto de pandemias como o HIV, a tuberculose e a malária é um dos elementos fundamentais para alcançar gradualmente o pleno exercício do direito de cada pessoa ao gozo da nível mais alto possível de saúde física e mental. No mesmo sentido, o Tribunal considerou que os Estados devem adotar medidas destinadas a regular o acesso a bens, serviços e informações relacionadas com o HIV, para que haja benefícios e serviços suficientes para a prevenção e o cuidado dos casos de HIV.

Observou, também, que os Estados devem tomar as medidas necessárias para garantir a todas as pessoas o fornecimento e a acessibilidade a bens, serviços e informações de qualidade para a prevenção, tratamento, cuidados e apoio ao HIV, incluindo a terapia antirretroviral e outros medicamentos, diagnóstico seguro e eficaz, testes e tecnologias relacionadas para os cuidados preventivos, curativos e paliativos do HIV, infecções oportunistas e doenças relacionadas.¹⁷⁷

No ano seguinte e em outro julgado, em 22 de novembro de 2019, a Corte Interamericana sentenciou no caso *Hernández v.s. Argentina*¹⁷⁸ que abrangeu a desobediência, pela Argentina, de seu dever de fornecer um tratamento médico apropriado ao custodiado com tuberculose que permanecia detido em estabelecimento prisional.

Consequentemente, a Corte IDH enalteceu a relevância dos Estados regulamentarem o método de diagnóstico e tratamento dos indivíduos com

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ CORTE IDH. Caso Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala, §108.

¹⁷⁸ CORTE IDH. **Caso Hernández Vs. Argentina**. Sentença de 22 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_395_esp.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2023.

tuberculose às recomendações internacionais, tendo declarado diretrizes específicas sobre a matéria.

Primeiramente, afirmou a Corte no julgado que o diagnóstico adequado exige o rastreio da tuberculose em todas as pessoas que apresentam tosse produtiva inexplicável durante duas a três semanas. Em segundo lugar, o tratamento da tuberculose exige que todos os pacientes (incluindo aqueles que vivem com HIV) que não tenham sido previamente tratados recebam um regime de tratamento de primeira linha aceito internacionalmente, utilizando medicamentos de biodisponibilidade conhecida. As doses dos medicamentos antituberculose utilizados devem ser ajustadas às recomendações internacionais. Além disso, todos os pacientes devem ser monitorados quanto à resposta ao tratamento. Terceiro, em relação às responsabilidades de saúde pública, todos os prestadores de cuidados a pacientes com tuberculose devem garantir que as pessoas (especialmente crianças com menos de 5 anos de idade e pessoas com infecção por HIV) que estão em contato próximo com pacientes que têm tuberculose infecciosa sejam avaliadas e tratadas de forma adequada de acordo com as recomendações internacionais.¹⁷⁹

No que se refere aos danos concretos submetidos pela vítima, concluiu-se na decisão que o Estado se omitiu em vários aspectos, principalmente, no que tange à disponibilidade, qualidade e do acesso à saúde, ou seja, a Corte conclui que a integridade pessoal da vítima (Hernández) foi afetada pelo fato de ter sido mantido privado de liberdade em uma prisão que não contava com espaço suficiente para abrigar o número de detentos, e que as autoridades não cumpriram tempestivamente as ordens do juiz da causa para lhe prestar assistência médica uma vez comunicado seu estado de saúde. Estes acontecimentos constituíram um tratamento degradante nos termos da Convenção Americana dos Direitos Humanos (artigo 5.2).

Além disso, não houveram dúvidas de que a saúde do senhor Hernández foi gravemente afetada pela meningite que contraiu enquanto esteve detido entre 7 de fevereiro de 1989 e 3 de agosto de 1990, que sofreu sofrimentos decorrentes da sua doença e que teve consequências permanentes que afetaram as suas capacidades físicas e mentais, que continuaram após sua condenação.

Portanto, foi possível comprovar a existência de umnexo de causalidade entre as ações e omissões do Estado nas condições de detenção e a falta de assistência

¹⁷⁹ Idem.

médica à vítima (Hernández) e a violação de seu direito à integridade pessoal e à saúde. Consequentemente, o Estado foi responsabilizado pela violação dos artigos 5.1, 5.2 e 26 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, bem como em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.¹⁸⁰

Para corroborar com os nossos estudos neste capítulo, cabe mencionar a Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 09 de abril de 2020 (no ápice da pandemia) na qual reafirma-se que “O direito à saúde deve ser garantido respeitando-se a dignidade humana e observando-se os princípios fundamentais da bioética...”¹⁸¹, obedecendo, porém, “...os padrões interamericanos quanto à sua disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, adequados às circunstâncias geradas por esta pandemia.”¹⁸² Por fim, em prol da tutela à saúde dos envolvidos no enfrentamento dessa doença reiterou que “os trabalhadores e as trabalhadoras da área de saúde devem receber os suprimentos, equipamentos, materiais e instrumentos que protejam sua integridade, vida, saúde, e que lhes permitam desempenhar seu trabalho em termos razoáveis de segurança e qualidade.”¹⁸³

Quanto a Resolução nº 1/2020 (Aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020) no que tange a proteção do direito à saúde no contexto, também, pandêmico esta ratificou que essas doenças em níveis mundiais “têm o potencial de afetar gravemente o direito à saúde direta e indiretamente, pelo risco sanitário inerente na transmissão e aquisição da infecção, exposição do pessoal de saúde e alta incidência na organização social e nos sistemas de saúde, saturando a assistência sanitária geral.”¹⁸⁴

Ademais, a própria resolução enfatizou que a saúde tem interesse público, portanto, tem necessidade de ser protegido por todos os países, bem como explicitou que: a) “o direito humano à saúde é um direito de caráter inclusivo”¹⁸⁵, b) “que guarda correspondência com o gozo de outros direitos, que compreende seus determinantes

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ CORTE IDH. DECLARAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1/20. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2023.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RESOLUÇÃO Nº 1/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. (Aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020). Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 25 outubro 2023

¹⁸⁵ Idem.

básicos e sociais como o conjunto de fatores que condicionam seu efetivo exercício e gozo”¹⁸⁶; c) “que o conteúdo do direito à saúde se refere ao direito de toda pessoa a desfrutar do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social;”¹⁸⁷ d) e que “este direito inclui a atenção à saúde oportuna e apropriada”¹⁸⁸, e e) possui “...elementos essenciais e inter-relacionados de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços, bens e instalações de saúde, inclusive os medicamentos e os benefícios do progresso científico nesta área, em condições de igualdade e não discriminação.”¹⁸⁹

É nessa concepção de universalidade que Ferrajoli propõe a formação de uma Constituição da Terra, que seja “capaz de impor limites e ligações aos poderes dos Estados soberanos e dos mercados globais, garantindo os direitos humanos e os bens comuns de todos (tradução livre)”¹⁹⁰

Assim, diante dos casos julgados durante estes anos, as declarações e resoluções, bem como o caráter universal de tal direito pode perceber que o sistema interamericano avança para a consolidação regional de proteção do direito fundamental à saúde, levando em consideração as peculiaridades regionais e a atenção aos grupos mais vulneráveis.

4 Do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal e o contexto da pandemia – estudos de casos

O presente capítulo visa realizar uma análise do direito à saúde, focando especificamente nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e utilizando como base as decisões que ganharam destaque e relevância durante o contexto da pandemia. O papel do STF na interpretação e defesa dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, tornou-se ainda mais evidente em tempos de crise global de saúde. Ao examinar as decisões do STF no contexto da pandemia, este estudo busca compreender como o tribunal tem aplicado e moldado o

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RESOLUÇÃO Nº 1/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. (Aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020). Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 25 outubro 2023

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Por uma Constitución de la Tierra. Madrid: Editorial Trotta, 2022. E-book, posição 63.

direito à saúde, além de destacar as implicações dessas decisões para a proteção e garantia desse direito fundamental no Brasil.

4. 1 Estudo de casos

Primeiramente, cabe frisar que o Supremo Tribunal Federal julgou três ações importantíssimas, conjuntamente, sobre o tema, a saber: a) Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6586 e 6587, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski e julgado em 17/12/2020; e b) Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1267879/SP, tendo como relator o ministro Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 e com tese em repercussão geral (Tema 1103).

Resumo dos casos

Em apertada síntese, a questão, primordial, suscitada ao STF foi a possibilidade de justificativa de consciência (filosófica, religiosa e política) para não sujeição à vacinação do poder público. O argumento constitucional se consubstanciava no artigo 5º, VIII da Constituição Federal¹⁹¹, que confirma a igualdade de todos perante a lei, “...garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹⁹², já que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”¹⁹³

Todavia, conforme o julgado, ninguém pode, no que tange à “obrigação legal a todos imposta”, justificar escusa de consciência para cumprimento da obrigação, porém, é exigida a dispensa do dever desde que se cumpra “prestação alternativa, fixada em lei”. Portanto, caso seja realizada a prestação alternativa, surgirá a possibilidade de manter a convicção filosófica, religiosa e política sem, efetivamente,

¹⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Idem.

exigir a realização de uma obrigação legal, pois se não for assim, é possível ser privado de direitos.

A aplicação do artigo 5º, VIII da Constituição Federal, pode ser desenvolvida com algumas ressalvas, ou seja, para que ela se faça valer na obrigação, a vacinação não pode ser forçada, mas obrigatória. Ademais, na vacinação deve se impor ao indivíduo obrigações restritivas indiretas (proibição de frequentar alguns lugares, possibilidade de multas, etc), entretanto, todas essas restrições devem ser previstas em lei ou dela decorrentes.

A vacinação obrigatória, com a fixação de sanções indiretas, necessita salvaguardar a dignidade humana, as liberdades fundamentais das pessoas, o direito à informação e à assistência familiar, principalmente. Além do mais, estas respectivas sanções devem garantir o respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que não atinjam a integridade física e moral dos envolvidos.

Além dos fatos narrados acima, cabe frisar que, segundo o próprio julgado, essas medidas restritivas podem ser impostas tanto pela União, como pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, respeitada, porém, a competência federativa de cada ente. Outrossim, a competência do Ministério da Saúde para a coordenação do Programa Nacional de Imunizações e definição das vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não retira dos Estados, Municípios e Distrito Federal a organização de medidas preventivas e medicamentosas destinadas ao enfrentamento da pandemia em âmbito regional ou local.

Antes de se analisar pormenorizadamente os julgados do STF referendados acima, cabe fazer, em apertada síntese, a conclusão a que se chegou, pois o respectivo tribunal definiu que:

a) A imunização é direito coletivo e não individual, ou seja, não se trata de escolha meramente individual, mas o exercício desse direito envolve a saúde pública e, portanto, o direito de terceiros. Para o STF, a imunização coletiva é um bem público coletivo. Ademais, trata-se de um bem jurídico coletivo e a tutela do princípio constitucional da solidariedade (artigo 3º, I da Constituição Federal), ou seja, o direito à saúde coletiva se sobrepõe aos direitos individuais (Vacinar é um ato solidário). Portanto, a vacinação obrigatória é, em termos constitucionais, assegurar o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana;

b) Uma coisa é a obrigatoriedade de vacinação (constitucional) e outra é a vacinação forçada (inconstitucional), já que, na vacinação obrigatória, se o cidadão não se vacinar, fica sujeito à aplicação de multa ou à restrição de outras atividades previstas em lei, ou seja, medidas indiretas de coerção, como, por exemplo, proibição de deslocamento; enquanto na vacinação forçada, o estado pega o cidadão à força e aplica a vacina;

c) Estipularam-se requisitos para a constitucionalidade da vacinação obrigatória; assim dizendo, para que a vacinação obrigatória seja constitucional, é preciso que:

1. a vacina seja registrada na ANVISA, melhor dizendo, seja incluída no Plano Nacional de Imunizações, ou esteja prevista em lei nacional, estadual ou municipal, respeitados os limites de competência de cada qual;
2. é preciso que tenham base evidenciais científicas e análises estratégicas pertinentes, que venham acompanhadas de ampla informação sobre eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitando, assim, a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas;
3. precisa atender critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como as vacinas sejam distribuídas universal e gratuitamente.

Assim, a obrigatoriedade não viola a liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. Observam-se as particularidades dos julgados.

1. ADI nsº 6586 e 6587: Vacinação obrigatória – julgamento conjunto

1.1 Identificação dos casos

ADI nº 6586/DF

Requerente: Partido Democrático Trabalhista

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Julgamento: 17/12/2020

ADI nº 6587/DF

Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro - PTB

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Julgamento: 17/12/2020

1.2 Resumos

Na referida ação (ADI nº 6586/DF), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) defendeu que o artigo 3º, § III, “d” da Lei nº 13979/2020 abarca uma interpretação conforme à Constituição, de maneira a fixar que os Estados e Municípios têm competência para definir a obrigatoriedade da vacinação e outras medidas preventivas, no enfrentamento à pandemia em decorrência da Covid-19, com a condição de que fundamentados em comprovações científicas.

Diferentemente, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) na ADI nº 6587/DF sustentou que é imprescindível instituir, de antemão, que a utilização da vacina, se e na ocasião em que vier a ser autorizada, será opcional, e não obrigatório, classificando de inconstitucional a eventualidade de um ente federativo estabelecer a imunização coercitiva, sob pena de desrespeito aos direitos fundamentais.

1.3 Ementa

Cabe mencionar que a ementa conjunta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁹⁴ condensou, de forma didática, vários pontos fundamentais da discussão que ocorreu. Primeiramente, fez breves considerações de que

¹⁹⁴ BRASIL.STF. Plenário. **ADI 6586**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado conjuntamente em 17/12/2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. EMENTA. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 19 ago. 2023.

Segue a ementa do referido julgado conjunto acima:

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito

Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.¹⁹⁵

1.4 Tese

A tese firmou a diferenciação de vacinação compulsória de forçada “porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares”¹⁹⁶. Porém, faz uma ressalva de que essas medidas indiretas podem ser aplicada desde que tipificadas em lei ou em sua decorrência. Ademais, concluiu que a vacinação: a) “tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes”¹⁹⁷, b) “venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes”¹⁹⁸, c) “respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas”¹⁹⁹, d) “atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade”²⁰⁰ e e) “sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente”²⁰¹. Por fim, que as medidas indiretas “podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.”²⁰²

1.5 Fundamentação

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e nº 6587, tendo como relatoria o ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal, num julgamento conjunto, julgou parcialmente procedente as respectivas ações de controle abstrato para atribuir interpretação conforme à Constituição, ao artigo 3º, § III, “d”, da Lei nº 13979/2020²⁰³ (que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019), na qual o referido artigo da lei afirmava que “para

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² Idem.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 19 ago. 2023.

enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional”²⁰⁴ as autoridades públicas, respeitando a área de competência de cada um deles, poderão determinar a realização compulsória de vacinação ou, até mesmo, outras medidas profiláticas.

Votos dos julgadores

No seu voto, o ministro e relator Ricardo Lewandowski, diante da problemática tratada, afirmou, primeiramente, que “atualmente, não pairam dúvidas acerca do alcance de duas garantias essenciais asseguradas às pessoas: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio.”²⁰⁵. Ademais, segue na sua fundamentação dizendo que “tais franquias, bem sopesadas, por si só, já excluem, completamente, a possibilidade de que alguém possa ser compelido a tomar uma vacina à força, contra a sua vontade”²⁰⁶, explicando que “elas decorrem, assim como outros direitos e liberdades fundamentais, do necessário e incontornável respeito à dignidade humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Constituição de 1988.”²⁰⁷

E, diante de vários argumentos, o referido ministro chega à conclusão pela parcialidade da procedência das referidas ações, conferindo uma interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, entretanto, estabeleceu a diferenciação entre a vacinação compulsória da vacinação forçada “por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes”²⁰⁸, que as vacinações “tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ BRASIL.STF. Plenário. ADI 6586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 31 ago. 2023.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

distribuídas universal e gratuitamente;²⁰⁹ e, por fim, que “tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.”²¹⁰

Vale mencionar, também, parte do voto do ministro Nunes Marques, na respectiva ação direta de inconstitucionalidade, quando este afirmou que “a vacinação obrigatória não pode ser medida inaugural de uma política sanitária”²¹¹ por seu caráter invasivo, porém “justificável pelo contexto epidemiológico e vacinal.”²¹² Adentra em sua explicação e faz a ressalva de que a vacinação obrigatória “não pode haver precipitação: se, por exemplo, uma alta percentagem das pessoas resolverem voluntariamente se vacinar — se e quando houver a vacina —, pode ser desnecessária a vacinação obrigatória. Esta deve ser medida extrema, apenas para uma situação grave e cientificamente justificada, e esgotadas todas as formas menos gravosas de intervenção sanitária.”²¹³

Ademais, para corroborar com sua narrativa em seu voto, o próprio ministro Nunes Marques cita a obra Tratado de Direito Administrativo do jurista José Cretella Junior. na qual o brilhando docente explica que “a vacinação obrigatória pode ser tolerada em estado de necessidade, o qual pressupõe o uso proporcional dos meios para compatibilizar o exercício da liberdade individual (na forma de direito ao próprio corpo) com o direito à saúde dos demais sujeitos. Em um contexto de perigo a esse segundo direito, podem ser usados apenas os “meios absolutamente necessários”²¹⁴

A obrigatoriedade da vacina a que faz referência à Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, não pode permitir quaisquer medidas invasivas ou coativas, pois devem respeitar o direito à intangibilidade, à integridade e à inviolabilidade do corpo humano, assegurando-se inconstitucional toda determinação legal, administrativa, regulamentar, forçada, sem o consentimento expresso dos indivíduos.

O ministro Nunes Marques, que permaneceu parcialmente vencido, do mesmo modo julga admissível estabelecer a obrigatoriedade da vacinação contra a

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem.

²¹² Idem.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Cretella Júnior, José. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1968, vol. V, p. 209.

COVID-19 pela União ou pelos Estados, na condição de que o Ministério da Saúde seja primeiramente ouvido, e somente como última forma de combate à disseminação da doença, depois de campanha de vacinação voluntária e da exigência de medidas menos invasivas. Ele reputa que essa obrigatoriedade pode ser concretizada apenas por instrumentos indiretos, com a determinação de multa ou outras restrições legais.

Para o ministro Alexandre de Moraes, a obrigatoriedade do cumprimento de vacinação, de maneira a garantir a tutela à saúde coletiva, é respaldada em uma obrigação em duplicidade. Primeiramente, cabe ao Estado o dever do fornecimento da vacina, “obviamente, a partir, da comprovação das vacinas, do registro das vacinas, não necessariamente só da Anvisa”²¹⁵ e, caso o gestor público deixe de fazer esta obrigação imposta, este será responsabilizado, bem como a obrigação da pessoa de se vacinar, ou seja, “cada brasileiro terá a obrigatoriedade de se vacinar. O que não significa que poderá, *manu militari*, não poderá, de forma forçada, ser levado até a vacina. Ora, obrigatoriedade não significa isso. Significa que eventual descumprimento levará a uma sanção.”²¹⁶

O ministro Edson Fachin, em sua antecipação do voto, acompanhando os argumentos dos relatores e, dentre outros fundamentos, acrescentou que nenhum ente ou autoridade pública pode se eximir de providenciar medidas para possibilitar a vacinação da população como um todo e garantir o direito fundamental à saúde, bem como a uma vida digna. Com isso, enfatizou que “[...] dessa leitura das normas constitucionais que permite entender que a imunidade coletiva é um bem público coletivo [...] todos devem contribuir, na medida de sua capacidade, para o atendimento de bens públicos coletivos”.²¹⁷

Já no seu voto, reafirmando o seu entendimento, o ministro Fachin citou a ADI 6341²¹⁸, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que foi julgada em 15/04/2020

²¹⁵ Cada brasileiro terá a obrigatoriedade de se vacinar. O que não significa que poderá, *manu militari*, não poderá, de forma forçada, ser levado até a vacina. Ora, obrigatoriedade não significa isso. Significa que eventual descumprimento levará a uma sanção.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ Idem

²¹⁸ ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020. EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial

referente à pandemia, na qual afirmava, dentre outros argumentos, que: a) a gravidade internacional não “autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente.”²¹⁹ b) “o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos”²²⁰, c) “o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais”²²¹ já que “o Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.”²²², d) “a diretriz constitucional da hierarquização não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de

da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

²¹⁹ ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020.

²²⁰ Idem.

²²¹ Idem.

²²² Idem.

cada um deles”²²³, e) a competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica e o exercício desta “em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços”²²⁴, f) “o direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde”²²⁵ já que é “necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde”²²⁶ e g) “o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde”.²²⁷

A ministra Rosa Weber, em seu voto, adicionou, dentro de outros argumentos, que esporádicas limitações às liberdades individuais resultantes do emprego dos instrumentos normativos aos que negarem a vacinação são determinações do inerente complexo constitucional de direitos, que demandam parâmetros efetivos para tutelar a saúde e a vida. Além disso, afirmou que “diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegure o emprego dos meios – necessários, adequados e proporcionais – para a preservação da vida humana”²²⁸, narrou que “a Constituição da República Federativa do Brasil repudia a instrumentalização retórica das liberdades nela asseguradas com vista à promoção de uma necropolítica que nenhum parentesco guarda com os ideais genuinamente liberais.”²²⁹, citou que “em 1624, o poeta John Donne já apontava, com precisão, que *“nenhum homem é uma ilha, completo em si mesmo; todo homem é um pedaço do continente, uma parte do todo”* (tradução livre).”²³⁰, bem como afirmou que “o que se tem no presente feito, no entanto, pode ser equiparado à invocação da liberdade individual para reivindicar direito de dirigir embriagado, a despeito do risco infligido à vida, à saúde e à segurança de terceiros.”²³¹

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Idem.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Idem.

²²⁸ BRASIL.STF. Plenário. ADI 6586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 31 ago. 2023.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

²³¹ BRASIL.STF. Plenário. ADI 6586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 31 ago. 2023.

E a respectiva ministra julgou em seu voto a parcialidade do pedido, conferindo, portanto, interpretação conforme a Constituição ao artigo 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020 conclui o seu voto “de modo a fixar a exegese de que os gestores de saúde, em todos os níveis federativos, são competentes para determinar a realização de vacinação compulsória, desde que amparada a medida em evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde que demonstrem sua indispensabilidade à promoção e preservação da saúde pública”²³²

Ao acompanhar os ministros relatores Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso, a ministra Carmen Lúcia defendeu a preponderância do princípio fundamental da solidariedade, visto que o direito à saúde coletiva tem preferência aos direitos individuais, ou seja, “a Constituição não garante liberdade para todos para a pessoa ser soberanamente egoísta. Ela vive no meio de todos, responde por si e pelo outro”²³³. E acrescentou que a liberdade de um indivíduo não absoluta “contra tudo e contra todos, como se ele fosse o único que fosse livre, e, portanto, pudesse comprometer a liberdade, a vida e a saúde de todas as outras pessoas. Os limites são postos exatamente porque os seres humanos são limitados, vivem em sociedade, são todos responsáveis”²³⁴

Já o ministro Gilmar Mendes acrescentou que, ao tempo em que a renúncia de um indivíduo a um específico tratamento médico consubstancia na efetividade de sua liberdade individual, mesmo que isso provoque sua morte, o mesmo princípio não tem aplicabilidade no que tange à vacinação, já que, no caso concreto, a prevalência é a imunização coletiva.

E finalizou o seu voto acompanhando o relator, o ministro Ricardo Lewandowski, sugerindo, entretanto, uma solução para que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal pudessem “autorizar excepcional e temporariamente a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que registrados, de forma definitiva ou temporária, pelas autoridades sanitárias

²³² Idem.

²³³ Idem.

²³⁴ Idem.

estrangeiras listadas no art. 3, inciso VIII, alínea “a”, da Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.”²³⁵

Conjuntamente, para o ministro Marco Aurélio, de modo que está em discussão a saúde pública, um direito da coletividade, compulsoriedade da vacinação é constitucional e afirmou em seu voto que “[...]vacinar-se é ato solidário, considerados os concidadãos em geral.”²³⁶

E concluiu o seu voto dizendo que “acompanho – e não tenho voto escrito para juntar, porque sou componente que esteve no Tribunal com a velha guarda, e atuo como vogal, não como Relator – o voto proferido quer pelo ministro Ricardo Lewandowski quer, quanto ao problema do pai vegano, pelo ministro Luís Roberto Barroso. Entendo que bem andou o Tribunal de Justiça de São Paulo.”²³⁷

Por fim, em sede de julgamento, o presidente e ministro Luiz Fux acompanhou em seu voto, integralmente, os relatores, bem como enfatizou a dedicação e o cuidado pelos ministros a fim de que o referido julgamento conjunto fosse finalizado na data prevista. Ademais, o mesmo ministro ressaltou a importância de disseminar à sociedade em geral segurança jurídica ao assunto diante do enfrentamento da pandemia, “porque a hesitação quanto à vacinação é considerada uma das dez maiores ameaças à saúde global, segundo a Organização Mundial de Saúde”.²³⁸

Portanto, o STF ao fazer a interpretação conforme concluiu que o poder público pode delimitar aos seus cidadãos que se subordinem, compulsoriamente, à vacinação em combate a COVID-19 prevista na referida lei, mas essa imposição não pode ser forçada. Entretanto, caso os indivíduos se recusem a tomar, o Estado pode impor medidas restritivas previstas em lei como, por exemplo: multa, impedimento de frequentar lugares ou se matricular em escolas.

1.6 Dispositivo da decisão

Após os debates e votos dos julgadores chegou à conclusão de que, primeiramente, “a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio

²³⁵ Idem.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Idem.

²³⁸ Idem.

de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes”²³⁹. Além do mais, estipulou que as vacinas: a) “tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes”²⁴⁰, b) “venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes”²⁴¹, c) “respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas”²⁴², d) “atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade”²⁴³ e e) “sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente”²⁴⁴.

No próprio dispositivo permitiu, também, que os Municípios apliquem as limitações desde de que respeitado suas esferas de competências e, por fim, que os Entes da Federação (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) poderão autorizar de forma excepcional e temporária “a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que registrados, de forma definitiva ou temporária, pelas autoridades sanitárias estrangeiras.”²⁴⁵

Cabe mencionar que para caber a excepcionalidade basta o registro da vacina em 1(uma) das autoridades sanitárias estrangeiras listadas pela Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 em seu artigo 3º, inciso VIII, alínea “a”²⁴⁶, são elas:

1. Administração Federal de Alimentos e Medicamentos - Food and Drug Administration (FDA) - agência federal que faz parte do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos, responsável pela tutela e incentivo da saúde pública mediante o monitoramento e fiscalização da segurança alimentar, tabaco, suplementos dietéticos, medicamentos, vacinas, etc;

²³⁹ BRASIL.STF. Plenário. **ADI 6586**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 26 set. 2023.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Idem.

²⁴² Idem.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ BRASIL. Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 17 fev. 2024.

2. Agência Europeia de Medicamentos - European Medicines Agency (EMA) - agência integrante da União Europeia, responsável pela avaliação e supervisão de produtos farmacêuticos de uso humano e veterinário;

3. Agência Farmacêutica e de Dispositivos Médicos - Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA) - instituição administrativa independente no Japão com a atribuição de assegurar a segurança, eficácia e qualidade de produtos farmacêuticos e dispositivos médicos;

4. Administração Nacional de Produtos Médicos - National Medical Products Administration (NMPA) - é um escritório nacional da China responsável pela supervisão de medicamentos sob o Conselho de Estado e é administrado pela Administração Estatal de Regulação do Mercado.

Outras informações relevantes

Outro ponto importante é que tem aumentado, no Brasil e em todo o mundo, os movimentos antivacinas de pessoas contrárias à aplicação destes imunizantes. Esses indivíduos se negam a se vacinar, bem como a seus respectivos filhos, justificando crenças pessoais, sejam elas filosóficas, religiosas e, até mesmo, científicas.

Entretanto, corroborando com a nossa explanação em defesa da imunização, num artigo publicado de estudos feitos intitulado de “Impactos do movimento antivacina frente ao combate da pandemia de COVID-19 no Brasil”²⁴⁷, e tendo como autores pessoas de diversas universidades brasileiras, chegou-se à conclusão, após os estudos produzidos, que “a ciência das vacinas comprovada por dados e experimentos reais e transparentes nunca foi e nunca será a vilã da saúde humana.”²⁴⁸ Ademais, cita que “os imunobiológicos produzidos mundialmente desde o século XX sempre trouxeram benefícios em larga escala do ponto de vista do aumento da taxa de sobrevivência humana e no combate e erradicação de doenças que antes eram incuráveis.”²⁴⁹

²⁴⁷ FERREIRA, F.C et all. Impactos do movimento antivacina frente ao combate da pandemia de COVID-19 no Brasil. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/41374/33643>. Acesso em: 17 ago. 2023.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Idem.

No que tange a pandemia da COVID-19, o próprio artigo enfatiza que “em um cenário de guerra biológica, os cientistas desenvolveram em tempo recorde as vacinas, que puderam trazer segurança para que as atividades econômicas e sociais pudessem retornar ao normal, diminuindo os impactos biológicos e psicológicos.”²⁵⁰ Além disso, faz uma ressalvada da importância das palestras, da conscientização da população e dos profissionais da saúde, bem como das políticas públicas de educação em saúde em geral já que “são ações importantes que auxiliam no combate as falsas informações e podem ajudar no enfraquecimento do movimento antivacina”²⁵¹, podendo este, se não combatidos, provocar o aumento dos índices de proteção de todos os grupos etário.

No Brasil, a primeira lei que tratou da vacinação compulsória foi a Lei nº 6.259/1975 (Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências)²⁵² e regulamentada no Decreto nº 78.231/1976 em que dizia no seu artigo 3º que caberia “ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório.”²⁵³ Ademais, no próprio artigo e em seu parágrafo único afirmava que “as vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional.”²⁵⁴

Frisa-se que a referida lei não considerava a imunização forçada, porém permitia a aplicabilidade de sanções indiretas, como por exemplo, a proibição de que um indivíduo não vacinado praticasse determinadas atividades ou, até mesmo, de frequentar certos lugares.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ Idem.

²⁵² BRASIL. Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Idem.

Outro instrumento normativo é a Portaria 597/2004²⁵⁵, do Ministério da Saúde, em seu artigos 4º afirma que “o cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado por meio de atestado de vacinação a ser emitido pelos serviços públicos de saúde ou por médicos em exercício de atividades privadas, devidamente credenciadas para tal fim pela autoridade de saúde competente”²⁵⁶, bem como o artigo 5º da própria portaria que estipula o “prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do atestado de vacinação, nos casos em que ocorrer a inexistência deste ou quando forem apresentados de forma desatualizada”.²⁵⁷

Cabe mencionar que a Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde estabeleceu regras, dentre elas: a) “para efeito de pagamento de salário-família será exigida do segurado a apresentação dos atestados de vacinação obrigatórias”²⁵⁸, b) “ para efeito de matrícula em creches, pré-escola, ensino fundamental, ensino médio e universidade o comprovante de vacinação deverá ser obrigatório”²⁵⁹, c) “para efeito de Alistamento Militar será obrigatória apresentação de comprovante de vacinação atualizado”²⁶⁰, d) “para efeito de recebimento de benefícios sociais concedidos pelo Governo, deverá ser apresentado comprovante de vacinação”²⁶¹ e e) “para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação”²⁶².

Assim, resumidamente, entende-se por “vacinação obrigatória/compulsória” a exigibilidade obrigacional do ato de vacinar e, caso o cidadão não cumpra, o Poder Público pode impor aos administrados medidas restritivas em lei ou decorrentes dela (exemplo: impedimento de matrícula escolar, de frequentar determinados lugares, ou de fazer certas viagens, multa, etc). Já na imunização forçada, que é inconstitucional, o Poder Público se utilizaria de meios invasivos e coercitivos para a vacinação. Porém, esta conduta não é permitida, em respeito à intangibilidade, à integridade e à inviolabilidade do corpo humano, bem como ao consentimento informado da pessoa a ser vacinada.

²⁵⁵ BRASIL. Portaria nº 597, de 08 de abril de 2004. Institui, em todo território nacional, os calendários de vacinação. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0597_08_04_2004.html. Acesso em: 17 ago. 2023.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ Idem.

²⁶² Idem.

2. ARE 1.267.879: Vacinação obrigatória

2.1 Identificação do caso

ARE 1.267.879/SP

Requerente: A.C.P.C. E OUTRO(A/S)

Relator: Min. Roberto Barroso

Julgamento: 17/12/2020

2.2 Resumo

No caso em tela, discutido acima, a questão principal foi o dilema da possibilidade dos genitores, sob alegação de convicções filosóficas, existenciais e religiosas (artigo 5º, incisos VI, VIII e X, da Constituição Federal) poderiam ou não deixar de cumprir a vacinação de seu filho, conforme calendário das autoridades sanitárias.

O recurso (ARE 1.267.879) em desfavor do Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo com relatoria o ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, julgou, de forma unânime, procedente, a respectiva ação de controle concreto.

Cabe mencionar que a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tinha dado provimento à apelação interposta pelo Ministério Público de São Paulo (Apelação Cível nº: 1003284-83.2017.8.26.0428), reformando a sentença de primeiro grau para condenar os genitores à regularização da vacinação obrigatória dos filhos, bem como fixando pena de suspensão, de forma limitada, do poder familiar para que o Conselho Tutelar procedesse à respectiva regularização.²⁶³

²⁶³ São Paulo. **Apelação Cível nº: 1003284-83.2017.8.26.0428 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.** EMENTA. PODER FAMILIAR VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPOR AOS PAIS A OBRIGAÇÃO DE PROCEDER À VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DE FILHO MENOR SENTENÇA QUE NÃO RECONHECE A OBRIGAÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA DE RISCO CONCRETO DA VACINAÇÃO, DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE ORGANIZAÇÃO FAMILIAR, BEM COMO DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE PROCEDER À VACINAÇÃO DE FILHOS MENORES QUE DECORRE DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA INEXISTÊNCIA CONCRETA DE PROVAS A INDICAR O RISCO EM SE PROCEDER À VACINAÇÃO ORGANISMOS INTERNACIONAIS QUE RECONHECEM A INEXISTÊNCIA DE RISCO GRAVE E DE BENEFÍCIOS COM A VACINAÇÃO NORMATIZAÇÃO A INDICAR QUE A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA INTEGRA CONJUNTO DE

2.3 Ementa

Cabe enfatizar que a ementa do Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879 de São Paulo sintetizou, didaticamente, vários pontos importantes do debate que ocorreu. Primeiramente, fez breves considerações de que tratou-se de um “recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas.”²⁶⁴

Ademais, enfatizou que o combate em desfavor das epidemias é uma história antiga e que tanto a COVID-19 quanto outras doenças altamente contagiosas já desafiaram as autoridades públicas e a ciência. Entretanto, afirmou que “a vacinação revelou-se um método preventivo eficaz. E, em determinados casos, foi a responsável pela erradicação da moléstia (como a varíola e a poliomielite). As vacinas comprovaram ser uma grande invenção da medicina em prol da humanidade.”²⁶⁵

Outro ponto de destaque foi a reafirmação da liberdade de consciência como princípio constitucionalmente protegido, conforme artigo art. 5º, VI e VIII da nossa Carta Magna e que este “se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa.”²⁶⁶ Porém, faz uma ressalva de que nenhum direito tem caráter absoluto, inclusive, tendo limitações em outros direitos e valores constitucionalmente tutelados e que, no caso em discussão, teve que ser ponderado com o direito à vida (art.5 da C.F), a saúde de todos (art.196 da CF) e a proteção da criança e do adolescente (art. 227. Da C.F).

REGRAS DE ORDEM PÚBLICA, TUTELA NÃO SÓ A SAÚDE DA CRIANÇA, MAS TAMBÉM DA COLETIVIDADE NEGATIVA À VACINAÇÃO QUE CONSTITUI INFRAÇÃO SANITÁRIA CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVE SER DECIDIDO PELA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA E DE SUA SAÚDE, BEM COMO DA COLETIVIDADE LIBERDADE FILOSÓFICA E RELIGIOSA QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO QUANDO ATINGEM TERCEIROS OBRIGAÇÃO DOS GENITORES DE REGULARIZAR A VACINAÇÃO POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO PODER FAMILIAR PARA A REGULARIZAÇÃO DA VACINAÇÃO DA CRIANÇA PELO CONSELHO TUTELAR RECUSA DOS PAIS EM CUMPRIR A DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE DEVE SER SUPRIDA POR MEIO DA BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA E SEU ENCAMINHAMENTO A SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE PARA A REGULARIZAÇÃO VACINAL RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferencia Documento.do>, informe o processo 1003284-83.2017.8.26.0428 e código CBF9366. Acesso em: 20 ago. 2023.

²⁶⁴ STF. Plenário. **ARE 1267879/SP**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Idem.

Utilizando-se esta ementa como parâmetro, pode-se fazer um recorte didático e relembrar que a teoria do discurso de Habermas "tem o potencial de transformar a sociedade, promovendo a democracia, a justiça e a paz."²⁶⁷ Através do fomento ao diálogo, da argumentação racional e da participação inclusiva, a teoria do discurso pode colaborar para a superação de desafios sociais e o desenvolvimento de um futuro mais promissor para a humanidade.

Outro doutrinador que, também, merece destaque no nosso recorte didático é Robert Alexy, já que o mesmo afirma que os princípios são “mandados de otimização”²⁶⁸, cuja aplicação modifica-se em diferentes níveis, conforme com o que é fático e juridicamente possível.²⁶⁹ Assim, tendo em vista a teoria de Alexy, os princípios estão passíveis à ponderação e à proporcionalidade, e sua presunção normativa pode ceder, diante das situações, a elementos contrários.²⁷⁰

Mostra-se de oportuno, também, destacar que a ementa afirmou que o ordenamento jurídico brasileiro há muitos anos considera a vacinação obrigatória citando exemplos como a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações), a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, atualmente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), bem como enfatiza a legitimidade de imposição compulsória de vacinação que tenha registro em órgão sanitário competente e a existência de consenso na área médica e na comunidade científica.

Assim, explica que existem diversos motivos que fundamentam a medida, dentre eles: a) em respeito à dignidade como valor comunitário, “o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade”²⁷¹; b) a indispensabilidade de imunização coletiva, “a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros”²⁷²; e c) “o poder familiar não autoriza que os pais, invocando

²⁶⁷ Habermas, Jürgen. *O Futuro da Razão: Uma Contribuição para a Filosofia da Modernidade*. Trad.: Luiz Felipe Fabbrini. São Paulo: Editora UNESP, 1970, p. 250.

²⁶⁸ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2004, p.47.

²⁶⁹ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2004, p.48.

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ STF. Plenário. **ARE 1267879/SP**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

²⁷² Idem.

convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança).²⁷³

2.4 Tese

A tese do referido julgado, portanto, consolidou que “é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária.”²⁷⁴ Porém, colocou alguns requisitos, são eles: “(i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico.”²⁷⁵ Assim, concluindo que “em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.”²⁷⁶

1.5 Fundamentação

De fato, o direito à liberdade de crença e consciência é o alvo de especial tutela, pelo texto constitucional, que evidencia o pluralismo como um dos vetores essenciais do Estado brasileiro (artigo 1º, V). Todavia, em certas ocasiões, a liberdade de crença e de convicção filosófica necessita ser sopesada com outros direitos fundamentais, entre os quais a vida e a saúde.

Na hipótese em que estiverem em discussão direitos fundamentais de outrem ou de toda a população, a escolha da pessoa de se sujeitar ou não a um critério sanitário não provoca efeitos, apenas, sobre o seu âmbito jurídico, mas também sobre a de outros indivíduos, que não necessariamente coadunam os mesmos ideais.

Corroborando com a nossa argumentação, o Ministro e Relator Roberto Barroso, em seu voto na ARE 1267879/SP²⁷⁷ enfatizou que “cabe ao juiz constitucional, em tais situações, expor as razões pelas quais estará atribuindo maior peso concreto ao direito que desfrutará de precedência.”²⁷⁸ Além do mais, afirmou

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ STF. Plenário. **ARE 1267879/SP**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

²⁷⁸ Idem.

que, no caso em julgamento, “o direito à vida e à saúde da coletividade – que, naturalmente, se traduz em direito individual de todos e de cada um – deve prevalecer”²⁷⁹ e que “a vacinação obrigatória protege, em primeiro lugar, o próprio indivíduo, evitando sua contaminação por doenças que podem ser eficazmente evitadas pela imunização adequada.”²⁸⁰ Defendendo que este é um típico caso concreto, “na vida jurídica, em que o paternalismo se justifica, isto é, o Estado se sobrepondo à vontade individual relativamente a condutas autorreferentes.”²⁸¹

E vai além, explanando que o caso em julgamento “também envolve uma outra tensão de direitos constitucionais: o poder dos pais de criarem seus filhos de acordo com as suas convicções filosóficas e seus valores, de um lado, e a absoluta prioridade que se deve dar aos direitos da criança e do adolescente, também referida com o melhor interesse do menor.”²⁸² Ademais, conclui que o poder dos pais não autoriza “em nome da própria convicção filosófica, coloquem em risco a saúde ou a vida do filho. Ainda que acreditem sinceramente que estejam protegendo a criança ao recusarem a vacinação, não é possível fazer prevalecer a sua crença. Em questões relacionadas à saúde e à vida de terceiros, sobretudo de quem não pode manifestar validamente a própria vontade (pessoas qualificadas juridicamente como incapazes), o Poder Judiciário não pode se guiar por sentimentos ou concepções pessoais alheias.”²⁸³

Portanto, o STF firmou, neste julgado (ARE 1267879/SP), por intermédio dos seus ministros, que entenderam pela constitucionalidade da imposição da imunização pela vacinação, concomitantemente, e fixou, também, nas ADI’s 6586 e 6587, que essa obrigatoriedade não deve ser confundida com a vacinação forçada, todavia que seria justificada a existência de consequências restritivas na vida privada da pessoa que se recusasse em aderir à campanha nacional.

2.6 Dispositivo da decisão

Assim, a conclusão do julgamento foi de negar o provimento ao recurso extraordinário e declarando a constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ Idem.

²⁸² Idem.

²⁸³ Idem.

por meio de vacina, desde que tenha registro em órgão competente, inclusão no Programa Nacional de Imunizações ou determinação por lei ou determinação por um dos Entes da Federação (União, Estado, Município e Distrito Federal) com fundamentação em aceitação médico-científico. “Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.²⁸⁴

5 Diálogo jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e o Sistema Interamericano na proteção do direito à saúde no contexto pandêmico

Neste capítulo o propósito é o de analisar o diálogo complexo e interconectado entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com foco na proteção do direito à saúde durante a pandemia. Nesse cenário desafiador e dinâmico, a interação entre esses atores e sistemas jurídicos desempenha um papel crucial na determinação dos parâmetros e alcance da tutela do direito à saúde. A discussão aqui apresentada visa investigar como o STF e o sistema interamericano se relacionam e influenciam as decisões e estratégias de proteção dos direitos de saúde em tempos de crise global, portanto, é essencial compreender a complexa teia de jurisprudência e normas que moldam esse campo fundamental do direito público.

5.1 Breves considerações

Antes de adentrar, propriamente dito, ao diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Sistema Interamericano, na tutela ao direito à saúde, principalmente, na pandemia, cabe entender, resumidamente, alguns institutos, divisões e questionamentos, entre eles: a) O que é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos?; b) Por que um sistema interamericano de direitos humanos?; c) De que forma o Sistema Interamericano fomenta um Constitucionalismo Regional Transformador? d) O que é o Observatório de Impacto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos?

Observam-se cada uma delas:

²⁸⁴ Idem.

a) O que é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Inicialmente, cabe rememorar que sejam verificados vários conceitos aplicados para se compreender o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Todavia, auferir a essencialidade deste significado é imprescindível para compreender seus prováveis impactos e o fenômeno do constitucionalismo regional transformador.

Assim sendo, em apertada síntese, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um conjunto normativo ordenado e sistêmico, tendo como área de competência os países pertencentes à OEA (Organização dos Estados Americanos), que visa à defesa e à promoção dos direitos humanos, através de seus mecanismos, e tendo como órgãos principais para a tutela desses direitos:

1) Comissão Interamericana de Direitos Humanos - é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) que têm como funções, conforme competência, funções e atribuições enumeradas no artigo 41, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e

g. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.²⁸⁵

2) Corte Interamericana de Direitos Humanos – é um órgão judicial autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede em San José na Costa Rica, conforme funções e atribuições enumeradas nos artigos 61, 62, 63 (Função jurisdicional) e 64 (Função consultiva), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou artigo 2, do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁸⁶

Cabe frisar que, apenas, os Estados Partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos têm legitimidade de submeter casos à decisão da referida Corte, entretanto, é fundamental que sejam exauridos os processos previstos nos artigos 48 à 50 da própria Convenção. Ademais, é imperioso afirmar que, conforme artigo 62, todo Estado Parte tem a possibilidade de, “no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”²⁸⁷ e que a declaração possa “ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos”²⁸⁸, entretanto, “deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.”²⁸⁹

É importante mencionar que “a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”²⁹⁰

²⁸⁵ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

²⁸⁶ ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Acesso em: 04 dez. 2021.

²⁸⁷ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, art.62. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Idem.

No que tange as decisões que reconhecerem violação de um direito ou liberdade tutelados, “a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”²⁹¹, bem como “em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”²⁹²

Na função consultiva, “os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.”²⁹³ Por fim, “a Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”²⁹⁴

No sentido da atuação desses órgãos, preconiza Flávia Piovesan em seu livro “Direitos humanos e o direito constitucional internacional” que “a ação internacional tem também auxiliado a publicidade/visibilidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, o que tem permitido avanços e progressos na proteção dos direitos humanos.”²⁹⁵, bem como afirma que “ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificações a respeito de sua prática, o que tem contribuído para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo

²⁹¹ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, art.63. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

²⁹² Idem.

²⁹³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, art.64. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.21.

suporte ou estímulo para reformas internas.”²⁹⁶ Por fim, que “quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais.”²⁹⁷

Consigna-se que o sistema de direitos humanos se subdivide em: a) Sistema Universal ou Global, que tem como documento basilar a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; e b) Sistemas Regionais (Africano, Interamericano, Europeu e Islâmico-Arábico).

Quando a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, surgiu, originou-se em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, ou seja, após as atrocidades do movimento político e ideológico do nazismo liderado por Adolf Hitler, o fenômeno do holocausto e a derrota da Alemanha, na guerra em 2 de setembro de 1945, diversos representantes de diferentes regiões do mundo, em Paris e na data de 10 de dezembro de 1948, proclamaram uma norma comum e estabeleceram, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, uma declaração de proteção universal dos direitos humanos.

Corroborando com a nossa narrativa que Ferrajoli denomina a Declaração de 1948 de “constitución embrionaria del mundo” (Constituição embrionária do mundo), asseverando que os princípios da paz e da igualdade e os direitos fundamentais neles estipulados teriam exigido a introdução das suas garantias: de paz, de direitos, de bens comuns e jurisdicionais. Sem a introdução destas garantias, os direitos fundamentais e os princípios da paz e da igualdade estão destinados, como de fato aconteceu, a permanecer ineficazes, sistematicamente violados.²⁹⁸

Ademais, a Declaração Universal de Direitos Humanos, juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus 2(dois) protocolos opcionais sobre procedimento de queixa e pena de morte, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu protocolo opcional, constituem a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

No que tange aos sistemas regionais de direitos humanos, destacam-se:

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Por uma Constitución de la Tierra. Madrid: Editorial Trotta, 2022. E-book, posições 855 e 860

a) O sistema africano: este organizado pela União Africana (UA), originou-se em meados da década de 80, caracteriza-se por ser o mais recente sistema regional de proteção e tendo como principal instrumento normativo a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos ou, simplesmente, denominado de Carta de Banjul. Entretanto, foi adotada em 1981 e apenas entrou em vigor em 1986;

b) O sistema interamericano: tem como instrumentos normativos basilares, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1959, e a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José, de 1969; a organização matriz é a Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, no Estados Unidos da América, e tem como órgãos centrais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

c) O sistema europeu: conta com a organização do Conselho da Europa (CE) instituído em 1949, portanto, sendo o sistema de proteção mais antigo e que serviu como base para os sistemas regionais seguintes (Exemplo: o interamericano). Ademais, possui como diretrizes basilares: Democracia, Direitos Humanos e Estado de Direito. Por fim, tem como documento de assinatura obrigatória para a respectiva entrada no Conselho da Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção EDH).

d) O sistema islâmico-arábico: não tem organização matriz, todavia, existe como uma forma peculiar de tratamento de direitos humanos, tendo em vista a especialidade cultural da região. Assim, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981, proclamada pelo Conselho Islâmico, em Paris, criou em seu teor aspectos peculiares adaptativos aos princípios da fé islâmica, em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Por fim, mostra-se oportuno mencionar que não existe um sistema asiático de defesa e promoção de direitos humanos, contudo, muitos países da Ásia utilizam fragmentos do sistema europeu.

Dentro deste contexto de análise breve sobre os sistemas de proteção e promoção de direitos humanos em nível global e regional, pode-se estudar e refletir da necessidade de um sistema regional interamericano.

b) Por que um sistema interamericano de direitos humanos?

Primeiramente, é imprescindível entender que é necessária uma organização para gerir um determinado sistema, bem como compreender que um sistema de defesa e fomento de direitos humanos objetiva, principalmente, congrega os chefes de Estados para discussões, debates, desenvolvimento e métodos de implementação, nesta respectiva temática. Ademais, o elo dessa sistematização são as singularidades regionais, ou seja, aspectos de similitude econômica, social, política, cultural, ambiental e o instituto da interseccionalidade (sobreposição de formas de discriminação) desses países membros.

Os países da Organização dos Estados Americanos (OEA) ratificaram a sua respectiva Carta, desde a sua criação em 1948 e, portanto, fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (República Bolivariana da).

Entretanto, outros países também aderiram posteriormente, são eles: Barbados, Trinidad e Tobago (1967), Jamaica (1969), Granada (1975), Suriname (1977), Dominica (Commonwealth da), Santa Lúcia (1979), Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas (1981), Bahamas (Commonwealth das) (1982), St. Kitts e Nevis (1984), Canadá (1990), Belize e Guiana (1991).

Então, são nessas reflexões e tantas outras similares, que está inserido o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ou seja, começou-se a repensar e utilizar mecanismos, principalmente o método do diálogo em um aspecto regional, da análise de todos os envolvidos com suas peculiaridades, e o caráter transformador, para as resoluções dos problemas.

Consigna-se lembrar que o nosso Conselho Nacional de Justiça, após a assinatura do memorando de entendimento entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o respectivo conselho, este tornou-se o órgão interamericano que guarda, em língua portuguesa, a jurisprudência desta referida Corte. Ademais, a Resolução CNJ nº 364/2021 alterada pela Resolução Nº 544 de 11/01/2024 dispôs, como forma de monitoramento e fiscalização das decisões e deliberações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em seu artigo 1º, constituiu a “Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões do Sistema Interamericano de Direitos

Humanos (UMF/CNJ) envolvendo o Estado brasileiro, vinculada ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).”²⁹⁹

Cabe mencionar que, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução Nº 544 de 11/01/2024 (deliberado pelo Plenário na 18ª Sessão Virtual, realizada em 15 de dezembro de 2023 - Ato Normativo nº 0007830-41.2023.2.00.0000) alterando a Resolução CNJ nº 364/2021, bem como apresentando, também, um modelo exemplificativo com parâmetros para a criação do órgão para monitoramento e fiscalização das decisões e deliberações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos tribunais.³⁰⁰

É imperioso observar, também, que a referida resolução supra alterou os artigos, principalmente, no que tange a “Corte Interamericana de Direitos Humanos” colocou em seu lugar o “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, portanto, a unidade de monitoramento observará tanto as sentenças, medidas provisórias, resoluções e opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto as recomendações, resoluções, relatórios e medidas cautelares pronunciadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, a consequência lógico-jurídica é a criação de um sistema interamericano, tendo em vista o dever estatal de proteção e promoção dos direitos humanos, bem como a busca de um Direito Constitucional Comum (*Ius Constitutionale Commune*).

c) De que forma o Sistema Interamericano fomenta um Constitucionalismo Regional Transformador?

Através de seus mecanismos, pois são estes que consolidam o “constitucionalismo regional” objetivando mudanças de formas estruturais para

²⁹⁹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 364 de 12/01/2021. Dispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 18 fev.2024.

³⁰⁰ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 544 de 11/01/2024. Altera a Resolução CNJ nº 364/2021, que dispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, bem como apresenta Modelo Exemplificativo com diretrizes para a criação de tal órgão nos tribunais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5403>. Acesso em: 18 fev.2024.

salvaguardar direitos humanos, no plano interamericano, inclusive, o direito à saúde, são exemplos deles:

a) Medidas cautelares (situações de gravidade, urgência e de um dano irreparável) – relacionadas às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente, conforme artigo 25, do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1 de agosto de 2013;

b) Monitoramento de recomendações;

c) Audiências públicas e informes temáticos;

d) Processos de Soluções Amistosas (Ex.: Intermediação de acordos entre petionários e Estado.)

e) Visitas aos países, etc.

Cabe frisar que o preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá, em 1948 diz que: a) “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros”³⁰¹; b) “o cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade”³⁰²; c) “os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam”³⁰³; d) “é dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria”³⁰⁴; e) “é dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito”³⁰⁵; f) “a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhes os princípios”.³⁰⁶

Ademais, cabe, também, mencionar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica de 1969, afirmar em seu artigo 1º (Obrigação de

³⁰¹ DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 04 de dez. 2021.

³⁰² Idem.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Idem.

respeitar os direitos) que os Estados Partes “comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”³⁰⁷

Exemplificando nosso tema, mostra-se por oportuno mencionar um caso prático interessante, de aplicação da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22/11/2018, num âmbito que envolveu a justiça criminal. Na reportagem divulgada pela agência CNJ de notícias e publicada no site do Conselho Nacional de Justiça, em novembro/2021, a então juíza Sonáli da Cruz Zluhan, da 1ª Vara de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), relatou a superlotação dos presídios de Porto Alegre-RS e que “existem medidas cautelares determinadas pela Corte IDH, em 2013, que nunca foram cumpridas. A taxa de ocupação é de cerca de 178%, havendo galerias em que ultrapassa os 300%.”³⁰⁸ Ademais, afirmou que “já faz 15 anos desde aquela inspeção; o quadro de degradação, no entanto, segue o mesmo, tanto em termos de superlotação, quanto em termos de desrespeito às decisões judiciais.”³⁰⁹ Por fim, cita que “o espaço continua sendo próximo ao de uma mesa do Tribunal para que um ser humano desenvolva todos os aspectos da vida humana e, também, para que absorva as qualidades necessárias para um dia sair de lá com a mente sã e ressocializada.”³¹⁰

E a mesma reportagem citada destaca um fragmento do voto do ministro do Superior Tribunal de Justiça, Desembargador Reynaldo Soares da Fonseca, quando diz que “os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais”.

³⁰⁷ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

³⁰⁸ CNJ. Superlotação: pessoas presas em presídio de Porto Alegre vão ter pena contada em dobro. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-decide-contar-em-dobro-pena-cumprida-no-presidio-central-por-crime-sem-violencia-fisica-ou-sexual>. Acesso em: 04 de dez. 2022.

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ Idem.

d) O que é o Observatório de Impacto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos?

Cabe citar a criação do Observatório de Impacto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da Resolução n°2/2019, aprovada pela própria comissão em Washington (Estados Unidos), na data de 22 de setembro de 2019, pelo 173° período de sessões; inclusive, faziam parte da referida sessão: Esmeralda Arosemena de Troitiño, Joel Antonio Hernández García, Antonia Urrejola, Margarette May Macaulay, Luis Ernesto Vargas, Francisco José Eguiguren Praeli e Flávia Piovesan.

Ademais, o referido observatório visa refletir, sistematizar e visibilizar os impactos de atuação da respectiva comissão na defesa e promoção dos direitos humanos, no sistema interamericano.

A resposta para a pergunta retiradas do site oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na aba específica sobre o observatório de impacto: “a) *¿Por que es un observatorio de impacto?*”³¹¹ diz que falar sobre impacto e transformação se tornou um assunto comum na linguagem dos direitos humanos. Porém, muitas vezes existem divergências derivadas das múltiplas visões, expectativas e utilidades que os atores sociais atribuem a esses direitos, bem como às organizações vinculadas à sua garantia e proteção. Por este motivo, a CIDH decidiu lançar o Observatório de Impacto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esforço que visa mapear e sistematizar os impactos gerados pela CIDH nas Américas, bem como fomentar sinergias com outras iniciativas afins, e promover diálogos e articulações com atores estratégicos e comunidades interessadas na eficácia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

5.2 Diálogo

A partir deste momento da discussão o enfoque se voltará, com maior atenção, dentro do diálogo consubstanciado entre o STF (Supremo Tribunal Federal), o Sistema Interamericano e direito fundamental à saúde (diretamente ou indiretamente), já que nosso recorte de pesquisa parte de discussões importantes

³¹¹OBSERVATORIO. *¿Por qué un observatorio de impacto?* Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/observatorio/default.asp>. Acesso em: 04 dez. 2021.

sobre o tema até chegar ao cenário epidemiológico do coronavírus, iniciado na China no final do ano de 2019 tendo atingido o contexto de disseminação mundial (pandemia) logo no primeiro semestre de 2020, quando, além do aspecto sanitário, os diferentes países enfrentaram e continuam enfrentando verdadeiras batalhas com as medidas de enfrentamento da pandemia, principalmente, as que envolvem ao direito à saúde.

Ademais, a procura pelas soluções dos problemas constitucionais sempre foram objetos de análises não só da doutrina, como também da jurisprudência nacional e internacional. Atualmente, o diálogo entre a ordem jurídica interna e internacional tem sido uma maneira prática de resolução dos conflitos constitucionais. É cristalino examinar que, na vigente ordem, alguns conflitos são estudados não só pelos tribunais locais, como também por tribunais internacionais, sem que isso provoque um conflito de competência. Não existe um conflito de jurisdições, precisamente, por não existir uma hierarquia entre esses ordenamentos e muito menos uma rede vertical, permitindo, portanto, a viabilidade de uma combinação entre as ordens jurídicas diversas.³¹²

O transconstitucionalismo, ideais divulgados por Marcelo Neves procura transpor os obstáculos estatais e garantir um diálogo entre os ordenamentos jurídicos, com embates diretos ao paradigma de Constituição como acoplamento estrutural defendida pelo Niklas Luhmann, baseada na teoria dos sistemas sociais.³¹³

A teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann adota o sistema autopoietico que é fechado e tem lógica interna própria da sociedade, ou seja, o direito é associado a um organismo vivo sendo, portanto, apto à autoprodução e auto-organização para ser sempre mais ajustado a desenvolver a própria tarefa numa sociedade em constante mudança.³¹⁴

Com o objetivo de superar a teoria, o transconstitucionalismo sustenta um ordenado ideário harmônico e convergente, o que não demonstra uma singularidade sistêmica, mas, sim, uma nova formação ideológica acerca do conjugação dos

³¹² NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em: 21 nov. 2023.

³¹³ _____. Marcelo. Transconstitucionalismo. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

³¹⁴ LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems. F. Greyer e J. Van der Zouwen (eds.). London: Sage, 1986. p. 172-192.

ordenamentos jurídicos, com o objetivo de possibilitar a resolução de entraves constitucionais.

Cabe mencionar que no contexto jurídico da América Latina existe um antigo costume de citações a dispositivos normativos, jurisprudências e doutrinas constitucionais de outros países. Apesar da enorme influência dos modelos constitucionais dos Estados Unidos e dos países europeus, principalmente, do constitucionalismo alemão, as decisões do Sistema Interamericano (Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos) passaram a ser citados, de forma crescente, no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, percebe-se a predisposição de incluir nos julgados os referenciais dos textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros na parte não essencial das decisões (*obiter dictum*), como também, nas essenciais, ou seja, em suas fundamentações (*ratio decidendi*).

No que tange ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas internas têm-se aprimorado substancialmente, também, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em julgamentos de grande repercussão na disciplina de direitos fundamentais, a utilização da jurisprudência constitucional internacional não se demonstra somente nos votos individuais dos ministros, mas se exterioriza nas referidas Ementas dos Acórdãos, como parte integrante das razões da decisão (*ratio decidendi*). Entretanto, é necessário cautela na utilização frequente de tais institutos estrangeiros para que estes não constituam mais um episódio de “colonialismo”³¹⁵ na esfera jurídica.

Exemplificando a narrativa supra cabe destacar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3.510/DF, julgado em 29 de maio de 2008, quando se julgou, de forma favorável, o manuseio de células-tronco embrionárias para objetivos de pesquisa e terapia, afastando-se o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)³¹⁶.

Uma ressalva importante para a aplicabilidade efetiva dos diálogos é que estes sejam utilizados com “as devidas adaptações”, bem como retirando as “ideias

³¹⁵ MONTORO, Franco. Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 10, n. 37, p. 3-20, jan./mar. 1973.

³¹⁶ STF, ADI 3.510/DF, 29/5 2008, DJ 5/6/2008.

fora de lugar” evitando, portanto, a utilização jurisprudencial e doutrinária constitucional fora do seu contexto jurídico e social.³¹⁷

Outro ponto de destaque é que o transconstitucionalismo não se limita a vínculos entre duas ordens jurídicas distintas, podendo alcançar misturas triangulares ou multiangulares entre ordenamentos jurídicos, como também, às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais ao redor de uma mesma problemática constitucional.

Porém, é preciso destacar que, nas hipóteses de utilização entre as referidas normas elencadas acima, é imperioso mencionar os ensinamentos da itaa de Harvard de Direito Constitucional Vicki C. Jackson que defende a estratégia mais adequada no que tange a aplicabilidade dos direitos humanos. Segundo ela, é a utilização do “modelo de articulação” (“*engagement model*”)³¹⁸, ou seja, deve-se buscar o entrelaçamento transversal entre ordenamentos jurídicos, de tal modo que todos se apresentem aptos de reconstruírem-se permanentemente através do aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na resolução dos mesmos conflitos jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.

No cenário atual, vale frisar que, diante de um contexto pandêmico, deve ser respeitado e garantido às pessoas, sob a tutela do Estado, os seus direitos fundamentais, principalmente, os grupos que são atingidos de maneiras desproporcionais, já que se encontram em situações de maior vulnerabilidade, bem como a utilização dos diálogos de modo que favoreça, ainda mais, a efetividade e aplicabilidade desses direitos.

Assim, pode-se mencionar alguns arcabouços normativos que serviram como base de resposta à pandemia da COVID-19, são alguns deles:

Conselhos

A resolução do Conselho Permanente da OEA, número 1151 (2280/20), de 16 de abril de 2020³¹⁹, enfatizou a necessidade de apoio, diante desta adversidade

³¹⁷ SCHWARZ, R. As ideias fora do lugar. Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5. ed. São Paulo: Duas Cidades, p. 9-31, 2008.

³¹⁸ JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. Harvard Law Review, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005.

³¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conselho Permanente. **Resolução n.1151** (2280/20). Respuesta de la OEA a la Pandemia de COVID-19. Aprobada por el Consejo Permanente

sem precedentes, de aumento da colaboração e da solidariedade entre os Estados-Membros (troca de informações, conhecimentos científicos, experiências e práticas aprendidas), de prevalência da prevenção de toda e qualquer forma de discriminação (Exemplo: o racismo e a xenofobia) e da difusão da ação regional.

No dia 17 de junho, o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral (CIDI) e o Conselho Permanente (CP) se reuniram conjuntamente (OEA, 2020-8) com a temática “Construção de resiliência após a pandemia de Covid-19”. A reunião teve como interessados 24 países-membros, inclusive o Brasil, e iniciou com um quadro de discussões de especialistas em diversas áreas, incluindo da saúde.

Os especialistas suscitaram vários temas, que acreditam ser imprescindíveis para a formação de resiliência no contexto da pandemia, como a perspectiva regional. Entre os inúmeros temas expostos, cabe enfatizar a referência à tutela de sistemas de saúde resilientes, quer dizer, sistemas de saúde com aptidões de acumular modificações e assegurar o trabalho de qualidade para a população equivalente, durante crises e depois delas.

Esta matéria já é debatida há anos e sempre volta à pauta logo depois de contágios de doenças infecciosas, como nas situações das epidemias de ebola, H1N1, febre amarela, chicungunha, zika, e/ou depois catástrofes naturais que atingem o bem-estar da população, como terremotos, furacões, inundações, deslizamentos de terra etc. Essas eventualidades acabam evidenciando imperfeições estruturais consideráveis nos nossos sistemas de saúde, e não poderia ser diferente no caso da pandemia de Covid-19, sobretudo da região latino-americana, famosa por ser uma das mais desiguais do mundo.

Uma considerável disparidade entre a emergência pandêmica da COVID-19 e as anteriores, é que essa abalou também sistemas de saúde considerados desenvolvidos de países de rentabilidade alta, como, por exemplo, da Europa. O que nos leva a compreender a real relevância de uma análise e discussão sobre o desenvolvimento dos sistemas de saúde e a soberania nacional para o crescimento tecnológico.

A temática também já foi defendida, inúmeras vezes, pela diretora da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), Dra. Carissa Etienne, em diversas de

suas palestras, em eventos internacionais. Em 2016, inclusive, um documento denominado “Sistemas de saúde resilientes”³²⁰ já tinha sido aprovado pelo 55º Conselho Diretor da OPAS, que se reúne anualmente. Esse diploma traçou uma série de esforços essenciais para assegurar que os sistemas de saúde estejam organizados para futuras emergências de saúde pública, com fundamento na cooperação técnica nas áreas de disposição para desastres, diminuição de riscos e resposta; prevenção de doenças e gerência de surtos e saúde universal.

Em 2020, foi elaborado um relatório anual refletindo a cooperação técnica da OPAS, no Brasil, referente ao período mencionado. A temática refletiu o período pandêmico e, portanto, foi denominado “Saúde Universal e a Pandemia – Sistemas Resilientes”³²¹. O referido relatório enfatizou a resposta da OPAS no enfrentamento à pandemia de COVID-19, assim como o empenho continuado em setores prioritários, tais como: saúde mental, emergências em saúde, a saúde em todo o ciclo de vida e um resumo financeiro para o ano.

Em 2022, cabe mencionar que, às vésperas da 9ª Cúpula das Américas, evento sediado pelos Estados Unidos e realizado em Los Angeles – Califórnia, entre 6 e 10 de junho de 2022, a Dra. Carissa F. Etienne (diretora da Organização Pan-Americana da Saúde - OPAS), reafirmou o pedido de que os países invistam, de forma urgente, nos sistemas de saúde, para que estes sejam inclusivos, integrais e com capacidade de resposta, pois, só assim, irão mitigar os impactos de pandemias ou outras emergências de saúde.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Em março de 2020, a CIDH publicou diretrizes para a tutela referente à saúde e aos direitos humanos, contrário à pandemia na região, fundamentado na Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA), e em outros dispositivos de monitoramento vigentes. Estas orientações estão voltadas para a necessidade de tomar providências específicas para a salvaguarda dos direitos

³²⁰ Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). 55º Conselho Diretor, 68ª Sessão do Comitê Regional da OMS para as Américas, Washington, D.C., USA, 26-30, Setembro, 2016. Disponível em: <https://www3.paho.org/hq/dmdocuments/2016/CD55-9-p.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2023.

³²¹ Relatório Anual 2020 (OPAS). **Saúde Universal e a Pandemia – Sistemas Resilientes**. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54862/OPASBRA210040_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 ago. 2023.

dos cidadãos atingidos pelas medidas de controle, de garantir que as empresas assegurem os direitos humanos de seus trabalhadores e de dar prioridade especial aos grupos em situação de vulnerabilidade, a saber: povos indígenas, imigrantes e pessoas privadas de liberdade.

Em seguida, a CIDH organizou, também, outros documentos, com recomendações para a tutela e desenvolvimento da livre divulgação de informações, durante a pandemia. Nos documentos, são recomendadas a transparência das informações, no que se refere aos riscos do vírus; a proteção de acesso à internet pela população; a luta contra às “fake news”; e a garantia dos direitos individuais, na aplicabilidade de mecanismos de tecnologia para a vigilância.

No final de março, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) instituiu, durante a pandemia, a Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à Crise para a Pandemia da COVID-19 (SACROI COVID-19), bem como os respectivos boletins, relatórios e comunicados de imprensa.

Uma das primeiras iniciativas e principais resultados da Sacroi foi a elaboração da Declaração 01/20³²², da Corte IDH, que proclamou a existência iminente de reafirmar a conexão entre as liberdades fundamentais e o Estado Democrático de Direito, bem como permitir a atuação independente dos entes estatais e seus respectivos órgãos de controle;

A resolução possui 85 (oitenta e cinco) recomendações aos Estados-Membros, destinadas para que estes assumam uma perspectiva de direitos humanos em seus planejamentos, políticas e providências destinadas ao enfrentamento da pandemia, incluindo as estratégias de retorno às atividades e de recuperação econômica e social.

Cabe frisar que essa resolução é vista como uma baliza no direito à saúde, no território das américas. Entre as inúmeras contribuições da resolução, destaca-se a referência ao direito à saúde como um direito independente, e não somente parte do direito à vida, mas como bem público de atribuição dos Estados, os quais têm o dever de fornecer informação ampla e baseada em evidências.

³²² CORTE IDH. **Declaración 1/20, Covid-19 y Derechos Humanos**: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf. Acesso em: 2 ago. 2023.

No final de julho, a Resolução n. 04/2020 sobre “Direitos Humanos das Pessoas com COVID-19”³²³, proclama 52 (cinquenta e duas) diretrizes para a defesa desses direitos, sendo 17 (dezesete) sobre a proteção do direito à saúde.

Nessa resolução, destacou-se a obrigação do Estado na tutela do acesso de suas populações a vacinas, medicamentos, instrumentos médicos essenciais para prevenção e tratamento a COVID-19. Ademais, enfatiza-se o direito de populações indígenas a obter atenção com olhar intercultural, levando em apreço os cuidados, as experiências curativas e as medicinas tradicionais desses povos. E reitera-se a relevância da interpretação multidisciplinar na abordagem da crise, repetidamente, na perspectiva da indivisibilidade dos direitos humanos.

Outro ponto de destaque foi o Centro de Informação COVID-19 e Direitos Humanos, que nasceu do fruto de diálogos entre a Corte IDH, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Corroborando com a nossa narrativa, no prefácio do livro *Diálogos Constitucionais Transformadores*, traduzido do espanhol por Iara Aurélia de Macedo, Mariela Morales Antoniazzi afirma que “a pandemia colocou a descoberto o vínculo inexorável entre o direito à saúde e o acesso à informação”³²⁴ e que, atualmente, “uma vez declarada a pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o direito de acesso à informação tornou-se fundamental, não somente para que os Estados contem com dados precisos sobre a situação em seus respectivos territórios, mas também para que as pessoas conheçam o alcance do vírus e todos seus impactos.”³²⁵ Assim, “depreendem-se de tal direito duas obrigações principais: uma, de garantir o direito de acesso à informação conforme os standards interamericanos; e outra, de assegurar que qualquer limitação que se imponha ao referido direito cumpra com os requisitos e standards interamericanos.”³²⁶

O artigo 13 (Liberdade de pensamento e de expressão) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), assinada na Conferência Especializada

³²³ CIDH. **Resolución 04/2020**, Derechos humanos de las personas con COVID-19, 7 de julio de 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/escidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2023.

³²⁴ OLSEN, A. C. L.; FACHIN M. G.; MELLO, P. P. C. (orgs) **Diálogos constitucionais transformadores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

³²⁵ Idem.

³²⁶ Idem.

Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tratando do mesmo tema, afirmou que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.³²⁷

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: ³²⁸

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.³²⁹

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.³³⁰

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.³³¹

Ademais, a Corte IDH divulgou uma Infografia relacionada ao tema, tendo como título: “COVID-19 e o Direito à Saúde”³³², sistematizando os encargos dos Estados, a abrangência do direito fundamental à saúde e de tutelar os grupos de maior vulnerabilidade. A mesma Corte também publicou um Caderno de Jurisprudência

³²⁷ CADH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Idem.

³³⁰ Idem.

³³¹ Idem.

³³² CORTE IDH. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. **Infografía Covid-19 y el derecho a la salud**. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39776.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

(Caderno n. 28)³³³ sobre o mesmo tema narrado para facilitar o acesso do seu arcabouço de jurisprudência de forma digital.

Outro ponto de suma importância é que os impactos do sistema interamericano de direitos humanos em um constitucionalismo transformador sujeitam-se, basicamente, à existência de três pilares essenciais:

a) A supraestatalidade, ou seja, a defesa e a promoção dos direitos humanos só acontecem se atravessarem as fronteiras dos Estados para abranger diversos ordenamentos jurídicos, em um contexto de bloco, já que as peculiaridades e singularidades perpassam os limites locais e atingem uma conjuntura regional interamericana;

b) A pluralidade jurídica e dialógica entre os ordenamentos regionais e nacionais, bem como entre seus órgãos de atuação, ou seja, a pressuposição de cooperação entre as ordens jurídicas de forma interna e internacional;

c) A atuação judicial, tanto dos países signatários em âmbito interno quanto no âmbito internacional, isto é, em caso de violações, o ordenamento jurídico pátrio poderia demandar quanto ao externo. Portanto, o Poder Judiciário tem o papel também de implementação dos direitos humanos.

É nessa interpretação e corroborando com a nossa narrativa que Luigi Ferrajoli defende a superação das barreiras geográficas como condição imprescindível para alcançar a universalidade dos direitos fundamentais, diminuição das desigualdades e a paz social.³³⁴

Segundo Ferrajoli, na crise dos Estados e das comunidades nacionais que caracteriza este final de século, ligada a fenômenos paralelos, como as migrações em massa, os conflitos étnicos e a distância crescente entre o Norte e o Sul, é necessário reconhecer que os cidadãos já não são, como nas origens do Estado moderno, fator de inclusão e igualdade. Pelo contrário, deve notar-se que a cidadania dos nossos países ricos representa o último privilégio de estatuto, o último fator de exclusão e discriminação, o último resíduo pré-moderno de desigualdade pessoal em contraste com a proclamada universalidade e igualdade dos direitos fundamentais.³³⁵

³³³ CORTE IDH. Derecho a la salud, **Cuadernillo de jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, n. 28. 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

³³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Iura Paria: Los Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2020.

³³⁵ Idem.

Portanto, não há alternativa de longo prazo às guerras e ao terrorismo senão a universalização efetiva entre os direitos fundamentais e a paz afirmada no preâmbulo da Declaração Universal de 1948; e que, portanto, a pressão dos excluídos sobre o nosso mundo privilegiado atingirá formas de violência descontrolada, a menos que nos sejam obrigados a remover as suas causas, retirando à cidadania o seu carácter de estatuto privilegiado e garantindo a todos os mesmos direitos.³³⁶

³³⁶ *Idem*, p. 191-192.

CONCLUSÃO

Primeiramente, cabe enfatizar que os nossos estudos analisaram a proteção constitucional do direito fundamental à saúde e sua busca pela efetivação em nosso ordenamento pátrio e interamericano durante esses anos, inclusive, diante de um contexto pandêmico. A óptica do constitucionalismo regional transformador proporcionou o conhecimento mais aprofundado e inovador acerca dos limites da relativização do direito individual à saúde, nas hipóteses de supremacia do interesse público, diante da obrigatoriedade ou da recusa individual aos tratamentos médicos preventivos ou supressivos, nas medidas de enfrentamento de uma epidemia ou pandemia e na concretização de tais institutos para uma transformação social.

Concerne mencionar que, no cenário jurídico, em resposta a uma realidade social carregada de profundas desigualdades e que o amplo rol de direitos fundamentais delineados nos ordenamentos jurídicos não traduz, efetivamente, tais garantias, surge o Constitucionalismo Regional Transformador, uma corrente doutrinária que procura, através do diálogo entre Cortes e Tribunais Constitucionais Regionais, o desenvolvimento e a proteção dos direitos fundamentais, da democracia e do Estado Democrático de Direito em um território específico e corrigir falhas dos modelos tradicionais.

A ênfase na efetividade, a interpretação ativa dos juízes e juízas no papel central da hermenêutica constitucional, a globalização, o reconhecimento de similitudes históricas, a contextualização social, política e econômica na garantia da efetividade das normas constitucionais, a participação popular no desenvolvimento e implementação de políticas sociais e o reconhecimento da diversidade social, cultural e econômica foram pilares descobertos em nossos estudos, principalmente, nas demandas de resoluções jurídicas.

Ademais, é importante salientar que essa doutrina não é resultado de um único doutrinador, mas sim da colaboração intelectual de diversos juristas, acadêmicos e ativistas de direitos humanos ao longo de décadas e em diferentes regiões. Essa convergência de esforços resultou em um pensamento jurídico inovador e multifacetado, que objetiva a transformação social por meio da interpretação e aplicação das normas constitucionais, inclusive, as de tutela ao direito fundamental à saúde.

Nesse contexto, este trabalho analisou os avanços da proteção constitucional à saúde e a ascensão do constitucionalismo regional transformador na América Latina, apontando os desafios enfrentados, principalmente, na sua jurisprudência. Além disso, este movimento jurídico se caracterizou como uma corrente jurídica inovadora e promissora, com o potencial de transformação das realidades e a construção de sociedades mais justas e democráticas. Sua característica inclusiva e seu foco na transformação social o tornam um instrumento fundamental para a construção de um futuro, efetivamente, mais digno para todos.

Para chegar nos desafios da efetividade da norma, especialmente, jurisprudencial se fez necessário entender a evolução do direito fundamental, bem como as divergências doutrinárias, conceituais e classificatórias de tal instituto. Foram apontados, ao longo do trabalho, que os desafios socioeconômicos, desigualdades, a falta de participação direta dos cidadãos nos processos decisórios regionais, a resistência de governos nacionais, o risco de homogeneização das normas e valores regionais em detrimento das particularidades e identidades nacionais, o fortalecimento da cooperação e o diálogo entre as Cortes nacionais e regionais e a incorporação de uma perspectiva de direitos humanos e justiça social são os principais entraves para avanços.

Cabe lembrar que a proteção da saúde é atribuição, também, de qualquer ente federativo, tanto na edição de normas legais, quanto na realização de medidas administrativas, mesmo que, em alguns casos, não dependam de uma autorização e de outros setores do governo para sua aplicabilidade. O federalismo cooperativo impõe aos entes federativos reciprocidade e cooperação mútua, pois irão objetivar o equilíbrio e o desenvolvimento do bem-estar social.

As Constituições da América Latina são resultados, nos seus respectivos períodos históricos, da substituição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito. Consequentemente, no Brasil não foi diferente, pois desde o período de 1824 à 1988 tiveram significativas transformações, incluindo, a defesa dos direitos fundamentais. Ao longo de quase dois séculos, o sistema jurídico constitucional brasileiro vivenciou uma profunda transformação na forma como encara e protege o direito à saúde. Essa jornada reflete não apenas a evolução da sociedade brasileira, mas também os desafios e conquistas na busca por um sistema de saúde mais justo e acessível a todos.

No início do século XIX, o direito à saúde era menosprezado a um plano secundário. Entretanto, essa realidade contrastava com a crescente necessidade de atenção à saúde da população, especialmente em um contexto de falta de saneamento básico, alta mortalidade infantil, doenças infecciosas e outros males decorrentes desta precariedade alarmante.

No decorrer dos anos, porém, a sociedade interamericana começou a se mobilizar pela conquista do direito à saúde. Essa luta teve como protagonistas diversos movimentos sociais, profissionais da saúde e juristas, que clamavam por um sistema de saúde que atendesse às necessidades da população de forma universal e equitativa. Todavia, as primeiras conquistas significativas, nesse sentido surgiram no início do século XX, com a implementação de medidas e a promulgação de leis que visavam garantir o acesso à saúde para grupos específicos da população, como trabalhadores e crianças.

No contexto brasileiro, foi a Constituição Federal de 1988 que marcou um ponto crucial na história do direito à saúde no Brasil. Ao consagrar a saúde como direito fundamental (artigo 196 da CF), a Carta Magna reconheceu a importância de um sistema de saúde universal e gratuito para a concretização de outros direitos fundamentais, como à vida, à dignidade humana e à igualdade.

Desde então, o Brasil tem avançado na construção de um sistema de saúde universal, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) em 1990, por exemplo. O SUS, apesar de enfrentar diversos desafios, se tornou a principal referência em saúde pública no país, garantindo atendimento médico e hospitalar gratuito para milhões de brasileiros e estrangeiros.

Embora o direito à saúde tenha conquistado grande importância na América Latina, ainda há um longo caminho a ser percorrido para garantir o acesso universal e de qualidade à saúde para toda a população. A luta pelo direito à saúde é um processo contínuo que exige o engajamento de toda a sociedade. Através da mobilização social, da cobrança de políticas públicas eficazes e da defesa dos direitos fundamentais, é possível construir um futuro em que a saúde seja um direito universal e plenamente concretizado para todos.

Por derradeiro, não se pode esquecer que a pandemia da COVID-19 se deparou, nos países da América Latina, com um cenário diferente daquele da Ásia e da Europa. Trata-se de um território de renda *per capita* média, mas com grande heterogeneidade e profundas desigualdades entre os países e no interior destes.

Ostenta grandes assimetrias nos dividendos e no acesso à saúde pelas variáveis grupos: indígenas, afrodescendentes, quilombolas e migrantes. Além disto, mais de 77% da sua população habita em médias e grandes cidades, de elevada densidade demográfica, com adversidades no acesso à água e ao saneamento, em favelas ou comunidades e bairros com grande vulnerabilidade, o que incorpora maiores desafios para obedecer às medidas básicas e essenciais para conter a epidemia.

Apesar dos países da América Latina disporem de tempo para preparar-se com as práticas da China e da Europa, em relação à pandemia, as desigualdades e os determinantes da saúde de cada país signatário têm atingido negativamente os resultados, com exagero de perdas de vidas. Todavia, países com melhor planejamento de atenção básica em saúde bem desenvolvida, casos de Cuba e Costa Rica, tiveram excelentes desempenhos diante da pandemia.

Tendo como pilar a Constituição Brasileira de 1988, o combate desta crise sanitária deve: combinar, concomitantemente, políticas e ações sobre os condicionantes e determinantes da saúde; abranger segurança alimentar, acesso à moradia digna e ao saneamento básico; fornecer empregos e renda, tutela ao acesso à educação e ao transporte público de qualidade, além do acesso aos bens e serviços imprescindíveis, inclusive os de saúde, com bem-estar e segurança para todos. Diminuir as desigualdades sociais e construir condições para uma vida digna e sustentável, com desenvolvimento da saúde, são objetivos a serem buscados em todas as políticas e ações, diminuindo a vulnerabilidade dos diferentes grupos sociais, como também de nossa população como todo, diante desta e das próximas pandemias.

Entender, concomitantemente, a ponderação de princípios e direitos, neste contexto, acarretará uma maior acerto nas tomadas de decisões, bem como a construção de um arcabouço normativo mais condensado, uniforme e coerente. A urgência de um continuado diálogo entre os órgãos e a obrigatoriedade de que os governos cumpram os padrões internacionais e interamericanos são de extrema importância para mapear, prevenir e combater a propagação de um agente biológico.

Como resultado desta pesquisa, constata-se que o direito à saúde é, inegavelmente, um direito fundamental que requer proteção, especialmente em situações de crise de saúde pública. As decisões do STF e da Corte Interamericana refletem a necessidade de equilibrar o direito individual à autonomia com a responsabilidade do Estado em proteger o bem-estar coletivo. A supremacia do

interesse coletivo deve prevalecer sobre o privado, sobretudo nas decisões dos órgãos judiciais. Esse entendimento reforça a importância do constitucionalismo regional transformador na proteção dos direitos humanos e na adaptação das normas e jurisprudência aos desafios emergentes, como os apresentados por uma pandemia global. Em última análise, esta dissertação contribui para o entendimento da dinâmica entre direitos fundamentais e crises de saúde, destacando a relevância da jurisprudência interamericana e do constitucionalismo regional transformador na promoção e proteção do direito à saúde em circunstâncias excepcionais.

REFERÊNCIAS

- ABIMOLA, S. e outros. **A pandemia COVID-19: contextos diversos; epidemias diferentes - como e por quê?** (2020). Disponível em: <https://gh.bmj.com/content/bmjgh/5/7/e003098.full.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2023.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2008.
- _____. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 171-228
- ANTONIAZZI, M. M.; ALESSANDRI, P. S. Inter Americanization: Its Legal Bases and Political Impact. *In*: VON BOGDANDY, A.; MAC-GREGOR, E. F.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. (ed). **Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Jus Commune**, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 255-278.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOGDANDY, A. V.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Jus Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Juspodivum, 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- EI MERCOSUR. **Adopta medidas comerciais en el contexto del Covid-19**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/o-mercosul-adota-medidas-comerciais-no-contexto-da-covid-19/>. Acesso em: 28 mai. 2023.
- FERRAJOLI, L. **Iura Paria: Los Fundamentos de la Democracia Constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2020.
- FERRAJOLI, L. **Por uma Constitución de la Tierra**. Madrid: Editorial Trotta, 2022. E-book. 2892 posições.
- GAIZO, F. V. D. **A definição de direitos metaindividuais e o microssistema da tutela coletiva**. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-4-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2023.

GARAVITO, C. R. From orders to Practice: analysis and strategies for implementing decisions of the Inter-American Human Rights System. *In*: GARAVITO, C. R. **The Inter-American Human Rights System: changing times, ongoing challenges**, Due Process of Law Foundation. Washington, 2016, p.249-293.

GASTALDI, S. **Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**: conceito e diferenciação. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/direitos-difusos-coletivos-em-sentido-estrito-e-individuais-homogeneos-conceito-e-diferenciacao>. Acesso em: 28 mai. 2023.

GROFF, Paulo Vargas. **Constitucionalismo brasileiro: uma breve análise crítica da sua evolução**. Destaque Jurídico: Revista de Estudos Jurídicos, Porto Alegre, n. 1, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Razão, justiça e modernidade: Uma investigação sobre a legitimidade do direito e do moral**. Tradução de Luiz Felipe de Andrade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **O Futuro da Razão: Uma Contribuição para a Filosofia da Modernidade**. Trad.: Luiz Felipe Fabbrini. São Paulo: Editora UNESP, 1970.

HECK, Luís Afonso. **Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 28, n. 109, p. 321-348, jan./mar. 1991.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p.256. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, v. I, 1988.

IGNÁCIO, R. R. **Constitucionalismo regional transformador, Sistema Interamericano e a proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA) na América Latina**. 2020. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement**. Harvard Law Review, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005.

JELLINEK, G. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Hg. v. Jens Kersten. Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. 366 S., ISBN 978-3-16-150730-4.

KLARE, K. E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Right**, v. 14, n. 1, 146-188, jan,1998. p.146 e 150.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTENEGRO, M. Cl. Agência CNJ de Notícias. **Superlotação**: pessoas presas em presídio de Porto Alegre vão ter pena contada em dobro. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-decide-contar-em-dobro-pena-cumprida-no-presidio-central-por-crime-sem-violencia-fisica-ou-sexual/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

MONTORO, Franco. Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 10, n. 37, p. 3-20, jan./mar. 1973.

PETERSON. E. **Comparing SARS-CoV-2 with SARS-CoV and influenza pandemics**. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30484-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30484-9/fulltext). Acesso em: 28 mai. 2023.

PICO, G. **Discurso pela dignidade do homem** [recurso eletrônico]. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015. 178 p.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: VON BOGDANDY, A.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. **Ius Constitutionale Commune na América Latina**, vol. I, Curitiba: Juruá, 2016.

_____. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., A.; DANESE, Paula M.; PIOVESAN, F. (Coords.). **50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: JusPODIVM, 2019.

RESENDE, J. R. V.; ALVES, C. L. A vacinação obrigatória como um dever jurídico decorrente do direito fundamental à saúde. **Revista da Faculdade de Direito**. UFPR, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 129-148, maio/ago. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69582>. Acesso em: 28 mai. 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i2.69582>.

REVERBEL, C. E. D. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. Março de 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>. Acesso em: 28 mai. 2023.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./out./nov.2007.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

SOUZA JUNIOR, C. S.; ÁVILA, M. M. (coords.) **Direito do Estado**. Estudos sobre Federalismo. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.

SOUZA JUNIOR, C. S.; *et al.* **O município e a federação**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2010.

_____. A Supremacia do Direito no Estado e seus Modelos Básicos, p. 94. In: FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 35ª ed., 2009, p.383.

_____. **Constituições do Brasil e Consenso e Constitucionalismo no Brasil.** Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

_____. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes.** São Paulo: Memoria Jurídica, 2002.

_____. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do PPGDIR/UFRGS**, n. III, mar/2005, pp. 7-18.

VERA, O. P. The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment. *In*: VON BOGDANDY, A.; MAC-GREGOR, E. F.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. (ed). **Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New lus Commune**, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 357-376.

WHITE, Stephen K. **Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas**; tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

ZAVASCKI, T. A. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.