

A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA CORTE IDH: UMA DUPLA ESTRATÉGIA¹

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH BY THE IACHR: A DUAL STRATEGY

Anderson Carlos Bosa²

Rosana Helena Maas³

Resumo: Este artigo investiga a tutela do direito à saúde pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas suas duas vertentes, através de uma justiciabilidade direta e indireta. O objetivo é demonstrar que o Tribunal Interamericano adota, mesmo após reconhecer a justiciabilidade autônoma do deste direito à saúde no caso *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), uma estratégia de proteção dualista deste direito, ou seja, tutelando-o indiretamente, por meio de outros direitos protegidos pela CADH, e diretamente, de forma autônoma. A pesquisa terá como filtro os casos contenciosos que de forma expressa mencionam o artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. utiliza-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, analisando a

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Advogado. Mestre e Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Bolsista PROSUC/CAPES. Graduado em Direito pela UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com.

³ Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg (2018) e doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016), com doutorado sanduíche na Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (2016). Professora concursada da UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito, onde ministra matérias relacionadas ao Direito Civil, ao Direito Constitucional e à Teoria do Direito. Integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

jurisprudência da Corte entre o período de 1981 (início de sua atuação) a setembro de 2023 (data de conclusão deste trabalho).

Palavras-Chave: Artigo 26 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito à saúde. Justiciabilidade.

Abstract: This article investigates the guardianship of the right to health by the Inter-American Court of Human Rights, in its two aspects, through direct and indirect justiciability. The objective is to demonstrate that the Inter-American Court, even after recognizing the autonomous justiciability of this right to health in the case *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), adopts a dualistic protection strategy of this right, that is, safeguarding it indirectly, through other rights protected by the ACHR, and directly, in an autonomous manner. The research will focus on contentious cases that explicitly mention Article 26 of the American Convention on Human Rights. The deductive method and the technique of bibliographic and jurisprudential research are used, analyzing the jurisprudence of the Court between the period of 1981 (beginning of its operations) to September 2023 (completion date of this work).

Keywords: Article 26 of the American Convention on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Right to health; Justiciability.

INTRODUÇÃO

A procura pela materialização do direito à saúde é tema ordinário de estudos e discussões contemporâneas, contornando não apenas os sistemas de justiça domésticos, mas também internacionais, de maneira regional e global (notadamente frente à pandemia da COVID-19). A temática do direito à saúde ganha espaço para discussão diante da legislação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e de sua jurisprudência, essencialmente, em face da sua tutela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão autônomo, qualificado por força jurídica, com seu

principal objetivo entrelaçado na proteção e interpretação dos direitos previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), principal instrumento de direitos humanos do IDH.

A CADH apresenta um extenso rol de dispositivos que tutelam os direitos humanos, entretanto, ela deu maior ênfase aos direitos civis e políticos, prevendo, unicamente, em seu artigo 26, a proteção progressiva dos direitos coletivos, isto é, dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), os quais englobam o direito à saúde no catálogo dos direitos sociais. Assim, em uma análise rasa, poder-se-ia compreender que o direito à saúde não pode ser tutelado pela Corte IDH, caracterizando-se por uma norma de caráter programática – tradicional conformação dos direitos sociais.

Todavia, ao observar a atuação da Corte IDH, pode-se afirmar que o Tribunal Interamericano sempre realizou a tutela do direito à saúde de maneira indireta através dos direitos civis e políticos (direitos individuais) previstos pela CADH, tendo, em 2018, com o julgamento do Caso Poblete Vilches vs. Chile, reconhecido a justiciabilidade direta e autônoma deste direito através do artigo 26 da CADH, passando a tratar à saúde como um direito autônomo plenamente justicável.

Nessa conjectura, a matéria aqui estudada possui como objetivo realizar um levantamento de quais são os julgados da Corte IDH tratando sobre o direito à saúde e que mencionam em sua fundamentação o artigo 26 da CADH, para, com isso, responder a seguinte problemática: após o julgamento do Caso Poblete Vilches vs. Chile (2018), a Corte IDH passou a adotar apenas a tutela direta e autônoma do direito à saúde através do artigo 26 da CADH ou mantém uma estratégia dualista de garantia? Para tanto, inicialmente, aborda-se aspectos correlacionados a justiciabilidade do direito à saúde, para, posteriormente, apresentar os casos da Corte IDH que tutelam a saúde de maneira indireta e direta, citando em suas fundamentações o artigo 26 da CADH.

Para realizar este estudo, adota-se uma abordagem dedutiva e utiliza-se técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, examinando no site da Corte IDH, através da ferramenta “buscador de jurisprudência”, todos os casos contenciosos julgados pelo Tribunal entre o período de 1981 (data de início de sua atuação) a setembro de 2023 (data de conclusão do estudo). No total, foram analisados 491 casos, dos quais selecionou-se 31 que repetiam constantemente em seus textos os termos “*salud*”, “saúde”, “artículo 26”

e “artigo 26”, citando expressamente em sua fundamentação algum tipo de prejuízo, violação, reflexo ou proteção ao direito à saúde, excluindo sentenças que citavam tão somente o direito à saúde como medida de reparação.

Dos 31 casos selecionados, 11 tutelam à saúde de maneira autônoma e direta, sendo todos a partir de 2018 após o julgamento do caso paradigma Poblete vs. Chile. Tratando da proteção indireta do direito à saúde por meio de outros direitos protegidos pela CADH foram 20 casos, dos quais 11 foram julgados antes e 2018 e 9 após o reconhecimento da justiciabilidade autônoma e direta em 2018. Salienta-se que foram selecionados apenas os casos envolvendo o direito à saúde com menção do artigo 26 da CADH em sua fundamentação, não sendo selecionados os casos em que a Corte IDH realiza a proteção indireta do direito à saúde sem menção ao artigo 26 da CADH.

A importância deste trabalho está delineada na necessidade de entender, diante dos debates que envolvem a proteção dos direitos sociais no plano internacional, de qual maneira a Corte IDH concede tutela ao direito à saúde, tendo em vista que este é o pressuposto imediato para a concretização dos demais direitos humanos, singularmente, os direitos civis e políticos, salvaguardados expressamente pela CADH. Ainda, manifesta relevante pertinência por se tratar de uma qualitativa pesquisa jurisprudencial sobre a tutela do direito à saúde no âmbito do SIDH, servindo, dessa forma, como uma importante fonte de consulta a todos os pesquisadores da área.

2 Espectros da justiciabilidade do direito à saúde no Sistema Interamericana de Direitos Humanos

O conceito de “justiciabilidade”, em síntese, relaciona-se à capacidade de um direito ser garantido judicialmente, é equivalente à qualidade do que é justiciável, a partir do seu reconhecimento como um direito subjetivo. Importante notar que esse conceito não se confunde com o “poder de ação”, ou seja, a possibilidade de um sujeito adentrar com uma ação judicial, mas sim, trata-se do reconhecimento do atributo do direito subjetivo que confere exequibilidade jurisdicional à pretensão material dele oriunda. Em resumo, Leal, Maas e Kirste (2021), explicam o direito subjetivo como um direito que pode ser requerido de forma individual.

Tal conceito torna-se importante, pois o SIDH não dispõe sobre uma proteção direta e claramente definida ao direito à saúde. A CADH, que é o principal documento jurídico interamericano e serve como tratado regente da Corte IDH, apresenta uma organização composta por um preâmbulo que identifica as partes signatárias, seguido por três seções principais que incluem 11 capítulos e 82 artigos no total, dando uma maior ênfase a proteção dos direitos civis e políticos (direitos individuais). Embora o documento inclua um capítulo específico denominado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, representado pelo artigo 26, seu texto apenas pressagia que os Estados signatários empreguem todas as medidas necessárias para assegurar a implementação progressiva dos DESCAs, logrando auxílio de cooperadores internacionais. Essencialmente no que se concerne a temas econômicos, técnicos e de ações internas para tal finalidade (Bosa; Maas, 2021a).

Nesse cenário, é preciso interpretar a CADH, assim como outros tratados internacionais, com boa-fé, de acordo com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado na conjuntura em que se encontram, e levando em consideração seu objetivo e finalidade. Adota-se o princípio da primazia do texto. Essa abordagem está alinhada com as diretrizes da Corte IDH, que defende o método de interpretação estabelecido pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Segundo esse método, deve-se dar primazia ao texto do tratado, aplicando critérios objetivos de interpretação (Rossi; Abramovich, 2007).

O artigo 31, inciso IV, da Convenção de Viena estabelece uma diretriz crucial para a interpretação de tratados internacionais. De acordo com essa diretriz, a interpretação deve considerar todo o corpo de direito internacional aplicável nas relações entre as partes envolvidas. Isso inclui acordos bilaterais, regionais e universais, bem como tratados multilaterais, princípios gerais do direito e até decisões judiciais já existentes sobre o tema em questão. Essa orientação de interpretação é implicitamente sustentada pelo princípio da boa-fé, o qual estabelece que, ao analisar os termos de um tratado, deve-se optar pela interpretação que confere sentido e utilidade prática às suas disposições. Em contrapartida, devem ser evitadas interpretações que tornem o tratado inútil ou impossível de ser executado. Assim, o objetivo é garantir que as disposições do tratado tenham uma função prática efetiva (Talavera, 2013).

A discussão sobre a justiciabilidade do direito à saúde, como um direito social humano, parte de várias premissas. O principal argumento contrário à sua justiciabilidade baseia-se na divisão dos direitos humanos em dois tipos: direitos a prestações positivas (direitos prestacionais) e direitos a prestações negativas (direitos de defesa) (Abramovich, 2005). Essa clássica dicotômica coloca os direitos sociais, de um lado, e os direitos individuais, de outro, sendo entendida na lógica de que os últimos geram obrigações negativas, de uma simples abstenção por parte dos Estados, determinada por um “não fazer”, como, por exemplo, a obrigação de não delimitar a liberdade de expressão; ao ponto que os primeiros exigiriam obrigações de índole positiva dos Estados, configurando-se por um “fazer” que, via de regra, necessitariam da aplicação de recurso públicos (Alexy, 2006), como, a título de exemplo, os serviços básicos de saúde. No entanto, como será mencionado, é viável afirmar que todos os direitos geram custos para sua realização.

Em conformidade com Alexy, os direitos prestacionais em sentido amplo, direitos a ações estatais positivas, englobam os direitos sociais em seu significado estrito, configurando-se como uma espécie do gênero dos direitos prestacionais, sendo, portanto, pretensões do indivíduo a prestações positivas por parte do Estado. Esse caráter decorre de direitos do indivíduo em face do Estado, de prestações que aquele, caso proveesse de meios financeiros e de oferta suficiente no mercado, iria adquirir de particulares e não do Estado, abarcando-se, nessa definição, a título de exemplo, o direito à saúde (Alexy, 2006).

Por outro lado, o autor também menciona que os direitos de defesa ou de abstenção, originados e interligados com o indivíduo, a partir de sua ótica clássica, derivados do Estado Liberal, fundamentam-se por uma índole negativa, em outros termos, são compostos por direitos contra/frente ao Estado, na percepção de que o Estado não deve intervir na liberdade do cidadão. Por conseguinte, esses direitos protegem, imediatamente, o cidadão em sua liberdade subjetiva negativa contra interferências estatais, do mesmo modo, de implicações causadas por outros cidadãos (Leal, *et al.*, 2021).

Ao elucidar o antagonismo e contraponto existentes entre os direitos de prestações positivas e negativas, menciona-se ser possível trabalhar com a concepção da dignidade da pessoa humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas,

compreendendo que os direitos positivos se diferenciam de maneira significativa daqueles tidos como negativos, pois, quando algo é proibido, como ocorre com os últimos, é viável afirmar que qualquer ação que originar uma violação do direito protegido é reputada como proibida. Não obstante, quando algo é exigido em um aspecto positivo, nem toda e qualquer ação que tutela ou promove o direito é apontada como devida, criando espaço para uma ponderação – entre meios e fins –, que, no âmbito administrativo, simboliza o conceito de discricionariedade (Leal, *et al.*, 2021).

A partir disso, se extrai a compreensão de que os direitos individuais, por demandarem um “não fazer”, devem ser garantidos de prontidão pelo Estado, sem escusa ou morosidade – a denominada autoaplicabilidade –, já os direitos sociais, nos moldes que estão previstos pelos instrumentos interamericanos, com destaque na CADH, seriam compostos por uma efetivação progressiva. Ademais, seriam direitos que estão condicionados à atuação prestacional dos Estados, que devem prover todas as medidas, tanto por esforços próprios, como pela assistência e cooperação internacional, precipuamente, nos planos econômicos e técnicos, até o ápice de seus recursos disponíveis, com o intento de alcançar progressivamente a concretização destes direitos (Piovesan, 2011).

Todavia, a classificação entre direitos positivos e negativos não pode ser restrita, porque, de um direito de defesa (negativo), concebe-se a derivação de uma dimensão positiva, como de um direito prestacional (positivo) uma dimensão negativa. De igual modo, parte da doutrina ostenta que todos os direitos, sejam eles direitos individuais ou coletivos, possuem, concomitantemente, obrigações positivas e negativas que devem ser exercidas pelo Estado, descaracterizando tal divisão (Leal, *et al.*, 2021).

Nesta senda, o debate em torno dos direitos sociais, no que se estuda a respeito do tratamento que é deferido aos direitos civis e políticos e não aos DESCAs, está direcionado, entre outros fatores, ainda ao emprego de recursos financeiros para efetivação de direitos, que deveriam, portanto, ser implementados de forma progressiva. Considerando isto, os DESCAs não seriam considerados direitos humanos, por não apresentarem aplicação imediata, e sim progressiva e cerceada pelos recursos disponíveis em cada Estado (Leal, *et al.*, 2021).

Apesar disso, Sarlet (2015) sustenta a lógica de que todos os grupos de direitos necessitam de investimentos para sua realização, os direitos individuais exigem, igualmente, um complexo de medidas positivas do Estado, tais como alocação de recursos humanos e materiais para sua implementação. Com isso, geram encargos como, por exemplo, o próprio direito de votar, que, para ser efetivado, demanda recursos estatais (urnas, transporte, alimentação, dentre outros).

Holmes e Sunstein (2019) também lecionam que todos os direitos custam ao Estado, mesmo que de maneira indireta; prontamente, ao se falar em custos, os direitos negativos possuem uma índole positiva e vice-versa. Nessa ideia, a realização de todos os direitos dispõe de elevados investimentos, isso porque o custo dos remédios garantidores das previsões normativas (sejam elas sociais ou individuais) é alto, especialmente quando a garantia é justa e uniforme. Visto que, para a preservação e real significado dos direitos, muitas vezes, necessitam ser garantidos coercivamente, isto é, quase todos os direitos importam deveres correlacionados, e esses deveres somente são considerados no plano efetivo dos Estados quando sua inobservância é penalizada pelo respectivo poder estatal (judicial/administrativo) em vista de recursos públicos. Na falta de disposições legalmente impositivas não existem direitos legalmente exigíveis, por isso um complexo jurídico só pode ser permissivo, ou melhor, só é capaz de permitir liberdade aos sujeitos, ao passo que é simultaneamente coercivo. De uma visão objetiva, os direitos se reduzem a prestações definidas e salvaguardadas por normas que, quando não realizadas, acionam órgãos estatais para compelir o próprio Estado a sua realização (tribunais, órgãos fiscalizadores, etc.), por sua vez, a atuação destas entidades demanda custos.

Uma vez admitido que ambos os grupos de direitos humanos consubstanciam obrigações positivas e negativas, é possível concluir que esses mesmos direitos necessitam de investimentos econômicos. Assim, a ausência de ferramentas legais internas para a sua justiciabilidade não faz com que os direitos sociais não sejam justicáveis, implicando em violação dos tratados internacionais que o Estado é signatário com prognóstico expresso e, conseqüentemente, demandando atuação do SIDH, que deve exigir dos Estados a realização integral dos DESCAs como um todo pertencente ao gênero dos direitos humanos (Terezo, 2014).

Nessa acepção, os direitos humanos protegidos por ações judiciais são todos, sem distinção aos civis e políticos ou aos colecionados no rol dos DESCAs. A CADH, em seu preâmbulo, estabelece que “o ideal do ser humano livre, isento do temo e de miséria” só pode ser idealizado “se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos” (OEA, 1969).

Apesar disso, como visto anteriormente, a CADH desenvolve os DESCAs de maneira expressa apenas em seu artigo 26, intitulado “Desenvolvimento Progressivo”, publicado em seu Capítulo III, enunciado como “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Sendo assim, conforme o inteiro teor da CADH, o que há de concreto, eivado de poder jurídico sobre a proteção dos DESCAs, são as disposições genéricas previstas no respectivo dispositivo, que não versa especificamente sobre quaisquer destes direitos, senão apenas impõe aos Estados-membros um compromisso de adotar providências, tanto na seara doméstica, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para que se logre progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas oponíveis, por via legislativa ou pelos demais meios apropriados (Piovesan, 2019).

Por sua parte, o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, como visto, também não apresenta força jurídica vinculante quanto aos DESCAs – exceto no que se remete ao direito à educação e livre associação sindical⁴ –, também reafirma, desde seu preâmbulo, “a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos civis e políticos” sindicais (OEA, 1988).

A inclusão da norma contida no artigo 26 em meio ao texto da CADH, em um capítulo único, diverso do capítulo de proteção dos demais direitos civis e políticos, requer um esforço teórico para sua compreensão de acordo com as demais normas da

⁴ O Protocolo Adicional, conforme seu artigo 19, prevê o encaminhamento de petições individuais à CIDH, com subsequente julgamento pela Corte IDH em situações que infrinjam os direitos estabelecidos nos artigos 8º, alínea “a”, e artigo 13. Esses artigos se referem, respectivamente, ao direito dos trabalhadores de se sindicalizarem e escolherem o sindicato que melhor represente seus interesses, e ao direito à educação, abrangendo todos os graus de ensino e a inclusão de indivíduos com necessidades especiais. De acordo com o Protocolo de São Salvador, o direito de peticionar individualmente não se aplica às violações de outros direitos previstos no documento, como o direito à saúde, que é entendido como um direito social (Bosa; Maas, 2023).

CADH e os princípios que regem sua interpretação. Historicamente, sua leitura foi embasada como norma não operativa, limitada a uma simples expressão de objetivos programáticos, sem obrigações legais vinculantes, nem justicáveis. Atualmente, a partir de um uso extensivo do princípio *pro homine* e uma inferência de direitos no texto da Carta da OEA, abarcam a jurisprudência internacional, procurando aplicar-lhe plena justiciabilidade (Rossi; Abramovich, 2007).

Mesmo sem proceder com uma proteção direta dos DESCAs, o artigo 26 da CADH faz menção aos direitos derivados das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, cabendo, portanto, uma interpretação de boa-fé, procurando abarcar o objetivo fim do Tratado. Com esse entendimento, o sentido corrente que deve ser atribuído ao texto previsto pelo artigo 26 da CADH, obriga a afirmar que os Estados signatários se comprometem a efetivar os DESCAs que derivam da Carta da OEA, sendo contraditória uma aplicação contrária que sustentasse que os países-membros reconhecessem princípios e postulados que não poderiam ser catalogados como direitos, mas apenas como meros guias de conduta (Rossi; Abramovich, 2007).

Existem posicionamento doutrinários que insistem em considerar que a ênfase do artigo 26 da CADH no que concerne a progressividade dos DESCAs os priva de justiciabilidade direta pela Corte IDH, de tal forma, que haveria de entendê-los, exclusivamente, como objetivos programáticos. Ainda, somado ao fato de que o projeto da CADH apresentado pela CIDH na Conferência Interamericana Especializada de 1969 não incluía os DESCAs em seu texto, ter-se-ia “um padrão de não justiciabilidade” (Vera, 2009).

Vera (2009), ao considerar os antecedentes históricos, argumenta ser possível defender a justiciabilidade dos direitos sociais, sendo direitos diretamente aplicáveis por meio do artigo 26, considerando que nas atas da Conferência Interamericana Especializada foram registradas três posturas diferentes: (i) não alusão aos direitos sociais; (ii) enumeração clara e expressa dos mesmos; e (iii) referência aos direitos sociais de forma muito geral e com alusão a compromissos de progressividade. Cabendo ressaltar que, durante a referida Conferência, a delegação Colombiana defendeu uma proposta de inclusão expressa e detalhada dos direitos sociais, sendo tal iniciativa rechaçada por uma

proposta com uma fórmula intermediária de remissão ao Protocolo de Buenos Aires, o qual se inclui os direitos sociais adicionados à Carta da OEA.

Espiell (1986) destaca a ausência clara dos DESCAs na CADH e observa que o erro esteve em não entender que, embora as normas econômicas, sociais e culturais do Protocolo de Buenos Aires se referissem a direitos humanos, elas estabeleciam padrões de comportamento dos Estados em questões econômicas, sociais e culturais.

O artigo 26 da CADH destaca claramente a necessidade de reorganizar ações com o objetivo de assegurar a efetivação plena dos direitos. De acordo com uma leitura literal desse texto legal, ele não se limita apenas a estabelecer metas programáticas, mas também se direciona para a implementação de medidas concretas. Nesse contexto, é apontado que todos os direitos contemplados na CADH e reconhecidos pelos Estados-membros estão sob o regime de proteção judicial do SIDH (Bosa; Maas, 2021a).

A CADH também prescreve em seus dois primeiros artigos obrigações gerais, designando aos Estados signatários a obrigação de respeitar e garantir os direitos, estipulando, com isso, o dever de adotar medidas. Fundamentado nisso, Sérgio García Ramírez, considera que as obrigações gerais contidas nos artigos 1 e 2 alcançam todos os direitos constituintes da CADH, não apenas aqueles que figuram no Capítulo II (direitos civis e políticos) (Ramírez, 2003). O mesmo posicionamento é defendido pela jurista interamericana Quiroga (2005), somando que, dado o fato dos artigos 2 e 26 se sobreporem, na dinâmica de que ambos estabelecem o dever de adotar medidas, pareceria que ambos pretendiam estabelecer obrigações distintas.

Considerando essa mesma dinâmica interpretativa, outro ponto de análise e confrontação envolve o artigo 29 da CADH, pois mesmo que o artigo 26 se limite a estabelecer a progressividade dos DESCAs, o artigo 29 do mesmo Tratado, em contrapartida, contempla a proibição da análise limitativa desses direitos. A partir desse ponto, é nítido o entendimento de que não se pode dar uma interpretação limitada ao artigo 26 a fim de concretizar os DESCAs que são inerentes a pessoa humana, aplicando uma interpretação abrangente ao dispositivo em questão (Azevedo, 2017).

Posto isto, o debate sobre a justiciabilidade dos DESCAs, aqui em especial do direito à saúde, envolve diferentes ramificações da doutrina, além da discussão envolvendo a falta de previsão objetiva para tanto pela CADH, sendo que tais direitos

importam uma concepção de que o Estado possui a obrigação de proteger satisfatoriamente tais condições a todos os sujeitos de maneira igualitária e não discriminatória.

Após investigar a complexidade relacionada à classificação e justiciabilidade do direito à saúde no contexto do SIDH, chega-se ao principal objetivo deste estudo: identificar as decisões da Corte IDH que abordam o direito à saúde e fazem referência ao artigo 26 da CADH. Observa-se que a Corte IDH adota duas abordagens principais para a proteção desse direito. A primeira abordagem é indireta, situando a proteção do direito à saúde no contexto de direitos civis e políticos. A segunda abordagem concede justiciabilidade direta e autônoma ao direito à saúde com base no artigo 26 da CADH.

Nessa lógica, o trabalho sistematiza e divide as 31 ações selecionadas no site da Corte IDH. As decisões foram categorizadas em duas abordagens de proteção ao direito à saúde: (i) 20 casos tratam da tutela indireta, apoiando-se em outros direitos tutelado pela CADH; e (ii) 11 casos focam na tutela direta e autônoma a partir do artigo 26 da CADH. A seguir detalha-se os mencionados caso.

3 Primeira análise: casos envolvendo a tutela indireta do direito à saúde na Corte IDH com menção ao artigo 26 da CADH

Nesse momento de análise, é possível averiguar que a Corte IDH, em nas decisões aqui selecionadas, frequentemente cita o artigo 26 da CADH em seus fundamentos. Contudo, ao invés de oferecer uma tutela autônoma direta desse direito, ela adota uma proteção indireta. A Corte tutela o direito à saúde através de uma interpretação abrangente que engloba a proteção de outros direitos expressamente mencionados na CADH. Os casos em questão envolvem violações de direitos como o direito à vida, à integridade pessoal e às proteções e garantias judiciais. Tais casos exigem medidas impostas aos Estados, que podem incluir tratamento médico e/ou psiquiátrico para as vítimas e outros diretamente envolvidos no caso específico, bem como a implementação de políticas de saúde⁵.

⁵ A seguir utiliza-se como padrão de análise a menção do primeiro caso encontrado envolvendo a respectiva forma de justiciabilidade do direito à saúde empregada pela Corte IDH e, no caso de existência, dos julgamentos envolvendo o Brasil.

Piovesan (2009) destaca que existiam, até 2018, três estratégias distintas de argumentação na proteção dos direitos sociais. As estratégias incluem: (a) a dimensão positiva do direito à vida; (b) o uso do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, principalmente no contexto de proteção a grupos vulneráveis; e (c) a proteção indireta dos direitos sociais por meio da salvaguarda de direitos civis e políticos.

Por outro lado, Mac-Gregor (2017, p. 76), com base em sua pesquisa, afirma que dos 216 casos julgados pelo Tribunal Interamericano até 2017, 27 deles possuíam algum aspecto relacionado ao direito à saúde. Em muitas dessas situações, o direito à saúde foi protegido através de outros direitos como o direito à vida, à integridade pessoal, à vida privada, à proteção da família, às garantias judiciais e ao acesso à informação. De acordo com o autor, a abordagem do Tribunal quanto ao direito à saúde pode ser categorizada em duas seções principais: o direito à saúde no contexto de grupos vulneráveis e as várias dimensões e aspectos relacionados ao direito à saúde.

O primeiro julgamento observado se remete ao caso Instituto de Reeducação de Menor vs. Paraguai (2004), o qual se desenvolveu devido a morte de diversos adolescentes que se encontravam sob custódia do Estado paraguaio no Instituto de Reeducação de Menor Coronel Panchito López. Segundo a CIDH, o Instituto representa o funcionamento de um sistema de detenção contrário a todos os *standards* internacionais relativos a privação de liberdade de adolescentes, violando direitos como o direito à integridade pessoal, direito à vida, direito das crianças, garantias e proteções judiciais e direito à liberdade, expondo os adolescentes a situações extremamente degradantes (Corte IDH, 2004).

Em síntese, a Corte IDH entendeu que o Estado do Paraguai não garantiu o direito à saúde, não promovendo assistência médica regular aos adolescentes internos, inclusive aos com enfermidades psiquiátricas e físicas, sendo que os profissionais médicos eram insuficientes para tanto. Isto pelo fato de que as condições de detenção desumanas e degradantes que ficaram expostos todos os internos do Instituto, convalidam, necessariamente, uma afetação de suas saúdes mentais, repercutindo desfavoravelmente no desenvolvimento psíquico de suas vidas e integridade pessoal (Corte IDH, 2004).

No caso concreto a Corte IDH sustentou que os artigos 6 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança incorporam o direito à vida e a obrigação do Estado de garantir "na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança". O Comitê dos Direitos da Criança interpretou a palavra "desenvolvimento" de uma forma abrangente que engloba aspectos físicos, mentais, espirituais, morais, psicológicos e sociais. Visto dessa forma, um Estado tem, em relação a crianças privadas de liberdade e, portanto, sob sua custódia, a obrigação de, entre outras coisas, fornecer-lhes assistência médica e educação, para garantir que a detenção à qual as crianças estão sujeitas não destruirá seus planos de vida (Corte IDH, 2004).

Por conseguinte, as duas tabelas a seguir relacionam-se aos 20 casos envolvendo a tutela indireta do direito à saúde por meio de outros direitos expressamente protegidos pela CADH, mas com menção ao artigo 26 da CADH em suas fundamentações. A primeira tabela demonstra os 11 casos julgados pela Corte antes de 2018. Já a segunda, refere-se aos 9 casos julgados após 2018.

As respectivas tabelas estão organizadas pelos nomes dos casos, temas das sentenças e anos de julgamento. Os direitos e fatos elencados nos temas das sentenças não são taxativos, mas sim meramente demonstrativos.

CASOS COM TUTELA INDIRETA DO DIREITO À SAÚDE COM MENÇÃO AO ARTIGO 26 DA CADH		
CASO	TEMA DA SENTENÇA	ANO
Caso Instituto de Reeducação de Menor vs. Paraguai.	Direito à vida – Direito à integridade pessoal – Garantias e proteções judiciais – Direitos das crianças – Morte de adolescente sob custódia do Estado	2004
Caso Comunidade Indígena Yakye axa vs. Paraguai	Direito indígena – Direito de propriedade – Direito à vida – Desapropriação indevida	2005
Caso Trabalhadores do Congresso Demitidos vs. Peru	Garantias e proteções judiciais – Despedidas arbitrárias	2006

Caso Acevedo Buendía e outros vs. Peru	Não cumprimento de decisões judiciais – Garantias e proteções judiciais	2009
Caso Furlan e familiares vs. Argentina	Direito à vida – Proteções e garantias judiciais – Mora do Estado em fornecer tratamento médico	2012
Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador	Direito de propriedade – Exploração de petróleo por empresa privada em território indígena	2012
Caso Suárez Peralta vs. Equador	Proteções e garantias judiciais – Direito à integridade pessoal – Vítima que sofreu prejuízos permanentes após intervenção cirúrgica	2013
Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru	Proteções e garantias judiciais – Direito de propriedade – Direito de igualdade perante a lei	2015
Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador	Direito à vida – Direito à integridade pessoal – Dever de fiscalizar – Responsabilidade do Estado por infecção por HIV durante transfusão de sangue	2015
Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala	Violação de diversos direitos humanos – Direito à vida – Direito à integridade pessoal – Garantias e proteções judiciais	2016
Caso Lagos del Campo vs. Peru	Garantias e proteções judiciais – Direito à liberdade de expressão	2017

Fonte: Autor (2023) com base nos casos contenciosos do site da Corte IDH.

Dos casos elencados, destaca-se como sendo de suma importância na evolução da jurisprudência da Corte IDH, configurando-se como pressuposto imediato do entendimento que concedeu a tutela direta e autônoma do direito à saúde através do artigo 26 da CADH, o caso Lagos del Campos vs. Perú (2017), pois foi o primeiro julgamento

em que a Corte IDH reconheceu a justiciabilidade do artigo 26 da CADH (Bosa; Maas, 2021a).

O caso trata a respeito da destituição do cargo de trabalho do Sr. Alfredo Lagos del Campo em decorrência de declarações emitidas quando era presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial da Ceper-Pirelli. As declarações denunciavam atos de ingerência indevidas dos empregadores diante das organizações representativas (sindicatos) da empresa e na realização de eleições internas. Na sentença estruturada através da aplicação do princípio *iura novit cúria*, a Corte IDH desenvolveu e declarou pela primeira vez a violação autônoma do artigo 26 da CADH, concluindo que o direito a estabilidade laboral é um direito trabalhista protegido pelo dispositivo (Corte IDH, 2017a).

Mesmo que o caso se refira ao direito à estabilidade laboral, a saúde da vítima é ponto discutido pelo julgamento, uma vez que, devido às circunstâncias impostas por sua despedida, violação de seus direitos humanos e demora para conseguir justiça, a vítima enfrentou relevante quadro de estresse, ansiedade e preocupação, o qual o levou a desenvolver problemas psicológicos. Porém, devido ao transcorrer do tempo e o estado psicológico da vítima à época do julgamento não ser mais o mesmo, a Corte IDH entendeu não ser possível condenar o Estado a fornecer tratamento médico psicológico, condenando o país ao pagamento de danos imateriais/morais (Corte IDH, 2017b).

A seguir, observa-se os casos julgados pela Corte IDH que tutelam à saúde de maneira indireta através de outros direitos protegidos pela CADH após o período de 2018 (ano que, como se verá a seguir, a Corte IDH passou a reconhecer a justiciabilidade direta do direito à saúde) e que mencionam em sua fundamentação ao artigo 26 da CADH.

CASOS COM TUTELA INDIRETA DO DIREITO À SAÚDE COM MENÇÃO AO ARTIGO 26 DA CADH APÓS 2018		
Caso Rodríguez Revolorio e outros vs. Guatemala	Princípio da legalidade – Inobservância do devido processo legal – Direito à vida	2019
Caso Muelle Flores vs. Peru	Garantias e proteções judiciais – Direito à integridade pessoal – Direito de propriedade	2019

Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Administração Tributária Nacional (ancejub-sunat) vs. Peru	Garantias e proteções judiciais – Direito à dignidade – Direito de propriedade - Dever de adotar providências internas	2019
Caso Montesinos Mejía vs. Equador	Prisão ilegal – Proteções e garantias judiciais – Direito à liberdade – Direito de igualdade perante a lei – Presunção de inocência – Tortura – Direito à dignidade – Direito à propriedade – Princípio da legalidade – Proteção da honra	2020
Caso Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil	Dever de fiscalizar – Garantias e proteções judiciais – Dever de garantir e respeitar direitos – Direito à vida – Direito à integridade pessoal – Direito de igualdade perante a lei	2020
Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina	Direito de propriedade – Direito ao meio ambiente saudável – Proteções e garantias judiciais – Direito de circulação	2020
Caso Guzmán Albarracín e outros vs. Equador	Violência sexual – Direito à integridade pessoal – Garantias e proteções judiciais – Abuso sexual	2020
Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica	Direito a igualdade perante a lei – Proibição de discriminação – Direito ao Trabalho – Vítima que não foi selecionada em concurso público por conta de sua condição de deficiência intelectual	2022

Caso Benites Cabrera e outros vs. Perú	Direito a garantia e proteções judiciais em relação a respeitar e garantir direitos – Direitos Políticos – Violação de direitos do trabalhadores - - Demissão em massa	2022
---	---	------

Fonte: Autor (2023) com base nos casos contenciosos do site da Corte IDH.

Denota-se que a Corte IDH vem tutelando o direito à saúde de forma indireta através de outros direitos previstos pela CADH, utilizando-se da menção ao artigo 26 da CADH em suas fundamentações mas não reconhecendo sua violação, desde o ano de 2004, e mesmo após o caso Poblete Vilches (2018) – que será abordado no próximo título – que reconheceu a justiciabilidade direta e autônoma deste direito permanece realizando sua tutela de maneira indireta. Passa-se a terceira segunda jurisprudencial da Corte IDH envolvendo o direito à saúde.

Após firmada a jurisprudência deliberada no caso Lagos del Campo vs. Perú (2017) no que tange a justiciabilidade do artigo 26 da CADH, é, como se verá a seguir, no caso julgamento do caso Poblete Vilches vs. Chile (2018) que a Corte IDH passa a enfrentar pela primeira vez a tutela direta e autônoma do direito à saúde com base no artigo 26 da CADH.

4 Segunda análise: casos envolvendo a tutela direta e autônoma do direito à saúde através do artigo 26 da CADH na Corte IDH

Como exposto, o SIDH não tutelava de maneira direta e objetiva o direito à saúde através de força jurídica vinculante, obrigando a Corte IDH a desenvolver e realizar sua tutela de maneira indireta por meio de outros direitos expressamente protegidos. Essa conjectura, passou a exigir uma interpretação mais ampla da CADH, assim como dos demais tratados interamericanos, que devem ser interpretados de boa-fé, de acordo com o objetivo fim atribuído aos documentos, em consonância com o contexto em que estão inseridos (Rossi; Abramovich, 2006)⁶.

⁶ A seguir utiliza-se como padrão de análise a menção do primeiro caso encontrado envolvendo a respectiva forma de justiciabilidade do direito à saúde empregada pela Corte IDH e, no caso de existência, dos julgamentos envolvendo o Brasil.

Por esse caminho, no ano de 2018, através do julgamento do caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, a Corte IDH apresentou uma relevante mudança no modo como exerce sua tutela ao direito à saúde. Pela primeira vez o Tribunal Interamericano tutelou o direito à saúde de forma autônoma e direta por meio do artigo 26 da CADH, assim como, por intermédio de uma interpretação extensiva de toda a CADH.

O caso originou-se a partir do descaso clínico sofrido pela vítima Poblete Vilches durante o tempo em que foi atendido em um hospital público do Chile, onde não recebeu os devidos cuidados de emergência que necessitava, o que resultou em sua morte. Na sentença emitida, a Corte IDH reconheceu a interdependência do direito à saúde, proclamando a importância da tutela de tal direito em diversos documentos internacionais, como também, em várias constituições da América Latina (Corte IDH, 2018a).

Desse modo, levando em conta as previsões genéricas do direito à saúde pela CADH e pela necessidade da realização de uma proteção mais ampla e objetiva de tal direito – pressuposto imediato de diversos outros direitos –, a Corte IDH, cumprindo com os princípios e finalidades propostos pelo *corpus iuris* interamericano, passou a dar uma interpretação mais abrangente ao direito à saúde, promovendo sua tutela autônoma com fundamento nos artigos 1 (1) (garantir e respeitar direitos), 26 (e sua remissão a Carta da Organização dos Estados Americanos) e 29 (proibição na limitação interpretativa de direitos), todos da CADH; pelo previsto pela Convenção de Viena em seu artigo 31; nas previsões normativas internas de cada Estado; assim como, em todo o aparato do *corpus iuris* internacional do direito à saúde aplicado em cada caso concreto (Corte IDH, 2018a).

A Corte IDH também compreendeu e estabeleceu em sua sentença o caráter fundamental e indispensável da saúde para o exercício adequado dos demais direitos humanos, firmando a indivisibilidade desses. Posto que, todo ser humano tem o direito de desfrutar do mais alto nível de saúde possível para viver dignamente, entendendo a saúde não apenas como a ausência de enfermidades, mas também como um estado de completo bem estar físico, mental e social, onde sua obrigação geral se traduz em um dever estatal de “assegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud,

assegurando una prestación médica de calidad y eficaz, así como impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población” (Corte IDH, 2018a).

Ademais, o Tribunal Interamericano compreendeu que, do conteúdo disposto no artigo 26 da CADH, vertem dois tipos de obrigações. Uma, entendida pela adoção de medidas gerais de maneira progressiva; e duas, a adoção de medidas de natureza imediata. No que se pressupõe às medidas gerais de maneira progressiva, a realização progressiva significa que os Estados partes têm a obrigação concreta e constante de avançar da forma mais célere e eficiente possível em direção a plena efetividade dos DESCAs, sendo que, isso não deve ser interpretado no sentido de que, durante seu período de implementação, as mencionadas obrigações se privem de conteúdo específico, o que tampouco resulta que os Estados possam diferir indefinidamente a adoção de medidas para tomar concreto os direitos em questão. O que impõe a obrigação de não regressividade frente aos direitos alcançados (Corte IDH, 2018a).

No que tange às obrigações de natureza imediata, essas estruturam-se na adoção de medidas eficazes com o objetivo de permitir o acesso indiscriminado às prestações reconhecidas para cada direito. As medidas devem ser adequadas, deliberadas e concretas, objetivando a plena realização de tais direitos. Em consonância com o mencionado, as obrigações convencionais de respeito e garantia, bem como de adoção de medidas de direito interno (artigos 1.1 e 2 da Convenção), mostram-se fundamentais para alcançar a sua efetividade (Corte IDH, 2018a).

Desse modo, a Corte IDH delineou em sua sentença que a obrigação geral se traduz pelo dever estatal de assegurar às pessoas o acesso a serviços essenciais de saúde, garantindo uma prestação médica de qualidade e eficaz, assim como de impulsionar o melhoramento das condições de saúde de sua população. Por consequência, a Corte IDH enfatizou que em primeiro lugar a operacionalidade do direito à saúde inicia-se pelo dever de regulamentação, sendo os Estados responsáveis por regular permanentemente as prestações de saúde (públicas e privadas) e a execução de programas nacionais relativos a prestações de serviço de qualidade. Em segundo lugar, tomando em conta a Observação Geral n. 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Corte IDH se refere a uma série de elementos essenciais e inter-relacionados os quais devem satisfazer-se em matéria da saúde (Corte IDH, 2018a).

Por consequência, a Corte IDH definiu que para efeitos de prestações médicas de urgência, os Estados devem garantir às crianças e aos adolescentes os seguintes *standards*: i) respeito à qualidade, devendo contar com a infraestrutura adequada e necessária para satisfazer as necessidades básicas e urgentes. Isso, incluindo qualquer tipo de ferramenta e suporte vital, assim como dispor de recursos humanos qualificados para responder urgências médicas; ii) respeito à acessibilidade, os estabelecimentos e os serviços de emergência de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas. Contanto com a acessibilidade compreendida a partir das dimensões sobrepostas de não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação, oferecendo, dessa forma, um sistema de saúde inclusivo baseado em direitos humanos; iii) respeito à disponibilidade, devendo contar com um número suficiente de leitos hospitalares, bem como serviços públicos e programas integrais de saúde; e iv) respeito à aceitabilidade, tendo os estabelecimentos e serviços de saúde a obrigação de respeitar a ética médica e os critérios culturalmente apropriados (Corte IDH, 2018a).

A partir disso, a Corte IDH passou a reconhecer a possibilidade de tutelar o direito à saúde de maneira direta e autônoma, sem a necessidade de realizar sua proteção através de outros direitos. Dessa forma, conforme a tabela a seguir, a partir de 2018, a Corte IDH, além da tutela indireta, passou a aderir a estratégia de proteção direta e autônoma do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH. De 2018 a setembro de 2023 (data de conclusão deste trabalho), foram 11 casos julgados pela Corte IDH nesse sentido.

A tabela divide os casos pelos nomes dados aos casos pela Corte IDH, tema da sentença e ano de julgamento. Os direitos e fatos elencados nos temas das sentenças não são taxativos, mas sim meramente demonstrativos.

CASOS ENVOLVENDO A TUTELA AUTÔNOMA DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DO ARTIGO 26 DA CADH		
CASO	TEMA DA SENTENÇA	ANO
Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile	Direito à saúde – Direito à vida – Direito à integridade pessoal – Direito à informação – Direito a não discriminação – Negligência no	2018

	atendimento hospitalar de idoso em situação de vulnerabilidade	
Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala	Direito a saúde – Direito à vida – Dever de respeitar e garantir direitos – Direito à integridade pessoal – Tratamento de pessoas com HIV	2018
Caso Hernández vs. Argentina	Direito à saúde – Direito à integridade pessoal – Garantias e proteções judiciais – Presunção de inocência – Direito à liberdade – Vítima sob custódia do Estado	2019
Caso Muelle Flores vs. Perú	Direito ao recebimento de obter seguro de saúde nos termos da legislação de seguridade social do Estado e negativa na prestação de seguridade social	2019
Caso Manuela e outros vs. El Salvador	Criminalização do aborto (aborto espontâneo e desproporcionalidade da pena) e falta de cuidados médicos da vítima portadora de câncer enquanto cumpria pena.	2019
Caso Spoltore vs. Argentina	Direito à saúde do trabalhador – Direito a condições de trabalho – Garantias e proteções judiciais – Mora no trâmite de processo trabalhista	2020
Caso Guachalá Chimbo e outros vs. Equador	Direito à saúde – Direito ao reconhecimento de personalidade jurídica – Direito à integridade pessoal – Direito à liberdade – Direito de ser informado – Dever de adotar disposições internas – Garantias e proteções judiciais – Direito à dignidade – Direito à vida privada – Desaparecimento de vítima com deficiência mental internada em hospital de tratamento	2021

	público – Falta de autorização para tratamento recebido	
Caso Buzos Miskitos vs. Honduras	Cuidados de saúde de pessoas que realizam atividade de mergulho e proteção de seguridade social em matéria de saúde	2021
Caso Vera Rojas e outros vs. Chile	Direito à saúde – Direito à vida – Direito à integridade pessoal – Infância – Direito à seguridade social – Obrigação de garantir direitos sem discriminação – Dever de adotar disposições de direito interno	2021
Caso Valencia Campos e outros vs. Bolívia	Direito à saúde – Direito à liberdade – Direito à vida – Proteção à família – Direito à propriedade – Tortura – abuso sexual	2022
Caso Brítez Arce e outros vs. Argentina	Direito à saúde – Direito à vida – Direito à integridade – Direito à garantias judiciais – Morte de gestante em hospital público	2022

Fonte: Autor (2023) com base nos casos contenciosos do site da Corte IDH.

A interpretação arquitetada no caso Poblete Vilches vs. Chile caracteriza-se como um paradigma na forma com que a Corte IDH tutela o direito à saúde, que, por sua vez, passou a reforçar o mesmo entendimento nos casos que o sucederam: caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala (2018), caso Hernández vs. Argentina (2019), caso Muelle Flores vs. Perú (2019), caso Manuela e outros vs. El Salvador (2019), caso Spoltore vs. Argentina (2020), caso Guachalá e outros vs. Equador (2021), caso Buzos Miskitos vs. Honduras (2021) e caso Vera Rojas e outros vs. Chile (2021).

Ao observar as estratégias de atuação da Corte IDH frente a tutela do direito à saúde, verifica-se a força normativa reincidida pelo Tribunal Interamericano no que concerne à indivisibilidade dos direitos humanos, agregando o direito à saúde no mesmo grau de proteção de todas as demais classes de direitos. Nessa sinologia, a ascensão jurisprudencial proativa da Corte IDH é essencial, considerando que tais direitos são atrelados, de maneira abstrata, a um discurso jurídico constituído institucionalmente na

perspectiva ocidental, erigindo uma divergência dos Estados entre o que diz e o que se faz a respeito da matéria, já que a presença na seara jurídica, em constituições e códigos, não tem sido o suficiente para garantir sua concretização. Em um sentido antagônico ao escopo do SIDH, ocorre entre os Estados uma divisão entre prática e teoria (Vera, 2009).

Nesse rumo, é possível afirmar que a Corte IDH tem assinalado que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cujo interpretação deve acompanhar a evolução da sociedade e as condições da vida contemporânea. Esse entendimento evolutivo pode ser tido como consequência das regras gerais de interpretação do artigo 29 da CADH, assim como, por conta de todo o aparato jurídico regional e global (Bosa; Maas, 2021b).

Desse modo, em todos os casos envolvendo a justiciabilidade autônoma e direta do direito à saúde, a Corte IDH faz uma remissão direta ao estabelecido no caso *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), criando uma conexão lógica entre suas sentenças e reforçando a tese de que a CADH incorporou em seu catálogo de direitos protegidos os DESCAs através de uma derivação às normas reconhecidas pela Carta da OEA, assim como pelas normas da CADH que impedem uma limitação e exclusão de direitos, inclusive dos direitos previstos pelas normas internas dos Estados. Da mesma forma, cita a necessidade de uma interpretação sistemática, teológica e evolutiva, recorrendo a todo o *corpus iuris* internacional e nacional em matéria de direito à saúde (Bosa; Maas, 2021b).

Conclui-se que, mesmo após evoluir sua jurisprudência quanto a proteção do direito à saúde de maneira direta e autônoma por meio do artigo 26 da CADH, o Tribunal interamericano permanece utilizando, conforme visto no título anterior, uma estratégia de proteção indireta deste direito através de outros direitos protegidos pela CADH. Portanto, atualmente, a Corte IDH procede com a proteção do direito à saúde considerando duas estratégias: direta e indireta.

CONCLUSÕES

O presente artigo acadêmico empreendeu um levantamento dos casos envolvendo a tutela do direito à saúde pela Corte IDH que mencionam em sua fundamentação o artigo 26 da CADH. A investigação foi norteadada pela questão central de se a Corte IDH adota

uma abordagem dualista na proteção do direito à saúde, tutelando-o tanto indiretamente, por meio de direitos civis e políticos, quanto diretamente, através do artigo 26 da CADH. Nota-se, que antes do caso Poblete Vilches vs. Chile (2018) a proteção desse direito ocorria de forma indireta, através dos demais direitos protegidos e consagrados no SIDH.

Na busca de respostas a indagação aqui instalada: após o julgamento do Caso Poblete Vilches vs. Chile (2018), a Corte IDH passou a adotar apenas a tutela direta e autônoma do direito à saúde através do artigo 26 da CADH ou mantém uma estratégia dualista de garantia? Menciona-se:

Foram selecionados 31 casos, dos quais 20 deles tutelam o direito à saúde de maneira indireta através de outros direitos protegidos pela CADH, mencionando em suas fundamentações o artigo 26 da CADH, mas sem reconhecimento de sua violação quanto ao direito à saúde. Desses vinte casos, 11 foram julgados antes de 2018 e 9 após o reconhecimento da justiciabilidade direta do direito à saúde em 2018; e 11 casos tutelando o direito à saúde de forma direta e autônoma a partir do artigo 26 da CADH, ou seja, reconhecendo sua violação quanto ao direito à saúde.

O estudo revelou que o SIDH representado principalmente pela CADH, não oferece uma proteção direta e explícita ao direito à saúde, realizando, historicamente, sua tutela de maneira indireta, por meio dos direitos civis e políticos. No entanto, o levantamento jurisprudencial indicou uma nova estratégia de proteção a partir do caso Poblete Vilches vs. Chile (2018), o qual marcou a primeira vez que a Corte IDH protegeu o direito à saúde de forma autônoma e direta, com base no artigo 26 da CADH.

Diante desse exame, podemos responder à questão a problemática aqui proposta: a Corte IDH sempre exerceu uma proteção indireta ao direito à saúde. Esse padrão de tutela se manteve mesmo após o reconhecimento de uma proteção direta e autônoma da saúde, fundamentada no artigo 26 da CADH. Portanto, a Corte IDH adota uma estratégia dupla para a proteção desse direito: uma direta e outra indireta. Em última palavra: a Corte IDH ilustra a evolução contínua na busca de assegurar que o direito à saúde não seja apenas uma promessa, mas uma realidade palpável para todos.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Linha de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR**. São Paulo, v. 188, n. 2, p. 188-223, jan. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça**. São Paulo: LTr, 2017.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à justiciabilidade direta do direito à saúde: análise dos fundamentos normativos e jurisprudenciais. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 26, p. e9999: 1-28, 2022. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/9999/5985>. Acesso em: 08 out. 2023.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A Justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Poblete Vilches vc. Chile. **Revista Unirios**, v. 15, n. 31, p. 258-278, ago. 2021(a). Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2021/31/a_justiciabilidade_do_direito_a_saude_na_corte_interamericana_de_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 07 fev. 2022.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A justiciabilidade do direito à saúde na Corte IDH: o reconhecimento da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos sociais. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). **Direitos humanos e participação política**. 1º ed. Porto Alegre: Free Press, 2021(b).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de mérito, reparações e custas. San José da Costa Rica, 27 de novembro de 2017(a). Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 16 jan. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguay**. Sentença de mérito, reparações e custas. San José da Costa Rica, 2 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acesso em: 16 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**. Sentença de mérito, reparações e custas. San José da Costa Rica, 31 de agosto de 2017(b). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 16 jan. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José da Costa Rica, 08 de março de 2018 (a). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020. Acesso em: 11 jan. 2022.

ESPIELL, Héctor Gros. **Los derechos económicos, sociales y culturales em el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/MentalHealth/HIVConsultation/Panellists/Mr.PatricioPazmi%C3%B1oFreire.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena; KIRSTE, Stephan. **Direitos (Fundamentais) Sociais e sua Justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria**. Curitiba: Íthala, 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericana de derechos humanos. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. n. 5. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADO AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de maio de 1969.** Publicada pela Assembleia Geral da OEA. San José da Costa Rica: Assembleia Geral da OEA [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”**, de 17 de novembro de 1988. Publicado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. San Salvador: Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos [1988]. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.5, p. 67-80, out. 2009. Disponível em: <https://www.inclusive.org.br/arquivos/12317>. Acesso em: 28 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.5, p. 67-80, outubro de 2009.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, DF, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28340/004_piovesan.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 04 out. 2020.

QUIROGA, Cecilia Medina. **Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. San José da Costa Rica: UNAM, 2005.

RAMÍREZ, Sérgio García. Pretección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales em el artículo 26 de la Convención Americana.

Questiones Constitucionales, n. 9, jul/dez, 2003, pp. 139-141.

ROSSI, Julieta; ABRAMOVICH, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Revista Estudio Sócio Jurídico**, Bogotá, v. 1, n. 9, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v9nspe/v9s1a3.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TALAVERA, Fabián Novak. Los criterios para la interpretación de los tratados. **Revista de Derecho Themis**, México, v. 1, n. 63, jan./ago. 2013. Disponível em: http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/La_Primacia_del_Derecho_Internacional.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

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

VERA, Óscar Parra. Notas sobre acesso a la justicia y derechos sociales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Revista IIDH**, San José da Costa Rica, v. 50. n. 01, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1631/revista-iidh50.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.