Revista VIDERE
v. 12, n. 25
Set/Dez, 2020
p. 164 a 180
ISSN: 2177-7837

A PROTEÇÃO INTERAMERICANA DO DIREITO À SAÚDE E O NOVO MOVIMENTO TRANSCONSTITUCIONAL: UM DIÁLOGO ENTRE ORDENS JURÍDICAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

INTER-AMERICAN PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE NEW TRANSCONSTITUTIONAL MOVEMENT: A DIALOGUE BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL ORDERS

LA PROTECCIÓN INTERAMERICANA DEL DERECHO A LA SALUD Y EL NUEVO MOVIMIENTO TRANSCONSTITUCIONAL: UN DIÁLOGO ENTRE ÓRDENES LEGALES NACIONALES E INTERNACIONALES

Ana Paula de Jesus Souza
Mestre em Direito (UFS)
Especialista em Direito do Estado
Universidade Federal de Sergipe
paulasouzaap@hotmail.com
OrcidID: 0000-0001-9869-3017

Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias
Doutora em Direito (PUC-SP)
Professora da Universidade Federal de Sergipe
claragdias@gmail.com
OrcidID: 0000-0002-4390-7935

Resumo: O cerne ideológico do transconstitucionalismo perpassa por diversas vertentes. O escopo primordial é o entrelaçamento das ordens jurídicas e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a Corte Interamericana, órgão com função jurisdicional do Sistema Interamericano, tem promovido inúmeras reflexões acerca da proteção transversal do direito à saúde. A hodierna decisão do caso Poblete Vilches Vs. Chile escreve um novo capítulo no âmbito regional ao tutelar o direito à saúde de forma autônoma e com base em normas internacionais e nacionais. Por esse ângulo, através do método hipotético-dedutivo e do levantamento bibliográfico da sentença em estudo e das normas nacionais e internacionais, o presente artigo tem com objetivo analisar como a tutela da saúde na Corte Interamericana pode promover um diálogo entre ordens jurídicas e a consequente promoção do transconstitucionalismo.

Palavras-chaves: Direito à Saúde. sistema interamericano. Diálogo. transconstitucionalismo.

ABSTRACT: The ideological core of transconstitutionalism runs through several strands. The primary scope the intertwining of legal orders and respect for fundamental rights and guarantees. In this regard, the Inter-American Court, the jurisdictional body of the Inter-American System, has promoted numerous reflections on the interpretation of the right to health. Today's ruling in the Poblete Vilches VS. Chile has written a new chapter at the regional level by safeguarding the right to health autonomously and based on international and national standards. From this angle, through the hypothetical-deductive method and the bibliographic survey of the sentence under study and national and international rules, this article aims to analyze how health protection in the Inter-American Court can promote a dialogue between legal orders and the consequent promotion of transconstitutionalism.

Keywords: Right to Health. inter-American system. dialogue. transconstitutionalism.

Resumen: El núcleo ideológico del transconstitucionalismo atraviesa varios aspectos. El ámbito principal es el entrelazamiento de ordenamientos jurídicos y el respeto a los derechos y garantías fundamentales. En este sentido, la Corte Interamericana, órgano con función jurisdiccional en el Sistema Interamericano, ha promovido numerosas reflexiones sobre la protección transversal del derecho a la salud. La actual decisión del caso Poblete Vilches Vs. Chile escribe un nuevo capítulo a nivel regional para proteger el derecho a la salud de manera autónoma y con base en estándares internacionales y nacionales. Desde este ángulo, a través del método hipotético-deductivo y el relevamiento bibliográfico de la sentencia en estudio y las normas nacionales e internacionales, este artículo tiene como objetivo analizar cómo la protección de la salud en la Corte Interamericana puede promover un diálogo entre los ordenamientos jurídicos y los consecuentes promoción del transconstitucionalismo.

Palabras clave: derecho a la salud. sistema interamericano. diálogo. transconstitucionalismo.

1 Introdução

A tutela do direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos é prevista no art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1999, também conhecido como Protocolo de São Salvador, o qual estabelece a universalidade do direito à saúde e a necessidade de cooperação dos Estados Partes na promoção deste direito de cunho singular.

Apesar da proteção regional, o art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, limita a análise dos direitos econômicos, sociais e culturais perante a Corte Interamericana, órgão com função jurisdicional do Sistema Interamericano. Assim, buscando superar a limitação, a Corte Interamericana proferiu a primeira decisão por uma violação autônoma do direito à saúde (Caso Poblete Vilches Versus Chile).

A condenação foi resultado do descaso clínico sofrido pelo Sr. Poblete Vilches, no momento em que permaneceu internado no Hospital Sótero del Río, em 17 de janeiro de 2001, no Chile. Diante das reiteradas omissões na seara interna, o caso foi levado à Comissão

Interamericana que, reconhecendo as violações, emitiu parecer e encaminhou o caso ao tribunal. A Sentença teve como fundamento legal o art. 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o art. 10 do Protocolo de São Salvador e a própria Constituição Federal do Estado do Chile de 1980, país violador. A recente decisão corrobora a tese de que a Corte Interamericana está atenta ao novo movimento global de proteção aos direitos humanos, desaguando no que apregoa o ideário transconstitucional.

O transconstitucionalismo, ideário difundido por Marcelo Neves (2009) busca romper as barreiras estatais e assegurar um diálogo entres as ordens jurídicas, com enfrentamento direto ao modelo de constituição como acoplamento estrutural desenvolvido por Niklas Luhmann, fundada na teoria dos sistemas sociais (1927-1998). A teoria dos sistemas sociais construída do Luhmann defende o sistema autopoiético (fechado) da sociedade, em que o conjunto é uma unidade entre sistema e meio, sem estímulos externos. Com o intuito de superar a tese, o transconstitucionalismo defende um conjunto de ideais concêntricos e harmônicos, o que não significa uma unicidade sistêmica, mas, sim, uma nova construção ideológica acerca do entrelaçamento das ordens jurídicas, a fim de viabilizar a solução de conflitos constitucionais.

Por esse ângulo, o estudo será realizado através de levantamento bibliográfico em livros, decisões judiciais e artigos científicos, por meio do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com o objetivo geral de compreender como a recente decisão da Corte Interamericana pode incentivar na ascensão do transconstitucionalismo, considerando que o tribunal utilizou normas internacionais e nacionais para tutelar de forma autônoma o direito fundamental à saúde.

Notadamente, a recente decisão proferida pela Corte Interamericana trouxe um novo olhar acerca da proteção dos direitos sociais, superando a interpretação puramente gramatical e buscando fundamento em normas nacionais e o entrelaçamento das ordens jurídicas, conforme o que evidencia o transconstucionalismo.

2 A justiciabilidade dos direitos sociais no Sistema Interamericano

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é considerado um aparato de proteção aos direitos humanos, expressando um "constitucionalismo regional", sendo

acolhido por vinte e três Estados Partes[1], expressando o seu caráter regional, objetivando resguardar os direitos humanos na região latino-americana. (PIOVESAN, 2013, p.9).

Certamente o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) representa um ponto crucial na história da proteção regional dos direitos humanos. Não obstante a ampla tutela, não houve uma explanação minimalista sobre os direitos sociais, culturais e econômicos no documento. Por essa linha, se extrai que o direito social à saúde não foi pormenorizado na Convenção Americana, o único resquício de tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais deriva da interpretação do art. 26 do diploma regional, que ressaltou a importância da proteção destes direitos.

Assim, vejamos:

> Ademais, o princípio da progressividade deve ser interpretado sistematicamente com o princípio da aplicação máxima dos recursos disponíveis porque o Estado somente se desincumbe do dever fundamental de concretizar progressivamente os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais se comprovar a aplicação do máximo dos recursos disponíveis nesse sentido. E "recursos disponíveis" não são alocados abstratamente nas leis orçamentárias em cada rubrica, mas sim a integralidade das receitas diretas e indiretas do Estado. Desse modo, se os meios financeiros são limitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente na satisfação do bem-estar do homem, o que envolve necessariamente a realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. (RESENDE, 2015, p. 143)

Diante disso, com a necessidade de se tratar de forma específica dos direitos sociais, culturais e econômicos, surge o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, intitulado Protocolo de São Salvador, passando a viger no ano de 1999. O Protocolo dispôs de forma minuciosa sobre os direitos sociais, o que traduziu um importante marco para a história da humanidade, tendo em vista a essencialidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2013, p.9)

É notória a importância do direito à saúde, e nada mais adequado que o Sistema Interamericano pensar de forma detalhada a sua proteção no âmbito internacional, já que a omissão gramatical poderia causar um sentimento de desalinho com um direito tão vultoso. Assim, com a vigência do referido protocolo, tornou-se ainda mais reforçada a característica

[1] São 12 Estados que ainda não são partes da Convenção Americana de Direitos humanos (CADH): Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guiana, Saint Kitts e Nevis, Saint Lucia, Saint Vicent e Grenadines, Trinidad e Tobago (foi parte de 1991 a 1998), Venezuela (foi parte de 1977 a 2012). (RAMOS, 2017, n.p).

da indivisibilidade dos direitos humanos, especialmente pela sua previsão no art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador)[2].

Conforme é possível observar, o referido documento assegurou o caráter universal para a saúde, destacando que toda pessoa tem direito à saúde, e que esse direito não é destinado apenas a uma classe desprovida de recursos financeiros ou a determinada parte da população, mas, indistintamente, a todos os cidadãos, baseando-se na universalidade dos direitos humanos. Ainda se imprime que a saúde é um bem público, ofertado a todos e prioritariamente de responsabilidade do Estado, o diploma impõe os meios de execução de políticas de promoção à saúde, como a assistência médica a toda a comunidade e a prevenção de doenças endêmicas, com vistas a favorecer um atendimento igualitário a todas as classes, com o acesso direto à saúde. (RAMOS, 2017, n.p)

Para além das ações de cunho reparatório, o protocolo imprimiu a necessidade de promoção de políticas educacionais de prevenção da saúde, denotando um olhar prudente no que tange às ações preventivas. Por fim, registrou a necessidade de se garantir maior atenção para a população em situação de riscos, pois, apesar do caráter universal dos direitos humanos, os cidadãos que vivem em situação de vulnerabilidade social necessitam de maior atenção nos cuidados básicos de saúde, considerando a ausência de informações ou discernimento sobre os seus direitos.

Apesar do esforço, não é difícil entender a dificuldade de muitos Estados Partes em executarem todas as medidas determinadas no Protocolo de São Salvador. Assim, o Sistema Interamericano prevê possibilidade de se assegurar a concretização destes direitos na Comissão Interamericana, por meio de denúncias de indivíduos e organizações não governamentais, com o objetivo de impor a execução de políticas públicas que promovam a concretização do direito humano suscitado.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem a função de resguardar e fiscalizar os direitos humanos, a fim de assegurar a garantia desses direitos. Nesse sentido, havendo omissões ou violações constantes à Comissão pode impor recomendações ou até

[2] Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b.Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c.Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

mesmo encaminhar a problemática ao órgão jurisdicional do sistema. Apesar das consequências legais, o Estado ainda pode sofrer uma repressão moral por parte da comissão, o que pode prejudicar, de forma latente, as relações diplomáticas com outros países.

Nesse seguimento, ensina Piovesan (2013, p.21).

> 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. Vale dizer, 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 suporte ou estímulo para reformas internas. 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.

Destarte, a proteção da saúde no Sistema Interamericano impede que o Estado seja omisso na promoção dos direitos humanos, impondo que os entes assegurem os parâmetros mínimos de proteção à dignidade, com vistas a obstar possíveis retrocessos ou violações e promover a evolução desse direito. (PIOVESAN, 2014).

2.1 A tutela do direito à saúde perante a Corte Interamericana de direitos humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como um órgão jurisdicional e autônomo, possui legitimidade para analisar casos de violações aos Direitos Humanos. Além da sua função consultiva, que se concretiza com a emissão de pareceres, o tribunal também possui uma função jurisdicional e contenciosa, com fulcro em solucionar casos drásticos de ameaça aos Direitos Humanos. Entende-se que a Corte, apesar da sua grandiosa importância, restringe a sua competência a casos somente de violação direta à Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme dispõe o seu art. 62, literalmente:

> 3**. 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 prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial. (grifo nosso).

Assim, a Corte possui competência para conhecer todos os casos de violações de direitos humanos que se encontrem positivados na Convenção, tendo os Estados signatários a legitimidade para apresentar os casos de violações perante o órgão jurisdicional.

Importa mencionar que, diversamente da Corte Européia de Direitos Humanos, a legitimidade para submeter os casos o Tribunal é conferida a própria Comissão Interamericana ou aos Estados Partes, não havendo possibilidade de um indivíduo submeter um caso diretamente a Corte Interamericana.

Apesar do acesso indireto, a Corte Interamericana de Direitos humanos já enfrentou diversos casos de violações de Direitos Humanos, tendo uma atuação bastante significativa, haja vista a vasta jurisprudência que a Corte possui na resolução de casos emblemáticos de diferentes países da América. É notória a atuação do tribunal regional considerando que a sua jurisprudência perpassa por diversos temas e enfoques, o que denota a cautela da Corte em assegurar a garantia dos direitos previstos na Convenção Americana. (PIOVESAN, 2013, p. 349).

Não obstante a cautela da Corte em resguardar a garantia dos direitos humanos, como já mencionado, a Convenção Americana não trouxe nenhuma previsão normativa acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, somente o Protocolo de São Salvador dispôs de forma aprimorada sobre esses direitos, em especial à saúde.

Registre-se que o Protocolo de São Salvador prevê em seu art. 1º[3] a necessidade dos Estados adotarem medidas necessárias para a proteção dos direitos previstos em seu corpo normativo, determinando a necessidade de cooperação entre os Estados Partes, levando em conta os recursos disponíveis de cada Ente e fundado no princípio da progressividade, que leva em conta a destinação de recursos para fins de resguardar os direitos humanos.

Ante o exposto, resta claro que os direitos inseridos no Protocolo de São Salvador devem ser efetivados de forma plena, considerando que todo o conteúdo inserido no tratado se impõe de forma imperativa para os Estados Partes. Nessa linha, a República Federativa do Brasil, como Parte do Protocolo de São Salvador, tem o dever de assegurar todos os direitos sociais, econômicos e culturais.

Além das prestações positivas, como a concretização de políticas públicas preventivas, investimentos em hospital, unidades básicas de saúde e continuidade no fornecimento de medicamentos essenciais, o Estado não pode ser omisso diante dos casos de

[3] Artigo 1. Obrigação de adotar medidas. Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

graves violações aos direitos humanos, sem observar quais os motivos determinantes que acarretaram as omissões na seara da saúde.

Importa ressaltar que qualquer das violações apontadas podem ser analisadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela análise de violações contra aos direitos previstos na Convenção Americana e Protocolo de São Salvador, tendo ainda competência para emitir relatórios sobre o caso em concreto.

Todavia, é salutar entender que existe um óbice gramatical no art. 62 da Convenção Americana que limita a análise dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos no Protocolo de São Salvador, por meio do sistema de petições. Desse modo, os direitos previstos no Protocolo de São Salvador não se submetem diretamente à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exceto os direitos à liberdade sindical, educação e livre associação, conforme dispõe o art. 19.6 do referido Protocolo. (RESENDE, 2015, 143)

Extrai-se que o art. 62 da Convenção Americana assegura a jurisdição contenciosa somente aos direitos previstos no seu próprio diploma, não englobando o Protocolo Adicional à Convenção, apesar de toda a sua importância.

Inicialmente, a previsão do referido artigo pode parecer uma limitação fatal da análise dos direitos sociais, todavia, alguns mecanismos legais podem alterar o contexto gramatical e assegurar a análise meritória de alguns casos. A interpretação da indivisibilidade pode ser um caminho para a concretização da tutela desses direitos.

A indivisibilidade busca assegurar, no contexto de valoração, a igualdade entre todos os direitos fundamentais à dignidade humana, considerando a relação de interdependência e complementaridade dos direitos humanos. (MARRUL, 2002, p.20).

Nessa linha interpretativa, pode existir a possibilidade de se requerer a tutela jurisdicional perante a Corte Interamericana por via reflexa ou indireta, considerando exclusivamente a indivisibilidade dos direitos humanos. Nesse sentido, mesmo que inexista a possibilidade de se tutelar diretamente perante a Corte casos de violação ao direito à saúde, por via reflexa, é possível.

Nessa acepção, é notório que a saúde interliga-se diretamente com o direito à vida, haja vista a relação de complementaridade entre ambos. Assim, quando há uma transgressão direta à saúde, também há uma violação indireta à vida. A proteção da saúde tem o condão único e exclusivo de proteger a vida do indivíduo, basta ver que a ausência de um medicamento essencial para uma classe destituída de recursos financeiros pode ofender diretamente o direito à vida destas pessoas.

Diante do exposto, defende-se a possibilidade de que os casos de violação a saúde sejam tutelados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo possível que os países signatários possam ser condenados por possíveis transgressões ao direito à saúde.

O caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil corrobora a tese da possibilidade da tutela interamericana do direito à saúde. Damião Ximenes foi vítima de uma grave violação após ser encontrado morto três dias após a sua internação na Casa de Repouso Guararapes, em Recife. O flagrante descaso foi levado ao tribunal interamericano e após a omissão na seara nacional, o caso foi levado ao tribunal interamericano que emitiu a primeira condenação em face da República Federativa do Brasil no ano de 2006. (CIDH, 2006, p.6)

A sentença proferida pela Corte teve um condão reparatório, considerando que determinou que o Estado promovesse um processo investigatório, observando a duração razoável do processo, com vistas a punir os responsáveis pelo fato e determinando que houvesse uma publicação dos fatos narrados na sentença internacional no diário oficial de grande circulação. Impôs, ainda, a necessidade de que fosse desenvolvido um programa de formação e capacitação para os médicos, psiquiatras e psicólogos, bem como de todas as pessoas ligadas ao atendimento da saúde mental, estipulando a reparação material para os familiares da vítima, no prazo de um ano. Do mesmo modo, foi pedida a reparação pelas custas judiciais na seara nacional e também na internacional. Não obstante todo conteúdo já mencionado, a sentença ainda sinalizou para que houvesse a fiscalização do cumprimento das obrigações determinadas, impondo a apresentação, no prazo de 1 (um) ano, sobre as medidas concretizadas. (CIDH, 2006, p.7)

Com efeito, constata-se que a Corte Interamericana tem o objetivo de resguardar os direitos humanos, bem como reparar as vítimas de violações estatais, ou seja, a sentença pode conter várias vertentes, desde a reparação material para as vítimas ou seus familiares e a imposição de políticas públicas, a fim de beneficiar todos os indivíduos.

Note-se que o conceito de reparação no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos é amplo porque compreende, além da obrigação de indenização econômica às vítimas, as sentenças condenatórias internacionais que incluem reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação, as chamadas "medidas de não repetição" que podem envolver a implementação ou alterações de políticas públicas, a realização de ações administrativas concretas, mudanças da legislação interna e da jurisprudência pacificada, até mesmo na corte Suprema do país. (RESENDE, 2015, p. 246).

Destarte, a proteção no âmbito internacional tem o condão de resguardar a dignidade humana e determinar a promoção de políticas públicas destinadas à concretização do direito à

saúde de forma integral. Nesse sentido, pensando no entrelaçamento de ordens jurídicas, faz-se necessário compreender como as decisões proferidas no contexto regional podem influenciar na seara nacional diante do novo movimento transconstitucional.

3 O transconstitucionalismo entre direito estatal e o direito internacional: a transterritorialização dos problemas constitucionais

A busca pela cura dos problemas constitucionais sempre foi objeto de estudo não só da doutrina, mas também da jurisprudência nacional e internacional. Hodiernamente, a relação entre a ordem jurídica interna e internacional tem sido um meio prático de solucionar os conflitos constitucionais. É fácil observar que, na ordem contemporânea, alguns conflitos são analisados não só pelos tribunais locais, mas também por tribunais internacionais, sem que isso gere um conflito de competência. Não há um conflito de jurisdições, justamente por não existir uma hierarquia entre essas ordens e muito menos uma rede vertical, viabilizando, assim, a possibilidade de um entrelaçamento entre as ordens jurídicas diversas. (NEVES, 2013, p.132).

O modelo clássico de ratificação dos tratados internacionais vem perdendo sua força; e a necessidade de um "entrançamento" entre as ordens jurídicas internacional e nacional é crescente. O que se busca, em verdade, é o reconhecimento da importância dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e possibilitar uma abrangência na tutela desses direitos.

Neves (2009) "pontua que a imposição unilateral da ordem internacional, por si só, pode gerar um problema, na medida em que as jurisdições internas dependem de um sistema interestatal, ou seja, uma relação direta com duas ou mais nações, não subsistindo de forma autônoma". De outra banda, quando uma ordem estatal se apega unicamente a sua gama normativa em nome da preservação da soberania nacional, colocando-a como uma parte da responsabilidade do Estado e fomentando a sua dura proteção, também não se mostra no melhor caminho. Em síntese, os extremos parecem não coadunar com o modelo, nem a pura concepção constitucional interna e muito menos a ampla abertura da ordem internacional. (NEVES, 2013, p. 132).

Nessa linha, nasce o movimento transconstitucional, idealizado pelo Professor Marcelo Neves (2009) e que busca justificar o rompimento das barreiras estatais e assegurar um diálogo entre as ordens jurídicas, com enfrentamento direto ao modelo de constituição como acoplamento estrutural desenvolvido por Niklas Luhmann, fundado na teoria dos sistemas sociais. A teoria dos sistemas sociais defendida do Luhmann apregoa uma ideologia

de um sistema autopoiético (fechado) da sociedade, que o sistema é uma unidade entre sistema e meio, sem estímulos externos. (MATHIS, 2012, p.4).

Por esse seguimento, ensinam Lucas Gonçalves e Ana Paula Souza (2019, p. 111):

> Os contrastes entre os sistemas jurídicos não tem o condão de constituir óbice para a ascensão do modelo transconstitucional, tendo em vista de que o estado não deve ser considerado com um núcleo intangível e restrito, mas sim como um sistema aberto e transversal. Desse modo, depreende-se que o âmago do modelo citado é interligar os sistemas constitucionais, sem que isso vulnere a cultura e o sistema internado de cada país, respeitando o multiculturalismo, que é imprescindível pra a construção estrutural de cada estado, de modo que a ideologia discutida nesse artigo não busca escusar a essencial originalidade das ordens estatais e não estatais.

Nesse contexto, importa salientar que o transconstitucionalismo entre a ordem internacional e a estatal é restrito e promove o conceito de "Constituição" em que se concretiza por meio da responsabilidade do Estado com a ordem interna e a responsabilidade interestatal. Logo, o que se leva em consideração é a dupla importância entre as ordens, uma não se sobressai em face da outra, é o coerente entrelaçamento entre ordens. Por essa linha, o modelo busca romper o estatalismo e o universalismo internacionalista.

> O Transconstitucionalismo entre ordem estatal e ordem internacional desenvolve-se a partir do seguinte paradoxo: "Estados constituem o direito internacional público. O direito Internacional público constitui os Estados." Esse paradoxo, significa que, embora a Soberania do Estado decorra da sua qualidade de sujeito de direito internacional público (não o contrário), este só é instaurado mediante os Estados como sujeitos de direito internacional. (NEVES, 2013, p.136).

Assim, com a era da globalização, os anseios e problemas constitucionais romperam as fronteiras nacionais e passaram a se interligar com a ordem internacional. Logo, as ambas as ordens passaram a voltar os olhos para as mesmas questões constitucionais. Nesse sentido, o Estado constitucional promove a maior atenção aos direitos fundamentais e aos princípios democráticos e da justiça social e a ordem internacional, com fulcro em evitar o perecimento da ordem interna na era da globalização. No entanto, a grande valorização do direito internacional também pode resultar numa promoção das normas supraestatais e tornar o direito internacional uma segunda opção. A posição dos Estados Unidos em não aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos é um preciso exemplo do paradoxo da unilateralidade do direito estatal rígido. (NEVES, 2013, p.137).

Portanto, o obstáculo maior do transconstitucionalismo seria a unilateralidade do direito estatal ou internacional, que contribui para uma separação de ordens jurídicas.

Todavia, apesar do problema posto, algumas decisões contemporâneas têm servido para demonstrar a conversação entre os sistemas e um entrelaçamento de ordens.

A relação entre o Sistema Interamericano e a ordem estatal brasileira pode ser um cirúrgico exemplo do transconstitucionalismo entre ordens estatais e internacionais. A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos coloca o Brasil em situação de país signatário a ordem internacional, sem que isso ultraje a soberania nacional. O Estado brasileiro já sofreu diversas condenações no âmbito do sistema regional, sendo possível observar nuances do transconstitucionalismo em algumas das sentenças da Corte Interamericana, conforme será aprofundado mais adiante.

3.1 A sentença do caso Poblete Vilches vs. Chile e a transterritorialização do direito à saúde na Corte Interamericana

Em 2018, a Corte Interamericana de Direitos humanos enfrentou pela primeira vez, de forma autônoma, a tutela do direito à saúde perante a o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com base nos artigos 1.1[4], 26[5], 8.1[6] e 25[7] do Pacto São José da Costa Rica e de diversos documentos internacionais. A condenação operou-se devido ao descaso clínico sofrido pela vítima, o Sr. Poblete Vilches, no momento em que permaneceu internado no hospital público no Estado do Chile. (CIDH, 2018, p.14)

A hodierna decisão trouxe um novo olhar acerca da proteção do direito à saúde, reconhecendo a necessidade de se observar documentos internacionais fora da ordem interna para a ampla tutela dos direitos sociais. A sentença ressaltou a observância do artigo 25.1

[4] Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[5] Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

[6] Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[7] Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Declaração Universal dos Direitos Humanos[8], artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais[9] e o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana.

Nesse aspecto, a Corte Interamericana se utilizou de uma análise mais ampla e direta da empregada no caso Lagos Del Campo Vs. Perú, considerando a violação direta e autônoma do direito a saúde, com base no que dispõe o art. 26 da Convenção Americana e, bem como por base de diversos instrumentos internacionais e da própria Constituição chilena que dispõe sobre o direito à saúde.

Seguindo a interpretação utilizada pelo tribunal, sinaliza Pedro A. Villarreal (2018, p.288).

> Aunado a ello, en el caso *Poblete Vilches vs. Chile* salta a la vista uno de los principales interrogantes en torno al Protocolo de San Salvador: La Corte IDH no hace referencia alguna a este instrumento en la sentencia, en el entendido de que Chile no lo ha ratificado y, por tanto, invocarlo para atribuir responsabilidad podría resultar en la aplicación extensiva del Protocolo a un país que ha optado de manera explícita por no suscribirlo. Al mismo tiempo, esto suscita incertidumbre respecto del valor agregado del Protocolo de San Salvador tratándose de casos individuales,25 como lo es la cuestión de si generaría algún tipo de obligación autónoma en el caso del derecho a la salud.

O referido artigo traz uma ampla proteção não só para os direitos civis e políticos, mas também para os direitos econômicos, sociais e culturais. A previsão denota a necessidade de se observar os direitos humanos de forma universal, não estando restrito a um único documento, mas com análise de importantes documentos internacionais e declarações, que mesmo com status de norma de conteúdo *soft low*, são consideradas como importantes instrumentos para promoção dos direitos humanos.

Nota-se que a proteção à saúde transcende as barreiras do Estado nacional, haja vista a internacionalização dos direitos humanos que contribuiu sobremaneira para a superação do ideário monista e dualista[10] para a nova era transconstitucional, com a necessidade de se pensar nos reflexos de decisões internacionais na seara nacional.

---

[8] Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

[9] Artigo. 12. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

[10] A teoria monista cunhada por Hans Kelsen, sendo inspirada na teoria pura do direito. Nessa lógica, tratados internacionais e sentenças estrangeiras não encontram guarita numa ordem monista, onde a ordem interna é a única fonte do ordenamento jurídico. Já o dualismo, termo consagrado por Alfred Verdross, em 1914 e difundido

Nesse aspecto, quando a Sentença do caso Poblete Vilches Vs. Chile se utilizou de normas do próprio Estado violador para fundamentar a decisão, nota-se a concretização do ideário transconstitucional, tendo em vista o entrelaçamento entre o direito estatal e internacional. Por esse ângulo, o caso Poblete Vilches vs. Chile promoveu a ascensão do movimento transconstitucional na corte interamericana, levando em consideração que não seria possível a análise deste direito na corte por meio das suas normas internas, isso só foi possível por conta da interpretação evolutiva do tribunal e da utilização de normas externas ao sistema.

4 Considerações finais

Notadamente, a proteção interamericana do direito à saúde tem sido um grandioso exemplo do avanço do movimento transconstitucional e do diálogo entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais. De plano, seria impossível que os casos relacionados ao direito à saúde fossem submetidos à jurisdição da Corte, justamente por conta do óbice encontrado no art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que limita a análise dos direitos econômicos, sociais e culturais perante o Tribunal.

Nesse sentido, a decisão do caso Poblete Vilches vs. Chile utilizou uma nova interpretação acerca da proteção dos direitos sociais, especificamente da saúde. Justificando a necessidade de se pensar a saúde de forma autônoma e independente, considerando a indivisibilidade dos direitos humanos que reconhece a igualdade entre direitos. Reconhecer legislações internas para a proteção do direito à saúde é um grande exemplo do avanço do movimento transconstitucional, a decisão em estudo comprova a superação de ideários já postos e a necessidade de se pensar em novas ideologias.

Por esse ângulo, extrai-se do estudo que há uma ascensão do transconstitucionalismo, considerando que a decisão foi fundamentada não só com as normas inseridas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas, também, em documentos de referência global, regional e nacional, comprovando uma abertura e um entrelaçamento de ordens jurídicas. No caso, é possível perceber que quando o Tribunal se utiliza de interpretação evolutiva e leva em consideração uma norma nacional externa ao sistema, há

por Triepel, defende que as ordens jurídicas são independentes e autônomas, de modo que não havia vinculação entre a ordem interna e a internacional. (*EMERIQUE,* GUERRA, 2016, n.p)

uma conversação entre o direito internacional e nacional e uma latente alavancada do movimento transconstitucional.

Referências

BRASIL, Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 nov. 2019.

_____.Decreto nº 3.321, de 30 de dez. de 1999. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. "protocolo de são salvador".** Brasília, dez. 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CORDEIRO, Laís vaz. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do constitucionalismo multinível, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade: desafios e limites.** Goiás, 2015. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5442>. Acesso em: 30 nov. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile. 2018.** Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. 2018>. Acesso em 18 fev. 2020.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. **A incorporação dos tratados Internacionais,** 2008. Disponível em<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/252/240>. Acesso em 14 fev. 2020.

ENGSTROM, Par. **El sistema interamericano de derechos humanos y las relaciones estados unidos-américa latina**, Argentina, 2015.

MARÇAL, Julia Dambrós; DE FREITAS, Riva Sobrado. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. 2013. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4037>. Acesso em: 30 fev. 2020.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Pará, 2012. Disponível em: <https://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

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: 05 nov. 2019.

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

PIOVESAN, Flávia. **A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. São Paulo, 2002. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_justicializacao_sip_oea.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. Flávia**. Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRESTES, Fabyano Alberto Stalschmidt (Org.). **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/f3c02a70c7442459b17ca9684b2e7946.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <http://lelivros.me/book/baixar-livro-curso-de-direitos-humanos-andre-de-carvalho-ramos-em-pdf-epub-e-mobi/>. Acesso em 20 nov. 2019.

RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos**.1 ed. Belo Horizonte: fórum, 2015.

SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Peru, 2012. Disponível

em: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

SOUZA, Ana Paula de Jesus. SILVA, Lucas Gonçalves da. **Análise dos casos brasileiros na corte interamericana de direitos humanos: ascensão do transconstitucionalismo?**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Salvador, 2019. Disponível em <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/32526/19181>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Data de recebimento: 30.04.2020
Data de aprovação: 05.08.2020