



O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA ORDEM DE PRESTAÇÕES POSITIVAS E NEGATIVAS: ANÁLISE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH IN THE ORDER OF POSITIVE AND NEGATIVE BENEFITS: ANALYSIS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Anderson Carlos Bosa²
Rosana Helena Maas³

Tanto no plano interno dos Estados, quanto na seara internacional, uma relevante questão acerca dos direitos sociais, que apresentam em seu rol o direito à saúde, diz respeito ao debate doutrinário e jurisprudencial no que se refere a forma de prestação desses direitos, na ordem de prestações positivas e/ou negativas. À vista disso, a velha dicotomia em meio aos direitos sociais, por um lado, e direitos individuais, de outro, é entendida na ideia de que os últimos geram obrigações negativas, de uma mera continência por parte do Estado estabelecida por um “não fazer”, como, por exemplo, o encargo de não reduzir a liberdade de expressão. Na medida em que os primeiros designariam obrigações de essência positiva do Estado, refletida por um “fazer” que, quase sempre, necessita da aplicação de recursos públicos (ALEXY, 1997), como, a título de exemplo, cita-se os serviços básicos de prestações em saúde.

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, cursando o último ano. Bolsista de iniciação científica PROBIC - FAPERGS. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com

³ Atualmente é Professora da Graduação e Pós-graduação na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), ministrando matérias referentes ao Direito e ao Processo Civil e Constitucional. Pós-doutora em Direito pela Universität Salzburg, Áustria (2018), e Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2016), com doutorado sanduíche na Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät, Greifswald, Alemanha (2016). E-mail: rosanamaas@unisc.br



Se os direitos individuais (civis e políticos), devido a sua característica inicial de abstenção por parte do Poder Público, devem ser garantidos de prontidão pelo Estado, sem escusa ou morosidade (autoaplicabilidade), os direitos sociais, por outra perspectiva, nos termos que estão previstos por grande parte dos instrumentos regionais e globais, apresentam uma aplicação progressiva, o que se reflete em normas programáticas. Além disso, seriam direitos que estão condicionados à atuação prestacional do Estado, que deve prover todas as medidas necessárias para sua implementação, tanto por esforços próprio 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 completa realização destes direitos (PIOVESAN, 2011).

Por outro lado, é possível afirmar que esses direitos prestacionais alcançam, de modo igual, uma composição defensiva. Isso em feição de suas peculiaridades normativas fundamentais, como ocorre na proibição de discriminação no acesso e permanência em determinado serviço prestacional. Também, podendo ocorrer em sua fase executiva, ocasião em que o Estado não pode agir de forma a prestar uma política desigual no provimento de serviços públicos. No mesmo sentido, o Estado não pode retroceder quando determinados direitos à prestação foram disciplinados em sua esfera infraconstitucional e constitucional, circunstância em que se observa um direito de abstenção — um dever negativo de um “não fazer” — posto ao Estado, de forma a proibir o retrocesso de garantias sociais já fixadas em sua legislação (MELLO, 2001).

Destarte, na esfera interamericana, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), tratado regente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), prevê — diferentemente de suas previsões sobre direitos civis e políticos — em seu artigo 26, tão somente a progressividade dos direitos sociais. Assim, instigando, em uma análise inicial, uma interpretação de que os Estados-membros estariam obrigados apenas a garantir a progressividade do direito à saúde, pois a implementação deste direito dependeria das realidades econômicas e técnicas de cada país, assim como, da vontade legislativa e política,



transformando-se, unicamente, em uma norma programática de índole positiva, o que reporta apenas uma de suas faces.

Por meio desta conjectura, a discussão em torno dos direitos coletivos, no que se observa a respeito do tratamento que é deferido pelos principais instrumentos internacionais aos direitos civis e políticos e não aos direitos sociais, está direcionada, entre outros fatores, ao emprego de recursos financeiros para a concretização de direitos, que deveriam, portanto, ser implementados de forma progressiva. De outra banda, também é de se considerar que alguns direitos civis e políticos também demandam a criação de estruturas institucionais que acarretam em consideráveis despesas estatais, exigindo dos países recursos para sua manutenção e despesas para modernização da estrutura já existente (TEREZO, 2014). Eles também possuem seu custo!

Desta maneira, observa-se que os direitos sociais não são apenas direitos garantidos por meio e através do Estado, como direitos à prestação, impondo ao Poder Público certas prestações materiais. São também, considerados direitos contra o Estado, na ordem de direitos de defesa (KRELL, 1999), exigindo que o Estado se abstenha de realizar ações que impeçam ou prejudiquem a efetivação dos direitos sociais.

Ao averiguar as sentenças emitidas pela Corte IDH, denota-se, que em diversos casos correlacionados ao direito à saúde, o Tribunal Interamericano acaba por compelir o Estado violador para que exerça ações positivas e negativas com o intuito de tutelar o direito à saúde. Essas sentenças ordenam prestações de fazer e não fazer a fim de reparar ou evitar um dano causado por violação de direitos, acabando por reconhecer o caráter positivo e negativo do direito à saúde e sua aplicação imediata, como deve ocorrer com os denominados direitos humanos. Como sucede-se no caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*.

O julgamento do caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* instaurou-se em razão ao descaso clínico sofrido pela vítima *Poblete Vilches* no período em que esteve internado no Hospital Público do Chile, onde foi hospitalizado por duas vezes sem que tenha recebido os cuidados de emergência que necessitava por ser pessoa idosa, resultando em sua morte. Na sentença reconheceu-se a obrigação



de prestações negativas e positivas do Estado do Chile como meio de materialização do direito à saúde, acerca das primeiras, o Estado chileno foi condenado a se abster de realizar qualquer tipo de discriminação no fornecimento de serviços de saúde, ainda, que o Estado deve coibir qualquer ação ou omissão que prejudique o direito à saúde. Já no que importa as prestações positivas, ficou entendido o dever do Estado em implementar programas permanentes em direitos humanos, elaborar uma política geral de proteção integral às pessoas idosas e fortalecer suas instituições de saúde a fim de evitar a ocorrência de casos semelhantes, o que também reverte-se em uma obrigação negativa representada pela responsabilidade de não repetição (OEA, 2018).

Dito isto, o presente trabalho possui como objetivo estudar o direito à saúde como um direito a prestações positivas e negativas, passando a compreender a doutrina relacionada ao tema, para, ao final, analisar as sentenças da Corte IDH nos casos envolvendo o direito à saúde, passando a identificar se estas compreendem o direito à saúde como prestações positivas e/ou negativas. Nessa lógica, utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, examinando os principais casos citados nos cadernos de jurisprudência da Corte IDH, procura-se responder a seguinte problemática: como a Corte IDH tem estabelecido em suas sentenças o caráter prestacional positivo e negativo do direito à saúde?

Ao final, conclui-se que a Corte IDH tem firmado em suas sentenças que os Estados velem por uma adequada regulamentação dos serviços de saúde, alcançando as prestações necessárias em conformidade com os elementos de disponibilidade, acessibilidade, qualidade e aceitabilidade, em condições de igualdade, brindando medidas positivas, tais como: o fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalar e o dever em melhorar as estruturas de saúde, alcançando desde o aprimoramento de mão de obra técnica profissional, até a modernização de equipamentos e tratamentos de urgência e emergência; e negativas, como por exemplo: a obrigação dos Estados de se absterem de realizar ações que prejudiquem à saúde de seus cidadãos, não realizar qualquer tipo de discriminação no deferimento de serviços e políticas



públicas em saúde e não promover ações que restrinjam garantias e direitos já previstos em seus ordenamentos domésticos, entendendo-se como um dever negativo de não regressividade. Como se pode averiguar, sem excluir outros, nos casos *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015), *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018), *Hernández vs. Argentina* (2019).

A importância deste trabalho se designa no fato de que é necessário entender como os mecanismos internacionais tutelam o direito à saúde, observando seus aspectos positivos e negativos a fim de superar de vez a clássica e já ultrapassada bipartição entre direitos sociais, de um lado, configurados apenas por prestações positivas, e direitos individuais, de outro, contemplados tão somente por obrigações negativas, que remetem tratamentos diferentes a cada grupo de direitos. Com isso, assimilando a imprescindibilidade das prestações positivas e negativas no exercício de garantia do direito à saúde.

Palavras-chaves: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Direito à saúde; Prestações positivas e negativas

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n.144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 08 maio 2021.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direitos Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr./jun., 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47768/45562>. Acesso em: 05 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José da Costa Rica, 08 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.



PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, DF, v. 77, n. 44, p. 102-139, 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: 07 maio 2021.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Curitiba: Appris, 2014.