

***JUS COGENS* NO CONTEXTO DA PANDEMIA
ORIUNDA DA COVID-19.UMA ANÁLISE
HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE**

**JUS COGENS IN THE CONTEXT OF THE PANDEMIC
ARISING FROM COVID-19. A HYPOTHETICAL ANALYSIS
OF CONSIDERATION OF THE RIGHT TO HEALTH**

Wilson Machado Enes ¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise da possibilidade de consideração do direito à saúde como um *jus cogens* no cenário da pandemia oriunda da Covid-19. Nesse sentido, o texto objetiva a descrição da criação do conceito de *jus cogens* e de direito à saúde, a análise deste nas Constituições de países anteriormente selecionados e a comparação com as políticas de Estado adotadas em um contexto de contenção à proliferação do vírus nesses países. O propósito, portanto, é responder se, diante desse pragmático, o direito à saúde poderia ser encarado como um *jus cogens*. É sabido que em sua expressão mais simples, o *jus cogens* pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público com a finalidade de refletir padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia impedem na aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Ademais analisar-se-á instrumentos de controle de convencionalidade, que vem ganhando adeptos na doutrina internacional, situando-o como importante ferramenta de eficácia das normas *jus cogens*. Para tanto este artigo apresenta como esforço principal analisar como estas normas interferem e sobrepõem na ordem jurídica estatal e mundial, vistos os cenários apresentados. Neste sentido, será apresentada a relevância destas normas em âmbito internacional para então analisar sua eficácia e impacto no cenário nacional brasileiro. Inicialmente serão apresentadas considerações sobre o Direito Internacional e como as normas *jus cogens* localizam-se dentro dele. Posteriormente serão analisadas como as normas internacionais integram o regime jurídico interno diante da

¹ Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Paulista UNIP, Mestre Internacional em Auditoria e Gestão Internacional pela Universidade Ibero-Americana UNINI, Mestre Acadêmico em Administração pela Universidade Paulista UNIP, Mestre Profissional em Administração pela Fundação DR. Pedro Leopoldo e Doutorando pela Universidade Federal de Minas Gerais UFMG. E-mail: wilsonenes50@gmail.com.

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

sobre a interação do jus cogens com o Estado brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Direito Internacional. Controle de Convencionalidade. Covid-19. *Jus cogens*.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of considering the right to health as a jus cogens in the scenario of the pandemic arising from Covid-19. In this sense, the text aims to describe the creation of the concept of jus cogens and the right to health, its analysis in the Constitutions of previously selected countries and the comparison with the State policies adopted in a context of containing the proliferation of the virus in these countries. The purpose, therefore, is to answer whether, given this pragmatist, the right to health could be seen as a jus cogens. It is known that in its simplest expression, jus cogens can be seen as the set of imperative norms of public international law with the purpose of reflecting deontological standards sedimented within the international community, whose existence and effectiveness prevent the acquiescence of the subjects of law International. In addition, conventionality control instruments will be analyzed, which have been gaining supporters in international doctrine, placing them as an important tool for the effectiveness of jus cogens norms. Therefore, this article presents as its main effort to analyze how these norms interfere and overlap in the state and world legal order, considering the scenarios presented. In this sense, the relevance of these standards will be presented at the international level, in order to then analyze their effectiveness and impact on the Brazilian national scene. Initially, considerations will be presented on International Law and how jus cogens norms are located within it. Subsequently, it will be analyzed how international norms integrate the internal legal regime in the face of determination and voluntarism States / Countries, for then dealings on the interaction of jus cogens with the Brazilian State.

KEYWORDS: Right to health. International right. Conventionality Control. Covid-19. Jus cogens.

1. Introdução

A definição de um conceito de *jus cogens* em um cenário de Direito Internacional é matéria árdua, ocorrendo muitas vezes uma confusão entre o conceito e a exemplificação dele para os mais desavisados. Exemplo claro são os Direitos Humanos, que para alguns autores representam uma definição de *jus cogens*, ainda que o conceito propriamente dito não seja devidamente sedimentado na doutrina e na jurisprudência – a critério de exemplo tem-se Antônio Augusto Cançado Trindade (2017), que disciplina a importância de se relacionar

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Direitos Humanos e normas cogentes em Direito Internacional.

Esta dificuldade, conforme será abordado abaixo, deve-se ao fato de o instituto ser construído em função da condição temporal e cronológica de cada nação, haja vista que, segundo o que se sabe, para que se tenha uma exemplificação dele, deve ocorrer uma confluência de entendimento entre os Estados quanto a um bem que deveria ser juridicamente protegido a escala mundial. É justamente em torno dessa questão que se assunta o presente artigo. Uma vez que a definição e a exemplificação de *jus cogens* não são um consenso junto à comunidade internacional, procurou-se trabalhar com a hipótese de o direito à saúde ser visto como uma representação do tema em um cenário de pandemia oriunda de Covid-19.

Para tanto, operou-se como objetivos específicos uma análise da criação e do conceito de *jus cogens*, da criação e do conceito de direito à saúde e de seus desdobramentos na Constituição de países previamente selecionados, sendo eles: Brasil, Estados Unidos e Cuba. Observadas as disposições da Magna Carta de cada país, verificar-se-á a conduta de cada Estado no contexto de combate ao vírus em seu território e como essa situação de emergência impactou as discussões da comunidade internacional no que se refere ao direito à saúde. A partir dessa análise, o propósito central consiste em responder à situação-problema, a saber, se o direito à saúde pode ser encarado como uma exemplificação do conceito de *jus cogens* em um cenário de pandemia.

A metodologia a ser aqui adotada utilizará na sua abordagem o método indutivo, já que busca inferir uma condição lógica em face de uma proposição ou experiência (SOUZA, 2020), sendo, portanto, uma pesquisa de caráter qualitativo em seu tipo explanatório, haja vista que testa e analisa a hipótese acima suscitada (SOUZA, 2020).

Trata-se, portanto, de uma pesquisa de excetuada relevância por versar sobre uma questão ainda carente de consensos, dada a imediaticidade do cenário caótico oriundo da Covid-19. Países se veem obrigados a modificar paliativamente suas diretrizes e concepções conforme perdura a situação de pandemia.

2. Das características e do conceito de *Jus Cogens*

É notória, ainda que controvertida para alguns especialistas, a constatação de que não existe hierarquia entre fontes formais no Direito Internacional, estando, portanto, os tratados e os costumes em grau de paridade no que tange ao papel por eles desempenhados na matéria em pauta (PEREIRA, 2009). Contudo, apesar de a paridade poder ser salientada em questão de

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

hierarquia em Direito Internacional, o mesmo não pode ser feito quanto às normas criadas por tais instrumentos, as quais podem ser mais ou menos valoradas conforme o seu conteúdo (PEREIRA, 2009).

É justamente nessa questão de valoração no conteúdo defendido que se encontra a estrutura do que se tem por *jus cogens*. Junta-se a essa discussão também o fator do avanço no cenário internacional da teoria monista, que defende a unicidade entre normas de direito externo e interno do Estado, cabendo a este delimitar em seus ordenamentos pátrios questões de repercussão geral que ultrapassam a dimensão regional (SALA, 2007).

Em geral, em matéria de Direito Internacional, existem as *soft laws*, as obrigações *ergam omnes* e as *jus cogens*. As primeiras tratam de regramentos de natureza não definida, não tendo seu conteúdo um embasamento concreto, estando o seu escopo ainda em construção. Não repercutem sanções diretas por descumprimento, como é o caso de outras normas de Direito Internacional, entretanto, têm por fim regulamentar ou estabelecer condutas para os Estados em determinados temas aos quais são formuladas (MAZZUOLI, 2019). Em razão do recorte aqui traçado, e por de forma direta o instituto não se conectar ao questionamento sobre a *jus cogens* planejado para este artigo, por ora, não há motivos para se adentrar mais a este conteúdo em específico.

Ergam omnes, por outro lado, são aquelas determinações que obrigam seu seguimento, pois que impostas e não passíveis de objeção (MAZZUOLI, 2019). Trata-se de normas aplicáveis a todos os sujeitos do Direito Internacional, contudo, não possuem característica de superioridade hierárquica (MAZZUOLI, 2019). Visam assegurar valores fundamentais do Direito Internacional e são a representação de respeito de um Estado para com seus iguais e para com particulares (MAZZUOLI, 2019).

Por fim, o *jus cogens* seriam justamente as normas em matéria de Direito Internacional que, em razão de seu conteúdo – a defesa de um bem que deve ser defendido e tutelado por toda a comunidade internacional –, recebem superioridade hierárquica se comparadas às outras duas espécies elencadas (MAZZUOLI, 2019). Pela superioridade do valor defendido pela norma *jus cogens*, a denúncia, isto é, a alegação de desconhecimento do que a norma institui, não é aceita (ACCIOLY; CASELLA; NASCIMENTO E SILVA, 2019).

Isto posto, o que distinguiria, então, as obrigações *ergam omnes* e as *jus cogens*? Entende-se que aquelas, também chamadas de normas de direito positivo (*jus dispositivum*), são construídas a partir de acordo realizado entre dois ou mais Estados, que podem excluir ou

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

modificar o seu conteúdo conforme a sua soberania (SALA, 2007). Criam direitos para os Estados, logo, em caso de não cumprimento de alguma destas normas por algum agente de Direito Internacional, existe a possibilidade de reparação (NASSER, 2005). Buscam, portanto, a satisfação de interesses individuais e comuns entre os Estados signatários (SALA, 2007).

Os *jus cogens*, por outro lado, não admitem a exclusão ou a modificação do seu conteúdo, sendo qualquer ato em contrário ao defendido em seu escopo eivado de nulidade (SALA, 2008). Dão, por consequência, resposta aos valores e interesses tidos como essenciais para todos os Estados e, dado o seu caráter de obrigatoriedade, exigem regras qualificadas nos ordenamentos ordinários dos países (SALA, 2007). Contudo, impedir alteração em seu conteúdo não significa que seu conteúdo não possa ser modificado. É admitida a alteração de um *jus cogens* desde que seja alterada por outro *jus cogens*, que substitua o seu entendimento ou abrangência, por exemplo (PORTELA, 2017).

Nesse sentido, vale reafirmar que a principal diferença entre as obrigações *erga omnes* e as *jus cogens* consiste em não possibilidade de alteração do conteúdo das últimas, diferentemente do pensamento de alguns de que isso caberia tão somente ao teor da sanção imposta (MAZZUOLI, 2019). Aliás, o instituto da sanção é bastante questionado em matéria de Direito Internacional, à medida que o descumprimento de uma norma neste nicho não necessariamente repercutirá em mazelas ao Estado infrator, em razão, dentre outros fatores, da soberania e do princípio da autodeterminação dos povos (SALA, 2007).

Assim, sintetiza-se que nem todas as obrigações *erga omnes* correspondem a *jus cogens*, contudo, todo *jus cogens* trata de obrigação *erga omnes* (PELLET, 1999). Delibera-se que o *jus cogens* configuram obrigações *erga omnes* com um *plus* de importância substancial ou material (NASSER, 2005), sendo o seu conteúdo consequência de um processo histórico, político e social, no qual a comunidade internacional delimita valores de maior importância para a coexistência e convivência entre seus membros (PORTELA, 2017).

Isto posto, é necessário salientar que o conceito não representa algo novo no âmbito do Direito Internacional, e remonta, por exemplo, ao espanhol Francisco de Vitória, precursor do que se entende hoje como Direito Internacional, a partir da discussão sobre os direitos dos indígenas e a ilicitude do direito de conquista em pleno século XVI, logo após a descoberta do Novo Mundo (SALA, 2007). Contudo, a transcrição de maior relevância ao tema se deu no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969, cuja importância demanda uma citação direta:

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (BRASIL, 2009)

Cabe igualmente alusão ao artigo 64 do mesmo tratado, que assim delibera: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” (BRASIL, 2009). Pelos artigos da Convenção fica estabelecida a ideia de uma norma imperativa de Direito Internacional, oponível a qualquer Estado, que não possibilita derrogação de direito por qualquer parte sob pena de nulidade. Essa caracterização é importante para se chegar ao conceito de *jus cogens* que é assim delimitado por Paulo Henrique Gonçalves Portela:

A norma de *jus cogens* é, portanto, uma norma de Direito Internacional à qual a sociedade internacional atribui importância maior e que, por isso, adquire primazia dentro da ordem jurídica internacional, conferindo maior proteção a certos valores entendidos como essenciais para a convivência coletiva. (PORTELA, 2017, p. 71)

De igual valia, Francisco Rezek as define como “o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordens públicas que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas ” (REZEK, 2011, p. 777).

Ainda assim, é observado que os conceitos apresentados são falhos em trazer uma delimitação certa para o instituto, isso porque, conforme visto, nem a Convenção de Viena, ao dirimir sobre o assunto (vide artigo 53 citado acima), esmiuçou as características que poderiam especificar a matéria. Não existe, portanto, qualquer documento que elenque as normas *jus cogens* em matéria de Direito Internacional (PORTELA, 2017). Nas palavras de Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella, é

Como se o conteúdo do artigo 53 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados fosse interpretado não como criação, mas como a afirmação de constatação, na ordem do direito dos tratados, da existência de estrutura normativa, doravante materialmente hierarquizada, em razão do conteúdo e da importância social das regras substanciais afetadas por essa razão de imperatividade. (ACCIOLY; CASELLA; NASCIMENTO E SILVA, 2019, p. 116)

O conceito continua em construção, sendo mutável segundo a concepção de valores essenciais e superiores para a sociedade (BICHARA; CARREAU, 2015). A imprecisão quanto ao seu conteúdo é tamanha que não se sabe ainda, por exemplo, se a abrangência do instituto

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

cabe à toda a comunidade internacional ou pode ser regionalizada, conforme entendimento de Dominique Carreau e Jahyr Philippe Bichara, que defendem a possibilidade de existência de *jus cogens* regional, desde que esta respeite os preceitos tidos de *jus cogens* a nível mundial (BICHARA; CARREAU, 2015).

Outro ponto bastante controverso é se há exigência de que uma norma *jus cogens* advinha diretamente de um costume, haja vista se tratar de fonte formal do Direito Internacional e as normas daí derivadas, mais precisamente derivadas do costume internacional geral, vinculam impreterivelmente a todos os Estados. Neste tema, entretanto, não se concorda com premissa tão restrita e entende-se que tanto o costume internacional geral ou comum, quanto o tratado multilateral geral, as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os atos unilaterais emanados de organismos internacionais de âmbito universal podem ser considerados fontes de *jus cogens*, como defendido por Antônio Celso Alves Pereira (PEREIRA, 2009).

Apesar da imprecisão de conteúdo, parece haver um consenso entre a comunidade internacional de que uma norma que não reprima o genocídio, o tráfico de escravos, o uso da força nas relações entre potências, a guerra de agressão, a tortura ou a pirataria, como é estabelecido pela Carta das Nações Unidas, deva ser tida como nula por contrariar um *jus cogens* (MAZZUOLI, 2019).

Como fora deliberado, apesar de uma norma por si só não significar diretamente a possibilidade de sanção por descumprimento, em razão da soberania dos Estados, é certo que o conceito de *jus cogens* estabeleceu uma espécie de contenção à característica de independência proveniente do que se entende como soberania, à medida que limitou a atuação das nações a uma ideia de valores cuja não proteção não será tolerada pela comunidade internacional por ferir diretamente princípios e valores intrínsecos a ela (ACCIOLY; CASELLA; NASCIMENTO E SILVA, 2019). Assim, observa-se que o conceito se faz essencial para o Direito Internacional, de caráter globalizado, aliado à noção de comunidade internacional, sobretudo em um contexto de pandemia, que fomenta a questão aqui debatida, e que faz com que as ações de cada Estado tenham de ser pensadas em conjunto com todos os atores de Direito Internacional para resultar em respostas efetivas a curto e longo prazo.

3. Do Direito À Saúde

O direito à saúde é considerado um direito fundamental universal com trajetória pela Carta de Direito Inglesa, a Declaração dos Direitos do Homem de 1791, a Declaração Universal

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

dos Direitos Humanos de 1946, além de estar disposto em vários pactos e convenções internacionais e ainda se encontrar em construção em vários lugares do mundo. Há diálogos que consideram o direito à saúde, numa ordem classificatória, um direito de 4ª geração diante da preocupação com a qualidade de vida futura e com a saúde coletiva. Nesse sentido, Águeda Müller atesta que o direito à saúde sofreu uma evolução, afirmando que “na atualidade existe um Direito à Saúde: como direito individual, como direito social, como direito solidário e como direito à saúde das pessoas futuras, que coexistem, e não se anulam.” (MÜLLER, 2014, p. 91. Tradução nossa).²

Como o direito à saúde é um fenômeno de característica internacional, então a busca está em um comparativo dentre alguns pontos entre três países, Brasil, Cuba e Estados Unidos, tentando identificar paralelos e diversificações para que se possa buscar soluções a partir de uma análise crítica sobre as decisões que são tomadas em cada Estado.

Adianta-se que os dados da Organização Mundial da Saúde ³mostram que, em 2018 (últimos dados lançados), as despesas públicas com saúde *per capita* totalizaram 16,89% nos Estados Unidos, 15,19% em Cuba e 0,74% no Brasil. Os dados *per capita* mostram uma significativa diferença no que se refere aos gastos entre os três países e, como estes apresentam rendas muito discrepantes, é importante indicar que, em percentagem do PIB, o total de despesas com saúde foi de 16,89% nos Estados Unidos, 11,19% e 8,32% no Brasil.

3.1. Direito à saúde no Brasil

No Brasil, a primeira vez que uma constituição trouxe normas específicas de direito à saúde foi em 1934, com influência da Constituição alemã de Weimar de 1919. Na breve vigência da Constituição de 1934, vislumbramos a possibilidade da competência concorrente da União e dos Estados para tratar a saúde, atentando para que coubesse às três esferas de governo desenvolver medidas para garantir a vida, a saúde infantil e a higiene social, visando o controle de doenças transmissíveis a saúde infantil e a higiene social, visando o controle de doenças transmissíveis.

Além disso, a Constituição de 1934 trazia um dispositivo específico quanto à implantação de medidas de higiene mental com fins de “incentivar a luta contra os venenos

² “[...] en la actualidad existe un Derecho a la Salud: como derecho individual, como derecho social, como derechosolidário, y como derecho a la salud de las personas futuras, que coexisten, y no se anulan” (MÜLLER, 2014, p. 91).

³ World Health Organization – Banco de Dados de despesas de saúde global, 2018

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

sociais” (BRASIL, 1934).⁴ E, por fim, incluía dispositivo sobre critérios a serem observados pela legislação trabalhista quanto à assistência médica e sanitária⁵. Os demais textos constitucionais anteriores à Constituição de 1988 limitaram a competência legislativa sobre saúde à União, bem como a possibilidade de dispor sobre sistemas nacionais de saúde, sendo a garantia aos trabalhadores de assistência médica e sanitária a única norma que perdurou.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a saúde como direito fundamental para todos e como dever do Estado, estabeleceu o Sistema Único de Saúde, permitiu a participação da iniciativa privada de forma complementar, proibindo naquela ocasião a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, exceções previstas em lei. Dessa forma, universalizou-se o direito à saúde e, para efetivação, foram editadas a Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90 e a Lei 8.142/90. Estados e municípios estabeleceram suas próprias normativas, posto que imbuídos das mesmas responsabilidades da União. No ano 2000 foram criadas a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Lei 9.961/00 e, posteriormente, normas operacionais de assistência à saúde (NOAS), bem como se firmaram vários pactos pela saúde buscando a efetivação dos direitos normativos.

Por outro lado, a Carta Magna, em seu art. 129, II, atribuiu ao Ministério Público o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e pelas ações e serviços, como os de saúde, relativos aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (BRASIL, 1998). Do mesmo modo ocorreu com a Defensoria Pública. Os tribunais buscaram afiançar o direito à saúde e o STF desde logo avalizou o objetivo constitucional com decisões que garantiam acesso a remédios e internações, inclusive face ao próprio sistema de saúde, como no exemplo citado por José Adércio Leite Sampaio:

O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou dificultar o acesso a ele. O

⁴ Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

⁵ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; [...].

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

acórdão recorrido (...) atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o da assistência à saúde⁶. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *apud* SAMPAIO, 2002, p. 700)

Vê-se que o direito à saúde é um dos principais direitos inerentes ao cidadão, instituindo a preservação da vida e da dignidade humana como sua maior finalidade. Trata-se de um direito público que exige do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. Cabe aos poderes constituídos garantir a maior efetividade dos direitos fundamentais, lembrando que, quando da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, competirá ao Judiciário fazer cumprir a Constituição e os tratados firmados pelo Brasil, ao ser provocado.

Atualmente o Brasil se vê diante de uma crise sobre a atuação da União e de alguns governantes que não tem sido eficaz para conter o avanço da Covid-19, dar o devido atendimento aos pacientes e garantir a vacinação para toda a população.

3.2. Direito a Saúde em Cuba

A Constituição Cubana, de 2019, trata do direito à saúde em seu artigo 46, que afirma: “Todas as pessoas têm direito à vida, integridade física e moral, liberdade, justiça, segurança, paz, saúde, educação, cultura, recreação, esporte e seu desenvolvimento integral.”⁷(CUBA, 2019. Tradução nossa). O Estado também garante a saúde nas atividades elaborativas, determinando a adoção de medidas adequadas para a prevenção de acidentes e enfermidades, além de afiançar proteção médica ao acidentado no trabalho ou com doença ocupacional (art. 69). No artigo 72, determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser gratuita e de qualidade, instituindo ainda um sistema de saúde nos níveis de atendimento, educação e prevenção. As províncias e municípios devem organizar e controlar o que lhes é devido e estabelecido pelo Conselho de Ministros e Governo Provincial também em matéria de saúde pública. Cuba é signatária dos tratados internacionais acima citados e, portanto, reconhece a saúde como um Direito Humano.

O avanço da medicina cubana é de conhecimento das Américas, entretanto, o país está

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **RE n. 226.835-6**. Rel. Min. Ilmar Galvão. ISTF 155.

⁷ ARTÍCULO 46. Todas las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral.

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

passando por grave crise econômica, acirrada pelas barreiras econômicas impostas pelos Estados Unidos, de modo que itens básicos de alimentação estão faltando à população. Pelos noticiários locais, tem-se conhecimento de que o atendimento a pacientes com Covid-19 não tem sido satisfatório diante da falta de infraestrutura, medicamentos e insumos. Ainda assim, o país está desenvolvendo vacinas próprias contra o vírus e que já estão em fase adiantada de testes.

Considerando os graves problemas enfrentados pelo país, inclusive a violação de Direitos Humanos quanto ao trabalho das missões médicas, consideradas como trabalho escravo, é possível que o direito à saúde esteja sendo violado.

3.3 Direito à saúde nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a Constituição da República não trata a saúde como um direito universal. A saúde, para os americanos, é uma questão individual e, até o século XIX, não havia hospitais privados, sendo a saúde atendida por casas de caridade. Em meados de 1920, surgem os planos de saúde privados. Para não pagarem impostos, as redes privadas ofereciam serviços médicos para pessoas de baixa renda. Os primeiros planos de seguro parcial do governo foram aprovados em 1965, denominados *Medicare*, um programa federal para idosos, e *Medicaid*, destinado à população comprovadamente pobre. Após esses programas, o maior salto em saúde nos Estados Unidos ocorreu com a aprovação da Lei de Proteção ao Paciente e Cuidados Acessíveis (*Patient Protection and Affordable Care Act*), conhecido como *Obamacare*, em 2010. Além do *Medicare* e *Medicaid*, foi implantado o CHIP, que tem nomes diversos em cada Estado, ampliando o atendimento à população.

Apesar do pensamento liberal que impera nas políticas sobre saúde, os Estados Unidos são signatários das convenções sobre Direitos Humanos e saúde. Com a crise deflagrada pela Covid-19, a estrutura de saúde americana se mostrou fragilizada, entretanto, foram desenvolvidas ações emergenciais que conseguiram auxiliar a população minorando um pouco as consequências. A campanha de vacinação está avançada, sendo que em 2 de junho de 2021 já haviam sido vacinados 50,8% da população; destes, 41% já receberam as duas doses da vacina.⁸ As discussões sobre o atendimento à saúde como proteção social ganharam espaço, em

⁸ Centers for Disease Control and Prevention. Disponível em: <<https://covid.cdc.gov/covid-data-tracker/#vaccinations>>. Acesso em 29 abr. 2023.

em:

contraposição ao pensamento neoliberal.

3.3. Outras considerações

Importa notar que, além dos direitos fundamentais expressamente contidos nas Constituições Brasileira e Cubana e na legislação esparsa estadunidense, a saúde é tema tratado pelos Direitos Humanos, os quais são positivados em normas de Direito Internacional. A saúde não foi sempre reconhecida entre os Direitos Humanos. Historicamente, as casas de saúde e hospitais eram fomentadas pela Igreja, a título de caridade, ou eram privadas. O direito à saúde foi primeiramente pensado como derivado do direito à vida, um direito natural relacionado à preservação das espécies, que tem sido transformado, desenvolvendo-se em direito à qualidade de vida, de forma digna, emocionalmente benéfica e tranquila. O conceito de saúde tem ganhado novos contornos e requerido uma análise individualizada da população.

Os Direitos Humanos são direitos essenciais que garantem uma vida digna. Versam sobre um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade (RAMOS, 2017). Os Direitos Humanos são oriundos da própria natureza humana, o que os torna invioláveis, atemporais e universais. Os direitos fundamentais seriam, nesta seara, vigentes expressamente na ordem jurídica de cada país (CANOTILHO, 1991, p. 529). Os membros da Organização das Nações Unidas subscreveram o apontamento para compromisso de defesa dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual Brasil, Cuba e Estados Unidos são signatários, traz, logo em suas primeiras linhas, “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948), ressaltando a proteção ao direito universal à saúde e ao bem-estar. Tais assertivas foram ratificados em conferências posteriores. Nas Américas, logo após a Convenção Universal dos Direitos Humanos, foi criada a Organização dos Estados Americanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo Brasil, Estados Unidos e Cuba membros participantes. Em 1978 foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, porém, tem jurisdição limitada. Vários tratados foram editados.

Resta evidenciado que os Direitos Humanos positivados nos preceitos do Direito Internacional possuem uma ligação com os direitos fundamentais que são perfilhados e protegidos pela normativa de cada Estado que, independentemente das diferentes previsões, se inter-relacionam. Entretanto, é sabido que, apesar de o direito à saúde ser universal, como as

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

peessoas têm condições econômicas e sociais diferentes, bem como países adotam políticas públicas diversas, que nem sempre priorizam o direito à saúde, advém daí um conflito entre direitos. Portanto, pergunta-se: qual norma deve ser observada para se garantir o direito universal à saúde? Convém recorrer à soberania dos Estados ou esse direito deve ser entendido como *jus cogens*? Caberia aqui a intervenção de algum órgão internacional?

O direito à saúde enquanto um Direito Humano é pensamento contemporâneo e ainda em transformação. Ainda temos concepções políticas que vislumbram o direito à saúde ligado aos aspectos econômicos, seja para prevenir o adoecimento da força de trabalho ou visando conter possíveis gastos governamentais. Mas a preocupação com a “saúde global” já vem sendo discutida por vários países e pela OMS desde os anos 1970. Com a pandemia da Covid-19, ficou evidenciado que o direito à saúde é um direito de toda a sociedade e que a divergência no tratamento das pessoas nos diversos países levou à consideração de que aqueles com melhores condições de avaliar a crise sanitária, e também de tratá-la, não podem se omitir diante de decisões que não garantam a vida, o tratamento digno e a saúde dos indivíduos. Diversas discussões começaram a se difundir sobre a questão da soberania dos Estados e sobre o alcance das normas de tratados e pactos internacionais. Até que ponto se deve reconhecer a hierarquia das normativas de um país em detrimento da garantia do Direito Humano à saúde? Esta pergunta ainda está em aberto. Não se pode negar que está acontecendo um movimento de ajuda humanitária aos países mais pobres para que tenham acesso principalmente às vacinas, mas, por outro lado, nenhuma medida de reprimenda ou de coação foi realizada para outros, em melhor situação, que não têm desenvolvido políticas públicas adequadas para garantir a vida e a saúde da população.

O desenvolvimento tecnológico, a globalização, o grande alcance da mídia, a divulgação de conhecimento e os comentários através da internet conectam o mundo de forma irreversível, e fazem com que os conflitos sejam mais propalados e a sociedade internacional seja cada vez mais provocada a se posicionar e a agir. Lembrando a importância do Tribunal Penal Internacional, considerado uma conquista devido ao alcance que tem tido em julgar crimes contra a humanidade, crimes que não foram tratados em normas domésticas em razão de pouca força jurídica ou política, refletimos que a proteção aos direitos fundamentais do homem faz parte dos ordenamentos internos dos Estados modernos e estão vinculados ao ordenamento internacional, não havendo espaço para que os Estados limitem a eficácia ou deixem de dar execução às normas de proteção universais.

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

A análise do direito à saúde através do conceito de proteção social revela que os sistemas de saúde dos países apresentam diferença no que diz respeito à responsabilidade das ações. Brasil e Cuba consideram o direito à saúde de forma universal, garantindo o acesso aos serviços de saúde a todos os cidadãos universalmente. Já nos Estados Unidos, o direito à saúde apresenta requisitos e os indivíduos que têm acesso são, em maioria, contribuintes. Quanto às políticas sociais, o pensamento neoliberal afirma que o Estado deve ser mínimo ou complementar; nesse sentido tem caminhado o Brasil nos últimos anos, entretanto, a crise provocada pela Covid-19 mostrou o equívoco desse pensamento e fortaleceu o paradigma da saúde global, universal e reconhecidamente como um Direito Humano. Em Cuba, em que pese a ideologia social predominante, a longa crise que assola o país impede a eficácia de seus posicionamento.

Conclusão

Conforme observado, procurou-se neste artigo abordar o enquadramento do direito à saúde como um *jus cogens* a nível mundial diante do quadro de pandemia. Nesse sentido, a fim de delimitar corretamente o tema em pauta e aplicar corretamente o conceito estudado, procurou-se fazer todo um levantamento teórico e bibliográfico acerca do *jus cogens* e pesquisar sobre ao direito à saúde visto constitucionalmente por três países anteriormente seccionados: Brasil, Cuba e EUA. Essa escolha foi motivada por se tratar de países com posições estatais divergentes e, se o objetivo deste texto é justamente discutir sobre um bem internacional, o qual deve ser universalmente defendido, essa abordagem deveria demonstrar que é procedente a prevalência desse caráter universal do direito à saúde em face de posicionamentos domésticos. Assim, foi observado que o direito em questão é constitucionalmente defendido pelo Brasil e por Cuba, mas é ainda tratado de forma casuística pelos EUA.

Não obstante, o cenário da Covid-19, bem como a universalização do acesso às vacinas para a contenção do vírus, acarretaram numa maior consciência global quanto ao direito à saúde, todavia, essa consciência coletiva ainda é muito incipiente para ser caracterizada como *jus cogens*, à medida que esse direito ainda é visto como moeda de troca para várias situações no Direito Internacional; aliás, várias das consequências de seu descumprimento durante o período pandêmico só poderão ser avaliadas após o término da pandemia, quando as autoridades que descumpriram as orientações sanitárias poderão ser julgadas pelo conjunto de sua obra nos tribunais internacionais.

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; CASTELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. **Manual de direito internacional público**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1937. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm >. Acesso em: 30 abr. 2023.

BROWN, Theodore; CUETO, Marcos; FEE, Elizabeth. A transição de saúde pública ‘internacional’ para ‘global’ e a Organização Mundial da Saúde. **História, Ciências, Saúde, Manguinhos**, v. 13, n. 3, p. 623-647, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do Direito Internacional contemporâneo**. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2017.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livr. Almedina, 1991.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CUBA. *Constitución de la República de Cuba*. La Habana. 2019. Disponível em: <<http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB1.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2023.

GOMES, David Francisco Lopes. **Fundamentação em Direitos Humanos e Cidadania**. Volume 1. Belo Horizonte: Marginália Comunicação, 2016. Disponível em: < https://social.mg.gov.br/images/Direitos_humanos/Cadernos_Direitos_Humanos/Livro%2001.pdf >. Acesso em 30 abr. 2023.

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

HISPANTV: La bloqueada Cuba, país más pequeño productor de vacuna anti-COVID. Portal Cuba. [s. l.]. 6 mai. 2021. Disponível em: < <http://www.cuba.cu/salud/2021-05-06/hispantv-la-bloqueada-cuba-pais-mas-pequeno-productor-de-vacuna-anti-covid/55825> >. Acesso em: 30 abr. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MÜLLER, Águeda. La salud, um derecho humano. El derecho de la salud e los derechos humanos. *In*: AIZENBER, Marisa. **Estudios acerca del derecho de la salud**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014. p. 15-73.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. **Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, 2005.

NORONHA, José Carvalho de; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. O sistema de saúde dos Estados Unidos. *In*: BUSS, Paulo Marchiori; LABRA, María Eliana (orgs.). **Sistemas de saúde continuidades e mudanças: Argentina, Brasil, Chile, Espanha, Estados Unidos, México e Québec**. São Paulo; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1995. p. 177-218.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf >. Acesso em: 30 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Documentos Básicos. 48.ª ed. 2014. Disponível em: < <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf> >. Acesso em 30 abr. 2023.

PEGORARO, Ana Paula Andreotti. O sistema de saúde no Brasil e nos Estados Unidos: uma análise comparativa. III FÓRUM BRASILEIRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA. **Anais – UFPR** [online]. 2013. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. As normas de *jus cogens* e os Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Valença, v. 1, p. 31-44, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo:

JUS COGENS NO CONTEXTO DA PANDEMIA ORIUNDA DA COVID-19. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA CONSIDERAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Saraiva, 2011.

SALA, José Blanes. A política internacional e as regras de *jus cogens*. **Revista IMES Direito**, [s. l.], n. 13, p. 29-36, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Luciana Cristina de. **Estrutura lógica de organização da pesquisa científica: texto básico para auxiliar pesquisadores**. Belo Horizonte: EdUEMG, 2020.

VICENT, Mauricio. Cuba está a um passo de obter a primeira vacina latino-americana contra a covid-19. **El País**. [s. l.], 13 abr. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2021-04-13/cuba-esta-a-um-passo-de-obter-a-primeira-vacina-latino-americana-contra-a-covid-19.htm> |>. Acesso em: 30 abr. 2023.