

**O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS:**

UMA OBSERVAÇÃO A PARTIR DO TRANSCONSTITUCIONALISMO¹

**THE RIGHT TO HEALTH IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN
RIGHTS:**

AN OBSERVATION FROM TRANSCONSTITUTIONALISM

Germano Schwartz²

Lucas Lanner De Camillis³

RESUMO

O transconstitucionalismo consiste no modelo de entrelaçamentos de ordens que servem à racionalidade transversal abrindo uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas jurídico-constitucionais. Dessa forma, devido ao transconstitucionalismo ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais, é oportuno observar a proteção dos direitos humanos individualmente com a lente transconstitucionalista. A partir daí se busca a observação da proteção ao direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo esse o principal objetivo dessa dissertação. Traz-se a seguinte problematização: a proteção ao direito à saúde é prejudicada pela ausência do transconstitucionalismo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Dessa forma, para responder a esse questionamento foi realizada uma pesquisa empírica da análise de nove casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. À vista disso, partiu-se do pressuposto da ausência do transconstitucionalismo nos casos da Corte Interamericana. No entanto, no decorrer da pesquisa, verificou-se o contrário. Sendo assim, mesmo não sendo capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, percebe-se que o modelo do transconstitucionalismo é uma forma mais eficaz de dar respostas a problemas que ultrapassam fronteiras estatais e que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade atual.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo; Direito à Saúde; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos;

¹ Este artigo é uma pequena introdução da pesquisa, de mesmo nome, que foi realizada na dissertação de mestrado para a aquisição o título de Mestre em Direitos Humanos no Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter.

² Diretor Executivo da Fundação Universidade Caxias do Sul e Professor do PPGD em Direito da Universidade La Salle. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Nível 2).

³ Bacharel em direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2020), mestre em Direitos Humanos, bolsista CAPES/PROSUP, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2022), pós-graduando em direito internacional aplicado pela Escola de Direito Brasileira (2022-atual), doutorando pela Universidade La Salle, bolsista CAPES/PROSUP com dedicação exclusiva (2023-atual). Pesquisador nas áreas de sociologia do direito, direito constitucional e direito internacional. E-mail: lucas_lanner@hotmail.com.

ABSTRACT

Transconstitutionalism consists of the model of interweaving orders that serve transversal rationality, opening up a plurality of perspectives for the solution of legal-constitutional problems. Thus, due to transconstitutionalism being a constitutionalism related to (solutions of) legal-constitutional problems, it is opportune to observe the protection of human rights individually with a transconstitutionalist lens. From there, we seek to observe the protection of the right to health in the Inter-American System of Human Rights, which is the main objective of this paper. The following problematization is brought up: is the protection of the right to health impaired by the absence of transconstitutionalism in the Inter-American Human Rights System? To answer this question, an empirical research was carried out analyzing nine cases of the Inter-American Court of Human Rights. In view of this, the assumption was made of the absence of transconstitutionalism in the cases of the Inter-American Court. However, during the course of the research, the opposite was verified. Therefore, even though it is not capable of leading to a constitutional unity of the world legal system, it is clear that the model of transconstitutionalism is a more effective way of responding to problems that go beyond state borders and that emerge fragmentarily in the context of today's society.

Keywords: Transconstitutionalism; Right to health; Inter-American Human Rights System; Inter-American Court of Human Rights;

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da análise do direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, utilizando como referencial teórico e lente observacional o transconstitucionalismo, teoria desenvolvida por Marcelo Neves a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Dessa forma, é importante, de início, esclarecer para o leitor que o trabalho tem como teor metodológico ambas teorias: o Transconstitucionalismo e a Teoria dos Sistemas Sociais. No entanto, destaca-se que neste artigo não será discutido detalhadamente o que é o transconstitucionalismo, mas sim foca-se na sua utilização como lente observacional nos casos concretos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que estão relacionados com o direito à saúde. Dessa forma, é necessário um entendimento prévio do que é a perspectiva que Neves traz com a teoria (do transconstitucionalismo). Assim sendo, observar a proteção ao direito à saúde a partir do transconstitucionalismo no Sistema Interamericano é o principal objetivo desse artigo. Com a seguinte problematização: a proteção ao direito à saúde é prejudicada pela ausência do transconstitucionalismo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Para responder tal questionamento, primeiramente será analisado o transconstitucionalismo aplicado no direito à saúde e sua importância no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (2). Então, parte-se para a pesquisa empírica do trabalho original, com a observação de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que envolvem o direito à saúde de forma autônoma (3) com uma metodologia simples: foram separados nove casos que tinham como mérito o direito à saúde como um direito tutela e mencionado de forma autônoma (com adição de duas exceções). O primeiro a ser analisado é o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* de 2006 pela razão de ser o caso precursor da citação à proteção ao direito à saúde, mesmo que de forma indireta e não autônoma (por meio do direito à vida e à integridade pessoal), da Corte Interamericana de Direitos Humanos, corroborando a tese da possibilidade da tutela interamericana no direito à saúde. Esse caso é a primeira exceção. Após a primeira exceção ocorre um pulo temporal até o ano de 2017 com a segunda exceção, o caso *Lagos Del Campo vs. Peru*. O objetivo de sua análise se dá pela virada jurisprudencial da Corte IDH sobre a justiciabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana, prevendo implicitamente os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) indicados na Carta da OEA, de maneira a promover indiretamente uma evolução na proteção ao direito social à saúde no Sistema Interamericano. Por conseguinte, mesmo que o caso *Lagos Del Campo vs. Peru* não traga o direito à saúde tutelado e mencionado diretamente, a exceção é importante para demonstrar a responsabilidade do transconstitucionalismo na virada jurisprudencial dos DESCAs. Em seguida, vem a análise de *Poblete Vilches e outros vs. Chile* de 2018, o caso mais importante exposto, por ser o primeiro em que a Corte IDH enfrenta a tutela do direito à saúde, de forma autônoma, de modo a trazer um novo olhar acerca da proteção do direito (à saúde) no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Posteriormente, destaca-se a análise de todos os outros casos que mencionam o direito à saúde em sua forma autônoma entre os anos de 2018-2021. A partir daí observa-se uma constante evolução na proteção ao direito à saúde, sempre aumentando o seu “guarda-chuva” de proteção. Por fim, nos resultados e considerações finais da pesquisa (4), a problematização principal do trabalho será respondida, a partir das análises do estudo empírico.

2 DO TRANSCONSTITUCIONALISMO APLICADO AO DIREITO À SAÚDE...

Com a sociedade atual ultrapassando fronteiras e se tornando uma sociedade mundial, é perceptível que a proteção ao direito à saúde (e dos direitos humanos) necessita de algo para além da proteção constitucional estatal. Por conseguinte, no âmbito acadêmico, há a concepção de que as constituições como conhecemos estão mortas, ou melhor, há uma reconfiguração do seu entendimento⁴ (SCHWARTZ, 2020) e uma necessidade de inserção de novas teorias com novas metodologias para buscar uma proteção mais adequada a esses direitos humanos. Nessa lógica, para possibilitar a solução de problemas jurídico-constitucionais de uma maneira adequada perante a sociedade, que é altamente complexa, há a necessidade de um olhar para além das suas fronteiras para alcançar uma visão mundial, porque o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. Assim sendo, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante a uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional, ou perante mais de uma dessas ordens, de modo a exigir um aprendizado recíproco. Não há uma “Constituição-Hercúlea” que possa solucionar todos os problemas que ultrapassam as fronteiras delimitadas dos Estados. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem decidisse resolver com base em um constitucionalismo provinciano (ou de maneira isolada). Dessa forma, é essencial uma conversa transconstitucional para enfrentamento desses “problemas-hidraconstitucionais”, com criações de “pontes de transição” para o fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diferentes ordens jurídicas (NEVES, 2009, 2014a). Por conta disso, Neves desenvolve

⁴ Importante ressaltar que a semântica aqui utilizada do conceito de Constituição é no sentido moderno. Constituição não pode ser caracterizada como uma mera metáfora “contextualmente ilimitada”, desvinculada de certas implicações estruturais (NEVES, 2015, p. 41). Em consequência, não se pode recorrer ao conceito de Constituição em outros contextos sociais. Desse modo, a Constituição em sentido moderno depende, “no plano estrutural”, de diversos pressupostos e exige, em um nível semântico, um conceito claro. Ou seja, Constituição em sentido moderno suplica o oposto de uma ordem política de opressão, sugere “emancipação” (NEVES, 2009, pp. 2 s.). Neves (2014a, p. 205) afasta-se “da tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea”, partindo da percepção que a constituição em sentido moderno se “vincula ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais no fim do século XVII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica”. Além de ter uma dimensão universalista na dimensão social ou no âmbito pessoal de validade, se referindo a todos presentes na organização jurídico-política, e atribuindo-lhes direitos fundamentais (NEVES, 2013, p. 108). Ver em NEVES (2009, 2011, 2012, 2013, 2014a, 2015) para uma análise mais detalhada.

o conceito de racionalidade transversal⁵, com base no acoplamento estrutural de Luhmann. Ele busca a análise da existência de racionalidades transversais tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (Constituições transversais⁶) quanto entre ordens jurídicas do interior do sistema diferenciado funcionalmente do direito da sociedade mundial (transconstitucionalismo).

Haja vista essa ausência de monopólio de solução de problemas jurídico-constitucionais na sociedade mundial, se fazem presentes o transconstitucionalismo e os entrelaçamentos de ordens jurídicas, que buscam o intercâmbio e a interlocução com abertura cognitiva⁷ para a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais como autoridades persuasivas que servem à racionalidade transversal entre ordens diversas. Surge, portanto, uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais e, nesse caso, utiliza-se dessa teoria para analisar a proteção ao direito à saúde. Nessa lógica, a ideia de trazer a observação do transconstitucionalismo dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é com intuito de que o intercâmbio entre diferentes ordens jurídicas provoque a observação de uma maior proteção aos direitos humanos dentro da organização internacional, uma vez que ordens isoladas são incapazes de oferecer respostas complexas adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. Nessa lógica, foca-se em analisar o transconstitucionalismo aplicado ao direito humano à saúde.

O direito à saúde é uma discussão com abrangência regional e global. Pensar o direito à saúde como um prisma jurídico é reconhecer uma dupla complexidade: a

⁵ Neves (2009, 34-53; 2021, p. 12) entende a racionalidade transversal como uma racionalidade intersistêmica (no caso da Constituição, entre direito e política). Esse conceito foi o ponto de partida de Neves para ir mais além da noção de acoplamento estrutural de Luhmann.

⁶ Neves (2009, p. 62 s.) traz uma explicação mais detalhada do que é a Constituição transversal do Estado constitucional. Ele observa que existem racionalidades particulares que são vinculadas transversalmente mediante a Constituição estatal. Do lado do direito, a racionalidade específica cabe definir como “justiça”, já no sistema político tem-se que a racionalidade específica é a “democracia”. Ambas as racionalidades são colocadas em contato por meio da Constituição moderna, que surge como ponto de transição institucional entre política e direito, assim, presta ao desenvolvimento de uma “racionalidade transversal específica”, que inibe “os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e intercâmbio recíproco de experiências com uma forma diversa de racionalidade”. Por conseguinte, pode-se afirmar que a Constituição transversal, “ponte de transição” e promotora da racionalidade transversal específica entre a racionalidade particular do direito e da política, só se desenvolveu de maneira significativa em poucas regiões do globo terrestre.

⁷ Luhmann coloca esse movimento de abertura cognitiva no plano das comunicações e o do código específico no plano do mecanismo de seleção da irritação que vem do exterior. Por conta disso, mediante suas estruturas e organizações, será criada uma função absolutamente diferenciada no sistema social: a decisão com base nos critérios das ordens jurídicas diferenciadas dentro do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos (SCHWARTZ; SANTOS NETO, 2008, p. 208).

saúde em si e sua relação com o direito. Essa dicotomia assume relevância quando se percebe que a proteção desse direito social não é possível de ser completamente tutelada com diplomas legais estatais, ou seja, normas em que a sua competência fica à mercê de fronteiras físicas (SCHWARTZ, 2004, p.23). Uma proteção de cunho global ou, como será debatido aqui, regional, é necessária para se ter mínima efetividade desse direito.

A nova ordem mundial levou mudanças a todos os sistemas da sociedade, e não seria diferente dentro do sistema jurídico. A formação de uma nova agenda de políticas públicas, antes atribuídas apenas aos Estados, é concebida pela nova formação da ordem mundial e pelo entrelaçamento de organismos internacionais, transnacionais e supranacionais que perpassam as fronteiras dos Estados Nações entre os diversos níveis – tanto de “forma horizontal e vertical”, como de “mecanismos ascendentes e descendentes” – necessários para tentar solucionar questões, em específico do direito à saúde, às quais os Estados, com suas fronteiras delimitadas, não conseguem mais responder adequadamente com o modelo tradicional diante da complexidade da sociedade (REGUEIRA, 2015, p. 80). Surge, portanto, como solução, o transconstitucionalismo, se emancipando das fronteiras do Estado e formando um constitucionalismo sem constituição, com o objetivo de proteger e fortalecer os direitos humanos na sociedade mundial, nesse caso o direito à saúde.

O transconstitucionalismo pode ser observado como o *locus* de construção de uma evolução nos direitos humanos com base no diálogo⁸ e no conflito, a partir das decisões oferecidas pelas ordens jurídicas diferentes no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Por conseguinte, o transconstitucionalismo é uma maneira de ocorrer a proteção do direito humano à saúde de uma forma mais efetiva, observando as comunicações que veem de outros sistemas jurídicos da sociedade mundial. Nesse caso, as decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, portanto, da Corte IDH.

As decisões da Corte IDH perante os Estados-membros do Sistema Interamericano ocupam uma posição central para ocorrer a conversação das Cortes

⁸ Neves (2009, p. 270-293, 2014b, p. 193-194) emprega a expressão “diálogo” e “conversação” para se referir a formas de comunicação para absorver o dissenso, pressupondo a “dupla contingência”. Ou seja, é um sentido diferente do que é habitualmente utilizado, que seria para referir-se ao discurso orientado para o entendimento ou consenso. Conseqüentemente, mesmo não sendo o uso habitual para essas expressões, elas apontam para comunicações transversais, que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco.

das diversas ordens jurídicas no continente americano. Nessa linha, o direito à saúde tem, nas decisões da Corte IDH, fontes permanentes para adaptação das necessidades fáticas ao código jurídico. Portanto, através do diálogo, da conversação e do conflito (transconstitucionalismo) entre Cortes pode ocasionar o aprendizado e, por conseguinte, maior proteção ao direito humano à saúde dentro das diferentes ordens jurídicas, causando a (re)construção das decisões de cunho recursivo do sistema jurídico.

A simples afirmação e positivação do direito à saúde nos tratados de direitos humanos e nas constituições estatais não produz resultados significativos, ainda mais em países periféricos. Por conseguinte, o transconstitucionalismo é necessário para ocorrer cada vez mais o consenso de como efetivamente proteger o direito à saúde e evoluir a saúde pública, com a abertura cognitiva das ordens jurídicas, de uma maneira ampla dentro dos países delimitados territorialmente.

Nesse contexto, diversas ordens jurídicas distintas podem tratar de saúde pública e do direito à saúde, por estarem relacionadas a algum problema jurídico-constitucional em comum ou por algum órgão terceiro responsável pela possível solução do litígio. Por conseguinte, as ordens jurídicas envolvidas podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais de direitos relacionados à saúde pública (direito à saúde), sem atuar de forma “destrutiva” ou “bloqueante” em relação a outras ordens jurídicas envolvidas, tratando conjuntamente desses problemas de maneira “transversalmente racional” (NEVES, 2009, p. XXIV).

Trazer o transconstitucionalismo aplicado no direito à saúde tem por objetivo ampliar a proteção a esse direito com base na abertura cognitiva das ordens jurídicas diversas. No caso desse artigo serão observados os diálogos e conflitos constitucionais entre a ordem jurídica de direito internacional, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e as ordens constitucionais dos seus Estados-membros que a ratificaram. Essa relação entre ambas ordens tem sido um meio prático para solucionar problemas jurídico-constitucionais, por não existir uma hierarquização e muito menos uma rede vertical, viabilizando o entrelaçamento de ordens diversas. Portanto, essa reflexão e entrosamento entre as estruturas reflexivas das ordens que estão envolvidas não apenas possibilita soluções mais adequadas e oportunas para a sociedade mundial, mas também combate possíveis resistências ao intercâmbio de ideias, que promovem aprendizado para casos relevantes, sobretudo, de ordens que

buscam essa racionalidade transversal (ARAUJO, 2017, p. 66; NEVES, 2009, p. 251-293). A necessidade da aplicabilidade do transconstitucionalismo nos dias atuais, em relação ao direito à saúde é deveras importante. A abertura cognitiva das ordens jurídicas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos é o que irá instigar a conversação e a colisão, ao mesmo tempo, de problemas relacionados ao direito à saúde. Por conseguinte, essa conversação transconstitucional mediante “pontes de transição” é o que possibilita o aprendizado recíproco entre as ordens envolvidas (NEVES, 2009, p. 257). Posto isso, a ideia de problemas jurídico-constitucionais comuns, que ultrapassam os sistemas autônomos e não hierarquizados, leva à “criação de sobreposições alternativas, que dão continuidade ao processo normativo, com o aparecimento de hierarquias-parciais que interagem e se complementam” (ARAUJO, 2017, p. 91). Logo, a consequência de continuar com a adoção do conceito de constitucionalismo contemporâneo implica a possibilidade de assimetrias capazes de tornar a igualdade jurídica ineficaz no plano mundial (ARAUJO, 2017, p. 91; NEVES, 2009, p. 279-293; SLAUGHTER, 2004, p. 227).

Dessa forma, no decorrer da pesquisa foi observado que existem decisões contemporâneas relevantes que utilizam do transconstitucionalismo e da abertura cognitiva de ordens diversas com aplicação ao direito à saúde entre o Sistema Interamericano e seus Estados-membros. Nesse contexto, não se trata simplesmente de uma imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) aos tribunais constitucionais nacionais. Esses (tribunais constitucionais) também “reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte”, ou seja, tanto do lado da Corte quanto da parte dos tribunais internos tem havido uma disposição de aprendizado em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos – nesse caso, o direito à saúde – de tal maneira que se “amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos” (NEVES, 2009, p. 145).

Além disso, é importante destacar uma questão metodológica da promoção do transconstitucionalismo. Para que um movimento transconstitucional efetivo nas ordens jurídicas seja possível, deve-se haver uma simetria das formas de direito. De maneira que, do ponto de vista interno do sistema jurídico, o transconstitucionalismo pode ser autobloqueado pelas assimetrias das formas de direito e, do ponto de vista externo, pela sobreposição ou “colonização” de ordens jurídicas por sistemas sociais que instrumentalizam o direito (NEVES, 2009, p. 279). Portanto, deve-se deixar claro que há a possibilidade de uma maior efetivação do transconstitucionalismo entre a

Corte IDH e os Estados que aceitaram a sua jurisdição por serem Estados periféricos ou que estão em desenvolvimento, os quais não possuem uma intocabilidade perante o direito internacional público, como acontece com grandes potências. Nessa lógica, no âmbito das relações internacionais, por exemplo, o código do poder se sobrepõe ao código jurídico em detrimento da proteção, imunidade e intocabilidade das ordens jurídicas das grandes potências, perante o direito internacional público. Assim como pode ocorrer no âmbito do direito internacional público e de sua jurisdição (cortes internacionais), as formas de direito podem ser assimétricas perante ordens estatais constitucionais quando há colisões entre elas, seja contra Estados fortes (grandes potências), os quais possuem suas imunidades perante o direito internacional público, contando com o argumento de “soberania” como escudo, ou perante Estados frágeis na constelação de poder internacional em que (o direito internacional público) promove a tendência de sempre recorrer à menção “pseudouniversalista” dos direitos humanos em detrimento da “soberania”, seja do povo ou do Estado.

Portanto, mediante as assimetrias das formas de direito, o transconstitucionalismo é prejudicado pelo contexto de alguma ser demasiadamente mais forte do que a outra. Ademais, é importante salientar que essa sobreposição de uma forma perante a outra não condiz com a formação de uma ordem ou organização hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura crescente com “degraus”, mas, antes, “conduz a mecanismos difusos de opressão ou negação da autonomia de formas de direito por outras” (NEVES, 2009, p. 280; 2015, p. 44; 2017, p. 1104). Essas assimetrias contrariam a dimensão normativa do transconstitucionalismo, na medida que prejudicam uma verdadeira aprendizagem recíproca entre as ordens envolvidas em casos ou problemas constitucionais comuns.

3 À SUA OBSERVAÇÃO NOS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como foi explicado na introdução, na pesquisa original foram analisados nove casos julgados pela Corte Interamericana. Aqui será realizada uma pequena introdução de como foi a análise de todos os casos e quais os resultados obtidos para a resposta da problematização principal do trabalho. Não seria factível colocar todas as informações da pesquisa original, dada a extensão limitada do artigo. No entanto, será possível observar como ocorre o transconstitucionalismo na Corte IDH em relação ao direito à saúde.

Dessarte, começa-se por *Ximenes Lopes vs. Brasil* (1). Caso famoso e muito estudado na doutrina especializada, de maneira que foi o primeiro caso a fazer referência à saúde, ainda que de forma indireta. A vítima sofreu de maus tratos, era portadora de deficiência mental e estava, enquanto hospitalizada na casa de repouso, em condições desumanas e degradantes, tendo sido provado que sofrera golpes e ataques contra sua integridade pessoal. Dessa forma, a Corte declarou o dever do Estado de promover a proteção ao direito à saúde, havendo a compreensão que “a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, cabe a estes a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra em tratamento de saúde” (Corte IDH, 2006, §89). À vista disso, a Corte, por meio do entrelaçamento de ordens jurídicas diversas que servem à racionalidade transversal, utilizou a lei constitucional do próprio Estado brasileiro e leis infraconstitucionais para ampliar o seu entendimento no caso referido. A Corte, além de mecanismos do ordenamento jurídico estatal, também utilizou mecanismos de direito internacional, assim como jurisprudência da Corte Europeia de Proteção aos Direitos Humanos.

Ademais, a Corte IDH destacou na sentença que em 2005 o Estado deu ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), instalado na cidade de Sobral, no âmbito da criação da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental, o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”. O Estado também deu à sala em que se realizou a Terceira Conferência de Saúde Mental o nome do senhor Damião Ximenes Lopes. Isso contribui para conscientizar quanto à não-repetição de fatos lesivos como os ocorridos neste caso e manter viva a memória da vítima, além de adotar várias medidas no âmbito nacional⁹. Outrossim, a Corte IDH não somente condenou o Estado brasileiro à indenização por danos material e imaterial, como também determinou que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas

⁹ Entre as quais estão a aprovação da Lei nº 10.216, em 2001, conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”; a realização do seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e aplicação da Lei nº 10.216”, em 23 de novembro de 2001; a realização da Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental em dezembro de 2001; a criação a partir de 2002 do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos; a implementação em 2004 do Programa de Reestruturação Hospitalar do Sistema Único de Saúde; a implementação do “Programa de Volta para Casa”; e a consolidação em 2004 do Fórum de Coordenadores de Saúde Mental

vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria (Corte IDH, 2006, § 250). Aqui se apresenta um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em normas de ordem internacional invocadas para anular o conflito; a própria compreensão do direito interno de direito à saúde (de forma indireta pela indivisibilidade dos direitos humanos) ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender de interpretação de uma corte internacional. Dessa forma, a Corte, por meio da racionalidade transversal parcial, serve à relação construtiva entre as racionalidades particulares da própria Corte e da ordem jurídica interna do Estado que estão em confronto (de ordenamentos internacionais e do ordenamento interno brasileiro). Logo, cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas (NEVES. 2009, p. 42). Por conseguinte, esse entrelaçamento entre as ordens promove aprendizado e intercâmbio recíproco entre racionalidades transversais parciais mediante interferência estrutural.

A experiência do transconstitucionalismo entre o Sistema Interamericano e a ordem constitucional brasileira no caso suprarreferido é um bom exemplo de como o transconstitucionalismo é promissor para uma fortificação normativa. Foi observado um grande aprendizado recíproco entre as ordens envolvidas, por meio de seus entrelaçamentos, que ocasionaram melhorias no sistema de saúde brasileiro e uma evolução na proteção ao direito à saúde no Sistema Interamericano (mesmo que de forma indireta), por conta do enfrentamento de um problema jurídico-constitucional comum, de modo a abrir uma pluralidade de perspectivas para a solução do problema. Dessa maneira, como se trata de ordens normativas que estão em vigor no mesmo sistema funcional da sociedade mundial, pode-se falar de uma abertura normativa entre ambas ordens, por estarem subordinadas ao mesmo código binário. O fechamento normativo das ordens envolvidas, nesse caso de caráter internacional e nacional, combina-se com a abertura normativa no aprendizado recíproco que pode ocorrer em face da solução de casos jurídicos.

O próximo caso a ser analisado é o responsável pela virada jurisprudencial do entendimento da Corte em relação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, o caso *Lagos Del Campo vs. Peru (2)*. O caso refere-se à destituição do

senhor Alfredo Lagos Del Campo do seu emprego, como resultado de manifestações realizadas enquanto era presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper Pirelli. As declarações teriam como objetivo a denúncia de atos de ingerência indevida de empregadores na vida das organizações representativas dos trabalhadores da empresa e na realização de eleições. Dessa forma, devido a essas declarações coletadas em uma entrevista feita pela vítima, no contexto das eleições internas, o senhor Lagos Del Campo foi demitido sob a alegação de ter realizado falta grave ao pronunciar contra o empregador.

O foco dessa análise é somente o direito à estabilidade laboral, que foi reconhecido e garantido no âmbito do artigo 26 da Convenção Americana. Antes desse caso, a Corte IDH possuía uma interpretação bastante restrita sobre a possível justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pelo artigo 26 da Convenção. Isso posto, a Corte reconheceu que esse artigo não só impõe o dever de não regressividade aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mas também prevê, implicitamente, todos esses direitos que são indicados na Carta da OEA (AZAMBUJA; ROSA, 2021, p. 142). Dessa maneira, a Corte utiliza na sentença diversos dispositivos internacionais e estatais para argumentação da proteção ao direito à estabilidade laboral e, como consequência, promove a evolução no entendimento do artigo 26 da Convenção Americana, com base no aprendizado mediante essa rede transversal construtiva.

Inicia-se perante a racionalidade particular da ordem jurídica da Corte IDH e da ordem jurídica interna do Estado (do Peru). O entrelaçamento entre ambos sistemas jurídicos, como “pontes de transição”, serve e desenvolve uma racionalidade transversal entre ambas as ordens, dessa maneira a Corte traz tanto a Constituição política de 1979¹⁰ como a Constituição de 1993¹¹ do Estado (do Peru); além da lei laboral que estava em vigor no momento dos fatos, que reconheciam explicitamente o direito à estabilidade laboral¹² (Corte IDH, 2017, §138). Isso foi posto para trazer a

¹⁰ Constitución Política del Perú de 12 de julio de 1979. Artículo 48. El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

¹¹ Constitución Política del Perú de 29 de diciembre de 1993. Artículo 22. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Artículo 27. La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

¹² Congreso de la República de Perú. Ley N°24514. Artículo 2. Están amparados por la presente ley los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o de las empresas públicas sometidas al régimen de la actividad privada [...].

perspectiva do *alter* na fundamentação do caso. Por se tratar de um entrelaçamento de ambas as ordens, a normativa interna do Estado do Peru tinha que estar na possível solução do problema constitucional, para impedir a negação do reconhecimento entre ordens, um problema da dupla contingência. Em seguida, para promover a evolução do entendimento do artigo 26 da Convenção, a Corte, ao observar a normatividade da Carta da OEA e da Declaração Americana, fundamenta que ambas são fontes de obrigações internacionais sobre os DESCAs, de forma que, juntamente com a Convenção Americana, conferem justiciabilidade direta aos direitos protegidos pelo artigo 26. Por conseguinte, como se trata de ordens normativas dentro do mesmo sistema funcional da sociedade mundial, é possível observar esse aprendizado normativo entre as ordens de caráter internacional. Dessa maneira, à vista de buscar uma solução ao caso-problema jurídico apresentado, ocorre o que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas que é, portanto, um constitucionalismo relativo a soluções de problemas jurídico-constitucionais, o qual funciona como ponte de transição servindo à racionalidade transversal entre as ordens. Dessa forma, promove a abertura normativa para um aprendizado e intercâmbio recíproco entre as ordens envolvidas, a fim de aumentar o alcance e evoluir o entendimento do artigo 26 da Convenção Americana, conferindo a justiciabilidade direta ao artigo e dos DESCAs.

Ademais, é importante deixar exposto que a Corte IDH não utiliza somente a ordem jurídica estatal do Estado do Peru. Para promover a racionalidade transversal a Corte IDH utiliza dos entrelaçamentos de diversas ordens distintas e com racionalidades diversas para servir ao intercâmbio e aprendizado recíproco de forma mais construtiva. Por conseguinte, traz a expressividade do direito social (ao trabalho) nas diversas ordens estatais dos Estados-membros da Convenção Americana, assim como um vasto corpus iuris internacional. Logo, observa-se o entrelaçamento de diversas ordens diferentes, sejam da mesma espécie ou de tipos diversos. Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um “transconstitucionalismo pluridimensional”, por conta da relevância do mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas (NEVES, 2009, p. 235).

A perspectiva de a Corte levantar questões de outras ordens foi essencial para promover a evolução da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) e assim utilizar o transconstitucionalismo para buscar a solução

do problema jurídico-constitucional, de maneira que haja um aprendizado na Corte IDH e das ordens envolvidas por meio da conversação transconstitucional. Ou seja, em consequência do transconstitucionalismo, pela disposição de aprender com o outro e a prontidão de reconstruir a identidade com base na alteridade, promoveu a evolução da proteção aos DESCAs dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim sendo, a Corte IDH considerou como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevantes originalmente para outra ordem, incorporando como dimensão do seu próprio programa normativo partes do programa normativo de outras ordens (NEVES, 2009, p. 126). Consequentemente, apresentou-se um exemplo claro de como a ampliação sobre direitos humanos (especificamente econômicos, sociais, culturais e ambientais) no âmbito internacional encontrou apoio em normas de outras ordens internacionais e ordens estatais invocadas para dirimir o conflito. A própria compreensão da necessidade de proteger DESCAs em suas formas autônomas ficou vinculada a regulações estatais e internacionais, evoluindo o entendimento do Sistema Interamericano com base na conversação transconstitucional, algo indispensável para as soluções de problemas jurídico-constitucionais.

Agora, parte-se para o caso mais interessante de ser analisado após essa virada jurisprudencial da justiciabilidade dos DESCAs no *Lagos Del Campo vs. Peru*. A Corte IDH buscou consolidar esse entendimento nas próximas decisões e, por conseguinte, o direito à saúde foi o primeiro tema a ser analisado, pela primeira vez de forma autônoma. O caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile (3)* foi sentenciado pela Corte em 2018. O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado do Chile pelas ações e omissões que tiveram lugar entre os dias 17 de janeiro e 7 de fevereiro de 2001, datas nas quais Vinicio Antonio Poblete Vilches, um adulto maior de idade, foi internado, em duas oportunidades, no hospital público *Sótero del Río*, onde acabou falecendo por falta de cuidados médicos adequados. Novamente a Corte reiterou o entendimento da proteção dos DESCAs na Convenção Americana, por conta da evolução jurisprudencial que ocorreu com o aprendizado recíproco de outras racionalidades particulares.

À vista disso, após toda a disposição ao aprendizado pela Corte aos DESCAs, será a primeira vez que a Corte se pronunciará em relação ao direito à saúde de forma autônoma, além do Tribunal proceder a verificação da consolidação deste como direito justiciável à luz da Convenção. Nessa lógica, a partir dos entrelaçamentos promotores

da racionalidade transversal servindo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos de experiências com racionalidades diversas, o transconstitucionalismo entre ordens diferentes, como modelo de entrelaçamento, proporcionou uma evolução e maior proteção do direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o consolidando como um direito justiciável.

Nessa perspectiva, a Corte IDH, ao utilizar a abertura normativa, possibilitou o convívio construtivo entre ordens diferentes, de maneira a promover a evolução e a proteção ao direito à saúde dentro do Sistema Interamericano. Inicia-se com a derivação da Carta da OEA e da Declaração Americana, como foi visto no caso passado. Por meio do entrelaçamento de normas, a Corte pôde concluir que o direito à saúde é um direito protegido pelos dispositivos normativos internacionais citados acima e, por conseguinte, protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana. Dessa forma, foi possível apreciar a autonomia do direito à saúde e a responsabilidade de proteção efetiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Portanto, com um entrelaçamento de ordens internacionais, observa-se um aprendizado normativo da CADH com a Carta da OEA e com a Declaração Americana, buscando a proteção ao direito à saúde de forma autônoma; além disso, por se tratar de ordens normativas do mesmo sistema funcional da sociedade mundial, é possível falar em abertura normativa. Diante disso, a Corte concluiu a efetividade e justiciabilidade direta para a proteção ao direito social à saúde.

Novamente a Corte buscou o ordenamento interno do Estado violador. O transconstitucionalismo considera, como ponto de partida, a dupla contingência, presente na relação recíproca entre *ego* e *alter*, a qual (dupla contingência) carrega em si o reconhecimento do *alter* e não se concentra em uma identidade cega. A observação do outro é essencial para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para a solução do problema de direito à saúde. Dessa forma, a consideração da alteridade é fundamental para a metodologia do transconstitucionalismo, para evitar bloqueios recíprocos entre ordens e para construir sua identidade.

Ademais, o reconhecimento possibilita a “confiança”, que viabiliza a construção de interações fundadas na dupla contingência (NEVES, 2009, p. 272) e permite a abertura cognitiva e normativa das ordens entrelaçadas nesse caso concreto. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver. É isso que a Corte IDH demonstra quando traz a ordem do

próprio Estado que está sendo sentenciado (NEVES, 2009, p. 270-298; 2014b, p. 211). Além da normativa constitucional do Estado, a Corte também argumenta com a própria regulação infraconstitucional para desenvolver o alcance adequado desse direito. Além disso, como foi visto no caso passado, a Corte ainda traz o amplo consenso regional dos Estados-membros da Convenção Americana, consolidando o direito à saúde (Corte IDH, 2018a, §112-113) e um vasto corpus iuris internacional sobre a normatização do direito à saúde (Corte IDH, 2018a, §114).

Em questão do exposto, a Corte, cortando transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigou cooperações e colisões, exigindo que haja uma conversação transconstitucional mediante pontes de transição que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas. A partir do transconstitucionalismo pluridimensional, a Corte considerou que o Chile não garantiu os adequados serviços de saúde, com base nos padrões referidos, pelo que descumpriu a oferta de medidas básicas, ou seja, de suas obrigações de caráter imediato relacionadas ao direito à saúde em situações de urgência.

Por fim, nota-se que por meio da abertura cognitiva e normativa em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, com entrelaçamento de diferentes ordens jurídicas, a Corte, em uma interpretação evolutiva da Convenção Americana, avançou nas proteções do direito à saúde, inicialmente sendo protegido pela via indireta dos direitos civis e políticos, e de excluídos. Nessa lógica, o caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile* promoveu a ascensão do transconstitucionalismo na Corte Interamericana em matéria de direito à saúde, levando em consideração que não seria possível a análise desse direito por meio das normas internas do Sistema Interamericano. Por conseguinte, sem o entrelaçamento de ordens diferentes servindo à racionalidade transversal, a proteção ao direito à saúde dentro da Convenção Americana de Direitos Humanos não seria realizável.

Após *Poblete Vilches e outros vs. Chile*, a Corte já analisa o direito à saúde como um direito autônomo com possibilidade de justicialização. Dessa forma, dá-se início à análise dos julgados da Corte com o caso *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala* (4). De acordo com a Comissão, o caso se refere à responsabilidade internacional do Estado pela violação de diversos direitos estabelecidos na Convenção Americana em prejuízo de 49 vítimas que foram diagnosticadas com VIH (Vírus de Imunodeficiência Humana ou HIV de *Human Immunodeficiency Virus*) entre os anos de 1992 e 2003.

Em consequência da evolução do entendimento da proteção e justiciabilidade do direito à saúde da Corte IDH, com base no artigo 26 da CADH, houve a possibilidade de aumentar o “guarda-chuva” protetivo do Sistema Interamericano com relação à saúde. A Corte IDH, com o objetivo de determinar o alcance do direito à saúde das pessoas que vivem com HIV, faz referência aos instrumentos relevantes do *corpus iuris internacional* e da própria ordem estatal do Estado da Guatemala. Isso posto, a Corte, além do ordenamento constitucional da Guatemala, observa o Código Sanitário do Estado violador que estabelece a obrigação, por meio do Ministério da Saúde Pública, de realizar ações para assegurar a prestação de serviços de saúde aos guatemaltecos de forma gratuita, e complementa que o Estado deve alocar os recursos necessários para o financiamento público dos serviços de saúde (Corte IDH, 2018b, §115).

Nessa lógica, em relação às doenças sexualmente transmissíveis, a Corte observa que o ordenamento jurídico interno do Estado violador estabelece o apoio e o desenvolvimento específico de programas de educação, detecção, prevenção e controle de DSTs; além de haver leis que reconhecem a infecção do HIV como um problema social de urgência nacional, de maneira que os pacientes deverão receber atenção integral e imediata, e que o Ministério de Saúde Pública e Assistência Social deverá prover serviços de atenção para as pessoas que sofrem com o vírus, atendendo às necessidades físicas, psicológicas e sociais. Dessa forma, a Corte estabeleceu que existia dentro do ordenamento jurídico do Estado a ampla proteção constitucional ao direito à saúde. Da mesma maneira, o Código de Saúde (da Guatemala) estabeleceu a obrigação do Estado de prestar serviços de educação, detecção, prevenção e controle do HIV. Assim sendo, a Corte observa que, desde o ano 2000, foram adotadas normas específicas para o atendimento e acompanhamento do HIV/AIDS. Logo, a Corte considerou que existia uma regulação adequada no Estado para a proteção do direito à saúde das pessoas vivendo com HIV (Corte IDH, 2018b, §117).

Em vista disso, observa-se o transconstitucionalismo realizado pela Corte IDH para buscar a solução do problema jurídico-constitucional apresentado a ela. Essas “pontes de transição” realizadas pela Corte, como modelos de entrelaçamentos entre ordens diferentes, servindo a uma racionalidade transversal, são necessárias para complementar a proteção dos direitos humanos, nesse caso o direito à saúde. A constante evolução de construções e reconstruções de estrutura (critérios normativos)

e operações (atos jurídicos) da Corte IDH promove aprendizados na ordem jurídica do Sistema Interamericano. Por conseguinte, a cada novo caso há a rearticulação de uma maneira consistente para possibilitar a determinada solução adequada à sociedade e às ordens envolvidas. Ademais, é importante considerar que a análise e a proteção aos direitos dos vulnerabilizados pelo HIV não seriam possíveis por meio das normas internas do Sistema Interamericano. Consequentemente, sem o entrelaçamento de ordens diferentes servindo à racionalidade transversal, essa evolução da proteção não seria realizável. No caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile* ocorreu justiciabilidade do direito à saúde como um direito autônomo, o que tornou possível analisar a efetividade desse direito em questões mais específicas dentro do Sistema Interamericano, tudo por conta dos entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal que servem, sobretudo, ao intercâmbio e aprendizado entre experiências com racionalidades diversas.

Nesse sentido, novamente a Corte ressalta a necessidade de proteção do direito à saúde das pessoas historicamente vulnerabilizadas, como é o caso das pessoas que vivem com HIV e, principalmente, as mulheres que possuem o vírus. Isso posto, “a Corte recorda que a discriminação interseccional é o resultado da confluência de diferentes fatores de vulnerabilidade ou fontes de discriminação associados a determinadas condições de uma pessoa” (Corte IDH, 2018b, §138). Por conta disso, em busca de uma inclusão de pessoas vulnerabilizadas ao sistema social da saúde, a Corte IDH usufrui de diversas ordens normativas diferentes para que haja uma devida conversação constitucional e, portanto, um aprendizado na sua racionalidade, promovendo a solução do problema jurídico-constitucional e a promoção da inclusão das pessoas ao sistema social. Portanto, o apoio em normas de ordem internacional, invocadas para fortalecer a proteção dessas pessoas vulneráveis, ampliou o direito à saúde de pessoas portadoras de HIV. Além disso, a menção, do tribunal internacional, de normas da própria ordem interna do Estado violador faz emergir um entrelaçamento de ordens capaz de servir à racionalidade transversal e o aprendizado recíproco, de maneira que haja o reconhecimento do *alter* não se concentrando em uma identidade cega. Com a observação do outro é possível compreender os seus próprios limites, além de reconhecer o estado de alteridade, com o objetivo de evitar bloqueios recíprocos entre ordens e para construir a sua identidade. Por conseguinte, novamente a corte traz o reconhecimento do *alter* e, por conseguinte, há a possibilidade da “confiança”, que possibilita a construção de

interações fundadas na dupla contingência (NEVES, 2009, p. 272) e permite a abertura cognitiva e normativa das ordens entrelaçadas nesse caso concreto.

O próximo caso a ser analisado é em relação ao direito à saúde de pessoas que tem sua liberdade privada pelo Estado, o caso *Hernández vs. Argentina* de 2019 (5). De acordo com o que foi indicado pela Comissão, o caso se relaciona com a violação da integridade pessoal de José Luis Hernández enquanto estava em privação de liberdade. O fato de sua doença (tuberculose) ter sido contraída durante sua detenção e, portanto, não ter sido tratada de maneira hábil, nem em condições de equivalência de uma pessoa não privada de liberdade, resultou em sequelas neurológicas como perda total da visão de um olho, incapacidade parcial e permanente de um braço e perda de memória (Corte IDH, 2019, §1).

No entanto, é interessante analisar como foi posto o problema-caso em frente à Corte IDH. A Corte declarou que a Comissão e os representantes não alegaram de maneira expressa a violação ao artigo 26 da Convenção, no que diz respeito ao direito à saúde, somente a violação ao direito a integridade pessoal. Porém, a Corte utiliza o princípio *iura novit curia* (Corte IDH, 2019, §54). À vista disso, entra, então, a parte interessante, em que a Corte por meio dos entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal, que servem sobretudo ao aprendizado e troca de experiências com racionalidades diversas, usufrui de princípio que já vem sendo utilizado repetidamente pela jurisprudência internacional. Por meio de “pontes de transição”, ela aprende com outras racionalidades parciais de outras ordens jurídicas internacionais. Dessa forma, o Tribunal se pronunciou sobre o direito à saúde no caso descrito, mesmo não sendo um direito alegado pelas partes.

Sendo assim, a Corte, como foi observado também nos outros casos, reitera fontes, princípios e critérios do *corpus iuris internacional* para proporcionar um aprendizado perante sua racionalidade e solucionar o problema jurídico-constitucional. Novamente a Corte tem uma abertura cognitiva para auxiliá-la no aprendizado perante a proteção ao direito à saúde. A própria Corte afirma que a utilização de outras normativas para a determinação do direito será feita de forma complementar (Corte IDH, 2019, §66), por meio do aprendizado entre racionalidades diferentes. Desse modo, a Corte não utiliza as “pontes de transição”, que servem à racionalidade transversal, de maneira estática e permanente. A cada novo caso suas estruturas reflexivas rearticulam-se consistentemente para possibilitar uma solução que seja tão complexa quanto à sociedade.

A Corte aborda separadamente a normativa constitucional da Argentina que traz a proteção à saúde dos consumidores e usuários de bens e serviços (Corte IDH, 2019, §73-75). Aqui ela traz o reconhecimento do *alter*, nunca havendo a negação dos polos estatais que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por conseguinte, há a abertura cognitiva e normativa para outras ordens entrelaçadas nos casos concretos que estão perante a Corte. Dessa maneira, consegue evoluir a sua normatividade interna e aumentar a proteção aos direitos humanos dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, a Corte IDH faz um entrelaçamento de padrões normativos e ordens jurídicas diferentes sobre o direito à saúde aplicado no caso de tuberculose. Inicia-se com a observação das Normas Internacionais para a Assistência Antituberculosa (NIAA) promulgadas pela *The Tuberculosis Coalition for Technical Assistance* (TBCTA), uma organização transnacional que foi financiada pela USAID (*United States Agency for International Development*) e tem como um dos seus parceiros a Organização Mundial da Saúde (OMS), que constitui uma referência autorizada para esclarecer algumas obrigações internacionais dos Estados envolvendo a matéria. Ademais, a Corte ainda utiliza de normativas internas dos Estados-membros da Convenção Americana, sobre o tratamento de tuberculose, para fundamentar sua decisão de maneira que ocorra um aprendizado perante sua própria racionalidade, a fim de determinar uma solução mais adequada para o problema-caso em questão. Ou seja, não somente normativas infraconstitucionais do Estado violador são levantadas pela Corte IDH, mas sim normas de ordenamentos de todos os Estados que estão sob a proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹³ (Corte IDH, 2019, §80). Todos esses instrumentos foram postos pela Corte por meio do entrelaçamento de ordens jurídicas, servindo a uma racionalidade transversal, para abrir uma pluralidade de perspectivas para a solução de um problema específico referente ao direito à saúde no Tribunal, sempre adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial. Problemas

¹³ Normativas internas como: “*Manual de Procedimientos del Programa de Tuberculosis para Poblaciones Privadas de Libertad en Gendarmería de Chile*”; “*Atención y Cuidado de la Salud de Personas Privadas de su Libertad*” de 2013 do Estado da Argentina; “*Guía para el control de la tuberculosis en población privada de libertad*” de 2012 do Estado de El Salvador; “*Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA2-2013, para la prevención y control de la tuberculosis*”; “*Guía de Práctica Clínica. Prevención, diagnóstico, tratamiento y control de la tuberculosis*” de 2018 do Estado do Equador e o “*Manual Técnico Administrativo para la atención e intervención en salud pública a la población privada de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*” de 2015 do Estado da Colômbia

complexos constitucionais como o direito à saúde de pessoas com tuberculose demandam um aprendizado perante outros ordenamentos jurídicos para reforçar a sua proteção e é exatamente o que caracteriza o transconstitucionalismo.

Dessa forma, com a utilização de observação recíproca e negando a solução do conflito com base somente internacionalista, a Corte analisou se o tratamento médico do senhor Hernandez foi adequado de acordo com os padrões de direito à saúde. Além disso, a Corte observou o conjunto de leis internas que regulavam, na época do fato, o direito à saúde de quem se encontra privado de liberdade¹⁴. Em virtude disso, o Tribunal afirmou que a legislação interna do Estado violador contemplava o direito das pessoas em privação de liberdade de receber atenção médica (Corte IDH, 2019, §84).

Ademais, com o intuito de estabelecer o dever do Estado de garantir que todas as pessoas privadas de sua liberdade tenham o direito de viver em uma situação de detenção compatível com a sua dignidade pessoal, além de garantir a existência de condições que salvem seus direitos, a Corte faz um novo entrelaçamento com numerosas decisões de organismos internacionais que invocam uma normativa das Nações Unidas chamada “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos”¹⁵. Assim sendo, a Corte usufrui desse entrelaçamento de ordens internacionais e ordens estatais diferentes para trazer uma proteção mais eficiente do tratamento dessas pessoas que estão privadas de liberdade, havendo o cumprimento da obrigação do Estado de respeitar e garantir esses direitos das pessoas que são mais vulneráveis e marginalizadas, ou seja, excluídos dos sistemas sociais. A Corte traz esse papel importante de inclusão, como mencionado nos outros casos (Corte IDH, 2019, §88-93).

À vista disso, o Tribunal considerou pertinente determinar ao Estado argentino a elaboração e implementação de um programa de capacitação para funcionários e servidores públicos dos centros penitenciários da Província de Buenos Aires, para

¹⁴ a) La Ley Penitenciaria Federal, No. 412/58, de 14 de enero de 1958; b) el Código de Ejecución Penal para la Provincia de Buenos Aires, No. 5619, de 5 de octubre de 1950; c) la Ley No. 1373/1962 contentiva de las Normas Reglamentarias del Código de Ejecución Penal y de Estructuración Orgánica de la Dirección General de Establecimientos Penales, de 19 de febrero de 1962; d) la Ley No. 9079/1978, Orgánica del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, de 9 de junio de 1978, y e) el Decreto No. 1300/1980, Reglamentario de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, de 1 de agosto de 1980 (Corte IDH, 2019, nota de rodapé 149).

¹⁵ Adotada no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes em 1955 e aprovada pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de maio 13 de 1977.

melhorar as condições dessas unidades. Por conseguinte, solicitou que o Estado demonstre que tais atos são compatíveis com a dignidade humana, com as normas referidas na sentença relativas ao direito à integridade pessoal e à saúde das pessoas privadas de liberdade e com os demais direitos consagrados na Convenção Americana (Corte IDH, 2019, §164). Aqui há um exemplo de ampliação dos direitos fundamentais constitucionais com base em estândares da ordem internacional invocada para efetivar e melhorar a proteção aos direitos mencionados e diminuir o conflito entre ordens jurídicas diferentes.

Por fim, no caso *Hernández vs. Argentina*, a Corte sedimentou em seu entendimento a proteção ao direito à saúde de pessoas com tuberculose e da proteção ao direito à saúde de pessoas que estão privadas de liberdade. Novamente, o Tribunal está fortalecendo a efetividade e a proteção do direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de maneira que usufrui do entrelaçamento de ordens promotoras da racionalidade transversal como “pontes de transição”, servindo ao aprendizado da Corte perante racionalidades diversas. Nesse contexto, tem uma posição bastante interessante perante suas decisões de problemas de caráter constitucional. Ela sempre possibilita uma conversação transconstitucional que revisa, reforça e evolui seus paradigmas constitucionais.

Seguindo com as análises da proteção ao direito à saúde na Corte, parte-se para o sexto caso, *Guachalá Chimbo e outros vs. Ecuador*¹⁶ (6) de 2021. O caso se relaciona com o desaparecimento de Luis Eduardo Guachalá Chimbo, pessoa com deficiência intelectual quando se encontrava em um hospital público psiquiátrico da cidade de Quito. Em respeito ao tratamento recebido pelo senhor Guachalá, a Comissão alegou que o centro médico realizou uma internação paternalista injustificada, sem obter um consentimento prévio, assegurando o estereótipo de que pessoas com deficiências cognitivas não podem decidir autonomamente sobre sua saúde. Dessa maneira, a Corte traz como controvérsia central o sofrimento do senhor Guachalá devido à sua doença e, em particular, ao tratamento médico fornecido pelo hospital público no ano de 2004. Nesse sentido, a Corte considerou pertinente analisar a internação e o tratamento recebidos por Luis Eduardo Guachalá no Hospital *Julio Endara* dentro do âmbito do direito à saúde (Corte IDH, 2021a, §96).

¹⁶ Caso *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, sentença de 26 de março de 2021.

Mais uma vez, a Corte confirma a justiciabilidade do direito à saúde com base no artigo 26 da Convenção Americana; além de ressaltar o direito à saúde de nível constitucional do Estado do Equador separadamente, citado tanto na Constituição atualmente vigente¹⁷, como na vigente do momento da internação do senhor Guachalá Chimbo¹⁸ (Corte IDH, 2021a, §99). Dessa forma, o reconhecimento do outro, nesse caso, do Estado violador, é sempre importante para a Corte conseguir a devida proteção do direito humano que foi violado, servindo à racionalidade transversal entre ordens jurídicas da região para que em futuros encontros seja ainda mais estimulado o intercâmbio para enfrentamento de problemas comuns. Por conseguinte, a Corte consegue ter aprendizados e adaptações diante dos desenvolvimentos das compreensões particulares dos direitos humanos e fundamentais nas ordens jurídicas internas, e dessa maneira, ela analisa as normativas internas dos Estados-membros da Convenção com um viés de evolução do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Consequentemente, a análise da Corte da conduta do Estado do Equador, a respeito de seus cumprimentos em relação com suas obrigações de garantia ao direito à saúde, vem por meio de um entrelaçamento de ordens diferentes, principalmente ordens internacionais e estatais. Sendo assim, é possível a adaptação e o aprendizado diante dos desenvolvimentos das compreensões particulares dos direitos fundamentais nas diversas ordens jurídicas nacionais, fortalecendo o direito à saúde no Sistema Interamericano.

Ademais, novamente a Corte levanta uma proteção mais efetiva para pessoas que estão em situação de vulnerabilidade, nesse caso, pessoas com deficiências cognitivas. Sempre há a referência de entrelaçamentos de ordens estatais e internacionais para dirimir a exclusão, a fim de dar acesso para as pessoas aos

¹⁷ O artigo 32 da Constituição da República do Equador vigente atualmente estabelece que: “**La salud es un derecho que garantiza el Estado**, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir (grifo nosso).

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

¹⁸ O artigo 42 da Constituição Política da República do Equador, de 1998, estabelecia que: “**El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección**, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia” (grifo nosso).

benefícios dos sistemas sociais. A promoção da inclusão encontra melhores perspectivas no desenvolvimento do transconstitucionalismo no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos por meio de ordens entrelaçadas do que em ordens isoladas (NEVES, 2009, p. 293). Isso posto, a Corte sempre faz um trabalho significativo pela promoção de inclusão generalizada de pessoas vulneráveis perante o direito à saúde. No caso, ainda traz o consentimento informado como um elemento essencial e fundamental desse direito.

Dessa forma, a Corte assinalou que a violação do direito do consentimento informado implica não somente em uma violação ao direito à saúde, mas, também, ao direito à liberdade pessoal, ao direito à dignidade e à vida privada e ao direito de acesso à informação (Corte IDH, 2021a, §110). Em vista disso, para dar fundamentação, o Tribunal utiliza normativas internas infraconstitucionais que existiam no momento dos fatos, a respeito do consentimento requerido pela prática de procedimentos (Corte IDH, 2021a, §125). A disposição da conversação pela Corte IDH em questões constitucionais comuns referentes ao direito à saúde amplia a efetividade e a proteção no Sistema Interamericano e nos Estados-membros.

Em referência ao tratamento médico recebido pela vítima, a Corte ressalta que os Estados devem proporcionar serviços de saúde necessários para prevenir possíveis deficiências e reduzir o máximo de novas aparições. Dessa forma, a Corte sempre se apoia nas normas constitucionais do Estado violador para haver uma disposição ao aprendizado sobre a proteção ao direito à saúde no Sistema Interamericano. Certa obrigação se encontrava no artigo 53 da Constituição equatoriana vigente no momento dos fatos (Corte IDH, 2021a, § 143). Portanto, no presente caso, a Corte, por meio do entrelaçamento de ordens jurídicas diferentes (internacionais e estatais), observou que: a legislação equatoriana estabeleceu a obrigação do Estado de dar tratamento preferencial às pessoas com deficiência e garantir a prevenção de novas deficiências. Dessa forma, como o senhor Guachalá Chimbo encontrava-se em situação de extrema vulnerabilidade, dada a doença da qual padecia, além da situação de extrema pobreza em que sua família estava inserida, não foi cumprida a legislação internacional e interna citada no caso. A falta do acesso ao tratamento para epilepsia, provocada pelo Estado, aumentou a incapacidade das pessoas que sofriam dessa doença e diminuiu sua autonomia e possibilidade de escolher e controlar seu modo de vida. Além disso, a Corte observou que tratamentos para epilepsia não são caros, pois segundo a Organização Mundial

de Saúde, existem tratamentos diários para epilepsia que podem custar cinco dólares por ano¹⁹. Portanto, a Corte considerou que existia uma garantia reforçada ao direito à saúde do senhor Guachalá Chimbo, a qual exigia o fornecimento gratuito dos medicamentos prescritos para seu tratamento e um acompanhamento médico adequado. A falta de acompanhamento e acesso a esses medicamentos em tempo hábil fez com que o estado de saúde do senhor Guachalá Chimbo se agravasse e o obrigasse a ser internado no Hospital *Julio Endara*, conseqüentemente gerando as circunstâncias nas quais se promoveu o presente caso.

Com base no exposto, a Corte considerou que a falta de acesso aos medicamentos requeridos pela vítima constituiu uma violação da obrigação de garantir o acesso aos serviços de saúde e, portanto, uma violação ao direito à saúde (Corte IDH, 2021a, §149-150). Assim sendo, devido à Corte IDH estar disposta ao aprendizado com outras racionalidades, mesmo não estando em frequente cooperação e existindo conflitos com sua própria ordem jurídica, ela soluciona casos por meio da racionalidade transversal, que se dispõe a um aprendizado construtivo com outras ordens jurídicas e normativas internacionais.

Outro caso muito interessante de se citar é o *Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y outros) vs. Honduras*²⁰ (7) de 2021. O caso foi resolvido por meio de um acordo de solução amistosa, o primeiro nessa pesquisa, entre as vítimas e o Estado. Parte-se de uma contextualização do caso em que os *miskitos* são um povo indígena binacional que compartilha os territórios fronteiriços de Honduras e Nicarágua. No ano de 2003 viviam cerca de 40.000 *miskitos*, os quais habitavam, em sua maioria, a zona rural do departamento de “*Gracias a Dios*” em Honduras. Nessa perspectiva, é informado no caso que o departamento de *Gracias a Dios* tem apresentado altos índices de pobreza, analfabetismo, desemprego, desnutrição crônica, falta de serviços sanitários e de energia, falta de fontes de água e saneamento, entre outros aspectos. E no que diz respeito aos serviços de saúde, o departamento de *Gracias a Dios* conta com centros de saúde que são de difícil acesso para a sua população, pelo fato da distância e pelo estado das vias de comunicação. De acordo com a Organização Panamericana de Saúde (OPS), as atividades de sustento do povo miskito estão relacionadas ao trabalho agrícola, à pesca tradicional e ao trabalho assalariado dos jovens como

¹⁹ Organización Mundial de la Salud, *Epilepsia. Un imperativo de salud pública*, 2019. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/325445/WHO-MSD-MER-19.2-spa.pdf>

²⁰ Caso *Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, sentença de 31 de agosto de 2021.

mergulhadores (em espanhol “buzos”) para pescar lagosta e camarão. Tradicionalmente, os homens miskito praticam a pesca por mergulho sem equipamento profissional ou ideal para a prática dessa atividade. Por conseguinte, a OPS informa que os miskitos iniciam essa atividade a partir dos seus 14 anos, à margem da legislação laboral vigente, de forma a provocar sérios problemas e consequências à saúde no decorrer da vida dos homens miskito.

A Corte, como de costume, traz o entrelaçamento com ordens internas constitucionais dos Estados-membros da Convenção Americana e, portanto, o amplo consenso regional na consolidação do direito à saúde e o reconhecimento da existência desse direito no ordenamento interno a nível constitucional do Estado de Honduras²¹; além disso, pela primeira vez, dentro dos casos aqui analisados, menciona também decisões jurídicas dos tribunais constitucionais de alguns Estados que trazem a defesa da proteção à saúde em sua jurisprudência²².

O transconstitucionalismo faz emergir “fertilização constitucional cruzada” (SLAUGHTER, 2000, p. 1116-1119; 2003, 194-204; 2004, p. 69-79), de forma que as cortes citam-se reciprocamente como autoridades persuasivas. Em consequência, pode-se perceber uma evolução do movimento transconstitucionalista na Corte Interamericana. Ir além da menção de normativas constitucionais para decisões jurisprudenciais de tribunais, as quais lidam com matérias de nível constitucional, é a imposição da conversação transconstitucional para buscar respostas adequadas aos problemas constitucionais, que emergem fragmentariamente no contexto da atual sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 122). A relevância da proteção ao direito à saúde para a Corte IDH e as ordens estatais não implica que os critérios internos de validade normativa das ordens envolvidas sejam negados, mas sim que, à luz do problema, “os conteúdos normativos se transformam no processo concretizador, possibilitando o convívio construtivo entre ordens” (NEVES, 2009, p. 126). É assim que foi possibilitada a evolução da proteção ao direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Na construção da norma de decisão e da norma jurídica, cada

²¹ Constitución Política de la Republica de Honduras de 1992. Artículo 145. **Se reconoce el derecho a la proteccion de la salud.** El deber de todos participar en la promocion y preservacion de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservar el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.

²² Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N°. 13505, de 12 de septiembre de 2006, Considerando III; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 1998; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tesis de jurisprudencia 8/2019 (10ª.). Derecho a la Protección de la Salud. Dimensión individual y social; Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0012-09-SIS-CC, 8 de octubre de 2009.

ordem jurídica pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material que são originalmente relevantes para outra ordem, “como também incorporar como dimensão do seu programa normativo, partes do programa normativo de outras ordens” (NEVES, 2009, p. 126). Por conta disso, observa-se uma conversação transconstitucional, mediante “pontes de transição”, possibilitando aprendizados recíprocos entre a Corte e as outras ordens envolvidas.

A Corte relembra que o Estado tem o dever de garantir o direito à saúde e assegurar os acessos das pessoas a esses serviços, principalmente as pessoas vulneráveis e marginalizadas, devendo realizar conforme os recursos disponíveis de maneira progressiva e de acordo com a legislação aplicável (Corte IDH, 2021b, §83). À vista disso, todo esse entendimento se deu por meio da evolução jurisprudencial da Corte e da proteção à saúde no Sistema Interamericano, de maneira que os entrelaçamentos de ordens, que servem à racionalidade transversal, promoveram um aprendizado na racionalidade da ordem internacional da Corte Interamericana.

Por conseguinte, em respeito à atenção à saúde das pessoas que realizam atividades de mergulho de pesca submarina, a Corte observa que as considerações da Organização Panamericana de Saúde constituem uma referência para aclarar algumas responsabilidades e obrigações internacionais do Estado em matéria de saúde dos mergulhadores do povo miskito de Honduras. Essas considerações observam que os mergulhadores miskitos devem ter uma prevenção primária, que engloba a proteção dos miskitos saudáveis; uma prevenção secundária, que seria a atenção de pessoas em risco, com um diagnóstico precoce e tratamento oportuno; e uma prevenção terciária, que é a atenção para as pessoas doentes, ou seja, reabilitação e reinserção profissional (Organização Panamericana de saúde, 2004, p. 19). Logo, “os mergulhadores que sofram de doença descompressiva ou outra doença relacionada com o mergulho devem ter, de imediato, atendimento específico numa câmara hiperbárica e tratamentos de reabilitação que permitam uma recuperação adequada e a sua reintegração social” (Corte IDH, 2021b, §84). Pode-se notar que o isolamento de ordens não seria efetivo na promoção do direito à saúde do povo miskito. Tanto o provincianismo estatalista, quanto um pseudouniversalismo internacionalista deve ser rejeitado. Dessarte, o transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e estatal apresenta-se em uma forma de “Constituição” em que se engatam as responsabilidades internas do Estado com suas responsabilidades perante a comunidade internacional e as organizações internacionais, abrangendo o

entrelaçamento dessas responsabilidades (NEVES, 2009, p. 135). Portanto, a necessidade do transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento entre ordem estatal e internacional, se refere ao constante aprendizado e intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, levando a um constitucionalismo de soluções de problemas jurídico-constitucionais. Foi por meio da construção de “pontes de transição” que a Corte IDH promoveu proteção efetiva ao direito à saúde do povo miskita, em que buscou formas de articulação transversal para solucionar o problema, sempre observando o outro, de forma que entende seus limites de observação e sabe da possibilidade de outras ordens de contribuir para a solução do problema. Assim como Neves (2014a, p. 227) coloca, de forma brilhante, “sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro”.

Por conta dessas violações, o Estado se comprometeu com algumas medidas de não repetição, em busca de proteger os direitos humanos do povo miskito. Destaca-se aqui a mais importante para essa pesquisa, o fortalecimento do sistema de saúde em Miskitia na perspectiva do desenvolvimento social inclusivo. Dessa maneira, o Estado se comprometeu a adotar as seguintes medidas: o estabelecimento de uma estratégia nacional de fortalecimento de atenção sanitária na região (1) para reforçar o sistema de saúde pública em Miskitia; o fortalecimento do cuidado em medicina hiperbárica para os mergulhadores que sofram acidentes de descompressão (2); e um protocolo de prevenção e atendimento a vítimas de acidentes de mergulho (3), havendo o comprometimento do Estado de receber e considerar a opinião de peritos na matéria, incluindo organizações e organismos internacionais (ordem internacional) especializados a fim de adequar esse protocolo (Corte IDH, 2021b, §139-143). Em vista disso, aqui se apresenta outro exemplo de ampliação da proteção do direito à saúde e da inclusão de pessoas no sistema social da saúde por meio de entrelaçamentos de ordens, promovendo o apoio de direitos fundamentais constitucionais em normas de ordens internacionais invocadas para dirimir o conflito. A evolução da proteção e efetividade do direito à saúde ao povo miskita ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal também internacional.

O penúltimo caso que será analisado é *Vera Rojas y outros vs. Chile*²³ (8). A Comissão IDH assinalou que a controvérsia é sobre as violações cometidas pela falta de regulação, controle e sistemas de reclamação adequados para fiscalizar a decisão do seguro de saúde (*Isapre MasVida*) a respeito do levantamento do regime de “hospitalização em domicílio” que a menina Martina Rebeca Vera Rojas, diagnosticada com síndrome de Leigh²⁴, requeria como essencial para seu tratamento. Dessa forma, a Comissão considerou a falta da proteção ao direito à saúde de Martina pelo Estado (Corte IDH, 2021c, §1). Para o tratamento de Martina foi implementado o regime de hospitalização em domicílio, que garante que o paciente receba em seu domicílio um tratamento de mesma complexidade, intensidade e duração que em um hospital, com todos os equipamentos e assistência médica necessários. Contudo, a seguradora comunicou que o benefício do regime de hospitalização em domicílio seria suspenso. Dessa maneira, é importante destacar que a Comissão alegou a responsabilidade do Estado de regular e fiscalizar as entidades prestadoras de serviços de saúde, podendo ser estendida às seguradoras privadas que, de acordo com suas funções, possam afetar o direito à saúde das pessoas que estão sob a jurisdição estatal, como é o caso da *Isapres* (seguradora de saúde).

O Tribunal reforça a justiciabilidade do direito à saúde pelo artigo 26 da Convenção, por conta do entrelaçamento de ordens internacionais e estatais sobre a matéria, utilizando das racionalidades diferentes, que ocasionaram o aprendizado e a evolução entre esferas heterogêneas. É importante ressaltar que desde a evolução do entendimento da proteção dos DESCAs, a Corte assinala a importância das normatividades internacionais e estatais para garantir a proteção desses direitos no Sistema Interamericano. Apesar de ser repetitivo, o Tribunal tem a necessidade de destacar que seu entendimento não mudou e continua vinculante. A Corte incorpora as questões constitucionais dos Estados, exigindo o desenvolvimento de formas de *re-entry* nas perspectivas de observação recíproca. Na medida que a Corte parte de uma ordem interestatal, ela é confrontada com as compreensões particulares sobre determinados assuntos das instituições da ordem estatal. Portanto, há a importância de ocorrer progressivamente um aprendizado e um intercâmbio entre experiências

²³ Caso *Vera Rojas y otros vs. Chile*, sentença de 1 de outubro de 2021.

²⁴ Doença neurológica caracterizada por perda de capacidade cognitiva e de movimento (regressão psicomotora).

com racionalidades específicas e é dessa forma que o Tribunal trabalha. Por não trazer uma posição internacionalista unilateral, a Corte permite a abertura cognitiva para resolver de maneira mais eficiente a proteção ao direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e nos seus Estados-membros. Assim sendo, reconhece o direito à saúde em nível constitucional do Estado do Chile, além da consolidação do direito nos dispositivos regionais dos Estados-membros da Convenção Americana (Corte IDH, 2021c, §95-100).

Na análise do caso concreto, a Corte afirmou que a retirada do direito da vítima ao regime de hospitalização em domicílio pela seguradora consistia em um risco aos direitos humanos, por se tratar de uma doença crônica. O dispositivo interno do Estado, Circular N° 7²⁵, permitiu a exclusão de doenças catastróficas do regime de hospitalização em domicílio quando classificadas como “doenças crônicas”. Dessa forma, de acordo com o Tribunal, isso careceu de elementos objetivos, possibilitando que, independentemente da gravidade da doença do paciente e dos possíveis riscos que ela acarretava, a seguradora poderia retirar a cobertura de serviços de assistência médica que pudessem ser essenciais para a preservação da saúde, integridade pessoal e vida das pessoas. Portanto, a Corte observa que tal disposição consistia em um risco aos direitos humanos, pois poderia restringir o acesso a um tratamento médico que poderia ser essencial para preservar a saúde, a integridade e a vida das pessoas, especialmente de meninas e meninos que sofrem de doenças como a de Martina e que possuem uma deficiência que os torna especialmente vulneráveis (Corte 2021c, §126). À vista disso, a norma interna que possibilitou a exclusão de Martina do regimento hospitalar em domicílio, por conta de sua doença ser “crônica”, de acordo com a Corte, é uma norma discriminatória em relação à garantia dos direitos à saúde, à infância, à integridade pessoal e à vida. Ademais, o Tribunal observou que a norma interna que permitiu a exclusão de Martina no regime de hospitalização em domicílio, além de acarretar risco à sua saúde, a obrigou a continuar seu tratamento médico em condições que não eram adequadas ao seu estado de saúde e às suas necessidades decorrentes de ser uma menina com deficiência. A cessação da internação domiciliar colocou em risco a acessibilidade aos cuidados de saúde, devido ao fato de que os postos de saúde aos quais a família da vítima teria acesso geográfico para continuar seu tratamento após a decisão do *Isapre* não ofereciam as

²⁵ Superintendencia de Salud. Circular No. 7 de 1 de julio de 2005.

condições adequadas para o seu tratamento. Dessa forma, a família teria que se deslocar para outro hospital a uma grande distância, afetando a possibilidade do acesso a esse tratamento (Corte IDH, 2021c, §127-130). Portanto, a Corte analisa o caráter de regressividade em relação ao artigo 26 da Convenção. O Tribunal observa que antes da normativa que excluiu a vítima do tratamento por regime de hospitalização em domicílio, existia outro regulamento o qual não excluía o tratamento de doenças crônicas na cobertura do plano de saúde da família. No entanto, com a atualização da norma, foi introduzida a referida causa de exclusão da cobertura, conseqüentemente a Corte considerou que a medida adotada pelo Estado foi deliberadamente regressiva, não havendo justificação, no contexto das obrigações internacionais do Estado (Corte IDH, 2021c, §134).

Considerando todo o exposto, a Corte concluiu que o Estado descumpriu seu dever de regular os serviços de saúde mediante o disposto na normativa interna e, portanto, suas obrigações de proteção de direitos. A existência da referida norma constituiu uma violação das obrigações de desenvolvimento progressivo do Estado nos termos do artigo 26 da Convenção Americana (Corte IDH, 2021c, §135). Entretanto, mesmo a Corte tendo determinado que o Estado descumpriu seu dever de assegurar o direito à saúde de Martina de forma efetiva, não houve maiores violações. Logo, a Corte verificou que a disposição normativa que deu origem às violações foi declarada nula pela entrada em vigor de normativa mais benéfica, de maneira que não pode constituir fonte de futuras violações de direitos humanos em situações semelhantes às do presente caso. Nesse caso, não houve maiores inserções ou ampliações de direitos fundamentais constitucionais com base no apoio de normas de ordem internacional. O próprio Estado do Chile conseguiu, dentro de suas fronteiras, resolver maiores violações ao direito à saúde, como foi exposto acima.

No entanto, graças ao transconstitucionalismo houve a solução do problema jurídico-constitucional da proteção ao direito à saúde, pois com o entrelaçamento de ordens diferentes (nesse caso a ordem estatal do Chile e a ordem internacional do SIDH) foi possível uma conversação constitucional efetiva, levando à construção de “pontes de transição” para efetivar o direito à saúde da vítima no caso. A ordem isolada da Corte IDH não seria capaz de oferecer repostas complexas adequadas para os problemas normativos que envolvem mais de uma ordem jurídica. Assim sendo, a utilização de ordens estatais para proteger o direito à saúde é essencial para abrir

uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais no Sistema Interamericano.

O nono e último caso de análise é *Manuela y otros vs. El Salvador*²⁶ (9). Esse caso trata-se da violação do direito à saúde e de diversos outros direitos humanos de Manuela, uma mulher de poucos recursos financeiros, analfabeta e que vivia na zona rural com sua família, pelo crime de aborto no Estado de El Salvador, local no qual esse ato era totalmente criminalizado. Desse modo, a Corte constatou que, desde a entrada em vigor da criminalização absoluta do aborto no Estado, foram postas como criminosas as mulheres que sofreram abortos espontâneos e outras emergências obstétricas. Em muitos casos, em vez de serem condenadas pelo crime de aborto, essas mulheres são sentenciadas por homicídio qualificado, cuja pena varia de 30 a 50 anos de prisão, de forma a gerar preocupação de instituições internacionais, como o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher²⁷. Além disso, de acordo com o Tribunal, é comum que as denúncias sejam feitas pela equipe médica da instituição de saúde onde a mulher estava sendo atendida. Os fatos deste caso estão enquadrados nesse contexto (Corte IDH, 2021d, §41-46).

Os fatos narrados pela Corte são que a vítima estava grávida e que sofreu uma forte queda na qual machucou a região pélvica, o que ocasionou um sangramento transvaginal. Após o acidente, no dia seguinte, a mãe de Manuela a encontra em seu quarto, pálida, sangrando pela vagina, suada e inconsciente. Os registros do hospital afirmam que Manuela teve um "parto fora do hospital, retenção de placenta e laceração perineal" (Corte IDH, 2021d, §52). A equipe médica concluiu que Manuela tinha pré-eclâmpsia pós-parto grave e anemia causada por perda significativa de sangue. No dia em que Manuela deu entrada no hospital, o médico que a atendeu prestou queixa contra ela, pois em seu prontuário constava a ocorrência de parto, porém, ela não tinha produto (Corte IDH, 2021d, §57-63). No entanto, no presente caso, não há controvérsia sobre Manuela, à época, estar grávida, ter dado à luz e ter sofrido pré-eclâmpsia que, por constituir um grave risco à saúde, deve ser caracterizada como uma emergência obstétrica. O que era importante para a Corte e

²⁶ Caso *Manuela y otros vs. El Salvador*, sentença de 2 de novembro de 2021.

²⁷ Comitê para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Observaciones finales respecto a los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador, CEDAW/C/SLV/CO/8-9, de 9 de marzo de 2017, párr. 38 (a). Procesamiento de mujeres por aborto, largos periodos de detención preventiva y sanciones penales desproporcionadas aplicadas a las mujeres que buscan aborto, pero también a mujeres que han tenido un aborto espontáneo;

que estava em discussão era a suposta responsabilidade do Estado pela prisão, julgamento e condenação da suposta vítima por homicídio qualificado após uma emergência obstétrica por ela sofrida, bem como o tratamento médico recebido por Manuela e a violação do sigilo profissional por parte do médico que a atendeu. Contudo, parte-se somente para a análise do direito à saúde, como foi feito no decorrer dessa pesquisa. É importante deixar claro os direitos violados para futuras pesquisas que usufruam do estudo empírico desse caso.

No presente caso, a Corte analisou a conduta do Estado a respeito do cumprimento de suas obrigações de garantir o direito à saúde, em prejuízo de Manuela. Primeiramente, a Corte analisou a atenção médica recebida pela vítima durante a emergência obstétrica. O direito à saúde sexual e reprodutiva faz parte do direito à saúde. Por conta disso, devido à capacidade biológica de gravidez e parto, a saúde sexual e reprodutiva tem implicações particulares para as mulheres. Nesse sentido, a obrigação de prestar assistência médica sem discriminação implica levar em consideração que as necessidades de saúde das mulheres são diferentes das dos homens, ou seja, é necessário que sejam prestados serviços adequados para mulheres. O Tribunal utiliza as Observações Gerais nº 14²⁸ e 22²⁹ do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por tratarem desses assuntos mais detalhadamente e, por serem ordens normativas dentro do mesmo sistema funcional, ocorre o aprendizado normativo pela Corte, como já vem sendo observado no decorrer da pesquisa (Corte IDH, 2021d, §193).

Após isso, a Corte traz o fato de a vítima ter sido algemada no hospital em que estava internada, essa afirmação coincide com a prática de algemar mulheres suspeitas de aborto, que a Corte considerou provada nos fatos contextuais do caso.

²⁸ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. 12. b. *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: *No discriminación*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

²⁹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 22, El derecho a la salud sexual y reproductiva. 25. Debido a la capacidad reproductiva de las mujeres, la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para la realización de todos sus derechos humanos. El derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es imprescindible para su autonomía y su derecho a adoptar decisiones significativas sobre su vida y salud. La igualdad de género requiere que se tengan en cuenta las necesidades en materia de salud de las mujeres, distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres en función de su ciclo vital.

O Tribunal indicou que qualquer uso de força que não seja estritamente necessário ao comportamento do detido constitui um atentado à dignidade humana do artigo 5 da Convenção Americana. Dessa forma, a Corte volta a citar a normativa internacional sobre as “Regras Mínimas de Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos” a fim de garantir o direito à saúde de pessoas privadas de liberdade. Além disso, faz menção às Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras³⁰, em que estabelece que medidas e instrumentos de coerção física, em caso de mulheres que estejam por dar à luz, estejam em trabalho de parto ou em um período imediatamente posterior, não podem ser utilizados. A Corte IDH indica que, no mesmo sentido, o Tribunal Europeu assinalou que a utilização de algemas em pessoas doentes ou debilitadas é desproporcional e causa humilhação injustificável, e se são usadas em uma mulher em trabalho de parto ou imediatamente após o parto, isso constitui um tratamento desumano e degradante³¹ (Corte IDH, 2021d, §199).

Como já foi visto acima, o transconstitucionalismo faz emergir essa fertilização constitucional cruzada, em que os Tribunais citam-se reciprocamente como autoridades persuasivas. Ou seja, em termos de racionalidade transversal, a Corte se dispôs ao aprendizado construtivo com outro tribunal internacional, vinculando-se a essa decisão. Dessa maneira, com o intuito de solucionar o problema jurídico-constitucional e diminuir o conflito, a Corte IDH utiliza da conversação constitucional com outra corte de mesmo tipo (ordem internacional), por estarem lidando com um problema comum em casos distintos; além do entrelaçamento com as ordens estatais.

Ademais, a Corte traz a violação do sigilo médico e da proteção de dados pessoais também vinculados ao direito à saúde. Ela indica que para o médico poder

³⁰ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios (Reglas de Bangkok). Resolución A/RES/65/229 aprobada el 16 de marzo de 2011 por la Asamblea General. Regla 24. No se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

³¹ TEDH [Quinta Seção]. Caso Korneykova and Korneykov v. Ucrania, No. 56660/12 de 24 de março de 2016. 111. The Court notes that handcuffing does not normally give rise to an issue under Article 3 of the Convention where the measure has been applied in connection with lawful detention and does not entail the use of force or public exposure exceeding what is reasonably considered necessary. In this regard, it is important to consider, for instance, the danger of a person absconding or causing injury or damage. The Court has also held on many occasions that handcuffing or shackling of an ill or otherwise weak person is disproportionate to the requirements of security and implies an unjustifiable humiliation, whether or not intentional. 115. Accordingly, the Court considers that in the circumstances of the present case, where the impugned measure was applied to a woman suffering labour pains and immediately after the delivery, it amounted to inhuman and degrading treatment.

oferecer o tratamento ideal e adequado, é necessária a confiança absoluta do paciente para passar toda a informação necessária. Assim é fundamental que as informações compartilhadas pelos pacientes não sejam divulgadas de forma ilegítima. Nesse sentido, o direito à saúde implica que, para que os cuidados de saúde sejam aceitáveis, devem ser concebidos de forma a respeitar a confidencialidade. A Corte traz o dispositivo internacional do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Observação Geral nº 14 que fala sobre o respeito à confidencialidade, além de indicar outra jurisprudência do Tribunal Europeu reiterando que a proteção dos dados pessoais, inclusive dos dados médicos, é de fundamental importância para o gozo do direito ao respeito pela vida privada das pessoas³² (Corte IDH, 2021d, §203).

Em virtude da proteção ao direito à saúde, a Corte, por meio do entrelaçamento de ordens, entende que a pessoa tem o direito de obter uma atenção médica confidencial e a proteção de seus dados de saúde, ainda mais aqueles dados relativos à vida sexual, que são considerados altamente sensíveis pela Corte IDH, usufruindo de entendimento do Tribunal Europeu³³ (Corte IDH, 2021d, §205-206). À vista disso, a Corte realizou uma análise na legislação interna do Estado, para não promover a negação do reconhecimento da outra ordem. Por conseguinte, concluiu que a declaração do médico contrariou a legislação interna que estabelecia o dever de sigilo profissional. Ademais, a legislação relativa ao sigilo médico analisada pela Corte não estabeleceu critérios claros sobre as circunstâncias em que as autoridades médicas poderiam compartilhar o registro médico de uma pessoa.

Após análise da Corte do direito à saúde na proteção do histórico médico de maneira confidencial, parte-se para a atenção médica que Manuela recebeu durante sua detenção. Dessa forma, o direito à saúde de pessoas privadas de liberdade requer um tratamento médico adequado, oportuno e especializado, sem haver discriminação

³² TEDH, Caso L.H. Vs. Latvia, No. 52019/07. Sentença de 19 de abril de 2014. 56. The Court reiterates that the protection of personal data, not least medical data, is of fundamental importance to a person's enjoyment of the right to respect for his or her private life as guaranteed by Article 8 of the Convention. Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention. It is crucial not only to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve confidence in the medical profession and in the health services in general.

³³ TEDH, Caso Mockutė Vs. Lituania, No. 66490/09. Sentença de 17 de fevereiro de 2018. 95. The Court thus previously found that the disclosure – without a patient's consent – of medical records containing highly personal and sensitive data about a patient, including information relating to an abortion, by a clinic to the Social Insurance Office, and therefore to a wider circle of public servants, constituted an interference with the patient's right to respect for private life. The disclosure of medical data by medical institutions to a newspaper, to a prosecutor's office and to a patient's employer, and the collection of a patient's medical data by an institution responsible for monitoring the quality of medical care were also held to have constituted an interference with the right to respect for private life.

pela situação da pessoa. Nesse sentido, a acessibilidade do direito à saúde para essas pessoas que se encontram reclusas, implica na obrigação de levá-las a centros de saúde especializados quando for necessário. O Estado descumpriu com sua obrigação de oferecer uma atenção médica acessível, violando o direito à saúde da vítima, indo contra regulamentos internacionais sobre a matéria (Corte IDH, 2021d, §230-242).

Por fim, a Corte ordenou reformar regulatórias que devem ser executadas pelo Estado entre as medidas de não repetição. O Tribunal afirma que após sofrer uma emergência obstétrica, Manuela foi denunciada por seu médico pelo possível crime de aborto. A legislação de El Salvador regula de forma ambígua a confidencialidade médica com o seu paciente, o que na prática tem feito com que os profissionais de saúde denunciem as mulheres suspeitas de terem cometido o delito de aborto para evitar serem penalizadas. Tampouco se encontra regulada de maneira suficiente a confidencialidade do histórico médico e a excepcionalidade de sua divulgação. Consequentemente, o Tribunal considerou pertinente que o Estado adotasse uma regulamentação clara sobre o alcance do sigilo médico profissional, a proteção dos registros médicos e suas exceções, de acordo com as normativas desenvolvidas na sentença da Corte. Enquanto essa legislação não se encontra vigente, a Corte determinou que o Estado se abstenha de aplicar a legislação atual a respeito da obrigação do profissional de saúde de denunciar possíveis casos de aborto. À vista disso, aqui se encontra um conflito de normas bem característico. Observa-se a ampliação dos direitos fundamentais constitucionais por meio do apoio em normas de ordem internacional que são invocadas para dirimir os conflitos. Contudo, existe o perigo de ocorrer uma imposição internacionalista unilateral por parte da Corte. Dessa forma, o Tribunal precisa ser capaz de aprendizado e adaptação diante dos desenvolvimentos das compreensões particulares dos direitos fundamentais nas diversas ordens internas, como ocorre no caso em questão.

A utilização do transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento servindo à racionalidade transversal entre ordens, fez com que a Corte promovesse a solução do conflito por meio de intercâmbios constitucionais. Após análise de direitos estatais, direito internacional, decisões internacionais e estatais, a Corte, por meio de “pontes de transição”, fundamentou a proteção do direito humano à saúde no Sistema Interamericano; além disso, possibilitou o convívio construtivo entre ordens e uma possível construção de norma jurídica. A disposição para o aprendizado, mediante o

transconstitucionalismo, é decisiva para o sucesso nessa área de colisão (NEVES, 2009, p. 149).

4 RESULTADOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aqui foi demonstrada uma observação dos casos da Corte Interamericana que estavam vinculados à proteção ao direito à saúde em sua forma autônoma, promovendo um fortalecimento do direito à saúde no Sistema Interamericano ao decorrer dos casos e, portanto, uma evolução de sua proteção. A cada caso-problema a proteção ao direito à saúde era mais ampliada. A Corte, por meio do transconstitucionalismo como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal, abriu uma pluralidade de perspectivas para a solução dos problemas que eram propostos perante a ela. Dessa forma, o aprendizado e o intercâmbio recíprocos entre racionalidades diferentes fez com que a Corte evoluísse seu entendimento do direito à saúde no Sistema Interamericano. Antes, visto somente como uma extensão do direito à vida e à integridade (direitos que sempre foram protegidos pela Convenção Americana), agora é tido como um direito plenamente amparado pela Convenção, caracterizando-se por ser um direito autônomo protegido pelo Sistema Interamericano, graças ao transconstitucionalismo. Essa análise foi fundamental para a resposta do propósito da pesquisa.

Entretanto, como toda pesquisa empírica, as hipóteses podem estar erradas. Na elaboração da pesquisa e da problematização, foi pressuposto que ocorreria a ausência do transconstitucionalismo nos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como foi exposto na própria introdução desse trabalho. Contudo, como observado, não há ausência (de transconstitucionalismo), mas sim entrelaçamentos transconstitucionais na Corte em referência ao direito tutelado em análise (saúde). Por meio do transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamentos que servem às racionalidades transversais, o Tribunal evoluiu a sua própria racionalidade em referência ao direito à saúde, usufruindo de “pontes de transição”. O aprendizado com outras ordens jurídicas foi essencial para haver uma maior institucionalização jurídica de posituação e de condições de implementação processual do direito à saúde dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Dessa forma, durante a pesquisa, foi observada uma evolução no movimento transconstitucional na Corte IDH.

Desde o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, há o entrelaçamento das ordens estatal e internacional, seja a ordem estatal interna do Estado-membro violador ou as

ordens estatais dos Estados da região, além de outras normativas internacionais. Tudo isso demonstra uma abertura normativa no aprendizado da Corte para promover a solução do caso-problema de forma mais adequada, por sempre estar envolvendo mais de uma ordem. Isso demonstra o reconhecimento da ordem jurídica internacional do Sistema Interamericano perante o “outro” polo. Numa relação de observação recíproca entre *ego* e *alter*, a Corte se dispõe a suportar a identidade do outro. Dessa forma, o Tribunal tem um papel fundamental para a realização do movimento transconstitucional no Sistema Interamericano, em que na afirmação do reconhecimento do outro, existe uma maior possibilidade de confiança das ordens estatais, possibilitando a construção de interações fundadas na dupla contingência.

O transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas, quando estão perante a problemas comuns jurídico-constitucionais, são levadas a considerar em primeiro plano a sua identidade. Contudo, por se tratar de problemas comuns impõe-se que seja considerada a alteridade, caso contrário, a tendência é o bloqueio recíproco. Isso posto, no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, é essencial a reconstrução da identidade constitucional por força de uma consideração permanente de alteridade. E é isso que o Tribunal realiza em suas decisões, de maneira que há a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outras ordens entrelaçadas nos casos concretos. Por conseguinte, a Corte está disposta a absolver o dissenso originário entre as ordens em busca da evolução dos direitos humanos no Sistema Interamericano, agora parte-se dos Estados para não percorrer o caminho contrário e levar a bloqueios recíprocos na solução de problemas que entrelaçam a ordem internacional e as ordens estatais.

Ademais, o transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamentos entre a ordem internacional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as ordens estatais, estabelece a promoção da inclusão e uma redução do crescente setor de exclusão no continente. Nessa lógica, a promoção do transconstitucionalismo na Corte IDH provoca uma inclusão jurídica generalizada dos direitos humanos na condição de dissenso estrutural da sociedade mundial, o que possibilita uma maior institucionalização dos direitos humanos no Sistema Interamericano. À vista disso, quando entrelaçadas a ordem jurídica internacional (SIDH) com as ordens estatais, por meio da racionalidade transversal, pode-se formar uma base consensual de proteção aos direitos humanos na região, de maneira que ocorra o aprendizado

recíproco entre as experiências das racionalidades diversas. Nesse sentido, ao observar os casos vinculados ao direito à saúde na Corte, percebe-se a promoção de inclusão de grupos e pessoas que são marginalizados e vulneráveis na sociedade mundial, especialmente em relação ao subsistema jurídico e ao subsistema da saúde.

Dessa maneira, o transconstitucionalismo, mesmo não sendo capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, é a forma mais eficaz de dar respostas a problemas que ultrapassam fronteiras estatais e que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade atual. As consequências de sua ausência seriam bloqueadoras e destruidoras ao direito à saúde, além de impossibilitar uma maior institucionalização e positivação desse direito no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No entanto, há uma persistência no provincianismo constitucional, ainda mais pelas ordens jurídicas de grandes potências, com base na assimetria que perdura nas formas de direito na sociedade mundial. A possibilidade de promoção do transconstitucionalismo entre a Corte IDH e os Estados-membros que estão sob a jurisdição dela se dá pelas suas relativas simetrias das formas de direito. Os Estados periféricos do continente americano não estão intocáveis perante o direito internacional público, como ocorre com as grandes potências mundiais (Estados Unidos). Portanto, todos os casos analisados na pesquisa são de países em desenvolvimento, de maneira que há a possibilidade de uma maior simetria das formas de direito, sendo viável o transconstitucionalismo. As imunidades que os chamados Estados fortes têm perante o direito internacional público, que usam sua soberania como “escudos”, são contra a dimensão normativa do transconstitucionalismo. Essas assimetrias prejudicam uma verdadeira aprendizagem recíproca entre ordens envolvidas em casos ou problemas constitucionais comuns. Entretanto, um “pseudouniversalismo internacionalista”, ou seja, uma promoção da tendência de sempre recorrer ao direito internacional público (pseudouniversal), em detrimento da soberania dos Estados chamados frágeis na constelação do poder internacional, também é contra o movimento transconstitucional. Logo, a possibilidade de efetivação do transconstitucionalismo exige uma relação simétrica entre as formas de direito ou, no mínimo, menos assimétrica.

Por fim, obviamente que o transconstitucionalismo não pode eliminar a dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica estatal (constitui uma dimensão importante do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos). Mas a

abertura do direito constitucional para além do Estado, por conta da transterritorialização desses problemas e as diversas ordens pelas quais eles se manifestam e são importantes, torna necessário o incremento de uma teoria dogmática do “direito transconstitucional”. Em vista disso, “as análises dogmáticas e as investidas teóricas permanecem ainda muito fragmentadas e eventuais” e no plano metodológico a situação ainda é inicial, de maneira que ainda faltam elementos de uma “teoria abrangente do transconstitucionalismo e uma dogmática compreensiva que sirva à estabilização do direito transconstitucional” (NEVES, 2009, p. 131-132). Entretanto, talvez o modo de evoluir aportes teóricos, tanto dogmáticos quanto nas construções metodológicas eficientes, seja com a observação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que permanece com a utilização constante do transconstitucionalismo como modelo de entrelaçamentos que servem à racionalidade transversal em busca de soluções de problemas constitucionais que são apresentados perante a ela.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. 1. e. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AZAMBUJA, Marcelo Andrade de; ROSA, Marina de Almeida. Caso Lagos Del Campo vs Peru: a virada jurisprudencial da Corte IDH sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. In: SIMÕES, Bárbara Bruna de Oliveira; BITENCOURT, Daniella; COSTANZA, Grazielle; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis (Org.). **Temas atuais de Direitos Humanos – Volume 3**: Estudos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Disponível em: <http://www.editorafi.org>. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Hernandez vs. Argentina**. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 22 de novembro de 2019. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 23 de agosto de 2018. San José da Costa Rica. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/Caso_Poblete_Vilches_vs_Chile.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras**. Sentença de 31 de agosto

de 2021b. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de março de 2021a. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Lagos del Campo vs. Peru**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 31 de agosto de 2017. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Manuela y otros vs. El Salvador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 2 de novembro de 2021d. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile**. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. San José da Costa Rica. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/Caso_Poblete_Vilches_vs_Chile.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Vera Rojas y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 1 de outubro de 2021c. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, dez. 2014a.

NEVES, Marcelo. A Constituição e a esfera pública: entre a diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In*: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. (org.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 105-147. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/32131892/Constitui%C3%A7%C3%A3o_e_esfera_p%C3%BAblica_entre_diferencia%C3%A7%C3%A3o_sist%C3%AAmica_inclus%C3%A3o_e_reconhecimento. Acesso em: 2 jan. 2024.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. 3. ed. São Paulo, SP: editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Comparando Transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas. **Revista da AGU**, v. 14, n. 03, p. 37-58, jul./set. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/30010250/Comparando_Transconstitucionalismo_em_um_a_Sociedade_Mundial_Assimetrica_Pressupostos_Conceptuais_e_Ponderacoes_Autocriticas. Acesso em: 2 jan. 2024.

NEVES, Marcelo. Del Transconstitucionalismo a la Transdemocracia. **Revista General de Derecho Público Comparado**, v. 29, p. 1-27, jul. 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353157527_Del_Transconstitucionalismo_a_la_Transdemocracia. Acesso em: 2 jan. 2024.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014b. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958>. Acesso em: 2 jan. 2024.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **Derechos Humanos y Discapacidad entre los Pueblos Indígenas** – Atención integral de los buzos Miskito de Honduras. Puerto Lempira, Gracias a Dios, Honduras. Agosto 31 a Septiembre 3 de 2004. Disponível em: [https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-humanos-discapacidad/DDHH%20y%20discapacidad%20entre%20los%20pueblos%20indigenas.%20Atencion%20integral%20de%20los%20buzos%20Miskito%20de%20Honduras.%20\(OMS_%20Honduras2004.pdf](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-humanos-discapacidad/DDHH%20y%20discapacidad%20entre%20los%20pueblos%20indigenas.%20Atencion%20integral%20de%20los%20buzos%20Miskito%20de%20Honduras.%20(OMS_%20Honduras2004.pdf) Acesso em: 2 jan. 2024.

REGUEIRA, Helena Neves. **Diálogos entre ordens jurídicas: a licença compulsória do medicamento Efavirenz**, faculdade de direito da UNICAP - Recife. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/551>. Acesso em: 2 jan. 2024.

SCHWARTZ, Germano. **As Constituições Estão Mortas? Comunicações Constitucionalizantes e Momentos Constituintes dos Novos Movimentos Sociais do Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre, RS: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos Santos. O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e semelhanças. **Revista Brasileira de Direitos**

Fundamentais & Justiça, v. 2, n. 4, p. 188–210, 2008. DOI: 10.30899/dfj.v2i4.517. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/517>. Acesso em: 2 jan. 2024.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 44, n. 1, 2003. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj44&div=9&id=&page=>. Acesso em: 2 jan. 2024.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, n.1103, p. 1103-1124, 2000. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vajint40&div=28&id=&page=>. Acesso em: 2 jan. 2024.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.