



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE LETRAS
DEPARTAMENTO DE LÍNGUAS ESTRANGEIRAS E TRADUÇÃO

Eliana Vitorio de Oliveira

**A TRADUÇÃO DE TEXTOS SOBRE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E
OUTROS CONTEXTOS DE VIOLÊNCIA E AS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PARA
TRADUTORES E REVISORES**

Brasília
Julho de 2017

Eliana Vitorio de Oliveira

**A TRADUÇÃO DE TEXTOS SOBRE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E
OUTROS CONTEXTOS DE VIOLÊNCIA E AS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES
PARA TRADUTORES E REVISORES**

Projeto Final do Curso de Tradução, apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Letras/Tradução Espanhol pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof.^a Me. Magali de Lourdes Pedro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio e pela oportunidade de me dedicar de forma exclusiva à produção desse trabalho.

Agradeço com o mesmo apreço ao corpo docente pelo incentivo e pelas oportunidades oferecidas durante a minha graduação, e especialmente à minha orientadora, Magali, precursora dessas oportunidades valiosas, contribuindo de forma ativa para que o nosso curso evolua e leve seus alunos juntos nessa evolução. A quem também agradeço pela paciência, por me guiar no desenvolvimento desse projeto, e pela confiança depositada em mim para que eu me sentisse livre nas minhas escolhas e pesquisas.

Às professoras convidadas para formar a Banca Examinadora, professoras Sandra María Pérez López e Kyoko Sekino, agradeço de forma singular.

Aos meus amigos e a todos que de alguma forma contribuíram, torceram, e me incentivaram a finalizar esse projeto, os meus sinceros agradecimentos!

“Quando o mundo inteiro está em silêncio, até mesmo uma só voz se torna poderosa.” (Malala Yousafzai)

RESUMO

O presente trabalho, que constitui o Projeto Final exigido como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Letras/Tradução Espanhol, da Universidade de Brasília (UnB), consiste na investigação de se a área de tradução também sofre interferência devido ao sofrimento no trabalho, com base na tradução do espanhol para o português do *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, elaborado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por ser uma área ainda pouco explorada na área dos Estudos da Tradução, o trabalho se foca em diversos pontos, desde o sistema político brasileiro, os órgãos de proteção aos direitos humanos, uma experiência laboral real de trabalho, assim como, a sensibilidade do tradutor, se os profissionais da área de tradução sofrem psicologicamente ao se depararem com materiais com conteúdo sobre violação dos direitos humanos e demais contextos de violência, e as estratégias que podem ser utilizadas para diminuir o sofrimento psicológico desses profissionais.

Palavras-chave: tradução, espanhol jurídico, CIDH, direitos humanos, sensibilidade, estratégias.

RESUMEN

El presente trabajo, que constituye el Proyecto Final exigido como requisito parcial para la obtención del grado de Licenciado en Letras/Traducción Español, de la Universidad de Brasilia (UnB), consiste en el análisis de la sensibilidad del traductor y si el área de traducción también sufre interferencia debido al sufrimiento en el trabajo, basado en la traducción del español al portugués del *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por aún no haber sido explotado en el área de los Estudios de Traducción, este trabajo se centra en diversos puntos, desde el sistema político brasilero, los órganos de protección a los derechos humanos, una experiencia laboral real de trabajo, hasta la sensibilidad del traductor, y si los profesionales del área de traducción sufren psíquicamente al depararse con materiales con contenido acerca de violaciones de derechos humanos e contextos de violencia, y las estrategias que pueden ser utilizadas para disminuir el sufrimiento psicológico de esos profesionales.

Palabras clave: traducción, español jurídico, CIDH, derechos humanos, sensibilidad, estrategias.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONTEXTUALIZAÇÃO	10
2.1 Como funciona o sistema político brasileiro	10
2.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)	11
2.3 O acordo firmado entre o STF e a CIDH.....	12
2.4 O <i>Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador</i>	12
3. Fundamentação Teórica	14
4. Experiência de Estágio	15
5. A SENSIBILIDADE DO TRADUTOR.....	18
6. Análise da pesquisa exploratória	20
6.1 Análise das repostas dos questionários	29
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35
Anexo I.....	37

1. INTRODUÇÃO

Os Estudos da Tradução estão em um constante processo de desenvolvimento devido à necessidade de se compreender o que um processo de tradução abarca, em diversos aspectos. Nas mais diversas linhas de pesquisa procura-se contribuir para um melhor aproveitamento das etapas deste processo até a etapa em que a tradução se dá por encerrada, seja qual for o seu objetivo. Dessa forma, buscando contribuir para esta área de conhecimento, propõe-se aqui uma análise dentro de um contexto laboral real.

A escolha do tema deste trabalho foi feita em decorrência de uma experiência de tradução realizada durante o período de estágio em um órgão federal, da qual acredito que se pode extrair uma análise muito interessante ao avaliar essa experiência e seus desdobramentos. Ao longo desse trabalho buscarei observar o fenômeno do processo tradutório e as contribuições que podem surgir para o meio acadêmico, no âmbito da tradução jurídica e sobre a sensibilidade do tradutor.

O objetivo geral deste trabalho é analisar se a área de tradução também sofre interferência devido ao sofrimento no trabalho, com base na tradução do espanhol para o português do *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, elaborado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A tradução deste material foi destinada para conhecimento do público jurídico do Brasil, como juízes, juristas, advogados e demais autoridades que compõem os sistemas legislativo, executivo e judiciário, possibilitando um novo olhar sobre os direitos humanos no país. Para isso, ao longo deste trabalho serão elaborados os objetivos específicos: as discussões sobre o sistema político brasileiro, direitos humanos, a sensibilidade do tradutor, as possíveis implicações decorrentes do trabalho com textos que envolvem violação de direitos humanos e contextos de violência, e as estratégias desenvolvidas.

Os aspectos que delimitam esse trabalho são basicamente a discussão fomentada acerca dos direitos humanos, suas violações e métodos de execução, e a sensibilidade do tradutor. Dessa forma, proponho que esse projeto seja realizado nas seguintes etapas: introdução; contextualização, na qual se explica como funciona o sistema político brasileiro, a Corte

Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como se deu o acordo firmado entre o STF e o CIDH, o conteúdo do Caso Gonzales Lluy, a fundamentação teórica e o relato da experiência de estágio; a sensibilidade do tradutor, abordado a pesquisa exploratória realizada e a análise de suas respostas; e as considerações finais.

A tradução que será apresentada nesse trabalho consiste em um material originalmente em língua espanhola e que foi traduzido para o português do Brasil, de um texto jurídico sobre a resolução de um julgamento referente à violação de direitos humanos, o *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*¹, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa tradução (Anexo I) foi fruto de estágio no Conselho Nacional de Justiça, juntamente com mais nove colegas do curso de Letras Tradução Espanhol, no turno matutino e vespertino, onde realizamos a tradução de diversas sentenças da Corte, tanto em grupo quanto individualmente. Parte deste material, correspondente às sentenças dos anos de 2014 e 2015, encontra-se publicado no site do Conselho Nacional de Justiça. Cabe ressaltar que, além de seu caráter jurídico predominante, estão presentes termos da área de medicina nesta sentença.

Por fim, ao iniciar uma discussão sobre sensibilidade no ato tradutório, consideramos não somente o processo e o contexto da tradução, mas o ser humano por trás da tradução e como ele é afetado, ou não, por esse tipo de conteúdo, tendo em vista seu contexto de vida, suas convicções, seus sentimentos, e reações ao lidar com o material. Falaremos especialmente sobre as estratégias que podem ser aplicadas para aliviar e minimizar incômodos e sofrimento em relação ao material de trabalho, que algumas vezes geram desconfortos inesperados. No entanto, essas mesmas estratégias podem ser utilizadas para que o tradutor se proteja psicologicamente, evitando a exaustão e tendo uma melhor qualidade de vida quando trabalhar com materiais de conteúdo sensível.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acessado em 16/7/2017.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 Como funciona o sistema político brasileiro

O Brasil, como é de amplo conhecimento, é uma república federativa presidencialista. O que esses termos significam, em consulta ao dicionário Michaelis, é que somos uma República, pois foi a forma de governo escolhida na qual “o povo exerce sua soberania por intermédio de seus representantes, nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com funções reconhecidas e por tempo determinado”²; federativa, pois os Estados possuem autonomia política, que é como se chama um “governo constituído por estados de autonomia relativa ligados a um governo central”³; e presidencialista, pois “há completa independência entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, e os ministros de Estado são escolhidos pelo presidente da República, que chefia o governo”⁴.

O poder executivo⁵, exercido pelo Presidente da República, que tem o papel de Chefe de Estado e de governo, possui a função de governar o povo e administrar os interesses públicos, conforme as leis previstas na Constituição Federal. O poder legislativo⁶ é composto pela Câmara dos Deputados (representantes do povo brasileiro), Senado Federal (representantes dos Estados e do Distrito Federal) e pelo Tribunal de Contas da União (órgão de auxílio ao Congresso Nacional nas atividades de controle e fiscalização externa); juntos esses órgãos trabalham na elaboração de leis e fiscalização em diversas áreas. Já o poder judiciário⁷, é constituído pelos seguintes órgãos:

² Definição da palavra “república”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=rep%C3%BAblica>. Acessado em 15/06/2017.

³ Definição da palavra “federativa”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=jz3o>. Acessado em 15/06/2017.

⁴ Definição da palavra “presidencialismo”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=5Bo3n>. Acessado em 15/06/2017.

⁵ O Poder Executivo. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2010/11/o-poder-executivo>. Acessado em 15/06/2017.

⁶ O papel do Poder Legislativo. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/o-papel-do-poder-legislativo>. Acessado em 15/06/2017.

⁷ Conheça os órgãos que formam o Poder Judiciário. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/conheca-os-orgaos-que-formam-o-poder-judiciario>. Acessado em 15/06/2017.

Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), além dos Tribunais Regionais Federais (TRF), Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos estados e do Distrito Federal e Territórios; sendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) um órgão complementar ao Superior Tribunal Federal.

O CNJ é, assim, um órgão que faz parte do sistema judiciário e tem como competência aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente em relação ao controle e à transparência administrativa e processual.

2.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA), o mais antigo organismo regional do mundo, adotaram uma série de instrumentos internacionais que se converteram na base de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, conhecido como “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos utiliza diversos instrumentos, e por meio deles reconhece e define os direitos reconhecidos. Um dos mais utilizados é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Sistema Interamericano, para cumprir com as obrigações de promoção e proteção, criou dois órgãos destinados a velar por eles - a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - sendo a Corte um Tribunal regional, ou seja, uma instituição judicial autônoma que possui como objetivo aplicar e interpretar a Convenção Americana; e a Comissão é o órgão que defende a observância e defesa dos direitos humanos, além de servir como órgão consultivo da OEA, realizar visitas e elaborar relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados parte, e que também recebe denúncias relativas a essas violações, e observando se atendem aos requisitos de admissibilidade, para poder ser enviadas para conhecimento da Corte.

A sentença que servirá de material de apoio no desenvolvimento desse projeto é um exemplo do trabalho conjunto da Comissão e da Corte. A Comissão analisa o caso submetido a ela para apreciação, levantando

questões que são comumente relacionadas à responsabilidade internacional de um Estado específico, pois ele cumpriu com seu papel de zelar pelos direitos humanos, de forma que a vítima ou as vítimas sofrem a violação de um ou mais direitos estabelecidos na Convenção Americana. No caso apresentado, o direito à vida digna e à integridade pessoal da vítima e seus familiares foram feridos.

2.3 O acordo firmado entre o STF e a CIDH

No dia 10 de fevereiro de 2015, o ministro Ricardo Lewandowski, ex-presidente do STF, recebeu a delegação e o secretário-geral da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para um evento⁸ inédito no Brasil: firmar uma carta de intenções, a qual detalhava três etapas de capacitação e desenvolvimento do Judiciário nacional na área de direitos humanos. A primeira etapa visava a realizar cursos de capacitação e formação de juízes e funcionários dos tribunais. A segunda etapa estipulava a criação de bibliografia eletrônica no site do CNJ para reunir textos, publicações ou qualquer material jurídico de interesse na área de direitos humanos, com tradução em português; parte de que minha supervisora, meus colegas e eu ficamos encarregados. E a terceira etapa previa a publicação de livro com os textos dos tratados internacionais que compõem o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, evento do qual participamos na presença do ministro Lewandowski.

2.4 O Caso *Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*

Este caso, concluído em 1º de setembro de 2015, por meio do qual foi julgada a responsabilidade internacional do Estado do Equador pela afetação à vida digna e integridade pessoal da vítima, trata sobre o contágio de HIV após uma transfusão de sangue realizada em uma criança de três anos (na época do contágio).

⁸ Notícias STF. Presidente do STF assina documento inédito com CIDH nesta terça-feira (10). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284942>. Acessado em: 21/06/2017.

Os primeiros documentos do processo foram entregues à Corte para submissão em março de 2014, e até a conclusão da sentença o processo passou por várias instâncias ao longo desse um ano e meio de julgamento. O processo completo detalha todas essas etapas, e também expõe de forma minuciosa a vida da vítima e como a negligência do Estado afetou de forma substancial a vida da criança e de seus familiares.

Todas as sentenças julgadas pela Corte normalmente possuem uma estrutura muito semelhante: introdução à causa; competência; exceção preliminar; fatos; capítulos referentes aos direitos afetados; garantias e proteção judiciais; reparações; pontos resolutivos; e votos (em alguns casos). Entretanto, nessa sentença há uma característica peculiar.

No texto em questão, pela primeira vez é abordado o termo *discapacidad*⁹ em espanhol, em relação a pessoas com HIV, conforme o seguinte trecho constante na sentença original, página 69¹⁰:

237. Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno. Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

238. En este sentido, el convivir con el VIH no es per se una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Apresentei o trecho à minha supervisora e foi iniciada uma discussão sobre a tradução desse termo entre nós e entre os colegas do aconselhamento

⁹ Definição: deficiência. Disponível em: <http://www.wordreference.com/espt/discapacidad>. Acessado em 26/07/2017.

¹⁰ Anexo I.

jurídico do CNJ. Estes por sua vez, informaram que realmente estava sendo inserida nesse contexto uma nova terminologia, uma nova compreensão, e foi grifada a importância dessa discussão. A minha sugestão foi a tradução do termo pela palavra “incapacidade”, escolha esta que foi aprovada pelos colegas e pela supervisora.

Acredito ser importante a discussão deste ponto, pois ele surgiu a partir do ato tradutório, e é um exemplo muito importante sobre o papel do tradutor e da atenção que o processo tradutório requer, principalmente em contextos reais de trabalho.

3. Fundamentação Teórica

Como este trabalho constitui uma pesquisa exploratória o material relacionado à tradução é escasso. Por isso tive que consultar materiais de outras áreas de estudo, como psicologia, serviço social, educação, entre outros. Levando em consideração este ponto muito importante, usei como base da minha pesquisa o material elaborado por Tatiana Amodeo Tuacek, denominado Repercussões da violência na saúde mental de trabalhadores do Programa Saúde da Família¹¹. Este trabalho teve como objetivo investigar como a violência (direta ou indireta) afeta a saúde mental dos trabalhadores de Programa de Saúde da Família, objetivo este que se relaciona diretamente com o meu objetivo neste projeto, investigar se os tradutores sofrem de forma semelhante a esses trabalhadores citados no estudo, de forma que a violência se apresenta de modo indireto, por meio de seus materiais de trabalho; assim como, investigar se esses trabalhadores utilizaram estratégias para lidar com esse sofrimento psíquico e também de forma a se protegerem psicologicamente, ponto que também é estudado no meu projeto.

O método utilizado foi a aplicação de dois questionários a colegas tradutores e revisores, um deles destinado a qualquer colega tradutor e revisor, independentemente de sua área de especialidade, par de línguas, e outros aspectos que serão abordados no capítulo que trata da apresentação dos dados desses questionários. Já o outro questionário foi aplicado aos meus

¹¹ TUACEK, Tatiana Amodeo. Repercussões da violência na saúde mental de trabalhadores do Programa Saúde da Família. **educação**, v. 13, p. 15, 2009.

colegas tradutores e revisores, com os quais trabalhei no CNJ, no mesmo turno vespertino. Escolhi esse recorte, pois, nós colegas do mesmo turno sempre dialogamos intensamente e buscamos apoio mútuo para solucionar e dividir experiências que surgiram durante nosso trabalho. Essa característica sempre foi constante em nossa vivência. Por fim, informo que os dois questionários são idênticos, o que os diferencia é que o específico possui duas perguntas a mais relacionadas exclusivamente com a experiência de estágio no CNJ.

4. Experiência de Estágio

Previamente eu já havia passado por várias experiências de seleção de estágio e também de contratação em regime CLT, o que não ocorreu de forma semelhante no processo de seleção para este trabalho no Conselho Nacional de Justiça.

Primeiramente houve uma reunião com todos os interessados, estudantes de Letras/Espanhol e de Letra/Tradução Espanhol, de diversas universidades do Distrito Federal, tendo os alunos de Letras/Tradução Espanhol da Universidade de Brasília comparecendo em peso nessa seleção. Houve uma dinâmica e 20 alunos foram selecionados para a prova específica, a ser realizada na sede do CNJ, para 10 vagas disponíveis. A prova específica foi realizar a tradução de um caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro do horário determinado, por meio do qual fui selecionada juntamente com nove colegas do curso de Tradução, e fomos divididos em dois grupos de cinco tradutores para os períodos matutino e vespertino.

Com a supervisão de Ana Teresa Perez Costa, trabalhamos nas traduções das sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos dos anos de 2014 e 2015, primeiramente de forma conjunta, todos traduzindo as partes de uma mesma sentença, e posteriormente cada um traduzindo uma sentença específica, sozinho. No meu caso realizei a tradução do *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, no período de dois meses, de forma que foi criado um vínculo com a tradução desta sentença, a qual me despertou inúmeras questões, algumas das quais estão sendo discutidas nesse projeto final. O período de estágio durou seis meses, conforme o

contrato firmado com a empresa integradora, em nome do CNJ. Ao final deste período decidi me desvincular do projeto por motivos pessoais.

É de comum saber que cada tradutor utiliza as suas estratégias de tradução para realizar seus trabalhos, e muitas vezes essas escolhas são tomadas de forma inconsciente, principalmente se esse profissional é iniciante. Eu, como iniciante, estive sempre muito ciente das minhas escolhas, e de fundamentá-las, de forma que esse processo se tornasse cada vez mais “automático”, e que eu me tornasse cada vez mais produtiva. Entretanto, nem sempre conseguimos seguir à risca esse treinamento, pois o tradutor como ser humano desenvolve sentimentos e possui reações e emoções muitas vezes inesperadas.

Como tradutora, ao longo do desenvolvimento dessas traduções no CNJ, muitas vezes tive reações inesperadas, como sentimentos negativos em relação às sentenças, e que me obrigaram a seguir estratégias para conseguir realizar a tradução do material a mim confiado.

Devido à especificidade e às características constantes no *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, eu me senti muito sensibilizada com toda a luta que esse processo representa na vida da vítima e de seus familiares. E, de forma inesperada, também passei por bloqueios de escrita, devido ao conteúdo sensível¹² presente na sentença.

De início eu não sabia como lidar com a situação, e comecei a me questionar se a situação era recorrente para os outros colegas, e depois se era uma situação que eles entendiam de forma consciente. Consegui por meio de algumas estratégias dar andamento à tradução, mas havia um incômodo constante em relação ao texto, de modo que não conseguir lidar com a situação começou a me causar *sufrimento psíquico*¹³. Interferindo, assim, no resultado do meu trabalho, no sentido de acarretar no atraso de sua finalização. As estratégias para conseguir lidar com ele serão abordadas no capítulo final, juntamente com a apresentação dos resultados.

¹² Termo comumente utilizado em relação a textos sensível, porém nesse contexto específico sua utilização se refere a textos que possuem como conteúdo “violação de direitos humanos e contextos de violência”.

¹³ Termo retirado de: TUACEK, Tatiana Amodeo. Repercussões da violência na saúde mental de trabalhadores do Programa Saúde da Família. *educação*, v. 13, p. 15, 2009.

Considero esta experiência como a mais relevante em toda a minha formação como tradutora de espanhol, durante os meus quatro anos e meio de estudo na Universidade de Brasília, e também na minha carreira como tradutora. Durante esses meses recebi feedbacks constantes, auxílio dos colegas e da supervisora do projeto, e também atuei como revisora dos meus próprios trabalhos. Experiências reais de trabalho com essa são muito raras no contexto de trabalho de um tradutor iniciante, portanto, possuem um peso importantíssimo na carreira de um tradutor, preenchendo lacunas que até então se encontravam vazias, aumentando a autonomia na tomada de decisão desses profissionais, bem como a consciência e a previsão do impacto de suas escolhas.

5. A SENSIBILIDADE DO TRADUTOR

Neste capítulo pretendo iniciar uma discussão a respeito do tradutor como ser humano, não só como um profissional exercendo um encargo. Escolhi este assunto específico pois se tem uma literatura escassa e pouco discutida, e acredito que é de grande valia retomar essa discussão no âmbito acadêmico.

Partindo do entendimento sobre o ser humano, um ser com múltiplas características sociais, políticas, vivendo em contextos distintos, possuindo pontos de vistas diferenciados, chega-se à conclusão de que cada um possui um ponto de vista e uma sensibilidade única, em geral influenciado pelo seu contexto social e familiar. Logo, podemos considerar que cada tradutor lida de forma individual com o material de trabalho que lhe é fornecido, de modo positivo, neutro ou negativo. Nos próximos parágrafos buscarei abordar sobre essas reações do tradutor.

Considerando o meu relato no parágrafo anterior, a partir dessa reflexão sobre a minha sensibilidade, comecei a me questionar se os meus colegas tradutores e revisores tinham passado por situações parecidas, e então comecei uma investigação nesse campo de estudo. Considero essa pesquisa uma introdução ao assunto, pois como sabemos o curto prazo para o desenvolvimento desse projeto implica na chance de não aprofundamento na problemática abordada, de forma que buscarei elaborar outros projetos para a continuação dessa análise dos dados coletados, e também em futuras coletas de dados.

Uma das características primordiais do ser humano é a capacidade de gerar sentimentos e lidar com eles de diversas formas, entre elas, com a empatia¹⁴. Acredito que essa é uma palavra-chave nessa discussão, pois é a partir dela que podemos discutir as emoções – entendidas aqui como a capacidade de se sensibilizar-, provocadas no tradutor ao lidar com seu material de trabalho. Assim como em qualquer trabalho, nós tradutores lidamos

¹⁴ Segundo BROLEZZI (2014, p. 153), empatia é um conceito relativamente recente que passou por um processo de "ampliação, metamorfose e diversificação". Brolezzi afirma que é possível encontrar vários fenômenos distintos classificados com esse nome. Neste trabalho, entende-se empatia como "a capacidade de compreensão dos outros atribuindo a eles sentimentos, emoções e pensamentos".

com diversas emoções geradas pelo material, como a felicidade, o prazer, o relaxamento, a raiva, a tristeza.

A tendência do tradutor é buscar a imparcialidade na produção de seu trabalho, mas sabemos que numa experiência real de trabalho essa meta pode ser considerada ideal, mas que na realidade é difícil de ser alcançada, pois o tradutor como ser humano tem sentimentos e que podem de alguma forma interferir nessa busca pela imparcialidade. A imparcialidade é uma expectativa comum dos estudantes universitários de Tradução, mas nem sempre ela pode ser alcançada de forma completa no contexto real de trabalho. Nem sempre podemos ser invisíveis, seguindo a linha de pensamento de Venuti, pois muitas vezes o encargo ou escopo¹⁵ da tradução e do original podem ser distintos.

Sendo assim, com intuito de explorar esse fenômeno, primeiramente eu gostaria de apresentar alguns trechos de *Caso* que traduzi durante o meu período de estágio no CNJ, e juntamente a esses trechos fazer observações sobre o que provocou a minha sensibilidade.

Exemplo 1, Página 37, linha 40, último parágrafo da página:

Compareceu no mês de junho de 2005 à consulta com um quadro de lesões musculares e crostosas generalizadas, e diarreia, com ocasional dor abdominal, foi decidido seu ingresso ao início do tratamento antirretroviral, tendo em vista que seu último resultado o CD4 estava em 236 e a carga viral em 38946.

Exemplo 2, página 38, nota de rodapé 188:

De acordo com as declarações de Talía e sua família, quando os proprietários dos lugares arrendados se inteiravam da enfermidade de Talía, “se valendo de qualquer artimanha [o]s joga[va]m na rua. ”Solicitudão de amparo de pobreza efetuada ao Juiz Civil de Cuenca, em 26 de setembro de 2001 (expediente de prova, fls. 313 e 314). No mesmo sentido, Talía declarou que “[l]he]s afetava sair do lugar em que vivia[m]” e que “[s]empre [o]s tiravam de todos os lugares onde gostavam de viver”. Como não encontravam um lugar onde lhes quisessem arrendar, “uma vez [se] mudar[am] para o campo para viver num quarto muito feio, parecia um buraco, estava sujo, o chão era de terra, fazia muito frio e entrava agua quando chovia, [sua] m[ãe] e [seu irmão]o [a] abrigavam para que não [s]e adoent[asse] e [lh]e davam de comer, eles tremiam de frio e não comiam”.

Exemplo 3, nota de rodapé 345:

A respeito, Talía declarou: “Como ter um amigo, um namorado, o que eu diria pra ele, como lhe contar sobre meus sentimentos, lhe dar um beijo? Tinha e tenho muito medo, como conto a um namorado que tenho HIV, que não foi minha culpa, que não fuja de mim, que não tenha medo, que sou uma pessoa com sentimentos e que como qualquer outra posso amar e quero ser amada? [...] anseio [...] ter o

¹⁵ “El propósito o escopo de la traducción determina la forma de equivalencia exigida para una traducción adecuada.” Página 218. NORD, Christiane. El funcionalismo en la enseñanza de traducción. **Mutatis Mutandis**, v. 2, n. 2, p. 209-243, 2009.

que necessito para poder fazer o que quero na minha vida, ir aonde eu quiser, viajar [...] estudar o que eu gosto, que no meio da minha solidão, como menina, adolescente, jovem mulher, se não posso disfrutar de uma boa amizade, um esposo, filhos, pelo menos que minha vida seja a melhor possível”.

No Exemplo 1 podemos visualizar que se trata de um relato do estado de saúde da vítima. Considerando que a vítima era uma criança na data do ocorrido, acredito que o impacto ao ler esse tipo de relato pode ser mais profundo, principalmente se o observado que o conteúdo da sentença até esse trecho relatou boa parte da negligência, negligência essa também relatada no Exemplo 2, e o sofrimento da vítima até então. Já em relação ao Exemplo 3, a parte que me tocou foi em relação à minha posição como mulher na sociedade. Também devido a ter percebido pela data dos relatos que a vítima possui idade muito próxima à minha, acredito que este fato intensificou a minha relação de empatia. É sabido que a adolescência e entrada na fase adulta de uma mulher é marcada por muitas mudanças físicas, psicológicas e sociais, situação que se agrava no contexto de vida da vítima deste caso.

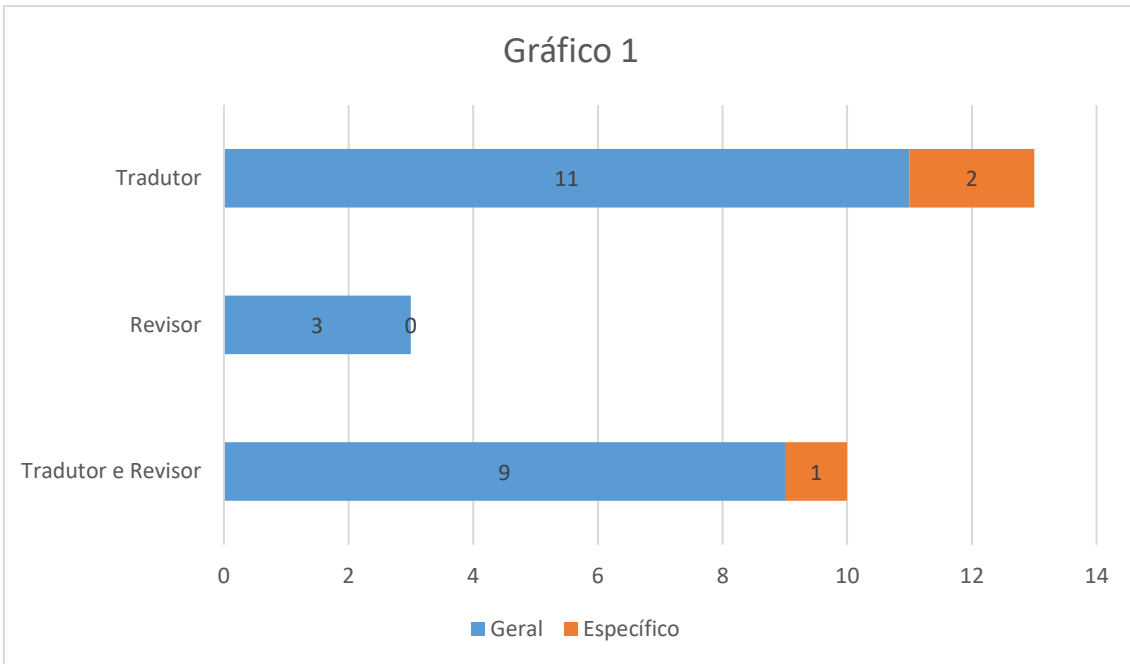
Para continuar essa discussão, apresento no próximo capítulo os resultados da pesquisa exploratória elaborada por meio da aplicação de dois questionários, o primeiro, um questionário geral para tradutores e revisores, e o segundo, um questionário específico para os meus colegas tradutores e revisores do CNJ, com os quais partilhei do mesmo contexto de trabalho, bem como, as devidas considerações ao final dessa apresentação dos dados.

6. Análise da pesquisa exploratória

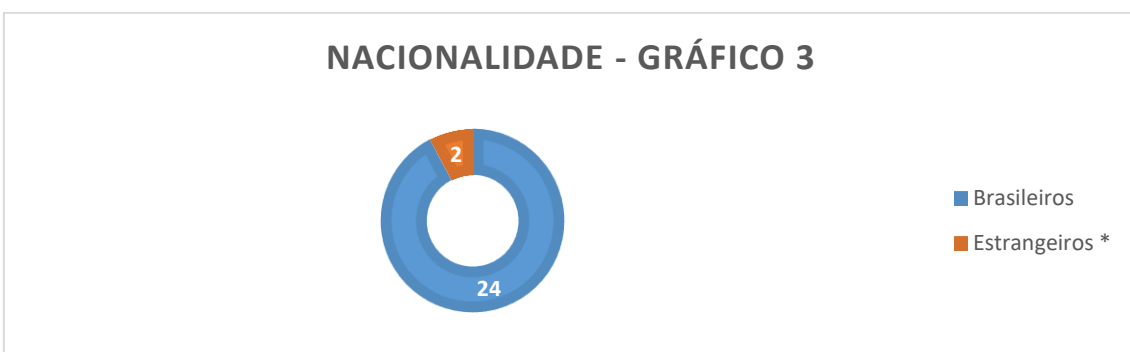
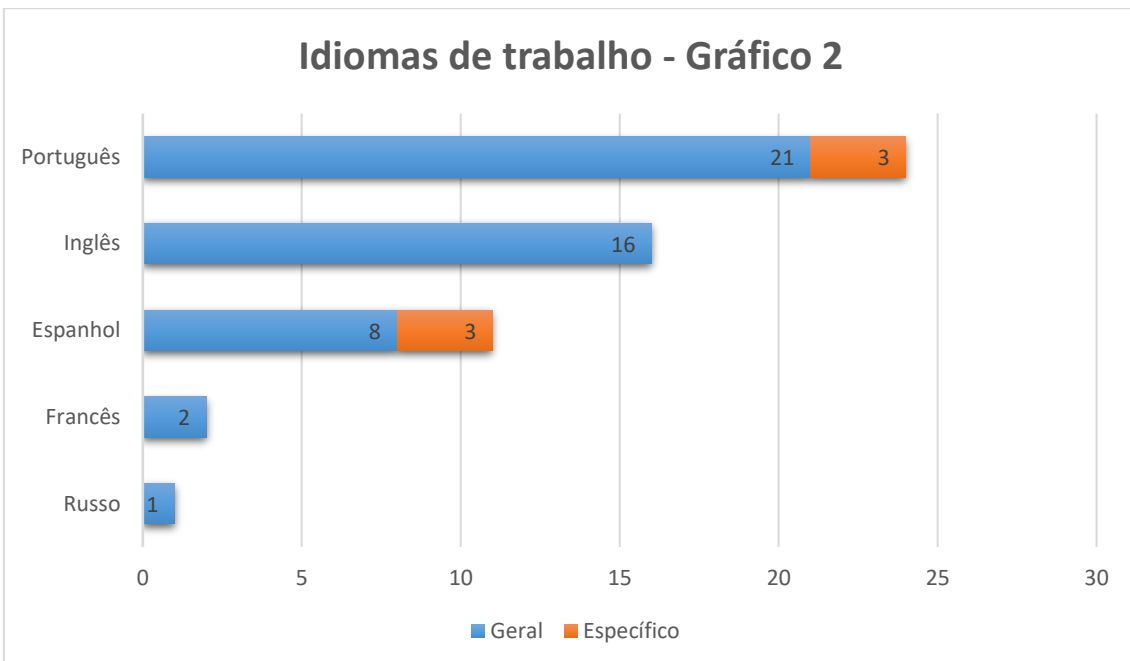
Para uma melhor abordagem e discussão de cada aspecto dos questionários¹⁶ aplicados, primeiramente apresentarei os dados de forma compilada em cada tópico pertinente às perguntas aplicadas, e no próximo capítulo serão elaboradas as conclusões gerais advindas das respostas desses questionários.

1. Você é tradutor e/ou revisor?

¹⁶ Anexo X.



2. Qual é o seu par de línguas de trabalho como tradutor? Caso você seja revisor, qual/ais idioma/s você revisa?



* Neste gráfico foram considerados estrangeiros os tradutores que não trabalham com o idioma português, pois normalmente os tradutores de português são falantes nativos ou possuem o idioma como L2 (também tratada com segunda língua – SL), tendo em vista a definição de língua estrangeira de SL segundo Pupp Spinassé (2006, p. 6):

É sabido que uma segunda língua não é necessariamente uma segunda, no sentido que haverá uma terceira, uma quarta e assim por diante. “Segunda” está para “outra que não a primeira (a materna)”, e a ordem de aquisição se torna irrelevante – desde que não se trate mais de uma L1[...] Diferenciando, porém, do conceito de língua estrangeira (LE), uma Segunda Língua é uma não-primeira-língua que é adquirida sob a necessidade de comunicação e dentro de um processo de socialização.[...] Para o domínio de uma SL é exigido que a comunicação seja diária e que a língua desempenhe um papel na integração em sociedade.

Logo, pode-se compreender deste parágrafo que a SL ou LE deve fazer parte da vida cotidiana do falante, bem como a L1, língua materna, o que explica a escolha de considerar os tradutores que não trabalham com a língua portuguesa como possíveis estrangeiros.

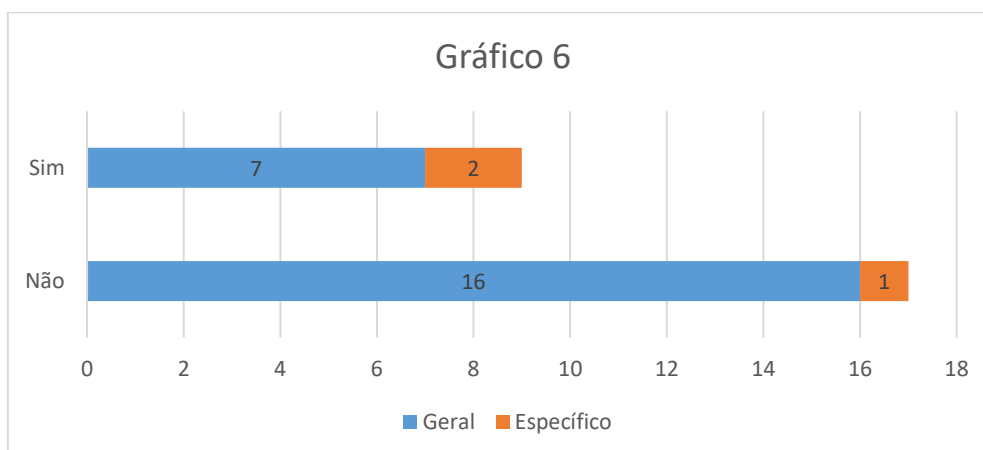
3. Quantos anos/meses de experiência você possui como tradutor ou revisor?



4. Você possui alguma área de especialidade?



5. Você aceitaria um trabalho cujo conteúdo iria contra as suas convicções éticas/morais/ideológicas/religiosas?

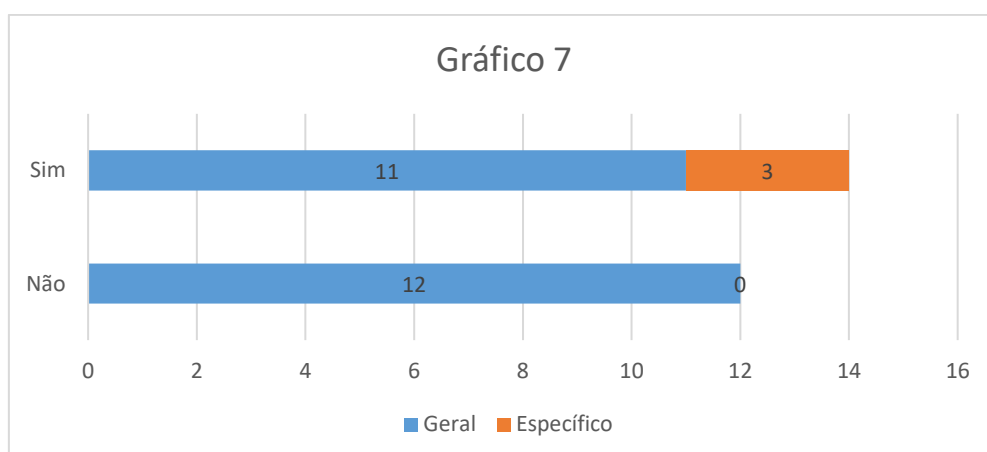


6. Por favor, descreva brevemente o que você considera contra seus valores e convicções.

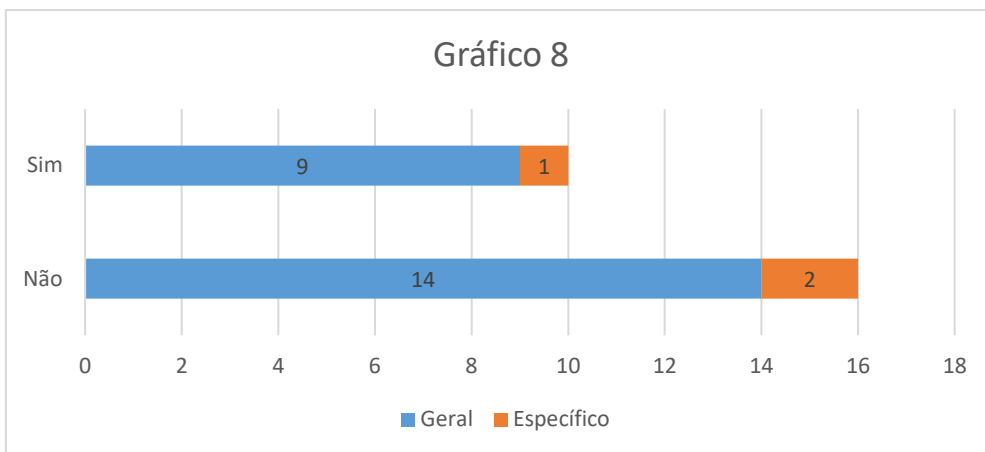
Tabela 1	
Informante 1:	Qualquer coisa que implique em atividades ilegais, que implique em terrorismo ou violência. (2)
Informante 2:	Religião, conservadorismo, direita.
Informante 3:	Textos com conteúdos preconceituosos, que defendem ideias que vão contra os direitos humanos ou textos com ideias totalitaristas, extremistas.
Informante 4:	Visões diferentes das minhas. Mas meu trabalho deve ser imparcial.
Informante 5:	Um estudo sobre efeito de medicamentos que envolva testes com animais, por exemplo.

Informante 6: Materiais de extremismo religioso, homofóbico, racista ou que discrimine com qualquer tipo de pessoa.
Informante 7: Qualquer coisa que vanglorie a violência.
Informante 8: Exaltação excessiva dos DD.HH em um contexto sociocultural como o que atualmente vivemos.
Informante 9: Todos reclamam por seus direitos, o que me parece justo. Mas ninguém pensa nos direitos das vítimas de roubos, estupros, assassinatos, etc... Apenas os agressores parecem ter direitos! E nunca ouvi ninguém falar sobre deveres ou obrigações.
Informante 10: Qualquer coisa com conteúdo de ódio ou que atente contra liberdades individuais básicos e direitos humanos.
Informante 11: O que me vale como verdade absoluta. O que carrego comigo como ideia de progressão de vida.
Informante 12: Texto que se posicione a favor do trabalho escravo, estupro, racismo, preconceito, torturas e pena de morte.
Informante 13: Que atentam contra os direitos humanos.
Informante 14: Não aceitaria traduzir material homofóbico.
Informante 15: Direitos humanos, liberdade de expressão, igualdade humana.
Informante 16: Textos que promovam racismo, misoginia, homofobia, corrupção.
Informante 17: Tudo aquilo que é contrário à ideologia que decidi manter, como por exemplo, tortura, assassinato, suicídio, maus tratos...
Informante 18: Casos de tortura, crimes, casos contra minha religião, ou que atente contra costumes ou conceitos por mim considerados corretos.

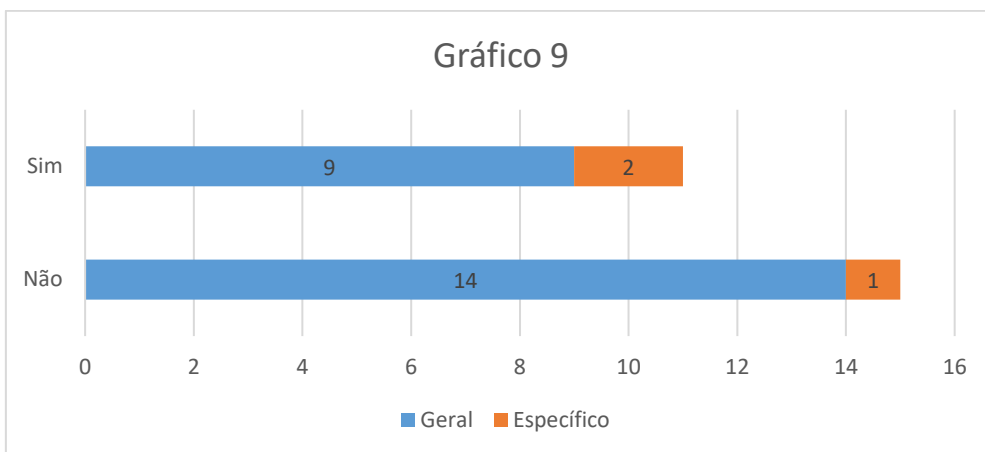
7. Você já trabalhou com textos que possuem conteúdo sensível (relatos sobre tortura, detalhamento de cenas de crime, depoimento de vítimas)?



8. Você já se sentiu confrontado etica/moral/ideologica/religiosamente ao trabalhar com certos textos?



9. Você já aceitou algum trabalho sem saber que nele haveria conteúdo sensível de forma mais detalhada?

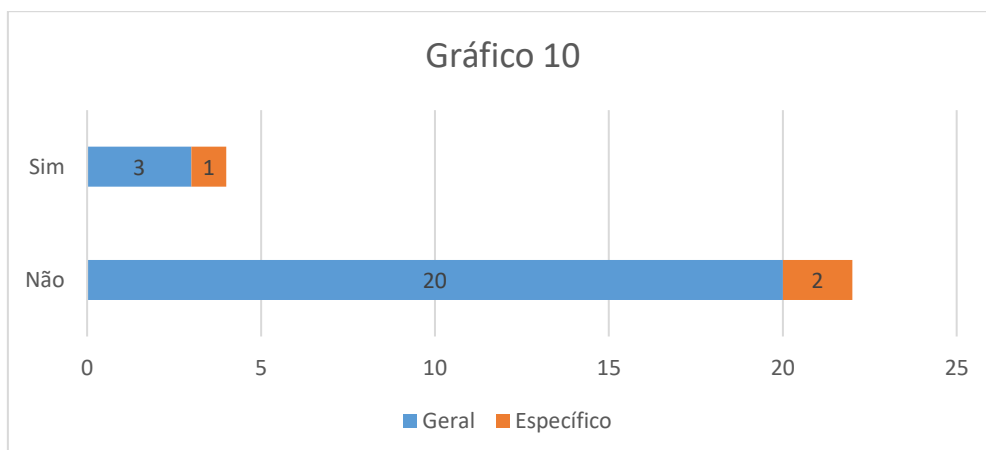


10. Caso a resposta anterior tenha sido “sim”, poderia relatar brevemente como foi se deparar com esse tipo de material de forma inesperada?

Tabela 2
Informante 1: Respondi não.
Informante 2: Foi bastante desagradável.
Informante 3: Enfrentar o sentimento pessoal em respeito ao compromisso profissional.
Informante 4: Foi difícil. Demorei muito mais do que o planejado para concluir o trabalho.
Informante 5: Chocante.
Informante 6: Eu aceitei traduzir um livro de romance que, em determinado momento, narrava um relacionamento abusivo com cenas de estupro de uma personagem secundária. Esse relacionamento era tratado como conteúdo erótico e o estupro não era denunciado ou estabelecido na narrativa como crime. Após ler essa passagem eu entrei em contato com o agente intermediário entre autores e tradutores para esse trabalho e pedi para que eu pudesse ser retirada do trabalho sem violação das cláusulas de contrato. Eu pude me desligar do trabalho sem maiores problemas.

Informante 7: Indiferente.
Informante 8: Tratava-se de um texto farmacológico. Um estudo clínico para desenvolvimento de um novo medicamento, no qual utilizavam animais primatas maiores (macacos grandes) para testes. Relutei de início, mas enquanto concluía o trabalho, fui adaptando-me eticamente à situação, pela conversa com colegas que enfrentaram o mesmo bloqueio inicial, mas que não deixam de admitir o potencial benefício para o ser humano que esses experimentos representam.
Informante 9: Um pouco surpresa, mas como se tratava de ficção e o conjunto da obra transmitia uma mensagem de valor moral positivo, não me senti confrontada
Informante 10: Foi horrível. Meu primeiro trabalho foi uma tradução de um documentário sobre matança de elefantes na África, e durante todo o trabalho chorei e me revolttei. Foi a pior experiência profissional que já tive. Eu recebi o projeto e, sendo o primeiro, não pude rejeitar.
Informante 11: Entender que essas coisas estão mais perto do que de fato imaginamos e que ocorrem a todo momento com diversas pessoas.
Informante 12: Foi um pouco chocante, mas tento não absorver muito o tema para minha vida pessoal.

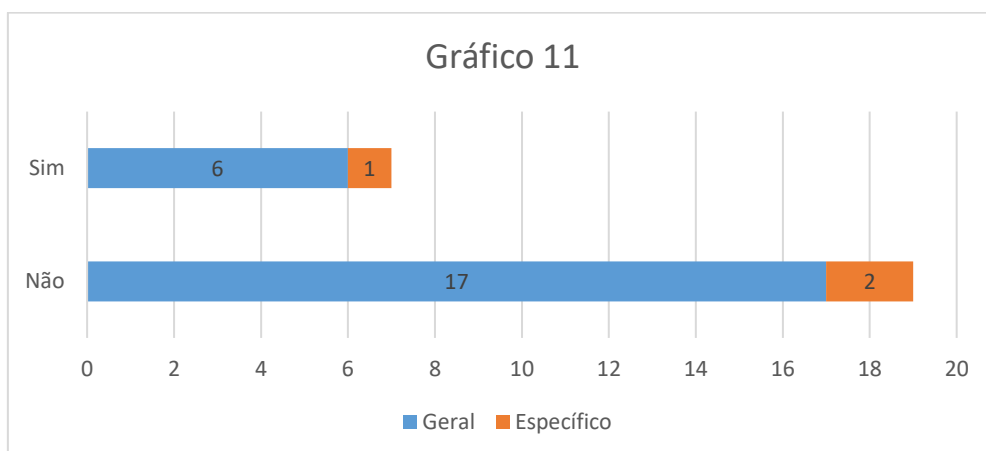
11. Você já aceitou algum trabalho sabendo da existência desse conteúdo sensível e reagiu de forma não esperada ao ter contato com o material?



12. Caso a resposta anterior tenha sido “sim”, é possível relatar como foi essa reação?

Tabela 3
Informante 1: Não foi legal, mas me mantive imparcial. Trabalho é trabalho.
Informante 2: Traduzi um livro com depoimento de mulheres que haviam sofrido abuso e/ou violência doméstica ou social. Os depoimentos eram tão tocantes que chorei ao traduzi-los.
Informante 3: Ter consciência da desigualdade social mas entrar intimamente em contato com ela através da tradução de relatório psicossocial em processo de adoção são coisas diferentes. Traduzir fatos reais de violência contra menores é terrível, mesmo com a perspectiva libertadora da adoção por famílias bem estruturadas.
Informante 4: Normal.

13. Você já precisou utilizar estratégias para conseguir realizar seu trabalho com esse tipo de material?



14. Caso a resposta anterior tenha sido “sim”, quais foram as estratégias utilizadas?

Tabela 4
Informante 1: Distanciamento, imparcialidade, evitar envolvimento emocional (2)
Informante 2: Fazer pausas mais frequentes; intercalar com a tradução de outros materiais.
Informante 3: Reinterpretar ou descontextualizar o conteúdo tornando o ridículo. Porém sem alterar o seu conteúdo. É difícil, porém engraçado e gratificante.
Informante 4: Lidar diretamente com o caráter humano da profissão: chorar, interromper a tradução por alguns momentos, respirar, abstrair - e depois, retomá-la.
Informante 5: Trabalhos com conteúdo sensível demandam mais tempo, pelo impacto psicológico. Tento alternar com trabalhos mais leves e reservar mais tempo. Além disso, sempre que possível, procuro passar a revisão para outro profissional, para diminuir minha exposição
Informante 6: Eu decidi realizar a tradução com base no script e ver o vídeo apenas uma vez, sendo que normalmente vejo de duas a três vezes. Mas, mesmo assim, o impacto foi terrível.
Informante 7: Colegas tradutores auxiliando podendo relatar outro ponto de vista, dicionários de significados, explicações.

15. Caso deseje utilize esse espaço para fazer comentários que você considere pertinentes a este mesmo assunto, e que talvez não tenham sido abordados anteriormente neste questionário:

Tabela 5

Informante 1: Em minha experiência, corriji textos jurídicos (processos de matéria penal em tribunais), entretanto, havia certo procedimento a ser feito no qual, em linhas gerais, eu não necessitava revisar a porção textual em que eram relatados os pormenores dos crimes (os relatos dos processos já julgados em tribunais de primeira instância). Desse modo, eu estagiava em um tribunal de instância superior e dificilmente eu necessitava revisar, de fato, os textos em que eram descritos estupros, assassinatos, somente outras porções de textos que não tinham correlação com as descrições dos crimes eram alvo de revisão textual, apesar de os textos criminais estarem inseridos nos processos que eu recusava, na mesma folha. Eles "passavam batido" e eu revisava somente a parte que não havia relatos de crimes. Meu email: [dado ocultado]

Informante 2: Sou revisor de um órgão público, os textos oficiais, por causa da legislação brasileira, não permitem que temas que atentem contra a CF de 88, creio que na esfera pública, apenas casos específicos, como ligados a área de segurança e legislativo terão textos que afrontem a ética do cidadão médio. Existe um linha muito tênue entre as convicções pessoais e a necessidade de ter que trabalhar para sobreviver, este não é o meu caso, mas compreenderia perfeitamente um individuo que diante da necessidade traduza/revise textos que atentam contra seu sistema moral/ético.

Informante 3: Responder a este questionário me levou a entrar mais profundamente em contato com a importância do assunto. Ganhei um nível a mais de consciência. Vocês ajudarão a promover esse aumento de consciência entre os profissionais da área. Parabéns! Sucesso!

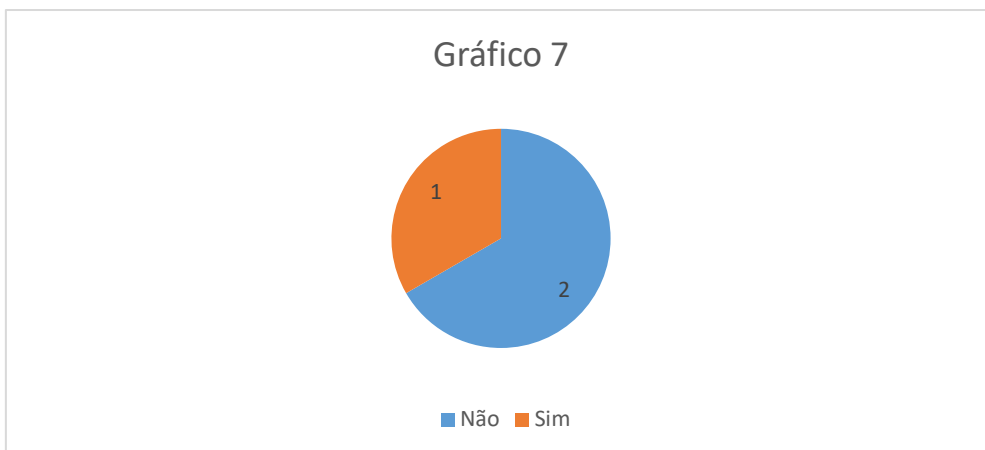
Informante 4: Não sou um profissional que aceitaria qualquer trabalho apenas pelo ganho financeiro. Minhas convicções éticas morais, ideológicas e religiosas são importantíssimas.

Informante 5: Acho que não deve haver censura, de maneira geral, mas sempre manter em mente que a literatura ajuda a construir um imaginário social muito poderoso.

Informante 6: Muitas vezes, os tradutores recebem materiais que estão em desacordo com seus princípios e valores, mas como é um trabalho, ele deve ser encarado como tal. O tradutor, nesse caso, deve tentar se manter o mais impessoal possível, caso aceite o projeto, ou simplesmente recusá-lo logo de início.

16. Você esperava ter contato com esse tipo de material no estágio do CNJ?

(Pergunta realizada somente no Questionário Específico para tradutores e revisores do CNJ)



17. Como foi a experiência de trabalhar com esse tipo de material no estágio do CNJ? (Pergunta realizada somente no Questionário Específico para tradutores e revisores do CNJ)

Tabela 6
Informante 1: Enriquecedora, pois além de saber mais sobre muitos conflitos aumentou significativamente o leque de experiência.
Informante 2: Foi muito boa, abriu um pouco a cabeça sobre o que ocorre mundo afora e, também, deu uma nova perspectiva da importância dos direitos humanos.
Informante 3: Foi uma experiência incrível, inovadora e ao mesmo tempo confrontadora pois além do material possuir conteúdo sensível, o desempenho do tradutor ocorre de acordo com o seu bem estar físico e psicológico. Então, foi necessário aprender a lidar com isso.

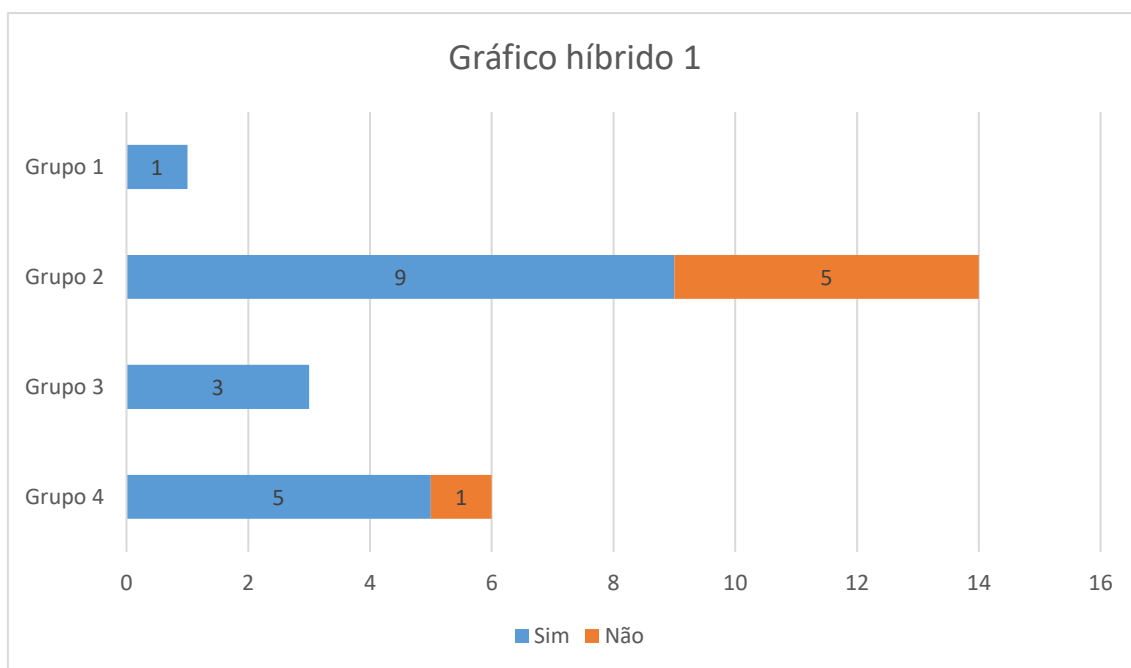
6.1 Análise das respostas dos questionários

O primeiro aspecto que me chamou a atenção foi contar com a participação de profissionais experientes e iniciantes com os mais diferentes períodos de experiência (Gráfico 4), e que também trabalham com diversas línguas (Gráfico 2), e que possuem várias especialidades (Gráfico 5). Dentre esses tópicos, acredito que é importante analisarmos mais detalhadamente o nível de experiência e a especialidade desses profissionais. Para isso, apresento abaixo um novo gráfico com essas informações de forma conjunta, no qual separei estes profissionais em grandes grupos:

- Grupo 1: tradutores em formação na área de tradução;

- Grupo 2: tradutores com experiência de 1 a 5 anos na área de tradução;
- Grupo 3: tradutores com experiência de 6 a 10 anos na área de tradução;
- Grupo 4: tradutores com mais de 11 anos de experiência na área de tradução.

A minha escolha foi a de não utilizar nomenclaturas como “iniciante” e “experiente”, pois acredito que para se utilizar essa classificação é preciso realizar uma nova pesquisa exploratória. E, também, separei estes profissionais em mais duas categorias: com especialidade (sim) e sem especialidade (não). Dessa forma, podemos observar no Gráfico híbrido 1 que quanto mais anos de experiência o tradutor possui menor é a chance de ele não possuir uma área de especialidade, pois ao longo dos anos essa é a tendência entre esses profissionais.



A pergunta 6 foi elaborada com o intuito de não restringir a pesquisa somente à minha visão de mundo, e do que eu entendo como contra os meus valores e a minha ética. A ideia era que os profissionais se sentissem livres e expusessem a sua visão de forma a contribuir para um amplo entendimento dessa questão.

Na Tabela 2 podemos encontrar relatos das reações inesperadas dos colegas ao se deparar com um material sensível, e em 6 dos 12 relatos (informantes 2, 4, 5, 6, 8 e 10), e na Tabela 3, em 2 dos 4 relatos (informantes 2 e 3), podemos encontrar informações que deixam claro que houve algum impacto psicológico, em comparação com um relato e sua avaliação segundo Tuacek (2009, p. 5):

O convívio cotidiano, intenso e prolongado com os usuários, tal como ocorre com as equipes do PSF, provoca um impacto nesses trabalhadores. Esse convívio humaniza o trabalho e permite uma visão crítica em relação aos usuários e seu contexto de vida, porém provoca um forte impacto psicológico, que se expressa na impotência vivenciada frente a situações de extrema penúria material: “A gente não estava preparada para agüentar, entender, orientar os problemas. Você entra na casa, vê toda a miséria, ouve todos aqueles problemas e não sabe por onde começar. Você tem que trabalhar tudo... a gente tenta”.

O contexto de vida das comunidades atendidas pelo PSF expuseram seus trabalhadores à violência social cotidiana, pois eles testemunharam, diretamente, situações de agressões e, indiretamente, a miséria intensa. Os trabalhadores viram-se diante de situações que envolviam conflitos e violências que lhes causavam dilemas éticos quanto à intervenção adequada a cada situação.

O Gráfico 11 e a Tabela 4 tratam sobre a questão da utilização ou não de estratégias para realizar a tradução desses textos sensíveis. Para analisar esses dados, trabalhei com o mesmo conceito de Tuacek em relação à criação de estratégias e seus fins (2009, p. 05):

Para minimizar tal exposição à violência, os agentes comunitários de saúde estabelecem estratégias de defesa, tanto individuais quanto coletivas, que lhes permitem lidar com situações de risco a partir da produção de uma rede de proteção e solidariedade na comunidade. Desenvolvem a astúcia necessária para criar formas que permitam a realização do trabalho.

As estratégias que utilizei durante a tradução do Caso mencionado foram: fazer pausas; traduzir outras partes do mesmo material que não continham texto sensível; e, revisar outra parte da referida tradução. Ao analisar os relatos dos colegas na Tabela 4, podemos encontrar estratégias semelhantes e interessantes de proteção psicológica, que podem auxiliar outros colegas e auxiliar também na discussão sobre o tradutor como ser humano.

Há duas opções, a primeira, segundo a qual é possível recusar trabalhos que vão contra nossas convicções e aos quais não queremos que nosso nome

seja vinculado, conforme sugerido por alguns colegas; e a segunda, que podemos aceitar realizá-los (sempre frisando, dentro do que cada um acredita ser aceitável) e utilizar alguns dos métodos citados para minimizar os efeitos negativos que esses materiais podem provocar no tradutor. Esses métodos são importantes principalmente em casos de reações inesperadas, conforme tratamos nos questionários.

Por fim, gostaria de esclarecer que este questionário também possuía o intuito de gerar uma reflexão acerca dos aspectos abordados, e se possível, gerar uma discussão fora do meio acadêmico, pois nem sempre os colegas tradutores e revisores acessam com frequência ambientes acadêmicos de forma presencial e virtual.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização deste projeto foi impulsionada pela vontade da autora em apresentar uma nova abordagem sobre a tradução como trabalho e do tradutor como ser humano, ou seja, se a área de tradução é afetada, assim como em outras profissões, pelo caráter violento em seu material de trabalho, e de que forma essa afetação influencia no resultado final da tradução.

Conforme foi dito ao decorrer do trabalho, este trabalho possui caráter exploratório, em um campo de estudo em que existem poucos materiais de consulta, visando, assim, a contribuir para o início de uma discussão nesse novo campo de estudos. E, devido ao pouco tempo para explorar mais profundamente certos pontos que surgiram dos resultados desta pesquisa, planejo continuá-la e aprofundá-la em próximos trabalhos.

Assim, retomando o percurso inicial até aqui, a introdução apresentou o motivo da escolha do tema explorado neste projeto, bem como ressalta a importância de se analisar uma experiência real de trabalho, tendo em vista que são muito poucas as chances de avaliação desse tipo de contexto na área de tradução, e também iniciou os pontos de discussão abordados ao longo do material.

Na fase seguinte foi iniciado o processo de contextualização e fundamentação teórica, no qual busquei explicar detalhadamente sobre o sistema político brasileiro, sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sobre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para então descrever como o acordo entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a CIDH foi firmado, dado muito importante que complementa o meu relato sobre a experiência de estágio no CNJ e também para compreender o conteúdo da sentença traduzida. A fundamentação teórica também é uma parte importantíssima desse projeto, pois foi com base no artigo de Tuacek que baseei toda a minha pesquisa e também a metodologia utilizada e a análise dos dados obtidos, tendo em vista que esse tipo de material é inédito na área de tradução.

Na última fase deste trabalho, apresentei os dados coletados referentes a dois questionários aplicados a tradutores e revisores, bem como, a meus colegas de trabalho do CNJ, resultados estes que considero primordiais na discussão que procurei iniciar. Pode-se visualizar com sucesso que os

profissionais da área de tradução também podem ser afetados e passar por sofrimento psíquico em relação ao seu material de trabalho, e que também há formas de se proteger e minimizar esse sofrimento, principalmente quando ele se apresenta de forma inesperada.

É possível, assim, considerar que o objetivo geral deste trabalho foi alcançado com sucesso, uma vez que foi detectada a afetação à saúde psíquica dos profissionais de tradução, como o sentimento de tristeza e o sofrimento relatado no material pode provocar um profundo sofrimento nos tradutores. Algumas vezes até pode causar a sensação de impotência diante dos fatos relatados, questionando-se até que ponto essa afetação influencia no trabalho do tradutor, como, por exemplo, pela necessidade de aumento do prazo para entrega do material, recusa de trabalhos e uso de diversas estratégias fornecidas pelos colegas e discutidas. Também podemos considerar que os objetivos específicos foram alcançados com sucesso, pois se estabeleceu uma discussão introdutória e exploratória sobre a sensibilidade do tradutor, sobre as implicações de se trabalhar com este tipo de material e por último, sobre as estratégias desenvolvidas pelos profissionais de tradução. Dentre as estratégias citadas encontramos algumas que se destacam, como, a de reinterpretar o material de forma humorada e a consistente em intercalar a tradução do material com conteúdo sensível com outras traduções com conteúdo distintos. É importante ressaltar que textos com conteúdo sensível muitas vezes podem demandar mais tempo para sua conclusão, conforme citado nos relatos de alguns colegas.

Por fim, este projeto poderá servir de início para novas discussões sobre o entendimento do tradutor como pessoa, pela autora em próximos projetos, e também pelos alunos na Universidade de Brasília e outras universidades, tendo em vista as inúmeras possibilidades de pesquisa nesse campo ainda pouco explorado dos Estudos da Tradução.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROLEZZI, Antônio Carlos. Empatia em Vygotsky. **Dialogia**, São Paulo, n. 20, p. 153-166, jul./dez. 2014.

DE ANDRADE STUPIELLO, Érika Nogueira. O ideal e o real no ensino universitário da tradução. **Cadernos de tradução**, v. 1, n. 17, p. 129-139, 2008.

DO CARMO, Cláudio Márcio. Implicações socioculturais e ideológicas da tradução de textos sensíveis: reflexões a partir do pai nosso e suas múltiplas possibilidades de leitura. **Linguagem em (Dis) curso**, v. 11, n. 1, p. 127-148, 2011.

NORD, Christiane. El funcionalismo en la enseñanza de traducción. **Mutatis Mutandis**, v. 2, n. 2, p. 209-243, 2009.

MARTINS, Marcia do Amaral Peixoto. As contribuições de André Lefevere e Lawrence Venuti para a teoria da tradução. **Cadernos de Letras**, p. 59-72, 2010.

MELLO, Heloísa Augusta Brito de. Examinando a relação L1-L2 na pedagogia de ensino de ESL. **Revista Brasileira de Linguística Aplicada**, v. 5, n. 1, p. 161-184, 2005.

PUPP SPINASSÉ, Karen. Os conceitos Língua Materna, Segunda Língua e Língua Estrangeira e os falantes de línguas alóctones minoritárias no Sul do Brasil. **Contingentia. Porto Alegre. Vol. 1, n. 1 (nov. 2006), p. 1-8**, 2006.

TUACEK, Tatiana Amodeo. Repercussões da violência na saúde mental de trabalhadores do Programa Saúde da Família. **educação**, v. 13, p. 15, 2009.

Sites:

Definição da palavra “república”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=rep%C3%ABlica>. Acessado em 15/06/2017.

Definição da palavra “federativa”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=jz3o>. Acessado em 15/06/2017.

Definição da palavra “presidencialismo”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=5Bo3n>. Acessado em 15/06/2017.

O Poder Executivo. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2010/11/o-poder-executivo>. Acessado em 15/06/2017.

O papel do Poder Legislativo. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/o-papel-do-poder-legislativo>. Acessado em 15/06/2017.

Conheça os órgãos que formam o Poder Judiciário. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/conheca-os-orgaos-que-formam-o-poder-judiciario>. Acessado em 15/

ANEXO I

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR¹⁷

SENTENÇA DE 1º DE SETEMBRO DE 2015 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No caso *Gonzales Lluy e Outros*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “este Tribunal”), composta pelos seguintes Juízes:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;

Roberto F. Caldas, Vice-Presidente;

Manuel E. Ventura Robles, Juiz;

Diego García-Sayán, Juiz;

Alberto Pérez Pérez, Juiz

Eduardo Vio Grossi, Juiz; e

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz;

Presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário; e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

Em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “a Convenção Americana” ou “a Convenção”), e os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante “o Regulamento” ou “Regulamento da Corte”), exara a presente Sentença, que se estrutura na seguinte ordem:

¹⁷ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o presente caso com o nome “TGGL e Família Vs. Equador”. A Comissão determinou a reserva de identidade da suposta vítima por se tratar de uma criança, assim como, a reserva da identidade da mãe de Talía e dos doadores de sangue. Ao apresentar o escrito de petições e argumentos, os representantes informaram que Talía Gabriela Gonzales Lluy, por ser maior de idade, decidiu não manter sua identidade sob reserva. Da mesma forma, informaram que o nome da mãe de Talía era Teresa Lluy. Levando em consideração esta decisão das supostas vítimas e a denominação que teve o caso durante o trâmite perante a Comissão, a nova denominação do presente caso passa a ser “Gonzales Lluy e Outros Vs. Equador”.

I

Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia

1. *O caso submetido à Corte.* Em 18 de março de 2014, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana, e o artigo 35 do Regulamento da Corte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”), submeteu à Corte o caso *TGGL e Família Vs. Equador* (doravante “o Estado” ou “Equador”). O caso relaciona-se com a suposta responsabilidade internacional do Estado pela afetação à vida digna e à integridade pessoal de Talía Gabriela Gonzales Lluy (doravante “Talía”), “como consequência do contágio por HIV após uma transfusão de sangue realizada [...] quando tinha três anos de idade”. De acordo com a Comissão, o Estado não cumpriu adequadamente o dever de garantia, especificamente, “seu papel de supervisão e fiscalização frente a entidades privadas que prestam serviços de saúde”. Dessa forma, a Comissão concluiu que a falta de resposta adequada por parte do Estado, principalmente a omissão de assistência médica especializada, continuou afetando o exercício dos direitos da suposta vítima; e considerou que a investigação e o processo penal interno não cumpriram com os padrões mínimos da devida diligência para oferecer um recurso efetivo à suposta vítima e seus familiares, Teresa e Iván Lluy, descumprindo, assim, com o dever de especial proteção frente a Talía Gonzales Lluy em sua qualidade de criança.

2. *Trâmite perante a Comissão.* O trâmite do caso perante a Comissão Interamericana foi o seguinte:

a) *Petição.* Em 26 de junho de 2006, a Comissão Interamericana recebeu a petição inicial apresentada por Iván Patricio Durazno Campoverde.

b) *Relatório de admissibilidade.* Em 27 de agosto de 2009, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 89/09 (doravante “Relatório de Admissibilidade”).

c) *Relatório de Mérito*. Em 5 de novembro de 2013, a Comissão emitiu o Relatório de Mérito nº 102/13, em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana (doravante “Relatório de Mérito”).

i) *Conclusões*. A Comissão concluiu que o Estado era responsável pela violação dos direitos à vida digna, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do referido instrumento internacional, assim como, pela violação transversal do artigo 19 da Convenção. Dessa forma, concluiu que o Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade psíquica e moral, às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos no artigo 5, 8 e 25 da Convenção Americana em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento da mãe e do irmão de Talía.

ii) *Recomendações*. Como consequência, a Comissão apresentou ao Estado uma série de recomendações:

1. reparar integralmente à [Talía] e a sua mãe pelas violações de direitos humanos declaradas no [referido] relatório, incluindo tanto o aspecto material quanto imaterial.
2. prover, em consulta à [Talía], de maneira imediata e permanente, o tratamento médico especializado necessário.
3. prover, em consulta à [Talía], a educação primária, intermediária e superior, de maneira gratuita.
4. realizar uma investigação completa e efetiva das violações de direitos humanos declaradas no presente relatório.
5. disponibilizar mecanismos de não repetição que incluam: i) a implementação de mecanismos sérios e efetivos de supervisão e fiscalização periódica do funcionamento e sistemas de registro dos Bancos de Sangue que operam no Equador, tanto os privados quanto os públicos; ii) a implementação de mecanismos sérios e efetivos de supervisão e fiscalização periódica dos hospitais públicos e privados, a fim de assegurar que em seu funcionamento contem com as salvaguardas necessárias para verificar a segurança dos produtos sanguíneos que se utilizam nas atividades de transfusão; iii) a implementação de programas de capacitação para os funcionários dos Bancos de Sangue que operam no Equador, a fim de assegurar que exerçam suas funções de maneira compatível com os padrões técnicos mínimos de segurança reconhecidos internacionalmente; e iv) o fornecimento de tratamento e atenção à saúde gratuita às crianças com HIV que não possuem recursos.

d) *Notificação ao Estado*. O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado, mediante comunicação de 18 de novembro de 2013, na qual foi outorgado um

prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. O Estado não apresentou observações ao Relatório de Mérito prévio à submissão do caso à Corte.

3. *Submissão à Corte.* Em 18 de março de 2014, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte, “pela necessidade de obtenção de justiça”, a totalidade dos fatos e as violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito¹⁸.

4. *Solicitações da Comissão Interamericana.* Com base no exposto, a Comissão Interamericana solicitou a este Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Equador pelas violações contidas no Relatório de Mérito e que ordenasse ao Estado, como medidas de reparação, as recomendações inclusas no referido relatório (par. 2 *supra*).

II

Procedimento perante a Corte

5. *Notificação ao Estado e aos representantes.* A submissão do caso por parte da Comissão foi notificada ao Estado e às supostas vítimas, em 17 de abril e 7 de maio de 2014, respectivamente.

6. *Escrito de petições, argumentos e provas.* Em 10 de julho de 2014, os representantes das supostas vítimas¹⁹ (doravante “os representantes”) apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante “escritos de petições e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento da Corte. Ademais, as supostas vítimas solicitaram recorrer ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas da Corte Interamericana (doravante “Fundo de Assistência”).

7. *Escrito de contestação.* Em 2 de setembro de 2014, o Estado apresentou perante a Corte seu escrito de interposição de exceções preliminares, contestação à submissão do caso e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante “escrito de contestação”)²⁰. O Estado interpôs duas exceções preliminares e se opôs às violações alegadas.

8. *Fundo de Assistência.* Mediante Resolução de 7 de outubro de 2014, o Presidente deste Tribunal declarou procedente a solicitação interposta pelas

¹⁸ A Comissão Interamericana designou como delegados a Comissionada Rose-Marie Belle Antoine e o Secretário Executivo Emilio Álvarez Icaza, e, como assessoras legais, a Secretária Executiva Adjunta Elizabeth Abi-Mershed, e a advogada da Secretaria Executiva Silvia Serrano Guzmán.

¹⁹ Os representantes das supostas vítimas, durante o trâmite do caso perante a Corte, foram os senhores Ramiro Ávila Santamaría e Gustavo Quíto Mendieta.

²⁰ O Estado designou como agente titular o senhor Erick Roberts Garcés, Diretor Geral Nacional de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado; e como agentes alternos os senhores Alonso Fonseca Garcés e Carlos Espín Arias.

supostas vítimas, por meio de seus representantes, para recorrer ao Fundo de Assistência, e aprovou que se outorgasse a assistência financeira necessária para a apresentação de no máximo três declarações e duas perícias, e o comparecimento de um representante na audiência pública.

9. *Observações às exceções preliminares.* Mediante os escritos recebidos em 2 e 11 de outubro de 2014, os representantes e a Comissão apresentaram suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado e solicitaram que fossem rejeitadas.

10. *Audiência pública.* Mediante Resolução de 12 de janeiro de 2015²¹, o Presidente convocou as partes para uma audiência pública para receber suas alegações e eventuais observações orais finais sobre as exceções preliminares, o mérito, a reparação e as custas, assim como, para receber a declaração de uma suposta vítima, proposta pelos representantes, e de três peritos propostos pela Comissão, pelos representantes²² e pelo Estado, respectivamente. Dessa forma, mediante a referida Resolução foi ordenado receber as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) de duas supostas vítimas propostas pelos representantes, duas testemunhas propostas pelos representantes, dois peritos propostos pela Comissão, oito peritos propostos pelos representantes e dezesseis peritos propostos pelo Estado. A audiência pública²³ foi realizada nos dias 20 e 21 de abril de 2015 durante o 52º Período Extraordinário de Sessões na cidade de Cartagena, Colômbia. No curso da referida audiência, os Juízes da Corte solicitaram determinada informação e documentação adicional às partes, para que fossem submetidas junto com suas alegações e observações finais escritas, respectivamente.

²¹ Cf. *Caso Gonzales Lluy (TGGL) e família Vs. Equador*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/gonzaleslluy_12_01_15.pdf.

²² Em 29 de janeiro de 2015, os representantes informaram que o perito Jorge Vicente Paladines, convocado para prestar declaração em audiência pública, apresentou sua escusa por razões de força maior. Por isso, solicitaram que fosse permitido o comparecimento de outro perito dos propostos. Após o Presidente da Corte ter solicitado ao Estado e à Comissão observações a respeito da referida solicitação, mediante a Resolução de 11 de fevereiro de 2015, foi resolvido convocar o perito Julio César Trujillo para a audiência pública, pela similaridade entre o objeto de sua perícia e do perito Paladines. Cf. *Caso Gonzales Lluy (TGGL) e família Vs. Equador*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 11 de fevereiro de 2015. Disponível, em espanhol, em http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/gonzaleslluy_11_02_15.pdf.

²³ Assistiram à audiência pública as seguintes pessoas: a) pela Comissão Interamericana: Rose-Marie Belle Antoine, Presidenta; Silvia Serrano Guzmán, advogada da Secretaria Executiva, e Jorge H. Meza Flores, advogado da Secretaria Executiva; b) pela representação das supostas vítimas: Ramiro Ávila Santamaría, representante; e c) pelo Estado do Equador: Erick Roberts Garcés, Agente; Alonso Fonseca Garcés, Agente Assistente; Juan Carlos Álvarez, advogado; María Verónica Espinosa, Subsecretária Nacional de Governança da Saúde, e Nadia Ruiz, delegada do Ministério de Relações Exteriores e Mobilidade Humana.

11. *Amici curiae*. Este Tribunal recebeu 17 escritos, na qualidade de *amici curiae*, apresentados por: 1) José Paul Heraldo Gallardo Echeverría; 2) Ximena Casas Isaza, Viviana Bohórquez Monsalve, Ariadna Tovar Martínez, Ma. José Barajas de la Vega e Susana Chávez Alvarado, em representação do Consórcio Latino-Americano contra o Aborto Inseguro (CLACAI)²⁴; 3) Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade (Dejusticia)²⁵; 4) Fundação Regional de Assessoria em Direitos Humanos (INREDH)²⁶; 5) Judith Salgado Álvarez²⁷; 6) Programa de Ação pela Igualdade e pela Inclusão Social²⁸; 7) María Dolores Miño Buitrón, Diretora Jurídica do Coletivo de Advogados *Human Rights for All*; 8) NaTalía Torres Zuñiga; 9) Víctor Abramovich e Julieta Rossi²⁹; 10) Mónica Arango Olaya, Diretora para a América Latina e o Caribe do Centro de Direitos Reprodutivos, e Catalina Martínez Coral, Gerente Regional desse Centro; 11) Clínica Jurídica de Interesse Público da Faculdade de Direito da Universidade de Palermo³⁰; 12) ELEMENTA Consultoria em Direitos³¹; 13) Laura Pautassi, Laura Elisa Pérez e Flavia Piovesan³²; 14) Associação Civil pela Igualdade e pela Justiça (ACIJ), subscrito por Dalile Antunez, **Codiretora** da mencionada Associação; 15) Alguns Docentes da Pontífice Universidade Católica do Equador, sede Ambato, Escola de Jurisprudência³³; 16) Defensoria do Povo do Equador³⁴; e 17) Siro L. De Martini, Diretor do Centro de Investigação sobre Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, da Faculdade de Direitos, da Pontífice Universidade Católica da Argentina (UCA), e Ludovic Hennebel, Diretor da **Clinique de Droit International Des Droits de L' Homme de**

²⁴ Ximena Casas Isaza é Coordenadora da Rede Jurídica de CLACAI, Viviana Bohórquez Monsalve Advogada da Rede Jurídica de CLACAI, Ariadna Tovar Martínez é Diretora Regional de *Women's Link Worldwide* e membro da Rede Jurídica de CLACAI, Ma. José Barajas de la Vega é Advogada membro da Rede Jurídica de CLACAI e Susana Chávez Alvarado é Secretária Executiva da Rede Jurídica de CLACAI.

²⁵ Subscrito por César Rodríguez Garavito e Celeste Kauffman, diretor e investigadora de Dejusticia.

²⁶ Escrito apresentado Beatriz Villarreal, Presidente de INREDH.

²⁷ Docente da Universidade Andina Simón Bolívar e da Pontífice Universidade Católica do Equador.

²⁸ Subscrito por Andrea Parra, Diretora do Programa de Ação pela Igualdade e a Inclusão Social (PAIIS) da Faculdade de Direito da Universidade dos Andes, Colômbia, Juan David Camacho, Assessor Jurídico do referido programa, assim como, Lina Rocío Cala e Paula Lorena Mora, estudantes adscritas ao PAIIS.

²⁹ Professor e professora tanto da Universidade de Buenos Aires (UBA) quanto da Universidade Nacional de Lanús (UNLa).

³⁰ Subscrito por Ezequiel Nino y Agustina Ramón Michel, Coordenador Geral e Co-coordenadora respectivamente da Clínica Jurídica da Universidade de Palermo, assim como, Karina G. Carpintero, Juan Ignacio Santos e Elma Mansilla, integrantes da mencionada Clínica.

³¹ Subscrito por Adriana Muro Polo e Manuela Piza Caballero.

³² Integrantes do Grupo de Trabalho para analisar os relatórios nacionais previstos no Protocolo de San Salvador.

³³ Subscrito por Edgar Santiago Morales Morales, María Fernanda San Lucas Solórzano e Luis Fernando Suárez Probaño, como docentes da Mencionada Universidade, assim como Carolina Romero Córdova.

³⁴ Subscrito por Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor do Povo do Equador; Patricio Benaleázar, Adjunto de Direitos Humanos e da Natureza; e, José Luis Guerra Mayorgan, Diretor Geral Tutelar, todos da mencionada Defensoria. Além disso, subscrito por Pablo Campa, como subrogante do Diretor de Direitos do Buen Vivir.

Aix-Marseille Université (Clínica de Direito Internacional dos Direitos do Homem da Universidade de Aix-Marseille), França³⁵.

12. *Alegações e observações finais escritas.* Em 20 e 21 de maio de 2015, as partes e a Comissão apresentaram suas alegações e observações finais escritas, respectivamente. O Estado e os representantes submeteram diversos documentos junto com seus escritos. Em 1º e 5 de junho de 2015 as partes e a Comissão, respectivamente, apresentaram suas observações aos anexos às alegações finais escritas submetidos pelas partes, assim como, às respostas às perguntas formuladas pelos juízes da Corte na audiência pública.

13. *Prova superveniente e prova para melhor deliberar.* Em 14 de julho de 2015, o Presidente da Corte solicitou ao Estado, como prova para melhor deliberar, o “Manual para Bancos e Depósitos de Sangue e Serviços de Transfusão”, mencionado no parecer emitido pela Promotoria, que interveio no processo penal do presente caso. O referido documento foi enviado em 20 de julho de 2015.

14. *Solicitação de medidas provisórias.* Em 16 de julho de 2015, os representantes solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de medidas provisórias para assegurar a atenção imediata à saúde de Talía Gonzales Lluy, incluindo a possibilidade de recorrer a serviços privados e de receber a medicação adequada para sua saúde, devido ao agravamento de sua condição. Em 23 de julho de 2015, o Estado e a Comissão apresentaram suas observações. Em 28 de julho e em 5, 12, 27 e 31 de agosto de 2015 as partes apresentaram informações adicionais, em relação a esta solicitação de medidas provisórias.

15. *Deliberação do presente caso.* – A Corte iniciou a deliberação da presente Sentença em 26 de agosto de 2015.

III

Competência

16. A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, tendo em vista que o Equador é Estado Parte na

³⁵ Subscrito por também Rolando Gialdino como Coordenador do *amicus curiae* e Karina G. Carpintero, Belen E. Donzelli y Magdalena I. García Rossi como membros e investigadoras da UCA.

Convenção Americana desde 28 de dezembro de 1977, e reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte em 24 de julho de 1984.

IV

Exceção Preliminar

17. Em seu escrito de contestação, o Equador apresentou dois argumentos que denominou como exceções preliminares, em relação a: i) a alegada competência parcial do Tribunal para tratar de fatos alheios ao marco fático e supostas violações a direitos fora das estabelecidas pela Comissão em seus relatórios; e ii) a alegada falta de esgotamento de recursos internos.

18. A Corte considerará como exceções preliminares unicamente aqueles argumentos que tenham ou poderiam ter exclusivamente esta natureza atendendo a seu conteúdo e finalidade, isto é, que ao serem resolvidos favoravelmente impediriam a continuação do processo ou do pronunciamento sobre o mérito³⁶. Foi critério reiterado da Corte que através de uma exceção preliminar se apresentem objeções relacionadas à admissibilidade de um caso ou da competência da Corte para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar³⁷. Por isso, independentemente de que o Estado defina um enfoque como “exceção preliminar”, se ao analisar estes enfoques se torna necessário considerar previamente o mérito do caso, estes perderiam seu caráter preliminar e não poderiam ser analisados como uma exceção preliminar³⁸.

19. Sob os critérios expostos, a Corte considera que o argumento apresentado como exceção preliminar relacionado à suposta incompetência parcial deste Tribunal para tratar direitos alheios ao marco fático do caso e supostas violações a direitos fora das estabelecidas pela Comissão em seus relatórios, não se relaciona com a questão de admissibilidade ou competência deste Tribunal³⁹. Portanto, estes aspectos serão analisados no capítulo

³⁶ Cf. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C, nº 213, par. 35.

³⁷ Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C, nº 67, par. 34; e *Caso Defensor de Direitos Humanos e Outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C, nº 283, par. 15.

³⁸ Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C, nº 184, par. 39; e *Caso Defensor de Direitos Humanos e Outros Vs. Guatemala*, par. 15.

³⁹ Em sentido similar, *Caso Tarazona Arrieta e Outros Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de outubro de 2014. Série C, nº 286, par. 18.

seguinte, relativo às considerações prévias⁴⁰ ao se referir ao marco fático do caso.

20. Sem prejuízo do anterior, este Tribunal resolverá a seguir a exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos interposta pelo Estado equatoriano.

A. Alegada falta de esgotamento de recursos internos

Alegações do Estado e observações da Comissão e dos representantes

21. O **Estado** aduziu que a Comissão “em seu relatório de admissibilidade recorreu à posição do Estado, com relação à petição apresentada pelas supostas vítimas [no que se refere] à falta de **tentar** recursos internos como a rejeição de magistrados, a ação indenizatória por dano moral e o recurso de cassação, em matéria penal”. O Estado ressaltou, ademais, que a peticionária cometeu dois erros dentro dos litígios internos que não são imputáveis ao Estado, a saber, não apelar a ação de amparo constitucional e não exercer o direito de se apresentar como acusadora particular.

22. O Estado alegou, ademais, que embora estivesse prevista a prejudicialidade de matéria penal a civil, esta não se registra para demandar por dano moral, para o qual existe uma ação que não foi **apresentada** e cuja finalidade era entregar uma reparação devido a um dano imaterial, como tem sido alegado perante a Corte. De igual modo, argumentou que a decisão do trâmite N.012-2000 de amparo constitucional, que não foi favorável às supostas vítimas, não foi apelada em que **pese a** regra de dupla instância que mantém o Estado equatoriano, inação processual pela qual a sentença tornou-se transitada em julgado. De acordo com o Estado, o amparo constitucional tinha desde seu projeto a possibilidade de cessar, suspender ou remediar imediatamente a violação de direitos constitucionais, podendo ser processada em qualquer uma de suas duas instâncias, isto é, “a apelação como recurso, era idônea para prevenir qualquer suposta violação do direito, mas não foi interposta”.

23. Ademais, o Estado argumentou que “existiu inatividade das supostas vítimas no trâmite da causa penal, a ponto que, não apresentaram sua acusação particular no tempo pertinente, situação que teve como efeito

⁴⁰ Cf. *Caso Mendoza e Outros Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C, nº 260, par. 25; e *Caso Defensor de Direitos Humanos e Outros Vs. Guatemala*, par. 15.

processual não ser considerado como parte de uma causa, [o que] não é imputável ao Estado”. Por fim, alegou que “ao não aceitar [a Corte a exceção preliminar de falta de] esgotamento de recursos internos, deverá aceitar como exceções parciais, e não se pronunciar sobre as supostas violações aos artigos 2, 24 e 26 da Convenção ou as normas do Protocolo [Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante “Protocolo de San Salvador”)] já que se violaria o direito à defesa do Estado ao não haver sido tratados tais direitos nas fases de admissibilidade ou mérito perante a Comissão.

24. No Relatório de Mérito, a **Comissão** afirmou que na etapa de admissibilidade o Estado alegou que não se esgotaram os recursos internos, aspecto que foi analisado no Relatório de Admissibilidade. Em suas observações às exceções preliminares, a Comissão indicou que “os argumentos apresentados perante a Comissão não coincidem em sua integridade com os argumentos apresentados perante a Corte”. Particularmente, assinalou que na etapa de admissibilidade o Estado não fez referência à apelação no âmbito da ação de amparo constitucional pelo que o referido componente da exceção preliminar deveria ser descartado como intempestivo.

25. Igualmente, a Comissão lembrou que mediante seu relatório de admissibilidade 89/09 se pronunciou sobre os requisitos de admissibilidade estabelecidos na Convenção Americana. Neste a Comissão recapitulou que os petionários colocaram a conhecimento do Estado o contágio de HIV em detrimento de Talía, através da ação penal e da civil por danos e prejuízos, através das quais o Estado possuía a oportunidade de remediar a situação, o que não ocorreu no presente caso. Pelo contrário, a ação penal prescreveu sem que se estabelecesse responsabilidade alguma, enquanto o processo no âmbito da ação civil foi declarado nulo devido a prescrição penal. Neste sentido, a Comissão considerou que os recursos internos foram esgotados por ambas vias.

26. Os **representantes** afirmaram que o Estado “exige esgotar vias que houvessem atrasado os juízos ou vias que não foram criadas para proteger direitos fundamentais [e que] são inadequadas”. De acordo com os representantes “a ação adequada e que estava ao alcance das pessoas era o

amparo constitucional e a ação penal que possuía reparação civil, se é foi efetiva, e que foram esgotadas”. Por fim, assinalou que “as ações previstas pelo sistema jurídico equatoriano são simplesmente ineficazes e as sugeridas pelo Estado são inadequadas”.

Considerações da Corte

27. O artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que para determinar admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotado os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional reconhecidos amplamente. Neste sentido, a Corte sustentou que uma objeção ao exercício de sua jurisdição baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos deve ser apresentada no momento processual oportuno, isto é, durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão⁴¹.

28. Portanto, o Estado deve determinar claramente perante a Comissão durante a referida etapa do trâmite do caso os recursos que, a seu critério, ainda não se esgotaram. O anterior se encontra relacionado com a necessidade de salvaguardar o princípio de igualdade processual entre as partes que deve reger todo o processo perante o sistema interamericano. Como a Corte estabeleceu de maneira reiterada, não é tarefa deste Tribunal, nem da Comissão, identificar *ex officio* quais são os recursos internos pendentes de esgotamento, em razão de que não compete aos órgãos internacionais corrigir a falta de precisão das alegações do Estado. Dessa forma, os argumentos que formam o conteúdo da exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão durante a etapa de admissibilidade devem corresponder a aqueles esgrimidos perante a Corte⁴².

29. A este respeito, é possível advertir que a exceção apresentada foi interposta durante a etapa de admissibilidade perante a Comissão. Na referida oportunidade, o Estado alegou que os peticionários realizaram a acusação particular no processo penal intempestivamente, não apresentaram um recurso de cassação ou uma nova ação civil referente ao processo civil que foi objeto

⁴¹ Cf. *Caso Argüelles e Outros Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C, nº 288, par. 42.

⁴² Cf. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C, nº 284, par. 21.

de nulidade, não fizeram uso do recurso de rejeição contra os juízes ou magistrados que conheciam a causa nem da ação de danos e prejuízos contra estes, da ação indenizatória por dano moral contra o Estado, não fizeram uso do recurso de cassação no processo penal.

30. Por outro lado, dentro do procedimento perante a Corte o Estado alegou, ademais, que os peticionários não apelaram a ação de amparo constitucional. Neste sentido, a Corte reitera que o momento processual oportuno para especificar os recursos que o Estado alega que se encontravam pendentes de esgotamento era dentro do procedimento perante a Comissão. Por isso, as manifestações realizadas pelo Estado perante esta Corte referente aos recursos internos no processo de amparo constitucional são consideradas intempestivas.

31. Em relação aos demais recursos alegados pelo Estado, este Tribunal relembra que é preciso que o Estado não somente especifique os recursos internos que ainda não foram esgotados, mas sim demonstrar que estes se encontravam disponíveis e eram adequados, idôneos e efetivos⁴³. Em relação aos recursos de rejeição de juízes e magistrados, e danos e prejuízos contra estes; e a ação de cassação, como se encontrava regulamentada na normativa penal e civil equatoriana, a Corte considera que, por sua natureza, no caso concreto não resultam adequados nem efetivos para a determinação de responsabilidade pelos fatos que rodearam o contágio de Talía do vírus HIV, nem para determinar uma reparação adequada.

32. Em relação a ação indenizatória por dano moral em matéria civil, como foi assinalado pela Comissão no Relatório de Admissibilidade, este Tribunal destaca que esta não resultava adequadas para obter uma indenização pela totalidade dos danos ocorridos a Talía Gonzales Lluy. Por fim, a respeito da acusação particular em matéria penal, a Corte nota que a acusação particular não constituía, no presente caso, um recurso que as supostas vítimas deveriam esgotar, entretanto, a conduta investigada no processo penal se encontrava tipificada no Código Penal equatoriano como um delito de ação pública **acompanhado** de ofício, e no caso concreto os peticionários colocaram a

⁴³ Cf. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e Outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C, nº 281, par. 29.

conhecimento do Estado o contágio de Talía Gonzales Lluy através da ação penal.

33. Como consequência, a Corte desconsidera a exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos apresentada pelo Estado.

V

Considerações Prévias

A. Sobre o marco fático do presente caso e supostas violações a direitos fora das estabelecidas pela Comissão em seus relatórios

Argumento da Comissão e das partes

34. O **Estado** alegou que, em virtude dos artigos 40.2.b e 44.1 do Regulamento da Corte, se deduz que “os casos de conhecimento da Corte estão constituídos exclusivamente pelos fatos e direitos discutidos perante a [Comissão] e recorridos em seus relatórios”. Deste modo, argumentou que “nada foi dito sobre as supostas violações específicas à igualdade perante a lei, falta de normativa interna ou [...] sobre a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais”, mas sim que unicamente faz menção a situações supostamente contextuais. Conforme o Equador, é por isso que a Comissão não declarou em seu Relatório de Mérito a suposta violação dos artigos 2, 24 e 26 da Convenção Americana, e considerou que seria improcedente uma análise de mérito de direitos correlatos “que não formaram parte do marco fático da origem do caso”. Em virtude disso, solicitou que a Corte não conheça sobre a suposta violação dos referidos artigos, se fundamentando na impossibilidade de mudar a base fática e os direitos discutidos no Relatório de Mérito.

35. Os **representantes** consideraram que o direito à educação foi claramente mencionado nos parágrafos 43 e 188 do Relatório de Mérito, assim como, a análise do artigo 19, no qual consta que a suposta vítima foi impedida de estudar na escola primária devido a sua enfermidade. Do mesmo modo, ressaltaram que dentro do expediente perante a Comissão, submetido à Corte junto à submissão do caso, foi apresentada a ação de amparo constitucional que supostamente negou a tutela efetiva à educação de Talía Gonzales Lluy. Dessa forma, assinalaram que as supostas vítimas usufruem de plena autonomia para indicar a violação de outros direitos distintos aos

compreendidos no relatório de Mérito, sempre que se atenham aos fatos contidos no referido; logo, a nova alegação de direitos supostamente violados “se enquadra nos requisitos estabelecidos pela Corte [...] e, portanto, deveriam ser admitidos”.

36. A **Comissão** ressaltou que os argumentos do Estado possuem o caráter de controvérsia do mérito, por constituírem, como tais, uma objeção da administração do caso ou da competência do Tribunal para conhecê-lo que tivesse o caráter de exceção preliminar. Assinalou que os fatos referentes ao direito à educação e à **não** discriminação e denegação de justiça se encontram compreendidos dentro do marco fático do Relatório de Mérito, no qual é feita referência explícita à suposta discriminação sofrida por Talía Gonzales Lluy em diversos aspectos, incluindo o educativo. Dessa forma, notou que o Estado “não deu resposta alguma durante toda a etapa de mérito” do caso perante a Comissão, o que constituiu “um fator limitante” para a construção do marco fático. Ademais, ressaltou que perante a Corte existe informação mais detalhada, existindo os elementos necessários para se pronunciar sobre a eventual violação do direito à educação.

Considerações da Corte

37. Este Tribunal reitera que o marco fático do processo perante a Corte se encontra constituído pelos fatos contidos no relatório de Mérito submetido a sua consideração. Como consequência, não é admissível que as partes aleguem novos fatos distintos aos contidos no referido informe, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que tenham sido mencionados no mesmo e tenham sido submetidos a consideração da Corte⁴⁴. A exceção a este princípio são os fatos qualificados como supervenientes ou quando se tenha conhecimento de fatos ou acesso às provas sobre estes com posterioridade, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo⁴⁵. Dessa forma, as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos compreendidos no Relatório de Mérito, sempre e quando se atenham aos fatos contidos no referido documento, pois são as supostas vítimas as titulares de todos os direitos consagrados na Convenção. Corresponde a este Tribunal decidir em

⁴⁴ Cf. *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C, nº 287, par. 47.

⁴⁵ Cf. *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 47.

cada caso acerca da procedência de alegações relativas ao marco fático em resguardo do equilíbrio processual das partes⁴⁶.

38. Embora os fatos do Relatório de Mérito submetidos a consideração da Corte constituem o marco fático do processo perante este Tribunal⁴⁷, este não se contra limitado pela avaliação probatória e a qualificação dos fatos que realiza a Comissão no exercício de suas atribuições⁴⁸. Corresponde à Corte em cada caso realizar sua própria determinação dos fatos do caso, avaliando a prova ofertada pela Comissão e pelas partes, e a solicitada para melhor deliberar, respeitando o direito de defesa das partes e o objeto da *litis*⁴⁹. Neste sentido, a Corte constata que a Comissão fez referência expressa, no parágrafo de fatos provados do Relatório de Mérito, à suposta discriminação e a que Talía havia sido impedida de estudar na escola primária devido a sua enfermidade; assim como, à suposta discriminação que havia sofrido em seu núcleo familiar⁵⁰. Dessa forma, nas considerações feitas pela Comissão a respeito do direito à integridade pessoal e à vida digna de Talía posteriormente ao contágio, a Comissão manifestou que sua situação “gerou uma grave afetação que se estende [...] ao exercício de seu direito à educação” e a expôs a “uma situação de discriminação em diversos níveis”. Por fim, nas recomendações do Relatório de Mérito, recomendou prover, em consulta a Talía, “a educação primária, intermediária e universitária”⁵¹.

39. Em virtude disso, a Corte nota que os argumentos dos representantes a respeito dos artigos 2, 24 e 26 da Convenção Americana se encontram alegados com base em fatos que foram parte do marco fático apresentado pela Comissão, e se refiram a considerações de direito e não a novos fatos, não se tratando de uma questão de admissibilidade ou competência do Tribunal que deva ser resolvida de forma preliminar⁵².

B. Sobre a determinação das supostas vítimas no presente caso

⁴⁶ Cf. *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 47.

⁴⁷ Cf. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C, nº 244, par. 34; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 48.

⁴⁸ Cf. *Inter alia, Caso Fairén Garbí e Solís Corrales Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 15 de março de 1989. Série C, nº6, pars. 153 a 161; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 48.

⁴⁹ Cf. *Inter alia, Caso Yvon Neptune Vs. Haiti. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C, nº 180, par. 19; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 48.

⁵⁰ Cf. Relatório de Mérito da Comissão Interamericana, pars. 43 e 44.

⁵¹ Cf. Relatório de Mérito da Comissão Interamericana, pars. 188, 192 e 222.

⁵² Cf. *Caso Tarazona Arrieta e Outros Vs. Peru*, par. 17.

40. O **Estado** manifestou que a Comissão, nas recomendações feitas em seus Relatórios de Admissibilidade e Mérito, estabeleceu que o Estado deveria reparar unicamente a Talía Gonzales Lluy e sua mãe. Segundo o Estado, isto implica que “não se pode introduzir a pessoas não assinaladas como beneficiárias de uma eventual reparação”. Como consequência solicitou que a Corte rejeite “as inclusões realizadas das supostas vítimas” posteriormente.

41. Os **representantes** alegaram que Iván Lluy foi assinalado como suposta vítima nos parágrafos 3, 220 e 221 do Relatório de Mérito, sendo “evidente o espírito do Relatório” de incluir Iván Lluy como suposta vítima. Ademais, argumentaram que a Corte foi clara ao manifestar que as vítimas podem ser também os familiares, porque sofrem as consequências das violações aos direitos, e consideraram que Iván Lluy teve que se tornar um trabalhador infantil para ajudar sua mãe a conseguir o necessário para as necessidades de sua irmã e que também sofreu as consequências da discriminação e danos emocionais. Por fim, assinalaram que as supostas vítimas têm o direito de apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma em conformidade com o artigo 23 do Regulamento da Corte, e que em detrimento dessa autonomia consideraram que todos os membros da família Lluy são supostas vítimas neste caso.

42. A **Comissão** fez referência aos parágrafos 196, 220 e 221 do Relatório de Mérito, nos quais foi feita menção expressa a que as supostas vítimas do presente caso são Talía Gonzales Lluy, Teresa Lluy e Iván Lluy. Dessa forma, no transcurso da audiência pública, a Comissão ressaltou que a não inclusão de Ivan Lluy dentro das recomendações do Relatório de Mérito se deveu a um “erro material”.

Considerações da Corte

43. A respeito da solicitação do Estado de excluir Ivan Lluy como possível beneficiário de uma eventual reparação por não haver sido mencionado dentro do parágrafo de recomendações do Relatório, a Corte nota que a Comissão fez menção expressa deste ao longo do Relatório de Mérito e em suas conclusões a respeito da legada violação dos artigos 5, 8 e 25 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 deste instrumento. Por isso, a Corte considera que Ivan Lluy foi identificado como suposta vítima no Relatório de Mérito da Comissão, em concordância ao estabelecido no artigo 50 da Convenção e no

artigo 35.1 do Regulamento da Corte. Como consequência, corresponderá a este Tribunal se pronunciar a respeito das supostas violações aos direitos humanos deste suposta vítima e as reparações solicitadas pela Comissão e pelos representantes em seu benefício.

VI

Alegado Reconhecimento de um Fato

44. O **Estado** na audiência pública fez um “reconhecimento [...] de um fato específico” “que na época em que ocorreram os lamentáveis fatos que configuraram o caso, não deveria haver delegado a uma entidade privada as funções directivas do sistema nacional de sangue” e que “o Estado agora conta com normas técnicas sob o padrão internacional”. Dessa forma, indicou que se trata do “reconhecimento de um fato específico muito pontual que tem uma dimensão muito concreta” e solicitou que a Corte interprete o referido reconhecimento com o auxílio de “ferramentas hermenêuticas de ponderação, contexto preciso e boa fé”, “apreciando a vontade e compromisso do Estado com a justiça de direitos humanos promovidos pelo Tribunal”. Ademais, apresentou propostas de reparação caso a Corte declare a responsabilidade estatal⁵³.

45. Durante a audiência pública, perante perguntas dos Juízes em relação a se esta declaração constituía um reconhecimento de responsabilidade internacional pela violação de direitos, o Estado expressou que “o que fez é um reconhecimento de acordo com o artigo 62 de um fato, e o fato concreto é que não deveria haver delegado a uma entidade privada as funções directivas do sistema nacional de sangue”. Se trata então de um “reconhecimento desse fato e não há, não existe resignação em artigos, é um reconhecimento de um fato que abarcaria um reconhecimento de uma situação específica”. Agregou que, “com base neste reconhecimento”, o Estado está oferecendo à suposta vítima “uma vida digna, saúde, educação, desculpas públicas, é um reconhecimento de um fato específico, ao haver delegado a responsabilidade a uma instituição privada como era a Cruz Vermelha”.

⁵³ O Estado manifestou que “formalizará a entrega de uma habitação digna na província de Azuay para garantir o direito à vida” de Talía Gonzales, e assinalou que, caso a Corte declarasse a responsabilidade do Estado, o Ministério de Saúde Pública continuará com o Protocolo Integral de Saúde e implementará o manejo ambulatorio deste, com acesso ao tratamento antirretroviral necessário e outorgamento de apoio psicológico e assistência social a Talía e sua mãe na rede pública de saúde. X, na hipótese de que a Corte declarasse a responsabilidade, a Ministra de Saúde realizará uma desculpa pública a Talía e sua mãe em relação ao fato específico reconhecido pelo Estado; e indicou que por seu desempenho acadêmico Talía poderia ser candidata a uma bolsa de excelência.

46. A Corte solicitou ao Estado que em suas alegações finais esclarecesse o alcance do reconhecimento efetuado. O Estado respondeu a este requerimento se referindo ao expressamente assinalado na audiência pública (*supra* par. 42).

47. A **Comissão** assinalou que as declarações do Estado “não constituem um reconhecimento nem de fatos nem de pretensões nos termos do artigo 62 do Regulamento da Corte”. No entanto, avaliou positivamente o oferecimento de uma habitação à suposta vítima, mas observou que as demais propostas de reparação formuladas pelo Estado se realizaram “de maneira condicionada” à eventualidade de que a Corte declarasse a responsabilidade do Estado. Por isso, reafirmou que as declarações estatais não constituem um reconhecimento de responsabilidade.

48. Os **representantes** alegaram que o Estado não se referiu ao alcance do reconhecimento, nem ao que implicou o fato no “contágio de uma criança ao HIV nem para os direitos [supostamente] violados”. A respeito do oferecimento de reparações, assinalaram que estas se referem unicamente ao reconhecimento do fato e não às outras supostas violações de direitos dentro do presente caso.

Considerações da Corte

49. Em conformidade aos artigos 62⁵⁴ e 64⁵⁵ do Regulamento e em e em exercício de seus poderes de tutela judicial internacional de direitos humanos, questão de ordem pública internacional que transcende a vontade das partes, incumbe a este Tribunal velar pois os atos de **invasão** são aceitáveis para os fins de buscar cumprir o sistema interamericano. Nesta tarefa não se limita unicamente a constatar, registrar ou tomar nota do reconhecimento efetuado pelo Estado, ou a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas sim que devem ser confrontados com a natureza e gravidade das violações alegadas, as exigências e interesses da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes⁵⁶, de maneira tal que se

⁵⁴ Artigo 62. Reconhecimento

Se o demandado comunicar à Corte sua aceitação dos fatos ou seu acatamento total ou parcial das pretensões que constam na submissão do caso ou no escrito das supostas vítimas ou seus representantes, a Corte, ouvido o parecer dos demais intervenientes no processo, resolverá, no momento processual oportuno, sobre sua procedência e seus efeitos jurídicos.

⁵⁵ Artigo 64. Prosseguimento do exame do caso

A Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes.

⁵⁶ Cf. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C, nº 177, par. 24; e *Caso Gutiérrez e família Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C, nº 271, par. 21.

possa determinar, o quanto seja possível e no exercício de sua competência, a verdade do ocorrido⁵⁷. Em tal sentido, o reconhecimento não pode ter como consequência limitar, direta ou indiretamente, o exercício das faculdades da Corte de conhecer o caso que lhe foi submetido⁵⁸ e decidir se, a este respeito, houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção⁵⁹. Este Tribunal adverte que o reconhecimento de fatos e violações pontuais e específicas pode ter efeitos e consequências na análise que será feita pela Corte sobre os demais fatos e violações alegadas em um mesmo caso, na medida em que todos formam parte de um mesmo conjunto de circunstâncias⁶⁰.

50. No presente caso, do afirmado pelo Estado se depreende que este não vinculou sua responsabilidade à transgressão de normas específicas. A Corte constata que o Equador reconheceu um aspecto do caso que não estava sendo controvertido, ainda que isso tenha diversas implicações em aspectos associados à determinação dos fatos e do mérito do presente caso. Como consequência, a Corte levará em consideração o reconhecimento efetuado pelo Estado, no que responda, ao analisar nos capítulos correspondentes aos aspectos substantivos ou de mérito sobre as alegadas violações aos direitos humanos⁶¹, em conformidade com a Convenção Americana e levando em consideração o assinalado pelo Equador na audiência pública e em seu escrito de alegações finais.

VII Prova

A. Prova documental, testemunhal e pericial

51. Este Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova pela Comissão e pelas partes, anexos a seus escritos principais (pars. 3, 6 e 7 *supra*). De igual modo, a Corte recebeu das partes documentos solicitados por

⁵⁷ Cf. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 17; e *Caso Gutiérrez e Família Vs. Argentina*, par. 21.

⁵⁸ O artigo 62.3 da Convenção estabelece: A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

⁵⁹ O artigo 63.1 da Convenção estabelece: Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

⁶⁰ Cf. *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 27.

⁶¹ Em sentido similar ver o ocorrido no *Caso Veliz Franco e Outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C, nº 277, par. 24.

este Tribunal como prova para melhor deliberar, em conformidade com o artigo 58 do Regulamento. Ademais, a Corte recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelas supostas vítimas Teresa Lluy e Ivan Mauricio Lluy, propostos pelos representantes; as testemunhas Clara Vinueza e María Soledad Salinas, propostas pelos representantes; os peritos Sonia Niveló Cabrera, Fernanda Solís, Farith Simon, Daniela Salazar, Diana Milena Murcia, Claudia Storini e Marcelo Pazmiño, propostos pelos representantes; Paul Hunt e Alejandro Morlachetti, propostos pela Comissão Interamericana; e John Antón, Gustavo Medinaceli, Antonio Salamanca Serrano, Roxana Arroyo, Stephanie León, Juan Montaña, Nilda Estela Villacrés, María Jerovi Naranjo, Diana Molina, Carmen Carrasco, Juan Bernardo Sánchez, Aimée Dubois Sánchez, Jimmy Tandazo, Carolina Zevallos, Pablo Alarcón Peña, Pamela Juliana Aguirre e Carlos Delgado, propostos pelo Estado⁶². Em relação à prova submetida em audiência pública, a Corte escutou as declarações da suposta vítima Talía Gonzales Lluy, proposta pelos representantes, e dos peritos Christian Courtis, Julio César Trujillo e Diego Zalamea propostos pela Comissão, os representantes e o Estado, respectivamente.

B. Admissão da prova

B.1) Admissão da prova documental

52. Este Tribunal admite os documentos apresentados na devida oportunidade processual pelas partes e pela Comissão, e cuja admissibilidade não foi controvertida nem objetada⁶³. Os documentos solicitados pela Corte que foram contribuídos pelas partes com posterioridade à audiência pública são incorporados ao acervo probatório em aplicação ao artigo 58 do regulamento.

53. Referente a alguns documentos assinalados através de endereços eletrônicos, a Corte estabeleceu que, se uma parte ou a Comissão proporciona ao menos o endereço eletrônico direto do documento que cita como prova e é possível acessar este, não se vê afetada a segurança jurídica nem o equilíbrio

⁶² O Estado declinou a apresentação das declarações dos peritos Raúl Vallejo, Sebastián González, Blanca Susana Aguilar e María Elena Béjar.

⁶³ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, nº 4, par. 140; e *Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C, nº 282, par. 113.

processual, pois é imediatamente localizável pela Corte e por outras partes⁶⁴ e se encontra localizável até o momento da emissão da Sentença.

54. Dessa forma, em relação a um documento apresentado pela Comissão, em 8 de maio de 2014, referente a um relatório do Estado submetido à Comissão Interamericana sobre a implementação do Relatório de Mérito, de 14 de abril de 2014, a Corte constata que este foi emitido com posterioridade à submissão do caso perante este Tribunal. Portanto, o referido documento será admitido em conformidade com o artigo 57.2 do Regulamento e levando em consideração sua utilidade para resolver alguns aspectos do presente caso.

55. Por outro lado, o Estado e os representantes apresentaram determinada documentação como anexos a suas alegações finais escritas. Alguns dos referidos anexos se relacionam com as respostas a perguntas formuladas pelos juízes durante a audiência pública. As partes e a Comissão tiveram a possibilidade de apresentar suas observações sobre a referida informação e documentação. Em conformidade com o artigo 58.a do Regulamento, a Corte considera procedente admitir os documentos contribuídos pelas partes junto a suas alegações finais escritas, na medida em que possam ser úteis para a resolução do presente caso.

56. Em suas observações às alegações finais, os representantes realizaram determinadas observações sobre a prova contribuída pelo Estado. Alegaram que a prova apresentada a respeito da “Creditação internacional dos Hospitais de Cueca e Azogues – Equador Maio 2015” foi submetida intempestivamente, e não responde à pergunta alguma da Corte. Ademais, indicaram que esta não é oportuna e nem pertinente, devendo ser rejeitada. Dessa forma, solicitaram a rejeição da prova correspondente à “Rede de hospitais a nível nacional Ministério de Saúde Pública”, às “Prioridades de investigação de saúde 2013-2014”, o “Convênio da rede pública de saúde, o “Acordo 3557-14 junho 2013-bioética Creación CNBS”, e o “anúário orçamentário 2008-2013”, por terem sido apresentados de forma inoportuna e serem impertinentes ao caso. Por sua parte, o Estado apresentou algumas considerações referente às observações realizadas pelos representantes sobre a prova contribuída juntamente às alegações finais escritas, e considerou que estes “apresentaram novas

⁶⁴ Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C, nº 165, par. 26; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 58.

alegações que contêm informações novas”. Em virtude disso, o Estado solicitou que se exclua do conhecimento da Corte o documento apresentado pelos representantes, em 1º de junho 2015.

57. A este respeito, a Corte nota que os documentos correspondentes à creditação internacional dos hospitais de Cueca e Azogues, assim como o Convênio da Rede Pública de Saúde são de data posterior à apresentação do escrito de Contestação do Estado, pelo qual considera procedente sua admissão conforme o artigo 57.2 do Regulamento. No entanto, em relação aos documentos referentes a: i) a rede de hospitais a nível nacional, ii) as prioridades de investigação de saúde 2013-2014; iii) o acordo 3557-14; e iv) o anuário orçamentário 2008-2013; a Corte observa que foram apresentados pelo Estado sem oferecer justificação alguma a respeito à sua contribuição posterior ao escrito de contestação e não se encontram diretamente relacionados às perguntas para melhor deliberar feitas por este Tribunal. Como consequência, em conformidade com o preceituado no artigo 57.2 do Regulamento, a Corte considera que estes documentos são intempestivos, pois o Estado pôde tomar conhecimento destes antes de apresentar a contestação, logo, não serão considerados pelo Tribunal em sua decisão.

58. A respeito da solicitação realizada pelo Estado de excluir certas alegações dos representantes, a Corte constata que, em sentido amplo, o escrito apresentado por estes contem observações referentes às respostas às perguntas formuladas por este Tribunal, as quais abrigaram grande parte das controvérsias existentes no presente caso. Como consequência, a corte considera procedente a admissão do escrito apresentado pelos representantes.

B.2) Admissão da prova testemunhal e pericial

59. A Corte considera pertinente admitir as declarações das supostas vítimas, as testemunhas e os pareceres periciais prestados na audiência pública e perante agente dotado de fé pública, enquanto se ajustarem ao objeto que foi definido pelo Presidente na Resolução mediante a qual foi ordenada recebê-las (par. 10 *supra*) e ao objeto do presente caso.

B.2.1) Observações apresentadas pelo Estado a respeito de certas declarações prestadas perante agente dotado de fé pública

60. O Estado realizou diversas observações a respeito das declarações prestadas pelos peritos propostos pela Comissão e pelos representantes. Com

relação à perícia de Paul Hunt, manifestou que este se omite a se referir ao grau de desenvolvimento normativo e de políticas públicas alcançado pelo Equador em relação ao direito à saúde e especialmente para pessoas com enfermidades catastróficas. A respeito do perito Alejandro Morlachetti, assinalou que este “parece desconhecer assuntos vinculados à experiência política pública em matéria de [...] saúde do Equador” e responde de forma evasiva ao Plano Estratégico Multisetorial do Equador. Além disso, alegou que o especialista se negou a explicar a inclusão e salvaguarda da noção de reconhecimento de crianças e adolescentes dentro da categoria jurídica de proteção da cidadania. No caso de Farith Simon, o Estado manifestou que em sua declaração se incluiu uma referência a respeito do Comitê dos Direitos da Criança em 2010 “que nada tem a ver com o objeto da perícia e deve ser rejeitada por ser alheio ao mandato outorgado pela Corte”, já que a dita referência decorrente em um contexto que não correspondia ao objeto da perícia. Em relação a perícia de María Fernanda Solíz o Estado rejeitou que se efetuasse juízo de valor sobre as pessoas com HIV, assim como, afirmações assinalando “que é condenável que o Estado tenha administrado com critério mercantilista o manejo dos bancos de sangue”.

61. No caso de Diana Murcia o Estado manifestou que “utilizou critérios político-midiáticos e não técnico-jurídicos” para defender uma tese que “resulta enviesada e distante da realidade”. Em relação a Claudia Storini, indicou que uma parte da perícia desvia de seu objeto principal, ao fazer referência a dois processos particulares não relacionados ao caso. A respeito da perícia de Marcelo Pazmiño, o Estado alegou que a mostra tomada para a realização da análise da indenização por dano moral é “insignificante” e “deixa entrever uma posição distante do critério de objetividade e neutralidade”, se distanciando do objeto do exame pericial. No que diz respeito a perícia de Daniela Salazar, objetou que trata de expandir o marco de aplicação e obrigatoriedade de alguns documentos internacionais de direitos humanos; e manifestou que o conteúdo do relatório “a partir do parágrafo 28 viola o exercício da atividade pericial, ao contraverter [...] o dever de neutralidade” e ao determinar as supostas obrigações que seriam descumpridas pelo Estado. Por isso, impugnou o documento em sua totalidade.

62. Em relação às observações do Estado, este Tribunal considera que o apresentado possui relação com o peso e alcance probatório das declarações prestadas, mas não afeta a admissibilidade destas⁶⁵, logo, a Corte levará em consideração as referidas observações ao avaliar a prova no mérito do presente caso⁶⁶.

C. Avaliação da prova

63. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 48, 50, 51, 57 e 58 do Regulamento, assim como, em sua jurisprudência constante a respeito da prova e sua apreciação⁶⁷, a Corte examinará e avaliará os elementos probatórios documentais prestados pelas partes e pela Comissão, as declarações, testemunhos e pareceres periciais, assim como, as provas para melhor deliberar solicitadas e incorporadas por este Tribunal ao estabelecer os fatos do caso e se pronunciar sobre o mérito. Para isso, se sujeita aos princípios da crítica sã, dentro do âmbito normativo correspondente, levando em consideração o conjunto do acervo probatório e o alegado na causa⁶⁸. Dessa forma, conforme a jurisprudência deste Tribunal, as declarações prestadas pelas supostas vítimas não podem ser avaliadas isoladamente, mas sim dentro do conjunto das provas do processo, na medida em que possam proporcionar maior informação sobre as supostas violações e suas consequências⁶⁹.

VIII

Fatos

64. O presente caso faz referência a Talía Gonzales Lluy e sua família. Talía nasceu em 8 de janeiro de 1995 no **cantão** de Cuenca, província de Azuay, Equador. Sua mãe é Teresa Lluy, seu pai é SGO e seu irmão é Iván Lluy. Seu pai, mãe e irmão não são pessoas HIV⁷⁰. Talía nasceu e vive com sua mãe e irmão no cantão de Cuenca província de Azuay, no Equador. Quando possuía três anos de idade, foi infectada com o vírus HIV ao receber uma transfusão de

⁶⁵ *Caso Defensor de Direitos Humanos e Outros Vs. Guatemala*, par. 69.

⁶⁶ *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 72.

⁶⁷ Cf. *Caso da "Van Branca (Panel Blanca)" (Paniagua Morales e Outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C, nº 37, pars. 69 a 76; e *Caso Tarazona Arrieta e Outros Vs. Peru*, par. 28.

⁶⁸ Cf. *Caso da "Van Branca (Panel Blanca)" (Paniagua Morales e Outros) Vs. Guatemala*, par. 76; e *Caso Tarazona Arrieta e Outros Vs. Peru*, par. 28.

⁶⁹ Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C, nº 33, par. 43; e *Caso J. Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C, nº 275, par. 49.

⁷⁰ Resultados dos testes de HIV da mãe, irmão e pai de Talía Gonzales Lluy de 23 de outubro e de 24 de novembro de 1998 entregues ao Quarto Juiz Penal de 14 de dezembro de 1998 (expediente de prova, fls. 46 a 48).

sangue, proveniente de um Banco de Sangue da Cruz Vermelha, em uma clínica de saúde privada.

65. A Organização Mundial de Saúde (doravante “a OMS”) assinalou que “o vírus da imunodeficiência humana (HIV) infecta as células do sistema imunológico, alterando ou anulando sua função. A infecção produz um deterioramento progressivo do sistema imunológico, com a conseguinte ‘imunodeficiência’”. Se considera que “o sistema imunológico é deficiente quando deixa de poder cumprir sua função de luta contra as infecções e enfermidades. A síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS) é um termo que se aplica aos estados mais avançados da infecção por HIV e se define pela presença de alguma das mais de 20 infecções oportunistas ou de cânceres relacionados ao HIV”⁷¹. As Nações Unidas reconheceram que “o HIV e a AIDS constituem uma emergência mundial, apresentam um dos desafios mais formidáveis para o desenvolvimento, o progresso e a estabilidade de cada uma de nossas sociedades e do mundo em seu conjunto e requerem uma resposta mundial, ampla e excepcional que levem em consideração que a propagação do HIV costuma ser consequência e causa da pobreza”.⁷²

66. A Corte descreverá a seguir os fatos que foram provados, na seguinte ordem: A) a regulação da Cruz Vermelha e dos bancos de sangue no Equador; B) a situação de saúde de Talía, sua hospitalização e a transfusão de sangue de 22 de junho de 1998; C) a infecção por HIV de Talía; D) a ação penal; E) a ação civil; e F) as afetações na educação de Talía, decorridas do contágio.

A. A regulação da Cruz vermelha e dos bancos de sangue no Equador

67. Em 14 de novembro de 1910 o governo do Equador reconheceu legalmente a instituição Cruz Vermelha nesse país, mediante Decreto Legislativo publicado no registro oficial nº 1392, no qual está indicado em seu primeiro artigo: “Declare-se a Cruz Vermelha do Equador, Instituição de

⁷¹ http://www.who.int/topics/hiv_aids/es/; a UNAIDS assinalou que o HIV é “um retrovírus que infecta as células do sistema imunológico (principalmente as células T CD4 positivas e os macrófagos, componentes chave do sistema imunológico celular) e destrói o danifica seu funcionamento”; e que “as pessoas imunodeficientes são mais vulneráveis a diversas infecções, a maioria das quais são pouco comuns em pessoas sem imunodeficiência”. http://data.unaids.org/pub/factsheet/2008/20080519_fastfacts_hiv_es.pdf.

⁷² Nações Unidas, Assembleia Geral, “Declaração Política sobre o HIV e a AIDS: intensificação de nosso esforço para eliminar o HIV, e a AIDS, A/65/L.77, 8 de junho de 2011 (doravante Resolução ONU HIV/AIDS 2011), disponível em http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/document/2011/06/20110610_UN_A-RES-65-277_es.pdf (visita 25 de abril de 2014), par. 7.

Beneficência e utilidade pública, lhe concedendo a exoneração do pagamento de todo imposto fiscal ou Municipal”⁷³.

68. Em agosto de 1922 foram ditados os primeiros estatutos da Cruz Vermelha Equatoriana, o que serviu para seu reconhecimento internacional por parte da Liga das Sociedades da Cruz Vermelha (Atual Federação Nacional de Sociedades da Cruz Vermelha e da Meia Lua Vermelha) em 1923⁷⁴. Nos referidos estatutos está indicado:

Art. 1. – As bases sobre as quais se encontra constituída a Sociedade Nacional da Cruz Vermelha Equatoriana são as seguintes:

PRIMEIRA⁷⁵. – A Cruz Vermelha Equatoriana é reconhecida pelo Governo do Equador como sociedade de socorro voluntária, auxiliar dos poderes públicos no âmbito humanitário, de acordo com o estipulado nas Convenções de Genebra de 1949 e como única sociedade da Cruz Vermelha no Equador.

SEGUNDA. – A sociedade Nacional da Cruz Vermelha Equatoriana é regulamentada pela Lei que a constituiu, pelas convenções e tratados internacionais legitimamente aprovados pelo Equador e por estes Estatutos. É uma instituição de direito privado, sem fins lucrativos, e com pessoa jurídica própria. A representação legal, judicial e extrajudicial, no âmbito nacional é exercida pelo Presidente Nacional; e no âmbito provincial será exercida pelo Presidente Provincial. Encontra-se regida de acordo com as disposições do Título XXX do Primeiro Livro da Codificação do Código Civil⁷⁶.

69. O Banco de Sangue da Cruz Vermelha do Azuay funciona desde 1951. As atividades que realiza o Banco de Sangue incluem a tipificação sanguínea, provas sorológicas, fracionamento de sangue, recolhimento de amostras de sangue para testes de DNA e administração de sangue ofertado por doadores⁷⁷.

70. O Código de Saúde do Equador do ano 1971⁷⁸, vigente no momento dos fatos do presente caso, não contava com regulações específicas sobre o

⁷³ Ver Resenha Histórica da Cruz vermelha no Equador. Disponível em <http://www.cruzroja.org.ec/index.php/quienes-somos/resena-historica>.

⁷⁴ Ver Resenha Histórica da Cruz Vermelha no Equador. Oficialização da Cruz Vermelha Equatoriana, disponível em http://www.cruzroja.org.ec/plantilla_texto.php?id_submenu1=2&id_menu=2.

⁷⁵ A Cruz Vermelha Equatoriana está constituída por órgãos nacionais e Juntas Provinciais, Cantonais e Paroquiais, conforme as resoluções da Conferência Internacional de Genebra de 1864 e aos Princípios da Convenção de Genebra de 1906.

⁷⁶ A Comissão Interamericana citou como fonte para determinar esse fato o endereço eletrônico http://www.cruzroja.org.ec/plantilla_texto.php?id_submenu1=2&id_menu=2. Este fato não foi controvertido pelas partes. Sem prejuízo disso, a Corte constata que o referido endereço eletrônico não se encontra disponível no momento de emitir a presente Sentença. A este respeito, a Corte constata que no endereço eletrônico http://www.gazzettaamministrativa.it/opencms/export/sites/default/gazzetta_amministrativa/amministrazione_trasparenze/agenzie_enti_stato/croce_rossa_italiana/090_prov/010_pro_org_ind_pol/2013/Documenti_1383666871662/1383666873832_accordo_con_croce_rossa_ecuador.pdf, é possível acessar a uma convenção de cooperação **interinstitucional** no qual são aludidos os estatutos da Cruz Vermelha Equatoriana e seu caráter de corporação de direito privado regulada pelo Código Civil.

⁷⁷ Ver Cruz Vermelha equatoriana Junta provincial de Azuay. Banco de Sangue da Cruz Vermelha. Disponível em <http://www.cruzrojazuay.org/#!/banco-de-sangre/cyjt>.

⁷⁸ Código de Saúde do Equador (expediente de prova, fls. 2.643 a 2.658).

funcionamento dos bancos de sangue. Em termos gerais, o Código da Saúde de 1971 estabelecia o seguinte a respeito das entidades de saúde:

Art. 168. – A autoridade de saúde estabelecerá as normas e os requisitos que devem ser cumpridos pelos estabelecimentos de atenção médica, e os inspecionará e avaliará periodicamente.

Art. 169. – Os estabelecimentos de atenção médica, submeterão à aprovação da autoridade de saúde seus programas anuais e seus regulamentos.

71. Mediante Acordo Ministerial 8664 de 1987 se estabeleceu que “todos os bancos de sangue do país, efetuariam testes do anticorpo HIV (Imunodeficiência Humana) obrigatoriamente em todas as Unidades de Sangue e seus derivados”⁷⁹. Posteriormente, em 1992 foi adotado o Regulamento Nacional de Aprovisionamento e Utilização de Sangue e seus Derivados⁸⁰. Este Regulamento Nacional contempla a Secretaria Nacional de Sangue como órgão auxiliar da Cruz Vermelha e estabeleceu que esta Secretaria possuía entre suas funções a de “supervisionar o funcionamento, distribuição e aprovisionamento interno e externo do sangue humano ou seus derivados, quando o caso requerer”. Em termos de sanções, o artigo 24 deste regulamento dispunha que no caso de descumprimento ou inobservância das disposições regulamentárias e manuais operativos, a Secretaria Nacional de Sangue chamará a atenção do organismo operativo, ou elevará o caso até o Comitê Nacional de Sangue que, por sua vez, poderá solicitar à Direção Geral de Saúde do Ministério de Saúde Pública “admoeste o respectivo organismo operativo”.

72. Em 1998, foi emitido o Manual de Normas para os Bancos, Depósitos de Sangue e Serviços de Transfusão⁸¹. Neste Manual (artigo 5.1.c) estava disposto que “a todas as unidades de sangue e componentes, previamente a seu uso em transfusão alogênica, deverão praticar obrigatoriamente”, entre outros, o teste de HIV. Conforme o contexto normativo vigente em 1998, o Estado estabeleceu o marco legal sob o qual deveriam funcionar os bancos de

⁷⁹ Registro Oficial nº 794. Regulamento 8001. Acordo de obrigatoriedade de realização de provas de HIV em todas as unidades de sangue e derivados de 20 de outubro de 1987. (expediente de prova, fls. 2.680 a 2.704).

⁸⁰ Registro Oficial nº 882. Regulamento do Sistema Nacional de Aprovisionamento e utilização de sangue e seus derivados, de 25 de fevereiro de 1992. (expediente de prova, fls. 2.713 a 2.716). Conforme este Regulamento, a Cruz Vermelha Equatoriana, organismo **diretivo** e regulador do Sistema Nacional de Aprovisionamento de Sangue e seus Derivados, possuía como órgãos auxiliares os seguintes: Comitê Nacional de Sangue, Secretaria Nacional de Sangue, Bancos de Sangue e Depósitos de Sangue, e em relação aos bancos de sangue, estes são os responsáveis pelo registro, obtenção, doação, conservação, processamento, distribuição e abastecimento de sangue humano e seus derivados.

⁸¹ Manual de normas para bancos, depósitos de sangue e serviços de transfusões, de 31 de agosto de 1998. (expediente de prova, fls. 2730 a 2759). Prova para melhor deliberar que chegou em 21 de julho de 2015.

sangue para a coleta de sangue, realizar a triagem sorológica e sua disposição final para garantir que a segurança do sangue e seus componentes sanguíneos a fim de evitar a transmissão de infecções mediante a transfusão.

73. A Constituição Política de 1998, no numeral 15 do artigo 22, estabelecia que “o Estado formulará a política nacional de saúde e determinará sua aplicação nos serviços de saúde, tanto públicos quanto privados. A Lei determinará, em último caso, o órgão de controle e vigilância das empresas que se dediquem aos serviços de saúde privados”⁸².

74. Em 1998, regia a Lei de provisionamento e utilização de sangue e seus derivados, vigente desde 1986 e que seria reformada no ano 1992. Esta lei determinava que a Cruz Vermelha tinha competência exclusiva para administrar os bancos de sangue e que, inclusive, o Ministério da Saúde Pública, o Instituto Equatoriano de Previdência Social e as Forças Armadas administrariam os bancos e depósitos de sangue “sob controle regulamentário e a coordenação da Cruz Vermelha Equatoriana”⁸³. Também se encontrava vigente a Lei de doadores voluntários de sangue, adotada em 1984⁸⁴.

B. A situação da saúde de Talía, sua hospitalização e a transfusão de sangue de 22 de junho de 1998⁸⁵

75. Em 20 de junho de 1998, quando tinha 3 anos de idade, Talía apresentou uma hemorragia nasal que não cessava e foi levada por sua mãe ao hospital Universitário Católico, instituição privada de saúde localizada em Azuay, Cuenca. Talía esteve internada durante dois dias no hospital Universitário e, posteriormente, foi levada por sua mãe à Clínica Humanitária Fundação Pablo Jaramillo (doravante “Clínica Humanitária”), instituição privada de saúde localizada em Cuenca. Na Clínica Humanitária, Talía foi diagnosticada com púrpura trombocitopênica⁸⁶ pelo doutor PMT, médico da

⁸² Constituição Política da república do Equador de 11 de agosto de 1998, artigo 22, numeral 15.

⁸³ “O provisionamento e utilização de sangue e seus derivados no Equador, serão de responsabilidade exclusiva da Cruz Vermelha Equatoriana, instituição que organizará para este efeito um sistema de bancos e depósito de sangue nas cidades, e serviços médicos que sejam requeridos (...). o Ministério de Saúde Pública, o Instituto Equatoriano de Previdência Social, as Forças Armadas e a Junta de Beneficência de Guayaquil continuarão administrando os bancos e depósitos de sangue adscritos a suas organizações médicas, sob o controle regulamentário e a coordenação da Cruz Vermelha Equatoriana. Registro Oficial nº 559. Lei de Provisionamento e utilização de sangue e seus derivados, de novembro 7 de 1986 (expediente de prova, fl. .661).

⁸⁴ Registro Oficial nº 774. Regulamento 170. Lei de doadores voluntários de sangue, de 29 de junho de 1984.

⁸⁵ O Estado não controverteu os fatos relativos à hospitalização e a transfusão de sangue de Talía. Estes fatos foram, ademais, estabelecidos no marco do processo penal interno.

⁸⁶ “A púrpura trombocitopênica imunológica, também denominada púrpura trombocitopênica imune ou idiopática, é uma enfermidade hemorrágica caracterizada pela destruição prematura de plaquetas devido à união de um autoanticorpo, habitualmente da classe IgG, das glicoproteínas plaquetárias e a posterior depuração pelo sistema fagocítico mononuclear”. Guia de Prática Clínica, Diagnóstico e Tratamento de Púrpura Trombocitopênica Imunológica, México, Secretaría de Saúde, 2009. Disponível em

Cruz Vermelha⁸⁷, quem confirmou a Teresa Lluy que Talía necessitava urgentemente de uma transfusão de sangue e plaquetas.

76. A fim de conseguir o sangue necessário para efetuar a transfusão a Talía, Teresa Lluy compareceu ao Banco de Sangue da Cruz Vermelha de Azuay (doravante “Banco de Sangue da Cruz Vermelha”) onde lhe indicaram que deveria levar doadores. Teresa Lluy solicitou, então, a alguns conhecidos, entre eles o senhor HSA, que doassem.

77. Em 22 de junho de 1998, o senhor HSA compareceu ao Banco de Sangue da Cruz Vermelha para doar seu sangue. A senhora MRR, auxiliar de enfermagem do Banco de Sangue da Cruz Vermelha recolheu as amostras de sangue do senhor HSA e entregou as “bolsas de sangue” aos familiares e conhecidos de Talía. Mais tarde, nas primeiras horas da noite, a senhora BRR, interna do Banco de Sangue da Cruz Vermelha, entregou os concentrados das plaquetas a duas amigas de Teresa Lluy. Devido à urgência, as transfusões de sangue de Talía foram realizadas em 22 de junho de 1998 e continuaram durante a madrugada do dia seguinte pelos funcionários da Clínica Humanitária.

78. Em 23 de junho de 1998 a senhora EOQ, bioquímica do Banco de Sangue da Cruz Vermelha, efetuou pela primeira vez exames na amostra de sangue de HSA, incluindo o exame de HIV⁸⁸. Talía esteve hospitalizada na Clínica Humanitária até o dia 29 de junho de 1998, quando recebeu alta.

C. O contágio por HIV de Talía⁸⁹

79. “Aproximadamente quinze dias” depois de haver doado sangue para Talía, o senhor HSA foi chamado “até a Cruz Vermelha” para lhe solicitar que comparecesse ao Banco de Sangue da Cruz Vermelha a fim de recolher outras amostras de seu sangue, pois “os frascos haviam se esparramado”. A senhora MRR recolheu novamente amostras de sangue de HSA. O senhor HSA

http://www.cenetec.salud.gob.mx/descargas/gpc/CatalogoMaestro/143_GPC_PURPURA_TROMBOCITOP/Imss_ER.p df. Este Tribunal considera que o referido documento é útil para a análise do presente caso, logo, o incorpora de ofício ao acervo probatório em conformidade com o artigo 58.a) de seu Regulamento.

⁸⁷ Sobre a condição médica de Talía no momento de ingressar na Clínica Humanitária, o médico PMT indicou que “apresentava um quadro clínico caracterizado por hemorragias em diferentes locais, tanto nasal quanto de pele e vitais a ponto de um colap[s]o [...] o estado geral da criança estava extremamente comprometido e esteve a ponto de falecer [...]”. Declaração de PMT, de 30 de novembro de 1998, perante o Quarto Juiz Penal de Azuay (expediente de prova, fl. 442).

⁸⁸ De acordo com a perícia submetida perante o Quarto Juiz Penal de Azuay, PMT e MRR haviam informado de maneira verbal aos peritos que os exames realizados como urgências, depois das 18:00 não eram registrados em livro ou caderno; mas sim eram realizados por parte dos funcionários de turno e eram comprovados no dia seguinte. Perícia submetida por JPR e NVI perante o Quarto Juiz Penal de Azuay, em 17 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 97.)

⁸⁹ Os fatos relativos ao contágio não foram controvertidos pelo Estado.

perguntou à senhora MRR as razões pelas quais se necessitava uma nova amostra e se havia algum problema com seu sangue, o que MRR respondeu foi que não se preocupasse, que “era para manter a amostra na Cruz Vermelha”.

80. Uma semana depois, o senhor HSA recebeu uma ligação por parte da Cruz Vermelha para lhe informar que estava infectado com o vírus HIV, em 13 de agosto de 1998, o senhor HSA realizou outros exames que confirmaram que estava infectado com HIV.

81. Talía recebeu alta da Clínica Humanitária em 29 de junho de 1998 (par. 78 *supra*), não obstante, foi indicado que deveria continuar o tratamento em seu domicílio por um período de seis meses, realizar exames de sangue a cada mês e seguir um controle mensal com o doutor PMT. Poucos dias após receber alta, Talía foi levada por sua mãe ao consultório do doutor PMT, que ordenou realizar um exame de sangue em Talía “para controlar sua enfermidade”. Após a realização do referido exame, o doutor PMT informou à Teresa Lluy que “estava tudo normal”.

82. Em 22 de julho de 1998, a senhora Teresa Lluy recorreu novamente ao consultório do doutor PMT que indicou a realização de outro exame de sangue em Talía “mas incluso o de [AIDS]”. Atendendo a indicação do doutor PMT, Teresa compareceu à Clínica Humanitária para realizar o exame de sangue em Talía. Na Clínica Humanitária a encaminharam aos Laboratórios Leopoldo Izquieta Pérez e no referido local lhe informaram que Talía “se encontrava com o vírus da AIDS”.

83. Teresa Lluy manifestou em uma declaração prestado dentro do processo penal no Equador (*infra* par. 90) que:

“[...] os primeiros dias de agosto, o Dr. A[...] da Clínica Humanitária lhe indicou que fosse ao Instituto Izquieta Pérez para que falasse com o Dr. V[...], que lhe perguntou se haviam ido aos Estados Unidos os pais da menina ou os doadores, lhe informando que o sangue da menina não estava com bom aspecto e que voltasse quando tivesse os resultados, que haviam enviado a Guayaquil.

84. A este respeito, Iván Lluy declarou que o doutor PMT “lhe disse que ele estava disposto a oferecer as consultas necessárias à [Talía,] mas se denunciasses o fato ela perderia esta ajuda, e sem atenção médica não viveria mais de 2 anos”.

85. Em 28 de julho e 13 de agosto de 1998, e em 15 de janeiro de 1999 foram realizados testes de sangue no quais se confirmou que Talía era uma pessoa com HIV. Quando recebeu a notícia de que o sangue de HSA possuía HIV, e que Talía havia sido infectada com este vírus ao receber uma doação de seu sangue, Teresa Lluy apresentou vários recursos em instâncias civis e penais no Equador.

D. A ação penal

86. Em 29 de setembro de 1998, Teresa Lluy apresentou uma denúncia penal para “determinar os responsáveis pela transfusão sanguínea realizada em Talía, a qual havia ocasionado o contágio da menor com o vírus HIV”⁹⁰.

87. Em 19 de outubro de 1998, o Quarto Juizado Penal de Azuay (doravante “Quarto Juizado” ou “Quarto Juizado Penal”), ditou “auto de abertura do processo indagatório”, abrindo o processo em trâmite para “descobrir os responsáveis”⁹¹. Como consequência, foi ordenado o trâmite do sumário determinando para tais efeitos a realização de diligências de recepção de testemunhos e de reconhecimento do local dos fatos⁹², assim como, outras investigações necessárias.

88. Em 19 de outubro de 1998, compareceu para declarar o médico PMT, Diretor do Banco de Sangue da Cruz Vermelha, e quem diagnosticou Talía na Clínica Humanitária ordenando a transfusão de duas bolsas de sangue e plaquetas (par. 75 *supra*)⁹³. Nesse mesmo dia declarou também EOQ,

⁹⁰ Cf. Denúncia apresentada por Teresa Lluy perante o Juiz Penal de 29 de setembro de 1998 (expediente de prova, fl. 382).

⁹¹ Decisão de abertura do processo interrogatório emitido pelo Quarto Juiz Penal de Azuay, de 19 de outubro de 1998 (expediente de prova, fl. 385).

⁹² Dentro da causa penal promovida por Teresa Lluy, foram realizadas três diligências de inspeção no Banco de Sangue da Cruz Vermelha de Azuay. A primeira das referidas diligências foi feita no dia 11 de dezembro de 1998 quando se observou a planta física e o livro de registros por parte dos peritos CCC e GCVR, acompanhados do Quarto Juiz Penal de Azuay e sua secretária. No dia 18 de maio de 2000, foi realizada a segunda das visitas ao Banco de Sangue, desta vez foram nomeados como peritas as senhoras KA e MB que acompanhadas do Quarto Juiz e sua secretária, inspecionaram os arquivos do Banco de Sangue. Na referida diligência de 18 de maio de 2000, foi observado que cada doador possuía um código registrado na base de dados do computador e que ao senhor HSA e outras cinco pessoas lhes correspondiam os números 43137, 43144, 43141, 43149, 43146 y 43142, respectivamente. Na ata da diligência se fez notar que o doador 43137 tinha resultado positivo para HIV; e se fez constar que “do observado se pôde constatar que não se realizou prova alguma na data de 22 de junho de 1998 aos doadores em questão, mas sim na data de 23 de junho de 1999; ademais, se observam borrões nas datas em que se realizaram os testes, e também existem borrões em outras datas”. Se fez constar, ademais, que EOQ manifestou que antes de dezembro de 1998, as doações recebidas após as 6:00 p.m. e nos fins de semana não eram registradas. A última das inspeções foi realizada em 22 de junho de 2001 por parte dos peritos RRC e GTS e pelo Quarto Juiz. Nesta diligência se concluiu que os métodos qualitativos utilizados não eram confiáveis pois as provas deveriam ser submetidas à corroboração por métodos de referência como “Western Blot y Micro – ELISA”, que não estavam disponíveis na Cruz Vermelha. Ata de inspeção na sede da Cruz Vermelha com a concorrência do Quarto Juiz Penal de Azuay, de 11 de dezembro de 1998 (expediente de prova, fls. 42 e 13); ata de inspeção na sede da Cruz Vermelha com a concorrência do Quarto Juiz Penal de Azuay, de 18 de maio de 2000 (expediente de prova, fls. 145 e 146); e ata de inspeção na sede da Cruz Vermelha com a concorrência do Quarto Juiz Penal de Azuay, de 22 de junho de 2001 (expediente de prova, fls. 221 e 222).

⁹³ Cf. v de PMT perante o Investigador nº 30 da Polícia Nacional do Equador, de 19 de outubro de 1998 (expediente de prova, fls. 403 a 405).

bioquímica da Cruz Vermelha, que efetuou os testes de HIV no sangue de HSA em 23 de junho de 1998 (par. 78 *supra*)⁹⁴.

89. Em 20 de outubro de 1998, declarou o senhor HSA sobre o ocorrido no dia em que doou sangue para Talía e como se inteirou posteriormente que era portador do HIV⁹⁵.

90. Em 15 de novembro de 1998 compareceu para declarar Teresa Lluy, que narrou o ocorrido entre os dias 20 e 22 de junho de 1998, assim como, depois da transfusão de sangue de Talía e até o momento em que teve conhecimento de que Talía era uma pessoa com HIV⁹⁶. Em 18 de novembro de 1998 compareceu para declarar novamente o senhor HSA e agregou que quando o informaram de sua enfermidade, na Cruz Vermelha, lhe asseguraram que seu sangue não havia sido doado para Talía⁹⁷.

91. Em 14 de dezembro de 1998 compareceu para declarar MRR, auxiliar de enfermagem do Banco de Sangue da Cruz Vermelha, que recolheu as amostras de sangue dos doadores em 22 de junho de 1998 e entregou o sangue⁹⁸.

92. Em 14 de dezembro de 1998 Teresa Lluy apresentou ao Quarto Juizado três resultados negativos das análises de HIV realizadas em si mesma, no irmão e no pai de Talía; com fins de demonstrar que nenhum dos membros da família tinha o vírus HIV⁹⁹. Teresa Lluy também contribuiu com um atestado de exame ginecológico realizado em Talía, emitido em 27 de outubro de 1998, no qual indicava que não se encontravam lesões traumáticas recentes ou antigas nos genitais externos de Talía e que se considerava que “a membrana himenal era de características normais”¹⁰⁰.

93. Em 5 de julho de 1999 designaram dois peritos da listagem do Colégio de Médicos: os doutores JPR e NVI, a quem foi solicitado que apresentassem

⁹⁴ Cf. Declaração de EOQ perante o Investigador nº 30 da Polícia Nacional do Equador, de 19 de outubro de 1998 (expediente de prova, fl. 407).

⁹⁵ Cf. Declaração de HSA perante o Investigador nº 30 da Polícia Nacional do Equador, de 20 de outubro de 1998 (expediente de prova, fl. 409).

⁹⁶ Cf. Declaração de Teresa Lluy perante o Investigador nº 30 da Polícia Nacional do Equador, de 15 de novembro de 1998 (expediente de prova, fl. 411).

⁹⁷ Cf. Declaração de HSA perante o Quarto Juiz Penal de Azuay, de 18 de novembro de 1998 (expediente de prova, fl. 392).

⁹⁸ Cf. Declaração de MRR perante o Quarto Juiz Penal de Azuay, de 14 de dezembro de 1998 (expediente de prova, fl. 44).

⁹⁹ Escrito de Teresa Lluy apresentado ao Quarto Promotor Penal, mediante o qual apresenta os resultados de testes de HIV realizadas em Teresa e Iván Lluy no Instituto Nacional de Higiene; e à SGO no hospital Geral das FF. AA. nº 1, de 14 de dezembro de 1998 (expediente de prova, fls. 46 a 49).

¹⁰⁰ Atestado ginecológico de Talía Gonzales Lluy, emitido pelo Ministério da Saúde Pública Cuenca Pumapungo de 27 de outubro de 1998 (expediente de prova, fl. 45).

seu relatório em dez dias¹⁰¹. Estes peritos tomaram posse do cargo em 28 de julho de 1999¹⁰² e entregaram seu relatório no dia 17 de agosto de 1999¹⁰³.

94. No referido relatório os médicos JPR e NVI se referiram a: i) o tempo e método utilizado para obter um concentrado de plaquetas no Banco de Sangue da Cruz Vermelha¹⁰⁴; ii) os códigos designados a cada doador em 22 de junho de 1998, incluído o do senhor HSA¹⁰⁵; iii) as contradições detectadas nos registros que tiveram disponíveis sobre o doador de quem provieram as plaquetas entregues à Talía¹⁰⁶; iv) a ausência de registro sobre a hora em que se recebeu o sangue de HSA e sobre os exames realizados em 22 de junho de 1998 no sangue de HSA¹⁰⁷; e v) a ausência de registro na história clínica das “papeletas de identificação das unidades de sangue”¹⁰⁸.

95. Na parte final de sua perícia, os médicos JPR e NVI indicaram a necessidade de praticar o teste de “comparação de genótipo viral e análise sequencial de nucleotídeos”, nos seguintes termos: “desde o ponto de vista científico, [a prova] poderia ajudar a estabelecer ou eliminar a possibilidade de que a transfusão sanguínea seja causa da presença do anticorpo do HIV na

¹⁰¹ Decisão do Quarto Juizado Penal, de 5 de junho de 1999 (expediente de prova, fl. 83).

¹⁰² Declaração de posse de JPR e NVI perante o Quarto Juizado Penal, de 28 de julho de 1999 (expediente de prova, fl. 84).

¹⁰³ Cf. Perícia submetida perante o Quarto Juizado Penal, pelos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98).

¹⁰⁴ Cf. Perícia submetida perante o Quarto Juizado Penal, pelos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98). Sobre este ponto determinaram os peritos que “se recebe sangue total recém extraído ou que tenha como máximo seis horas de sua extração”. Após procedimentos descritos pelos peritos, resulta “da unidade de sangue fresco completo inicialmente extraído de um doador obtivemos 3 frações repartidas em 3 bolsas distintas: uma bolsa globular (concentrado de glóbulos vermelhos); um plasma pobre em plaquetas; e o concentrado plaquetário”. Agregaram que “o tempo de centrifugação é exato, mas o requerido para que o Banco de Sangue entregue as plaquetas é variável (mas em todo caso deve fazê-lo dentro das 6 horas de extraído o sangue do doador), pois dependerá das condições de trabalho e ao menos devem ser consideradas as seguintes situações: primeiro dispor (como no juízo que se está investigando) de dois doadores do mesmo tipo sanguíneo do receptor, pois se havia solicitado dois concentrados de plaquetas (...) (ilegível) neste tempo deverão ser realizados todos os testes (...) (ilegível) do doador (anticorpo para HIV AIDS, anticorpo para Hepatite C, antígeno de superfície de Hepatite B, teste de sífilis, etc), e tudo isto adicional ao restante do trabalho do Banco de Sangue”. Este trabalho adicional foi descrito pelos peritos, concluindo que todo o anterior depende dos funcionários disponível no Banco de Sangue.

¹⁰⁵ Cf. Perícia dos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98). Sobre este ponto, indicaram que esta informação foi extraída do impresso de computação do Registro de Transfusões do Banco de Sangue da Cruz Vermelha de Azuay e das cópias dos formulários preenchidos pelos doadores, pois no Banco de Sangue lhes informaram que “não dispõe de um livro borrador”.

¹⁰⁶ Cf. Perícia dos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98). Sobre este ponto, indicaram que estas contradições se baseiam em uma situação descrita que é impossível em termos científicos, e o nome da funcionaria que havia recolhido uma das amostras, que conforme as declarações, não se encontrava na hora de trabalho. Agregaram que “no Banco de Sangue não há registro da hora em que se extraíram as unidades dos doadores”.

¹⁰⁷ Cf. Perícia dos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98). Sobre este ponto, indicaram os peritos que “conforme informação verbal do Dr. PMT e da Sra. [MR], os exames realizados como urgências a partir das 18:00 horas (...) não eram registradas em algum livro ou caderno; mas afirmam que se forem realizados por parte dos funcionários de turno e que não comprovados no dia seguinte”.

¹⁰⁸ De igual maneira, quanto ao tempo em que é possível detectar a presença do vírus HIV após a transfusão de sangue e plaquetas contaminadas, os peritos indicaram que se pode fazer por “técnicas de quantificação viral em um período relativamente curto (de 1 a 3 semanas após a exposição) na denominada infecção aguda pelo HIV. Mas a soroconversão (...) geralmente dura de 6 a 12 semanas depois da transmissão”. Agregaram que é variável de um sujeito a outro e que no caso da transfusão de sangue podem ser detectados anticorpos em um período mais curto que na transmissão por via sexual. Perícia dos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98).

criança [Talía], a identificação e comparação do genótipo viral e a análise sequencial de nucleotídeos do HIV por técnicas de hibridação, no sangue do Sr. [HSA] e da criança [Talía]. Esta técnica muito sofisticada (corresponde à especialidade de Biologia Molecular) no momento ainda não estava plenamente implementada no país, mais poderia ser contactado em caso de necessidade para o envio de amostras sanguíneas ao *European Molecular Biology Bank* (Heidelberg, Alemanha)”¹⁰⁹.

96. Em 8 de setembro de 1999, o Quarto Juiz Penal declarou concluído o sumário e solicitou à Quarta Promotoria que emitisse seu parecer¹¹⁰. Em 14 de setembro de 1999, Teresa Lluç solicitou ao Quarto Juiz a reabertura do sumário, indicando que ainda faltavam ser realizadas provas fundamentais, incluída a sugerida pelos respectivos peritos, o envio de amostras de sangue ao *European Molecular Biology Bank*¹¹¹.

97. Em 19 de outubro de 1999, a Quarta Promotoria solicitou ao Quarto Juizado Penal a reabertura do sumário a fim de poder praticar diligências necessárias para “determinar a pessoa responsável” do contágio de Talía. Em 4 de novembro de 1999, se determinou a reabertura do sumário “pelo prazo máximo que previa a Lei” e foi determinada a prática de diligências adicionais, incluídas as solicitadas pela Quarta Promotoria e um requerimento aos peritos JPR e NVI para que chegassem a conclusões¹¹².

98. Em 26 de novembro de 1999, os peritos JPR e NVI novamente se dirigiram ao Quarto Juizado indicando que as provas existentes no processo “cientificamente não permitiam determinar de maneira inequívoca qual pode ser a causa da propagação do HIV”. Os peritos reiteraram a sugestão da realização de uma prova especializada nos seguintes termos: “ao final de [seu] relatório [...]sugeriram a prova que cientificamente poderia ser determinante, o sequenciamento genético a ser realizada na Europa[;] com os resultados desta prova, poderiam inclinar por uma ou outra possibilidade”¹¹³.

¹⁰⁹ Cf. Perícia dos doutores JPR e NVI, de 16 de agosto de 1999 (expediente de prova, fls. 91 a 98).

¹¹⁰ Decisão de conclusão do sumário do Quarto Juizado Penal, de 8 de setembro de 1999 (expediente de prova, fl. 100).

¹¹¹ Cf. Solicitação de reabertura do sumário apresentada por Teresa Lluç perante o Quarto Juiz Penal, de 14 de setembro de 1999 (expediente de prova, fls. 100 a 104).

¹¹² Decisão de reabertura do sumário do Quarto Juizado Penal, de 4 de novembro de 1999 (expediente de prova, fl. 111).

¹¹³ Cf. Comunicação enviada pelos peritos JPR e NVI ao Quarto Juiz Penal, de 26 de novembro de 1999 (expediente de prova, fl. 113).

99. Em 22 de dezembro de 1999, Teresa Lluy apresentou uma “acusação particular”¹¹⁴ contra PMT, EOQ e MRR, buscando que se declarasse sua responsabilidade pelo contágio de Talía¹¹⁵. Em 5 de janeiro de 2000, o Quarto Juizado Penal decidiu não aceitar o trâmite de “acusação particular” de Teresa Lluy “dado que a reabertura do sumário foi determinada para que sejam praticados os atos ordenados, e a acusação particular não é um ato processual essencial e deveria ser apresentado oportunamente”¹¹⁶.

100. Em 22 de março de 2000, o Quarto Juizado declarou, pela segunda vez, concluído o sumário e determinou que a Promotoria emitisse seu parecer no prazo legal¹¹⁷. Em 5 de maio de 2000, Teresa Lluy solicitou novamente a prática do exame especializado sugerido pelos peritos¹¹⁸. Em 15 de maio de 2000, por solicitação da Quarta Promotoria, o Quarto Juizado determinou a abertura do sumário e ordenou a prática de várias diligências.

101. Em 18 de julho de 2000, o Quarto Juiz determinou que os peritos JPR e NVI obtiveram as amostras de sangue de Talía e de HSA para o envio ao hospital da Universidade Católica de Lovaina, na Bélgica, a fim de realizar a prova especializada sugerida pelos peritos¹¹⁹.

102. Em 31 de agosto de 2000, foi declarado, pela terceira vez, fechado o sumário e foi ordenado à Promotoria que emitisse o parecer correspondente. Para este momento ainda não havia sido realizada a prova especializada sugerida pelos peritos¹²⁰.

103. Em 11 de outubro de 2000, a Promotoria emitiu o parecer no qual avaliou os diversos testemunhos e levou em consideração o relatório pericial, o reconhecimento de documentos e outros documentos do acervo probatório. A Promotoria concluiu que “havia sido demonstrada a materialidade da infração, que consistia no contágio negligente de uma enfermidade mortal como a AIDS na criança [Talía], sendo inobservadas normas obrigatórias contidas no Manual

¹¹⁴ A acusação particular de acordo com o Código de Procedimento Penal do Equador, em seu Art. 57 é aquela que se apresenta para a denúncia de delitos de ação pública ou privada. Disponível em https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf.

¹¹⁵ Cf. Acusação particular de Teresa Lluy contra PMT, EOQ e MRR perante o Quarto Juiz Penal, de 22 de dezembro de 1999 (expediente de prova, fls. 116 e 117).

¹¹⁶ Decisão do Quarto Juizado Penal que rejeita a acusação particular de 5 de janeiro de 2000 (expediente de prova, fl. 118).

¹¹⁷ Decisão do Quarto Juizado Penal que determina o fechamento do sumário, de 22 de março de 2000 (expediente de prova, fl. 134).

¹¹⁸ Cf. Solicitação de Teresa Lluy ao Auxiliar da Quarta Promotoria Penal, de 5 de maio de 2000 (expediente de prova, fl. 135).

¹¹⁹ Decisão do Quarto Juizado Penal, de 18 de julho de 2000 (expediente de prova, fl. 156).

¹²⁰ Decisão do Quarto Juizado Penal que declara concluído o sumário, de 31 de agosto de 2000 (expediente de prova, fl. 162).

para Bancos, Depósitos de Sangue e Serviços de Transfusão¹²¹". Em relação à responsabilidade penal a Promotoria assinalou que "apesar de que mediante vista fiscal se solicitou o concernente a este orçamento por considerar que existem presunções de sua existência, ao não haver acusado pessoa alguma, não era possível processualmente formular acusação"¹²².

104. O relatório do hospital da Universidade de Lovaina foi realizado em 8 de janeiro de 2001. De acordo com o assinalado neste, a prova foi realizada com quatro amostras de sangue. A amostra 1, correspondente a Talía; a amostra 2, correspondente a HSA; e as amostras 3 e 4 correspondentes a dois voluntários HIV positivos. No relatório médico indicou que as quatro amostras eram "claramente positivas", que a amostra 4 não pode ser amplificada, que somente as amostras 1, 2 e 3 tinha suficiente "viral RNA" para realizar uma "sequência nucleotídica"; e que "as amostras 1 e 2 eram idênticas", enquanto que "a amostra 3 era geneticamente diferente das duas primeiras"¹²³. Em 15 de janeiro de 2001 o Quarto Juiz determinou a reabertura do sumário a fim de incorporar a prova especializada¹²⁴.

105. Em 19 de fevereiro de 2001 a tradução do relatório foi submetida aos peritos JPR e NVI¹²⁵; que em 9 de março de 2001 indicaram que "o mesmo vírus afetava as amostras de sangue das duas pessoas", referindo-se à Talia e à pessoa a quem correspondia a amostra de sangue número 2, sendo o sangue de HSA. Agregaram que "o HIV somente poderia haver passado para a criança [Talía] a partir da pessoa assinalada como 170686285-9 [HSA] seguindo por duas vias: transmissão sexual ou pela transfusão de produtos sanguíneos contaminados procedentes desta pessoa". Os peritos finalizaram seu relatório assinalando que "se as investigações do juízo houvessem excluído a transmissão sexual, necessariamente deve se concluir a partir do ponto de vista da lógica médica que a única via de propagação do HIV para a criança [Talía] é a transfusão sanguínea"¹²⁶.

¹²¹ Parecer do Auxiliar da Quarta Promotoria Penal, de 11 de outubro de 2000 (expediente de prova, fl. 165).

¹²² Parecer do Auxiliar da Quarta Promotoria Penal, de 11 de outubro de 2000 (expediente de prova, fls. 163 a 165).

¹²³ Cf. Relatório emitido pelo Laboratório da Universidade de Lovaina, Bélgica, de 8 de janeiro de 2001 (expediente de prova, fls. 177 e 178). Tradução feita pela Secretaria da Corte.

¹²⁴ Cf. Decisão do Quarto Juiz Penal, de 15 de janeiro de 2001 (expediente de prova, fl. 174).

¹²⁵ Cf. Decisão do Quarto Juiz Penal que seja encaminhado aos peritos, de 19 de fevereiro de 2001 (expediente de prova, fl. 191).

¹²⁶ Relatório dos peritos JPR e NVI, de 9 de março de 2001 (expediente de prova, fl. 194).

106. Em 26 de março de 2001, foi declarado, pela quarta vez, encerrado o sumário¹²⁷. Em 9 de abril de 2001, a Quarta Promotoria solicitou ao Quarto Juiz a reabertura do sumário e a extensão deste contra MRR, BRR e PMT¹²⁸. Em 10 de abril de 2001, o Quarto Juiz fez extensivo o sumário contra MRR, BRR e PMT¹²⁹.

107. Em 16 de maio de 2001, Teresa Lluy apresentou “acusação particular” pelo delito de “propagação de enfermidade contagiosa” contra PMT, EOQ, MRR, BRR e o senhor CAA, em sua qualidade de Presidente do Comitê Provincial de Azuay da Cruz Vermelha¹³⁰. Nesta mesma data foi aceito o trâmite da “acusação particular” e se tornou extensivo o sumário contra CAA e EOQ¹³¹.

108. Em 25 de julho 2001, em resposta a uma solicitação apresentada por PMT e BRR¹³², o Quarto Juizado declarou “abandonada a acusação particular por tê-la deixado continuar por trinta dias” e determinou “separada a acusadora definitivamente da [...] causa, esta seguiria sendo substanciada com a intervenção do Ministério Público”¹³³. Em 29 de julho de 2001, Teresa Lluy solicitou a reconvocação desta decisão e, em 31 de julho de 2001, o Quarto Juizado rejeitou seu pedido indicando que este “não procedia”¹³⁴.

109. Em 9 de agosto de 2001, o expediente foi entregue ao Promotor Distrital de Azuay (doravante “o Promotor Distrital”) que o solicitou para estudá-lo. Em 22 de agosto de 2001, o Promotor Distrital solicitou ao Quarto Juizado alguns “atos processuais” que considerava “imprescindíveis”¹³⁵.

110. Em 23 de setembro de 2001, o Promotor Distrital emitiu o Parecer Fiscal mediante o qual analisou a prova documental, pericial e testemunhal, e formulou acusação contra MRR como autora de delito tipificado no artigo 436¹³⁶

¹²⁷ Cf. Decisão do Quarto Juiz Penal, de 26 de março de 2001, que declara concluído o sumário (expediente de prova, fl. 196).

¹²⁸ Cf. Solicitação da Quarta Promotoria Penal ao Quarto Juizado Penal, de 9 de abril de 2001 (expediente de prova, fl. 197).

¹²⁹ Cf. Decisão do Quarto Juiz Penal, de 10 de abril de 2001 (expediente de prova, fl. 198).

¹³⁰ Acusação particular apresentada por Teresa Lluy, de 16 de maio de 2001 (expediente de prova, fls. 208 a 210).

¹³¹ Cf. Decisão do Quarto Juiz Penal, de 16 de maio de 2001 (expediente de prova, fl. 211).

¹³² Solicitação de PMT e BRR, de 16 de julho de 2001, dirigida ao Quarto Juizado Penal (expediente de prova, fl. 263).

¹³³ Decisão do Quarto Juizado Penal que declara abandonada a acusação particular, de 25 de julho de 2001 (expediente de prova, fl. 274).

¹³⁴ Cf. Solicitação de Teresa Lluy, de 29 de julho de 2001, e decisão do Quarto Juizado Penal, de 31 de julho de 2001 (expediente de prova, fl. 276).

¹³⁵ Comunicação do Promotor Distrital ao Quarto Juizado Penal, de 22 de agosto de 2001 (expediente de prova, fl. 284).

¹³⁶ Código Penal do Equador artigo 436: Os médicos, farmacêuticos, ou qualquer outra pessoa que por falta de precaução ou cuidado, receitarem, despacharem ou fornecerem medicamentos que comprometam gravemente a saúde, serão reprimidos com prisão de seis meses a um ano; se houverem causado enfermidade que pareça ou for

do Código Penal. Além disso, formulou acusação contra PMT e EOQ pelo encobrimento do referido delito. Dentro de suas acusações o Promotor assinalou:

“Que de modo inconcusso está comprovado o contágio da menor [Talía] com o sangue do doador [HSA] motivado pela entrega do referido sangue, admitido pela acusada [MRR]. Que o doador [HSA], ao realizar a doação ignorava ter o vírus do HIV [...]

A Auxiliar de Enfermagem, do Banco de Sangue da Cruz Vermelha do Azuay, a acusada [MRR] em sua única versão processual admitiu sua autoria na entrega do sangue e do plasma, no dia 22 de junho de 1998. No entanto, mente quando afirmou que realizou os testes sorológicos. A ré, por descuido, negligência, imprudência e inobservância de rotina elemental do Laboratório, omitiu o teste sobre o HIV antes da entrega do sangue e do plasma proveniente de um doador infectado com HIV – infecção que foi comprava 24 após a transfusão – e que fora entregue para o uso da menor [Talía]. As modalidades culposas de negligência e imprudência atribuíveis à acusada estão previstas na definição do último inciso do Art. 14 do Código Penal.

[...]

Ao comportamento dos acusados [PMT] e [EOQ] lhes cabe o contexto da prova sumária como encobridores do delito que está provado. Sua suposta culpabilidade se encontra evidenciada inquestionavelmente em suas repetidas mentiras.

[...]

Contra os acusados [CAA] e [BRR] não encontrou dados processuais relacionados a alguma ação ou omissão para qualificar suas condutas em alguns dos níveis de participação criminal¹³⁷.

111. Em 29 de outubro de 2001, o Segundo Tribunal Penal de Azuay determinou que: i) havia sido provada “a existência da infração como é o contágio da AIDS a [Talía]; ii) Talía recebeu transfusão de plaquetas elaboradas com sangue fresco de doadores, dentre os quais estava o senhor HSA, que se encontrava infectado com HIV; iii) existia uma identidade genética dos vírus HIV que estavam presentes no sangue de HSA e no de Talía; e iv) foi demonstrado que “[MRR] elaborou e forneceu as plaquetas, demonstrando negligência, descuido, falta de precaução, causando uma enfermidade incurável em [Talía]”¹³⁸. Pelo anterior, declarou aberta a “etapa plenária” contra MRR “como suposta autora do delito tipificado e sancionado no [artigo] 436 do Código Penal”. Além disso, o Tribunal determinou que PMT e EOQ “não haviam realizado os atos que expressamente assinala [o Código Penal] que

incurável, a prisão será de um a três anos; e em caso de haver provocado a morte, a prisão será de três a cinco anos. Disponível em <http://www.cepal.org/oig/doc/EcuArt5511Codigopenal.pdf>.

¹³⁷ Cf. Parecer do Promotor do Distrito de Azuay, de 23 de setembro de 2001 (expediente de prova, fls. 454 a 463).

¹³⁸ Decisão do Segundo Tribunal Penal, de 29 de outubro de 2001 (expediente de prova, fl. 489).

fala do encobrimento, assim, ditou] o descumprimento provisório do processo e definitivo a favor [de ambas pessoas]”¹³⁹.

112. Em 31 de outubro de 2001, a Promotoria interpôs um recurso de apelação contra os descumprimentos definitivos, considerando que PMT e EOQ deveriam ser ajuizados em grau de encobrimento. Em 18 de dezembro de 2001, a Primeira Sala da Corte Superior resolveu sobre a consulta elevada pelo Quarto Juizado, referente aos descumprimentos e do recurso de apelação interposto por parte da Promotoria. A decisão da Sala foi de confirmar o descumprimento definitivo a favor de CAA e BRR, e modificar o “descumprimento definitivo” de PMT e EOQ por um “descumprimento provisório”¹⁴⁰.

113. O Segundo Tribunal Penal de Azuay, com data 13 de dezembro de 2001, ordenou oficial as autoridades de polícia para a captura de MRR¹⁴¹. Nos dias 23 de outubro de 2002, 26 de junho de 2003 e 12 de fevereiro de 2004 foram lavrados ofícios de captura de MRR sem que pudesse ser capturada¹⁴².

114. Mediante providência de 22 de fevereiro de 2005, o Segundo Tribunal de Garantias Penais de Azuay, entre outros atos processuais, determinou que se assentasse razão sobre o tempo transcorrido desde o auto de abertura do processo. Nesta mesma data, a Secretária relatora deste Tribunal certificou que haviam transcorridos “6 anos, 4 meses e 3 dias”¹⁴³.

115. Em 28 de fevereiro de 2005, a **Segunda Sala Penal, Colusiva e de Trânsito da Corte Superior de Justiça do Azuay** emitiu um parecer sobre a prescrição da ação, em razão do não comparecimento da acusada na audiência de julgamento e ao não haver podido ser capturada; e pelo tempo transcorrido desde a data do auto de abertura do processo, tempo que não havia sido interrompido pelo cometimento de outra infração¹⁴⁴.

¹³⁹ Decisão do Segundo Tribunal Penal, de 29 de outubro de 2001 (expediente de prova, fl. 489).

¹⁴⁰ Decisão da Primeira Sala da Corte Superior, de 18 de dezembro de 2001 (expediente de prova, fls. 362 a 370).

¹⁴¹ Ordem do Segundo Tribunal Penal, de 13 de dezembro de 2001 (expediente de prova, fl. 1.860).

¹⁴² Cf. Registro do Segundo Tribunal de Azuay, de 22 de fevereiro de 2005 (expediente de prova, fl. 1.861).

¹⁴³ Cf. Providência do Segundo Tribunal Penal de Azuay, datado de 22 de fevereiro de 2005 (expediente de prova, fl. 1.862).

¹⁴⁴ Cf. Decisão Resolutiva, Segundo Tribunal Penal de Azuay, de 25 de fevereiro de 2005 (expediente de prova, fl. 1.862).

116. Mediante resolução datada de 22 de abril de 2005, a **Segunda Sala Especializada Penal, Colusiva e de Trânsito, da então Corte Superior de Justiça de Cuenca**, confirmou a prescrição da ação¹⁴⁵.

E. A ação civil

117. Além da ação penal, a família de Talía interpôs recursos de natureza civil que buscavam obter reparações pelos danos e prejuízos originados da transfusão de sangue que produziu o contágio com HIV de Talía. Para estes efeitos, Teresa Lluy apresentou uma demanda por danos e prejuízos e, previamente, um “amparo de pobreza” solicitando que fosse declarada isenta do pagamento obrigatório da “taxa judicial” que era exigido para poder atuar judicialmente na demanda por danos e prejuízos.

E.1 Amparo de Pobreza

118. Em 26 de setembro de 2001, Teresa Lluy solicitou um “amparo de pobreza” perante o Juiz Civil de Cuenca, com fins de poder apresentar uma demanda por danos e prejuízos contra a Cruz Vermelha Provincial do Azuay, sem que fosse necessário pagar a “taxa judicial” que era exigida para atuar judicialmente. Teresa Lluy informou ao Juiz Civil que era “impossível por [sua] situação econômica que [ela] pudesse arcar com referido gasto”¹⁴⁶.

119. Em 14 de novembro de 2001, comparecer para declarar a senhora CS, que manifestou que a família de Talía “tinha uma situação econômica precária”. Nesse mesmo dia, compareceu para declarar o senhor JAB, que declarou que “era verdade que [Teresa Lluy] possuía uma situação financeira precária”.

120. Em 5 de dezembro de 2001, foi outorgado o amparo de pobreza a Teresa Lluy para que iniciasse a ação civil por danos e prejuízos sem que fosse necessário que pagasse a “taxa judicial” requerida¹⁴⁷.

E.2 Demanda por danos e prejuízos

121. Em 14 de maio de 2002, Teresa Lluy apresentou uma demanda por danos e prejuízos contra PMT, em sua qualidade de Diretor do Banco de Sangue da Cruz Vermelha de Azuay; e da instituição da Cruz Vermelha de Azuay, representada pelo senhor CAA, em sua qualidade de Presidente da

¹⁴⁵ Cf. Decisão Resolutiva, Segunda Sala Penal da então Corte Superior de Justiça de Azuay, de 22 de abril de 2005 (expediente de prova, fl. 1.878).

¹⁴⁶ Solicitação de amparo de pobreza, de 26 de setembro de 2001, formulada ao Juiz Civil de Cuenca (expediente de prova, fls. 313 e 314).

¹⁴⁷ Cf. Decisão de amparo de pobreza do Terceiro Juizado Civil de Cuenca, de 5 de dezembro de 2001 (expediente de prova, fl. 328).

Cruz Vermelha Provincial de Azuay¹⁴⁸. O senhor CAA se opôs à demanda da senhora Teresa Lluy argumentando que não estava provado que a infecção de Talía houvesse ocorrido por sangue obtido na Cruz Vermelha, nem que as amostras enviadas à Universidade Católica de Lovaina houvessem sido recolhidas de HSA e de Talía¹⁴⁹.

122. Em 6 de maio de 2002, foi aberto o processo à prova “pelo término legal de dez dias”¹⁵⁰. No trâmite da demanda por danos e prejuízos, Teresa Lluy incorporou como prova todo o expediente penal e solicitou provas adicionais para comprovar a atuação da Cruz Vermelha.

123. Em 1º de julho de 2002, Teresa Lluy solicitou ao Sexto Juizado que designasse um perito que realizasse a tradução do relatório médico realizado na Universidade de Lovaina¹⁵¹. Em 3 de julho de 2002, Teresa Lluy solicitou ao Sexto Juizado que nomeasse peritos médicos para realizar um reconhecimento em Talía, e que fixasse um dia para que fosse realizada a diligência de reconhecimento do Banco de Sangue da Cruz Vermelha Provincial de Azuay; também foi solicitado que chamasse os peritos JPR e NVI para realizar seu testemunho e que fixasse data para uma inspeção judicial na Clínica Humanitária¹⁵².

124. Em 5 de julho de 2002, o Sexto Juiz deu resposta ao escrito de 3 de junho de 2002, de Teresa Lluy e assinalou as datas para realização das diligências¹⁵³. Em 10 de julho de 2002, o Juizado decretou concluído o término de prova¹⁵⁴. Em 19 de agosto de 2002, submeteu o relatório médico sobre a situação de Talía¹⁵⁵, e em 20 de agosto de 2002, foi realizada a diligência de reconhecimento do Banco de Sangue da Cruz Vermelha de Azuay¹⁵⁶.

¹⁴⁸ Cf. Demanda por danos e prejuízos apresentada por Teresa Lluy perante o Juiz Civil de Cuenca, de 4 de março de 2002 (expediente de prova, fls. 331 a 334). O processo foi designado ao Sexto Juizado Civil de Cuenca, em 4 de março de 2002 (expediente de prova, fl. 335).

¹⁴⁹ Cf. Contestação à demanda apresentada por CAA perante o Sexto Juiz Civil de Cuenca, de 8 de abril de 2002 (expediente de prova, fls. 338 a 340).

¹⁵⁰ Decisão do Sexto Juizado Civil de Cuenca, de 6 de maio de 2002 (expediente de prova, fl. 347).

¹⁵¹ Cf. Escrito de Teresa Lluy perante o Sexto Juiz Civil de Azuay, de 1º de julho de 2002 (expediente de prova, fls. 525 e 526).

¹⁵² Cf. Escrito de Teresa Lluy perante o Sexto Juiz Civil de Azuay, de 3 de julho de 2002 (expediente de prova, fls. 530 a 532).

¹⁵³ Decisão do Sexto Juizado Civil de Cuenca, de 5 de julho de 2002 (expediente de prova, fl. 533).

¹⁵⁴ Decisão do Sexto Juizado Civil de Cuenca, de 10 de julho de 2002 (expediente de prova, fl. 535).

¹⁵⁵ Relatório médico dos peritos GT e GP, de 20 de agosto de 2002 (expediente de prova, fl. 542).

¹⁵⁶ Cf. Ata de inspeção do Banco de Sangue da Cruz Vermelha do Azuay, de 20 de agosto de 2002 (expediente de prova, fl. 540).

125. Em 25 de agosto de 2004, Teresa Lluy solicitou ao Sexto Juiz que declarasse concluído o término da prova¹⁵⁷; não obstante, em 5 de setembro de 2004, o senhor CAA assinalou que ainda faltava a diligência de tradução do relatório da Universidade de Lovaina e solicitou ao Juiz que assinalasse nova data para que o perito nomeado tomasse posse do cargo¹⁵⁸.

126. Em 27 de outubro de 2004, Teresa Lluy solicitou ao Sexto Juizado que tornasse sem efeito sua petição de designar perito para a tradução do relatório, pois já existia tradução do documento. Ademais, indicou que “em razão de existir um problema gravíssimo como era a situação de [sua] filha, era urgente obter a sentença”¹⁵⁹. Em 4 de novembro de 2004, o Sexto Juizado decidiu que não procedia a solicitação de Teresa Lluy, pois a diligência que faltava era necessária¹⁶⁰. Em 24 de novembro de 2004, tomou posse o perito designado¹⁶¹; que entregou a tradução do relatório em 10 de janeiro de 2005¹⁶².

127. Em 19 de janeiro de 2005, Teresa Lluy solicitou ao Sexto Juiz que “em vista de que não haviam diligências pendentes, [...] se dignasse pedir autos para a sentença”¹⁶³.

128. Em 12 de julho de 2005, o Sexto Juizado Civil de Cuenca ditou a sentença e, levando em consideração os resultados do processo penal, declarou **sem lugar** a demanda apresentada por Teresa Lluy. O Sexto Juizado invocou o artigo 2241 do Código Substantivo Civil que estabelecia que: “o que cometeu um delito ou quase-delito, que provocou danos a outro, está obrigado à indenização; sem prejuízo da pena que lhe imponham as leis pelo delito ou quase-delito”. Levando em consideração o referido artigo, o Sexto Juizado indicou que se devia determinar se a pessoa demandada havia cometido o delito para que fosse então obrigado a pagar danos e prejuízos, para o qual se devia seguir um juízo e devia existir sentença condenatória transitada em

¹⁵⁷ Cf. Escrito de Teresa Lluy perante o Sexto Juiz Civil de Azuay, de 25 de setembro de 2004 (expediente de prova, fl. 550).

¹⁵⁸ Cf. Escrito de Claudio Arias perante o Sexto Juiz Civil de Azuay, de 6 de setembro de 2004 (expediente de prova, fl. 552).

¹⁵⁹ Cf. Escrito de Teresa Lluy perante o Sexto Juiz Civil de Azuay, de 27 de outubro de 2004 (expediente de prova, fl. 555).

¹⁶⁰ Decisão do Sexto Juizado Civil de Cuenca, de 4 de novembro de 2004 (expediente de prova, fl. 556).

¹⁶¹ Ata de posse do perito JS, de 24 de novembro de 2004 (expediente de prova, fl. 561).

¹⁶² Cf. Relatório do perito JS, de 10 de janeiro de 2005 (expediente de prova, fls. 564 a 566).

¹⁶³ Escrito de Teresa Lluy perante o Sexto Juiz Civil de Azuay, de 19 de janeiro de 2005 (expediente de prova, fl. 568).

julgado. Atendendo aos descumprimentos ditadas no processo penal, o Sexto Juizado declarou **sem lugar** a demanda civil¹⁶⁴.

129. Em 14 de julho de 2005, Teresa Lluy interpôs um recurso de apelação contra a decisão do Sexto Juizado¹⁶⁵, o qual foi sustentado em 2 de setembro de 2005. A senhora Lluy indicou que a apelação se referia a “todo o conteúdo da sentença [do Sexto Juizado], tanto em sua motivação quanto em sua parte dispositiva”. Agregou que a ação de danos e prejuízos era independente do processo penal, pois buscava reparação por dano por um fato culposo, ainda que não existisse sentença condenatória. No recurso, Teresa Lluy também invocou o artigo 14 do Código da Criança e do Adolescente sobre a interpretação que deveria ser aplicada em favor do interesse superior da criança e enfatizou a situação de discriminação que foi vivida por Talía “em todos os campos de estudo, moradia, saúde, etc”¹⁶⁶.

130. Em 12 de setembro de 2005, o senhor CAA apresentou seu escrito de contestação indicando que “não era verdade que a ação de danos e prejuízos foi independente do processo que julgava a responsabilidade penal”. Em seu escrito agregou que não havia sido provado dentro do processo penal que o contágio de Talía houvesse sido consequência da transfusão de sangue recebida da Cruz Vermelha. O senhor CAA assinalou também que a denúncia de Talía e sua família havia afetado o prestígio da Cruz Vermelha¹⁶⁷. Em 23 de novembro de 2005, a senhora Teresa Lluy solicitou que se ditasse a sentença de apelação¹⁶⁸.

131. Em 18 de maio de 2006, a Primeira Sala da Corte Superior de Justiça de Cuenca declarou a nulidade de “todo o atuado a partir da decisão que aceitou o trâmite da demanda” e devolveu o expediente ao juizado de origem. Esta decisão teve como sustento o artigo 41 do Código de Processamento Penal que estabelecia que “não poderá ser demandada a indenização civil decorrida da infração penal enquanto não exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado”. A Primeira Sala determinou que ao não existir tal

¹⁶⁴ Sentença do Sexto Juiz Civil de Azuay, de 12 de julho de 2005. (expediente de prova, fls. 593 a 595).

¹⁶⁵ Recurso de apelação contra o Juízo nº 323-05, de 18 de maio de 2006. (expediente de prova, fl. 597).

¹⁶⁶ Fundamentação do Recurso de apelação contra o Juízo nº 323-05, de 2 de setembro de 2005. (expediente de prova, fl. 16).

¹⁶⁷ Cf. Contestação do recurso de apelação por parte de CA e seu representante JM, de 12 de setembro de 2005 (expediente de prova, fls. 18 e 19).

¹⁶⁸ Cf. Escrito de Teresa Lluy perante os Ministros de Substanciação da Sala, de 25 de setembro de 2004. (expediente de prova, fl. 21).

sentença penal no caso de Talía, não se cumpria o requisito indispensável para admitir a ação civil e, portanto, todo o atuado desde a referida admissão era nulo¹⁶⁹.

132. A resolução da Primeira Sala da Corte Superior de Justiça de Cuenca não foi impugnada. Por outro lado, foi declarado por Talía e sua família que, como resultado do contágio de Talía e das distintas ações legais que sua família interpôs posteriormente, a vida familiar, a economia, a saúde, e outros âmbitos da vida de Talía, Teresa Lluy e Iván Lluy sofreram diversos impactos que lhes afetaram e que continuam lhes afetando na atualidade.

F. As afetações na educação de Talía decorridas da sua situação de pessoa com HIV

133. Em setembro de 1999, quando Talía tinha 5 anos de idade, foi inscrita no “primeiro curso básico” na escola pública de educação básica “Zoila Aurora Palacios”, na cidade de Cuenca. Talía assistiu às aulas normalmente durante dois meses, no entanto, no mês de novembro a professora APA se inteirou que Talía era uma pessoa com HIV e informou ao diretor da escola. O diretor decidiu que Talía não assistiria às aulas “até saber o que diriam as autoridades de educação ou buscar uma solução para o problema”¹⁷⁰.

134. Funcionários da Subdireção de Saúde de Austro ministraram palestras na escola relativas ao HIV e a “impossibilidade do contágio”. No entanto, em 3 de fevereiro de 2000, o Diretor da escola comunicou à Teresa Lluy a decisão de não receber mais Talía, lhe entregando seus papéis de “desligamento”¹⁷¹.

135. Em 8 de fevereiro de 2000, Teresa Lluy com ajuda do Comissionado do Defensor do Povo de Azuay, apresentou uma ação de amparo constitucional perante o Terceiro Tribunal Distrital Contencioso Administrativo com sede na cidade de Cuenca, contra o Ministério de Educação e Cultura representado pelo Subsecretário de Educação de Austro; do diretor da escola “Zoila Aurora Palacios” e da professora APA, em razão de uma suposta privação ao direito à

¹⁶⁹ Cf. Recurso de apelação contra o Juízo nº 323-05 interposto por Teresa Lluy, de 18 de maio de 2006. (expediente de prova, fls. 599-605).

¹⁷⁰ Demanda de amparo constitucional, Terceiro Tribunal do Contencioso Administrativo, com sede em Cuenca, de 8 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.122). Talía declarou que: “[q]uando tinha cinco anos, fui à escola Fiscal Zoila Aurora Palacios. Eu estava contente por fazer muitos amigos. Quando chegou o natal, um dia minha professora [...] disse à minha mamãe que já não me le[v]asse à escola, que me levasse para casa. Minha mãe foi à Direção e saiu chorando e não voltamos mais [...].N]o primeiro dia das aulas informaram à minha mãe que minha matrícula foi anulada sem nenhuma explicação”. Escritura de declaração juramentada outorgado por Talía Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fls. 1.097 e 1.099).

¹⁷¹ Cf. Demanda de amparo constitucional, de 8 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.122).

educação de Talía. Teresa Lluy afirmou que havia sido violado o direito à educação de Talía e solicitou uma reintegração à escola e uma reparação pelos danos provocados¹⁷².

136. Em 9 de fevereiro de 2000, foi realizada uma audiência pública do caso. Na referida audiência o Subsecretário Regional de Educação de Austro indicou que nem a Diretora de Educação de Azuay nem ele haviam determinado que Talía fosse retirada da escola. No entanto, o Subsecretário assinalou que “as leis educativas permitiam que os diretivos dos estabelecimentos quando existisse iminente risco contra os educandos pudesse tomar medidas em salvaguarda do restante dos educandos”¹⁷³.

137. O Subsecretário Regional também agregou que “o diretor da escola e a professora haviam procedido até que se realizassem exames médicos correspondentes e que garantissem que [Talía] não transmitisse sua lamentável enfermidade ao restante das crianças e funcionários que está em contato com ela [pois] embora ela fosse assistida pelas garantias constitucionais [...] também deveriam gozar dessas garantias e direitos constitucionais a grande maioria das crianças educadas nesse centro educativo”¹⁷⁴.

138. Na audiência pública também declarou o diretor da escola “Zoila Aurora Palacios” e assinalou que haviam tomado decisões que cuidavam da saúde das crianças de primeiro básico. O diretor declarou que “acolhendo aos requisitos que deveria apresentar [Talía] para a matrícula um deles o atestado médico de não apresentar enfermidades infecto contagiosas”. Por fim, o diretor assinalou que “na escola [Talía] teve algumas hemorragias devido a uma enfermidade chamada púrpura trombocitopênica idiopática, esta enfermidade fazia com que os riscos de contágio [fossem] maiores, também porque [Talía] se encontrava no primeiro ano da educação básica no qual se trabalha com objetos perfuro-cortantes”¹⁷⁵.

139. A professora APA também prestou seu testemunho em audiência pública e assinalou que ela havia perguntado ao médico que tratava Talía, que

¹⁷² Cf. Demanda de amparo constitucional, de 8 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.122).

¹⁷³ Audiência pública da Demanda de amparo constitucional no Terceiro Tribunal do Contencioso Administrativo, com sede em Cuenca, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.132).

¹⁷⁴ Audiência pública da Demanda de amparo constitucional no Terceiro Tribunal do Contencioso Administrativo, com sede em Cuenca, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.132).

¹⁷⁵ Audiência pública da Demanda de amparo constitucional no Terceiro Tribunal do Contencioso Administrativo, com sede em Cuenca, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.134).

realizou uma exposição sobre o HIV “a todos os funcionários docente” da escola “Zoila Aurora Palacios”, se existia um risco para o restante dos companheiros de Talía e que o médico havia respondido que “sim, havia risco, mas para uma pequena porcentagem”. A professora APA assinalou, ademais, que “tinha testemunhas de que aquelas hemorragias que tinha [Talía, e que] observados esses riscos havia sido seguido o caminho correto, mas para não provocar dano moral e psicológico [à Talía], e sim porque [ela era] responsável de um grupo de 31 crianças”¹⁷⁶.

140. Em 10 de fevereiro de 2000, o comissionado da Defensoria do Povo de Azuay, solicitou que se incorporasse ao processo o Atestado do Médico Infectologista do hospital Regional Docente “Vicente Corral Moscoso” sobre a situação de Talía; o atestado do médico da Clínica “Santa Ana” sobre as condições hematológicas de Talía; e o relatório do Coordenador do Programa de Assistência à Prevenção ao HIV/AIDS-ETS, da Direção Provincial de Saúde do Azuay, sobre a visita de uma equipe técnica em saúde à Escola “Zoila Aurora Palacios” em relação ao caso de Talía¹⁷⁷.

141. Em 11 de fevereiro de 2000, o Tribunal Distrital Contencioso nº 3 declarou inadmissível o recurso de amparo constitucional, considerando que “existia um conflito de interesses, entre os direitos e garantias individuais de [Talía] frente aos interesses de um conglomerado estudantil, colisão que fazia com que predominassem os sociais aos coletivos, como é o direito à vida, frente ao direito à educação”¹⁷⁸.

142. O Tribunal Distrital avaliou que “se as autoridades de educação e o estabelecimento não procedessem a atuar da forma que fizeram, corriam o risco de infringir preceitos constitucionais [...] do resto dos funcionários do estabelecimento por não precaver a saúde ameaçada pelo real ou suposto contágio”¹⁷⁹.

143. Devido ao anterior, o Tribunal considerou que “as autoridades educativas [havam] procedido com base na lei”, levando em conta que a enfermidade de Talía “implicava um possível risco de contaminação ao resto

¹⁷⁶ Audiência pública da Demanda de amparo constitucional no Terceiro Tribunal do Contencioso Administrativo, com sede em Cuenca, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.135).

¹⁷⁷ Cf. Ofício do Defensor do Povo de Azuay, de 10 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.145).

¹⁷⁸ Sentença de 11 de fevereiro de 2000 emitida pelo Tribunal Distrital do Contencioso Administrativo nº 3 (expediente de prova, fl. 1.148).

¹⁷⁹ Sentença de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.148).

dos estudantes do estabelecimento” para o qual sustentou que “frente a [esse] conflito [era] óbvio enfatizar que prevalece o direito da maioria com respeito à um caso particular”¹⁸⁰.

144. Por fim, o Tribunal considerou que Talía podia exercer seu direito à educação “mediante uma instrução particularizada e à distância”¹⁸¹. Não foi apresentada nenhuma impugnação à sentença do Tribunal Distrital do Contencioso nº 3.

G. Fatos relacionados à assistência sanitária e tratamento recebido por Talía Gonzales Lluy

145. O Estado alegou informação relativa aos programas que adiantou em matéria de educação atenção no tema do HIV/AIDS, a fim de conseguir ter à disposição de todos seus cidadãos informação oportuna e livre de preconceitos sobre o HIV/AIDS. A este respeito, a Constituição de 1998, em seu artigo 43¹⁸² estabelecia, na época em ocorreram os fatos, que os programas e ações da saúde pública eram gratuitos para todos. Além disso, outras normas relevantes sobre o acesso à atenção e informação em saúde são a Lei de Direitos e Amparo ao Paciente de 1995¹⁸³; a Lei Orgânica de Saúde de 2006¹⁸⁴; a Lei sobre a Educação da Sexualidade e o Amor de 1998; o Acordo Ministerial 403 de 2006; o Acordo Ministerial 436 de 2008, e a Resolução 166 de 2009 da CONESUP. Ainda, em 2002 foi promulgada a Lei para a Prevenção e Assistência Legal **a Pessoas com HIV**, no ano 2000¹⁸⁵, complementada pelo Regulamento para a Atenção à Pessoas que vivem com o HIV/AIDS, do ano 2002¹⁸⁶; e existe uma Estratégia Nacional de Saúde Pública para HIV/AIDS DST¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Sentença de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.149).

¹⁸¹ Sentença de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.149).

¹⁸² Constituição Política da República do Equador, de 11 de agosto de 1998, artigo 43.

¹⁸³ Artigo 5 “Se reconhece o direito de todo paciente à informação concernente ao diagnóstico de seu estado de saúde, prognóstico, tratamento, riscos aos que está exposto, em termos que o paciente possa entender e estar habilitado para tomar decisões sobre o procedimento a ser seguido”, Lei de Direitos e Amparo ao Paciente, Registro Oficial Suplemento 626, de 3 de fevereiro de 1995, (expediente de prova, fl. 2.764).

¹⁸⁴ Artigo 27 “O Ministério da Educação e Cultura, em coordenação com a autoridade sanitária nacional, com o organismo estatal especializado em gênero e outros competentes, elaborará políticas e programas educativos de implementação obrigatória nos estabelecimentos de educação a nível nacional, para a difusão e orientação em matéria de saúde sexual e reprodutiva, a fim de prevenir a gravidez em adolescentes, o HIV/AIDS, e outras infecções de transmissão sexual, a promoção da paternidade e maternidade responsável, e a erradicação da exploração sexual; e, designará os recursos suficientes para isso”.

¹⁸⁵ Lei para a prevenção e assistência integral para pessoas com HIV AIDS, de 14 de abril de 2000 (expediente de prova, fls. 2.119 a 2.121).

¹⁸⁶ Regulamento de atenção a pessoas com AIDS, de 20 de dezembro de 2002, modificado em 22 de dezembro de 2006 (expediente de prova, fls. 2.113 a 2.118).

¹⁸⁷ Estratégia Nacional de Saúde Pública para HIV/AIDS-DST (expediente de prova, fls. 3.229 a 3.233).

146. Perante a Corte também foram submetidas as declarações periciais sobre a Definição de Política Pública de Atenção Gratuita e Provisão de Serviços à Pacientes com HIV no Equador¹⁸⁸; a Política Pública Multisetorial de Resposta Nacional ao HIV/AIDS 2007-2015, com particular ênfase no manejo integral e multisetorial da enfermidade crônica infecciosa (incluindo uma descrição pormenorizada das políticas públicas multisetoriais em diversos governos locais e nos planos para grupos prioritários)¹⁸⁹; a Experiência de Política Pública para Atenção Integral de Adultos e Adolescentes com infecção por HIV/AIDS e aplicação do Guia de Prevenção e Controle da Transmissão Materno-infantil do HIV¹⁹⁰; e os programas de Saúde Mental e Rede de Serviços Integrais aplicados ao acompanhamento e tratamento de enfermidades catastróficas¹⁹¹.

147. No expediente perante a Corte a prova sobre a intenção sanitária recebida por Talía se concentra em suas declarações e de seus familiares, atestados e documentos relacionados a sua história clínica e pareceres periciais. Entre o provado, se encontra que os primeiros exames hematológicos de Talía foram realizados no Laboratório de Cuenca do Instituto de Higiene e Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez, onde em 27 de julho de 1998 Talía foi diagnosticada com HIV¹⁹², ao que se subseguiram diversos exames especializados para confirmar o referido diagnóstico¹⁹³. Por outra parte, Talía foi atendida no hospital Vicente Corral Moscoso desde 1999 até o ano de 2003¹⁹⁴, entre 2003 e 2014 pelo médico hematologista NV conforme consta no atestado expedido por este, em 22 de abril de 2014¹⁹⁵. Por sua vez, foi atendida no Hospital Geral da FF.AA. nº 1 desde 2004 por médicos clínicos gerais, alergologistas e infectologistas ao longo dos anos e foi internada na referida instituição em 20 de junho de 2005¹⁹⁶, quando se iniciou o tratamento

¹⁸⁸ Cf. Perícia de Nilda Estela Villacrés e María Yerovi Naranjo, de 27 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fls. 3.875 a 3.895).

¹⁸⁹ Cf. Perícia de Diana Molina, de 26 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fls. 3.901 a 3.951).

¹⁹⁰ Cf. Perícia de Carmen Carrasco y Juan Sánchez, de 26 fevereiro de 2015 (expediente de prova, fls. 3.952 a 4.013).

¹⁹¹ Cf. Perícia de Aimée Dubois Sánchez, de 26 fevereiro de 2015 (expediente de prova, fls. 4.014 a 4.027).

¹⁹² Teste ELISA de Talía Gonzales Lluy, de 27 de julho de 1998 (expediente de prova, fl. 413).

¹⁹³ Teste Western Blot de Talía Gonzales Lluy (expediente de prova, fl. 414).

¹⁹⁴ Cf. Perícia de Carmen Carrasco, de 13 de fevereiro de 2015, fl. 4.976).

¹⁹⁵ Atestado de NV, de 10 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.350).

¹⁹⁶ História Clínica Talía Gonzales Lluy, de 20 de junho de 2005 (expediente de prova, fls. 1.289-1.334). Talía Gonzales Lluy foi assistida pelo clínico geral, conforme os *affidavits*, 23 de setembro de 2004 (expediente de prova, fl. 1.258), 24 de julho de 2006 (expediente de prova, fl. 1.294), 20 de maio de 2008 (expediente de prova, fl. 1.252), 17 de junho de 2008 (expediente de prova, fl. 1.253), 15 de junho de 2011 (expediente de prova, fl. 1.252) e 26 de janeiro de 2012 (expediente de prova, fl. 1.234). Visita realizada, em 20 de junho de 2005. (expediente de prova, fl. 1.294). Visita realizada, 27 de julho de 2012 (expediente de prova, fl. 1.234). Última visita realizada, em 27 de julho de 2012 (expediente de prova, fl. 1.234).

com **antirretrovirais**¹⁹⁷. Em 15 de maio de 2014, Talía visitou a Unidade de Atenção Integral de Saúde de Cuenca no hospital Vicente Corral Moscoso¹⁹⁸ para efeitos de receber a atenção que o Estado ofereceu ao lhe dar o cumprimento das recomendações da Comissão Interamericana.

148. A perita Diana Molina manifestou perante a Corte que no hospital Militar HG-1 de Quito, a menina Talía, por ser filha de um afiliado ao Instituto de Previdência Social das Forças Armadas (ISSFA), recebeu durante 10 anos a atenção médica especializada, incluindo a medicação antirretroviral sem que tivesse que realizar nenhum pagamento ao hospital¹⁹⁹. Conforme a perita, referente ao bom estado de saúde de Talía, desde 1998 até 2004 não foi necessário iniciar a terapia antirretroviral. A perita mencionou que:

“O acesso à medicação antirretroviral gratuita e contínua, apesar de não ser uma política pública explícita durante essa década, no entanto, pode-se dizer que o MSP destinava orçamento para a atenção especializada e compra de antirretrovirais desde 1990. Ademais, dentro dos sistemas públicos de **asseguramento**, as pessoas com afiliação à Previdência Social, como o IESS, ISSFA possuíam essas prestações. No hospital Militar HG-1 da cidade de Quito, foi iniciada a atenção a pacientes HIV+, incluindo a medicação antirretroviral em 1996, e se criou a “Clínica de HIV/AIDS” no hospital em outubro de 1998, e é assim que se pode inferir que a menina [Talía] por ser filha de um afiliado ao ISSFA, recebeu durante 10 anos (2004-2013) a atenção médica especializada, incluindo a medicação antirretroviral sem [ter] que realizar nenhum pagamento ao hospital”.

149. Conforme a perito, nesses anos “havia inclusive a possibilidade de trocar de prestador, e continuar tendo os benefícios da gratuidade”. Agregou que, “em caso de requerer exames especializados de laboratório, que poderiam ser conseguidos no setor privado, estes eram pagos pelo instituto segurador público:

No hospital Vicente Corral Moscoso, hospital público da cidade de Cuenca, a menina [Talía] começou a receber a atenção médica especializada em 1999, com uma equipe multidisciplinar formada por um médico especialista em infectologia, um médico especialista em dermatologia, um médico especialista em hematologia, uma psicóloga clínica e atenção do serviço de trabalho social²⁰⁰. Desde 1999 até o ano de 2003 a atenção especializada esteve controlando as condições de saúde. [...] A

¹⁹⁷ Cf. Perícia de Carmen Carrasco, de 13 de fevereiro de 2015, fl. 4.978).

¹⁹⁸ Cf. Ofício de Talía Gonzales Lluy a Ramiro Ávila, de 26 de maio de 2014 (expediente de prova, fl. 1.184-1.186); Ofício de Talía Gonzales Lluy às Autoridades do Ministério de Saúde Pública do Equador, de 26 de maio de 2014 (expediente de prova, fl. 1.187-1.188).

¹⁹⁹ Cf. Perícia de Diana Molina, de 26 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fl. 3.921). A perita cita como respaldo o Ofício nº ISSFA-DSS-2015-329-OF.

²⁰⁰ Neste ponto a perita Diana Molina cita um “Ofício Epidemiologia, HVCM, Cuenca, 9 de fevereiro de 2015”, (expediente de prova, fl. 3.922). Por sua parte, a perita Carrasco assinalou que “desde 1999 recebeu atenção integral por parte do hospital Vicente Corral Moscoso, intervindo em diferentes datas os seguintes profissionais: infectologia, dermatologia, hematologia, trabalho social, psicologia”.

menina esteve amparada pelo Estado durante estes anos, conforme indica o Memo Epidemiologia HVCM, 2015. Ao indicar no ano de 2003 que deveriam iniciar o tratamento antirretroviral, a mãe comunicou que havia decidido levar a menina para tratamento no hospital Militar em Quito.

No hospital Militar HG-1 na cidade de Quito, desde o ano 1998 [...], o financiamento dos custos das prestações médicas, que inclui a atenção com a equipe integral de profissionais, os testes de laboratório, a medicação especializada e regular, foi [realizado] com recursos do Instituto de Previdência Social das Forças Armadas-ISSFA. No caso da menina [Talía] foi reportado que em janeiro de 2004 inicia a atenção, e durante todo esse ano, esteve controlada com exames especializados. Para os testes de laboratório, se utilizava os serviços de Laboratórios Clínicos Privados”. [...]

150. A perita agregou que até 2004 Talía não havia necessitado iniciar a terapia antirretroviral, como se refere a perícia do Estado:

Por sua boa condição de saúde, durante esse ano [2004], nunca teve necessidade de iniciar com a medicação antirretroviral e esta foi iniciada em junho de 2005, que pelo protocolo dessa época, requereu hospitalização²⁰¹.

[...]

Conforme os relatórios de valores pagos pelo ISSFA, pode-se demonstrar que desde o ano 2004, até 10 de janeiro de 2013, a menina Talía [foi] beneficiária da previdência pública, e portanto, [esteve] amparada pelo Estado. O montante anulado pela saúde da paciente [Talía] ultrapassa \$ 19.435,60 dólares americanos, dos quais por exames de laboratórios especializados ultrapassa os \$ 3.646,78 dólares americanos, em medicações ultrapassa os \$15.788,91 dólares americanos.

[...]

o Estado Equatoriano, através do ISSFA cobriu os custos de atenção médica com uma equipe especializada, exames de laboratório especializados e tratamento antirretroviral para a menina [Talía], conforme reporta o Relatório enviado com Ofício nº ISSFA-DSS-2015-329-OF, durante o período 2004-2013, e que ultrapassou um valor de \$ 19.435,60 dólares americanos. E no período 1999-2003, e desde 2014, o Estado Equatoriano amparou também as atenções solicitadas por [Talía], por meio do hospital público Vicente Corral Moscoso, pertencente ao Ministério de Saúde Pública, conforme o Memorando Epidemiologia-HCVM-2015.

[...] cabe assinalar que os pacientes diagnosticados com HIV contaram com apoio da Assessoria para que possam fazer frente à enfermidade. No caso de pacientes menores de idade, o serviço de assessoria pode ser provido também aos pais ou representantes legais do menor, de maneira que possam oferecer apoio necessário.

151. Perante uma pergunta dos representantes a respeito de se desde 1998 em alguns momentos as medicações para atender o HIV deixaram de ser providas em hospitais públicos, a perita Molina assinalou que “as medicações

²⁰¹ A perita cita neste ponto o Relatório s/n do Chefe de Serviço de Infectologia, HG-1, de fevereiro de 2015, (expediente de prova, fl. 3.922).

antirretrovirais não deixaram de ser providas pelos diferentes subsistemas que formam a Rede Pública e a Complementária de Saúde”.

152. Por sua parte, a perita Carmen del Rocío Carrasco informou que no Equador o Ministério da Saúde Pública iniciou o tratamento antirretroviral em pessoa com HIV avançada no ano de 2004. Antes, outras instituições como as Forças Armadas, a Polícia e o IESS começaram a oferecer atenção integral aos pacientes. A perita assinalou que em relação à Talía, foram utilizadas “os Guias 2002, 2004, 2007, 2010 e 2012”. Sobre algumas situações apresentadas no marco da assistência sanitária, a perita informou que:

“A paciente Talía desde 1999 recebeu atenção integral por parte do hospital Vicente Corral Moscoso [...]. No ano de 2003 ao lhe indicar que devia iniciar o tratamento antirretroviral a mãe comunicou que havia decidido levar a criança para tratamento no hospital Militar da Cidade de Quito.

Depois regressou pela segunda vez e foi readmitida para continuação de seu tratamento, em 6 de março do ano de 2009, não trouxe nenhuma documentação de tratamentos prévios, foi solicitado à família obter a documentação para **intermediar** o tratamento, o qual nunca foi cumprido e novamente a paciente abandonou sem nenhuma notificação ao Hospital Vicente Corral Moscoso.

É importante anotar que a paciente nunca comparecia às datas programadas com pontualidade para ser atendida quando era designado, a cargo de sua mãe demonstrou falências nos níveis de responsabilidade de cumprimento dos trâmites tais como: não respeitava o turno nem a data designada, por que queria ser atendida imediatamente após sua chegada em várias ocasiões.

A [...] mãe de [Talía] tratou mal os funcionários da equipe de saúde, em diferentes ocasiões pelo que já não regressou, se soube que a paciente se encontrava recebendo atenção no hospital Militar da cidade de Quito e novamente ABANDONOU o hospital, em 6 de maio de 2009. No ano de 2014 retornou novamente acompanhada de membros dos Direitos Humanos e um familiar para que fosse atendida na UAIPVVS-HVCM, ao que o Doutor JO manifestou que é bem-vinda se ela assim o considera e que por favor lhe trouxesse um relatório da medicação que vinha recebendo para poder dar prosseguimento²⁰².

153. Dessa forma, a perita Carrasco assinalou o seguinte sobre a implementação de um serviço de assessoria:

A proposta de estabelecer um sistema formal de assessoria do Hospital Vicente Corral Moscoso para PVVS [...] foi solicitado há aproximadamente 2 anos [2013]. Anterior a esta data, a Assessoria era de responsabilidade do Departamento de Trabalho Social do Hospital Vicente Corral Moscoso. A Direção Provincial de Saúde do Azuay (atualmente Coordenação Zonal 6), dispôs um Programa de Assistência para PVVS [...]

²⁰² A perita Carrasco sustenta estas afirmações no Relatório S/N, de 9 de fevereiro de 2015, do MSP-hospital Vicente Corral Moscoso Epidemiologia-HVCM-2015 referente à informação histórica sobre HIV/AIDS, emitido pelo Líder da UAIPVVS-HVCM.

A mãe da paciente, a Sra. Teresa Lluy, fez parte do primeiro grupo de autoajuda para PVVS, do Hospital Vicente Corral Moscoso, cuja primeira reunião foi realizada no Colégio Médico de Azuay, no ano de 2002, solicitando à Sra. ser coordenadora do referido grupo, que se constituiu com 5 pacientes e depois foi incrementando o número de pacientes, este grupo foi descontinuado por vários motivos”.

154. Posterior à atenção realizada no hospital Vicente Corral Moscoso, Talía foi atendida no hospital Militar de Quito. Sobre a atenção neste hospital a perita Carrasco indicou o seguinte:

A paciente Talía compareceu pela primeira vez ao HG1 no mês de março de 2014, havia sido diagnosticada com HIV aos 3 anos de idade, seu acompanhamento, por preferência da mãe e de acordo com a nota anexa, foi realizado até esse momento pelo Dr. [JO] na Cidade de Cuenca e a paciente havia permanecido assintomática. Em sua primeira consulta a paciente se encontrava assintomática, foram realizados todos os exames de consulta de HIV da primeira vez que incluem Raio-X do Tórax, PPD, IGG e IGM para toxoplasmose, Biometria Hemática, **Química Sanguínea**, Carga Viral e CD4.

Em seu encontro com os resultados, em 23-09-2004, CD4 em 463, CD8 em 926, a paciente seguia assintomática. De acordo com a normativa vigente não se requeria iniciar o tratamento antirretroviral. No encontro seguinte, no mês de fevereiro de 2005, a paciente não acompanhou] sua mãe retirou os pedidos de exames e realizou Carga Viral e CD4.

Compareceu no mês de junho de 2005 à consulta com um quadro de lesões musculares e **crostosas** generalizadas, e diarreia, com ocasional dor abdominal, foi decidido seu ingresso ao início do tratamento antirretroviral, tendo em vista que seu último resultado o CD4 estava em 236 e a carga viral em 38946. Durante seu ingresso o Diagnóstico dermatológico [foi] de um prurido simples por HIV. Foi iniciado o tratamento com AZT, 3TC e Nelfinavir, terapia de primeira linha, baseada em inibidores de protease, de acordo com os guias nacionais e internacionais, não tinha indicação de não **nucleosídeos** por apresentar lesões dérmicas ativas, desde então a paciente fez controles semestrais, de acordo com a normativa vigente, nos referidos controles são realizados biometria hemática, química sanguínea, EMO, se manteve indetectável a carga viral a partir deste controle desde 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012.

Em 2007 foi mudada a terapia antirretroviral para AZT, 3TC e Efavirenz, por ter sido suspendida mundialmente a distribuição do Nefinavir. Desde então a paciente não requereu troca de terapia antirretroviral. Não apresentou infecções oportunistas não sendo requerida nenhuma outra hospitalização, permaneceu assintomática na maioria dos controles (ver história clínica), seu problema constante foi dermatológico, pelo prurido simples que se descreve na literatura sempre como de difícil controle. Este foi tratado com pentoxifilina e corticoides tópicos. Seu último atendimento de acordo com o sistema foi em 2013, no qual foi avaliado e foram solicitados exames. [...] A condição da paciente durante estes anos tem sido de uma

portadora do vírus HIV, com carga viral indetectável, como complicação apresentou prurido simples que deixa sequelas na pele²⁰³.

H. Situação de pobreza enfrentada pela Família Lluy

155. Foi assinalado previamente que Teresa Lluy foi outorgado um amparo de pobreza para que iniciasse a ação civil por danos e prejuízos (par. 120 *supra*). Dessa forma, além das dificuldades no trabalho, Teresa Lluy descreveu em várias oportunidades que sua filha e sua família “havia sido vítimas da mais cruel discriminação, pois foram impedidos de ter sua habitação própria”²⁰⁴. De acordo com as declarações de Talía e sua família foram obrigados a se mudar em múltiplas ocasiões devido à exclusão e à rejeição que sofreram pela condição de Talía, e se viram forçados a viver em condições desfavoráveis e em lugares muito distantes devido a que não encontravam um lugar onde quiseram lhes arrendar uma habitação²⁰⁵.

IX

Direito à Vida e Direito à Integridade Pessoal

Alegações as Comissão e das Partes

156. A **Comissão** analisou o caso à luz da relação da saúde humana com o direito à vida digna e ao direito à integridade pessoal. A este respeito, observou que desde o momento em que se denunciou penalmente o contágio, “o Estado teve conhecimento da situação na qual se encontrava a criança e a necessidade de tratamento”, apesar de que não foi recebida resposta alguma para evitar a deterioração progressiva de sua saúde e integridade pessoal. A Comissão considerou que “as obrigações estatais frente ao direito à integridade pessoal e frente à necessidade de criar condições para permitir uma existência digna, relacionadas conjuntamente ao dever de especial proteção da infância e o princípio de interesse superior à criança, impunham ao Estado dar uma resposta eficaz que deveria se materializar no acesso à [Talía] ao tratamento

²⁰³ A perita Carrasco cita textualmente esta informação do Relatório s/n, de 12 de fevereiro de 2015, do Comando conjunto das FF.AA. hospital de Especialidades Forças Armadas nº 1, referente à informação histórica sobre HIV/AIDS. Dra. Paulina Cell, Chefe do Serviço de Infectologia (expediente de prova, fls. 3.978 e 3.979).

²⁰⁴ Solicitação de amparo de pobreza solicitada ao Juiz Civil de Cuenca, em 26 de setembro de 2001 (expediente de prova, fl. 314).

²⁰⁵ De acordo com as declarações de Talía e sua família, quando os proprietários dos lugares arrendados se inteiravam da enfermidade de Talía, “se valendo de qualquer artimanha [o]s joga[va]m na rua.” Solicitação de amparo de pobreza efetuada ao Juiz Civil de Cuenca, em 26 de setembro de 2001 (expediente de prova, fls. 313 e 314). No mesmo sentido, Talía declarou que “[l]he]s afetava sair do lugar em que vivia[m]” e que “[s]empre [o]s tiravam de todos os lugares onde gostavam de viver”. Como não encontravam um lugar onde lhes quisessem arrendar, “uma vez [se] mudar[am] para o campo para viver num quarto muito feio, parecia um buraco, estava sujo, o chão era de terra, fazia muito frio e entrava água quando chovia, [sua] m[ãe] e [seu irmão]o [a] abrigavam para que não [s]e adoent[asse] e [l]he] davam de comer, eles tremiam de frio e não comiam”. Escritura da declaração juramentada outorgado por Talía Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014, (expediente de prova, fl. 1.096).

que requeria”. Agregou que a responsabilidade do Estado não se encontra limitada pelas obrigações mínimas de regulação, supervisão e fiscalização, “mas sim que além disso, inclui a falta de resposta após o conhecimento do contágio através de múltiplos mecanismos. Na data, o Estado ignorou a situação de uma criança em extrema situação de vulnerabilidade sob sua jurisdição, gerando assim uma afetação adicional à sua integridade pessoas e às possibilidades de levar uma vida digna, e a expondo à uma situação de discriminação”. Dessa forma, a Comissão considerou que o Estado é responsável pela violação à integridade psíquica e moral da mãe e do irmão de Talía. Por outra parte, a Comissão ressaltou que não existia prova de que no momento dos fatos as entidades privadas envolvidas foram objeto de regulação, supervisão ou fiscalização, que não havia surgido uma hipótese distinta à transfusão de sangue que pudesse gerar outra via de contágio, e que existiram várias irregularidades e contradições nos poucos registros existentes e que, “neste cenário, o Estado se limitou a negar a responsabilidade por se tratarem de entidades privadas e não à conduta estatal”.

157. Por outra parte, em relação ao exame ginecológico realizado em Talía Gonzales Lluy, a pedido de sua mãe, a Comissão observou que, “ao haver algum impulso das autoridades estatais para a realização da prova, a análise deve ser centrada em se esta foi justificada ou não nas circunstâncias do caso”. A Comissão indicou que “não identificou razões ou fatores que pudessem justificar o proceder a um exame desta natureza, com os efeitos que este poderia gerar em uma menina de três anos e quando a prova apontava que a fonte do contágio havia sido a transfusão de sangue sem que existisse indício algum de possível contágio por via sexual”.

158. Os **representantes** alegaram violações ao direito à vida e ao direito à integridade pessoal em relação ao direito à saúde. Consideraram que foi violado “a obrigação negativa[, a respeito do direito à vida] ao contaminar o sangue de Talía”, pelo qual o Estado “tem responsabilidade ao não ter um sistema de controle que previna esta violação no setor privado de saúde”. Por outro lado, alegaram que foi violada a obrigação positiva, “pois, sem prestações básicas, que implicam no diagnóstico, na atenção permanente, e na provisão de medicações, de maneira cotidiana e periódica, simplesmente os portadores de HIV morreriam irremediavelmente”. Os representantes assinalaram que o

Estado violou a integridade pessoal de Talía, por que “durante todos os anos contados a partir desde que teve conhecimento do contágio de sangue contaminado a Talía, [não] colocou em funcionamento mecanismos adequados, nem sancionou administrativ[a ou] judicialmente as pessoas responsáveis”. Ademais, assinalaram que a Cruz Vermelha ao ser a única entidade com bancos de sangue no momento de ocorrência dos fatos, e ao não ter supervisão nem fiscalização “gerou uma situação de risco que o próprio Estado deveria ter conhecido”, gerando assim uma responsabilidade como consequência da omissão do cumprimento do dever de supervisionar a prestação de seus serviços. Acrescentaram que a família Lluy não recebeu um serviço médico de qualidade, pois “não haviam funcionários suficientes, os laboratórios não possuíamos testes necessários para examinar o sangue (a ponto de ter sido necessário solicitar a laboratórios de Quito que verificassem o sangue)[e] os funcionários da Cruz Vermelha e do hospital no qual se encontrava Talía não sabiam manejar as amostras de forma adequada”. O serviço médico tampouco foi aceitável, pois “não souberam atuar e não podem ainda agora atuar de forma responsável frente a um ato negligente e violatório dos direitos fundamentais, tampouco estava adequado para atender a crianças de três anos que necessitavam de sangue”. Ademais, alegaram que as supostas vítimas “nunca receberam da parte do Estado informação alguma que lhes ajudasse a entender o problema que estavam passando”.

159. Por outra parte, os representantes alegaram a violação do direito à saúde no âmbito do artigo 26 da Convenção Americana, em detrimento de Talía Gonzales Lluy. Em virtude disso, solicitaram que a Corte realize uma interpretação contextual, evolutiva e literal dos direitos à luz de desenvolvimentos doutrinários contemporâneos e das disposições do artigo 29 da Convenção. A este respeito, assinalaram que o artigo 26 deve ser plenamente exigível e não deve ser interpretado de forma restritiva, no sentido de que os direitos econômicos, sociais e culturais não somente possuem dimensões de cumprimento progressivo, como também de efeito imediato. De acordo com os representantes, o conteúdo destes direitos deve ser lido pela teoria do *corpus iuris*, à luz do Protocolo de San Salvador, a doutrina do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (doravante “Comitê DESC”), de outros instrumentos internacionais de direitos vigentes no

Equador e de sua Constituição Política. Os representantes indicaram que “o direito que melhor enquadra a solução do caso é a saúde e não a integridade física”, que “cada um dos direitos humanos tem conteúdo próprios”; e que se deve levar em consideração a evolução da exigibilidade dos direitos sociais em cortes nacionais, no sistema das Nações Unidas, e no sistema interamericano.

160. Os representantes alegaram que o exame ginecológico realizado em Talía quando tinha três anos de idade “foi uma das experiências mais traumáticas de sua vida”. Ademais, os representantes enfatizaram que o consentimento informado é fundamental para não violar o direito à vida privada. A este respeito, assinalaram que a prática do referido exame violou os direitos à vida privada, à saúde e à integridade pessoal. Por outra parte, levando em consideração diversos problemas de acesso à informação referente à transfusão de sangue e à realização do exame ginecológico, os representantes alegaram a violação do artigo 13 da Convenção Americana.

161. O **Estado** reconheceu na audiência pública “que na época em que ocorreram os lamentáveis fatos que configuraram este caso, não deveria haver delegado a um ente privado as funções directivas do sistema nacional de sangue”. Por outra parte, o Estado aduziu que neste caso “afortunadamente não se discute a privação do direito à vida, sim da suposta violação deste direito dentro do padrão de condições de vida digna”. O Estado argumentou que “se a pessoa não se encontra internada dentro de uma instituição pública ou privada[...], mas sim sob a proteção da família e de sua própria disciplina para cumprir os tratamentos [...], não é possível verificar de maneira direta sua condição de garantidor em sentido estrito” nem a obrigação de cuidado reforçada e especial por razão de custódia de pacientes, obrigação não aplicável ao caso de Talía. De outro modo, o Estado informou que Talía “se encontra em companhia de sua família recebendo a atenção médica do Estado e [...] contando com um acompanhamento psicológico público”. No que se refere à obrigação de controle e fiscalização de organismos privados, o Estado informou que “conta com três sistemas de vigilância, monitoramento e planejamento” que satisfazem a obrigação de proteger a integridade física, a saber: i) o Sistema de Vigilância Epidemiológica com o objetivo de implementar uma vigilância de Segunda Geração com a implantação de estudos sentinelas nas populações de maior exposição; ii) o Sistema Integrado

de Informação que apoia o monitoramento e a atenção aos pacientes e o desempenho dos provedores de serviços ao HIV e AIDS nas distintas UAI, e iii) o Sistema Integrado de Monitoramento e Avaliação que “serve para planificar e monitorar a execução tanto programática quanto financeira”. Por todo o anterior, o Estado considerou que não havia violado o direito à vida digna de Talía.

162. O Estado apontou que “no tempo em que ocorreram os fatos matéria em análise no presente caso, a regulação dos serviços e prestações de saúde se encontrava estabelecida no ordenamento jurídico equatoriano, a partir da norma constitucional, passando por disposições legais e regulamentários, quanto ao funcionamento de entidades encarregadas de serviços de transfusão e bancos de sangue”. Além disso, fez menção a diversas disposições internas que regulamentariam aspectos como a prestação de serviços de saúde, o funcionamento de bancos de sangue, assistência a pacientes com HIV e os direitos dos pacientes, entre outros.

163. Em consequência, o Estado alegou que “não descumpriu seu dever de regulação ao estabelecer um marco normativo adequado que regula a prestação de serviços de saúde, com padrões de qualidade para as instituições públicas e privadas, que permitem prevenir qualquer ameaça de violação à integridade pessoal em referidas prestações”. Ademais, o Estado alegou que, com fins de supervisionar e fiscalizar periodicamente o funcionamento dos bancos de sangue do país, desenvolveu diversas atividades com enfoque em avaliar, melhorar, estabelecer padrões de qualidade e auditar os bancos de sangue públicos e privados.

164. Ademais, o Estado argumentou que cumpriu com seu dever de regular, supervisionar e fiscalizar as instituições que prestam serviços de saúde, “a autoridade sanitária nacional possuía atribuições administrativas, através do Código de Saúde vigente nessa época, para fiscalizar os prestadores de serviço de saúde e estabelecer sanções quando fosse necessário”. Da mesma forma, alegou que “estiveram permanentemente disponíveis todas as ações e serviços de saúde no setor público para sua atenção médica e psicológica, no entanto, o fato de que por decisão própria não tenham sido utilizados esses meios estatais, não significa de modo algum que estes lhe tenham sido vetados, pois o acesso gratuito, imediato e permanente a estes serviços por

parte do Estado esteve garantido”. O Estado enfatizou que foi priorizada estratégia sobre o HIV/AIDS “que conta com seu próprio projeto de investimento no qual somente nos últimos anos foram investidos mais de 50 milhões de dólares americanos, com foco exclusivamente nesta patologia, incluindo o acesso gratuito aos esquemas internacionais de tratamento de forma gratuita para todos os pacientes que o requeiram, assim como, a provisão de serviços de diagnóstico, prevenção, promoção e manejo integral”. Ressaltou que “é dentro deste nível de serviços de saúde que Talía foi atendida e continua sendo atendida”.

165. O Estado afirmou que a perspectiva dos representantes sobre o artigo 26 não cumpre as condições de justiciabilidade requeridas para considerar o caso como de caráter contencioso, configuraram um “caso abstrato”, que mais bem se localiza dentro de uma dimensão consultiva e de promoção de direitos, que bem pode ser desenvolvida dentro de um relatório técnico ou temático da Comissão Interamericana”. Agregou que “não é possível acusar o Estado de estancamento nas políticas públicas relacionadas ao setor social, nem de retrocesso nos programas sociais, circunstâncias que permitiriam mostrar um padrão eventualmente violatório [dos direitos econômicos, sociais e culturais]”. O Estado ressaltou que “demonstrou notáveis avanços na prestação de serviços públicos, e concreção jurídica de direitos econômicos, sociais e culturais”²⁰⁶.

166. Por fim, o Estado alegou que Teresa Lluy compareceu de maneira voluntária a solicitar o exame ginecológico para sua filha, e destacou que a referida solicitação consta no atestado médico emitido após o referido exame. Dessa forma, assinalou que se a prática do exame houvesse sido de iniciativa processual do juiz penal, este teria que haver designado peritos médicos especializados para sua realização. Em virtude disso, concluiu que “nenhuma autoridade judicial nem administrativa solicitou ou ordenou à senhora Teresa

²⁰⁶ Assim, “dentro da apresentação do [Exame Periódico Universal] 2012, perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 94% das intervenções dos 72 Estados, além de expressar felicitações por sua política social, manifestaram seu interesse para conhecer em maior detalhe as metodologias e programas implementados pelo Equador, exibindo seus maiores êxitos em direitos aos descapacitados, adultos idosos, crianças e adolescentes, interculturalidade e plurinacionalidade, direito à saúde e direito à educação”. Dessa forma, o Estado enfatizou a noção de direitos do bem viver desenvolvida a partir da Constituição de 2008, os quais reconhecem a interdependência e integralidade dos direitos, como o direito à educação, saúde e trabalho, entre outros. Em relação ao direito à saúde, o Estado indicou que “ao tempo de apresentação e avaliação do [Exame Periódico Universal] 2012, o governo atual investiu em saúde entre 2007 e 2010, \$ 3.539,00 milhões de dólares americanos, mais do dobro do total de investimento dos três últimos governos anteriores a 2007” e que o Equador destinou “184 milhões de dólares americanos anuais para medicação gratuita, sob o conceito de que as medicações são bens sociais e não comerciais”.

Lluy que realizasse um exame de reconhecimento ginecológico em sua filha. O referido exame [...] foi realizado [...] por iniciativa própria da senhora Lluy, que incorporou por sua conta [...] este documento ao juízo penal”.

Considerações da Corte

167. A seguir a Corte analisará: A) o direito à vida, direito à integridade pessoal e direito à saúde, quanto à obrigação de regular, fiscalizar e supervisionar a prestação de serviços em centros de saúde privados; e B) a disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade na assistência sanitária no marco do direito à vida e à integridade pessoal, ambos em relação à Talía Gonzales Lluy. Posteriormente, em C) o direito à integridade pessoal de Teresa Lluy e Ivan Lluy.

168. Esta Corte sustentou que, na aplicação do artigo 1.1 da Convenção, os Estados possuem a obrigação *erga omnes* de respeitar e garantir as normas de proteção, assim como, de assegurar a efetividade dos direitos humanos²⁰⁷. Por conseguinte, os Estados se comprometem não somente aos direitos e liberdades nela reconhecidos (obrigação negativa), como também a adotar todas as medidas apropriadas para os garantir (obrigação positiva)²⁰⁸. Neste sentido, a Corte estabeleceu que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas sim que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra²⁰⁹.

169. O artigo 4 da Convenção garante não somente o direito de todo ser humanos de não ser privado da vida arbitrariamente, mas sim além disso, o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida²¹⁰.

170. A obrigação da garantia se projeta mais além da relação entre os agentes estatais e as pessoas submetidas a sua jurisdição, abarcando, além disso, o dever de prevenir, na esfera privada, que terceiros violem os bens

²⁰⁷ Cf. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134, par. 111; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C, nº 261, par. 127. Nesse mesmo sentido, *Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A, nº 18, par. 140.

²⁰⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, par. 165 e 166; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 127.

²⁰⁹ Cf. *Caso González e Outros (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, nº 205, par. 243; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 127.

²¹⁰ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149, pars. 99 e 125; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 134.

jurídicos protegidos²¹¹. Não obstante, a corte considerou que um Estado que não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. O caráter *erga omnes* das obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implica uma responsabilidade ilimitada destes frente a qualquer outros fato de particulares; pois, ainda que o ato, omissão ou fato de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, aquele não é automaticamente atribuível ao Estado, mas sim que corresponde a se ater às circunstâncias particulares do caso e à concreção das referidas obrigações de garantia²¹². Neste sentido, a Corte deverá verificar se é atribuível responsabilidade internacional ao Estado no caso concreto.

171. No referente à conexão do dever de garantia (artigo 1.1) com o artigo 5.1 da Convenção, a corte estabeleceu que o direito à integridade pessoal se encontra direta e imediatamente vinculado com a atenção à saúde humana²¹³, e que a falta de atenção médica adequada pode implicar na violação do artigo 5.1 da Convenção²¹⁴. Neste sentido, a Corte sustentou que a proteção ao direito à integridade pessoal supõe a regulação dos serviços de saúde no âmbito interno, assim como a implementação de uma série de mecanismos tendentes a tutelar a efetividade da referida regulação²¹⁵. Por esta razão, se deve determinar se no presente caso, se garantiu a integridade pessoal consagrada no artigo 5.1 da Convenção em relação ao artigo 1.1 desta.

172. Por outra parte, a Corte também considera pertinente relembrar a interdependência e indivisibilidade existentes entre os direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante aquelas autoridades que resultem competentes para

²¹¹ Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia*, par. 111; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 129. Nesse mesmo sentido, *Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*, par. 140.

²¹² Cf. *Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140, par. 123; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 129.

²¹³ Cf. *Caso Albán Cornejo e Outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C, nº 171, par. 117; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 130.

²¹⁴ Cf. *Caso Tibi Vs. Equador. Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007*. Série C, nº 114, par. 157; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 130.

²¹⁵ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, pars. 89 e 90; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 130. Ver também: Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante "TEDH"), *Caso Lazar Vs. România*, nº 32146/05. Terceira seção. Sentença de 16 de maio de 2010, par. 66; *Caso Z Vs. Polônia*, nº 46132/08. Quarta Seção. Sentença de 13 de novembro de 2012, par. 76; e Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, pars. 12, 33, 35, 36 e 51.

isso²¹⁶. A este respeito, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece em seu Artigo XI que toda pessoa tem direito “a que sua saúde seja preservada por medidas sanitárias e sociais, relativas a [...] assistência médica, correspondentes ao nível que permitam os recursos públicos e os da comunidade”. Por sua parte, o Artigo 45 da Carta da OEA requer que os Estados membros “dediquem seus máximos esforços [...] para o] desenvolvimento de uma política eficiente de segurança social”²¹⁷. Neste sentido, o artigo 10 do protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Equador, em 25 de março de 1993, e entrado em vigor, em 16 de novembro de 1999, estabelece que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o disfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, e indica que a saúde é um bem público²¹⁸. Adicionalmente, em julho de 2012, a Assembleia Geral da Organização de Estados Americanos enfatizou a qualidade dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, o qual requer a presença de funcionários médicos capacitados, assim como de condições sanitárias adequadas²¹⁹.

²¹⁶ Cf. *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C, nº 198, par. 101; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 131. No mesmo sentido: cf. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de dezembro de 1998, par. 10. Ver também: TEDH, *Caso Airey Vs. Irlanda*, No. 6289/73. Sentença de 9 de outubro de 1979, par. 26; e *Caso Sidabras and Dziautas Vs. Lituânia*, nº 55480/00 e 59330/00. Segunda Seção. Sentença de 27 de julho de 2004, par. 47. No *Caso Airey Vs. Irlanda*, o Tribunal Europeu assinalou: “Embora a Convenção abarque direitos essencialmente civis e políticos, grande parte deles têm implicações de natureza econômica e social. Por isso, o Tribunal considera, como o faz a Comissão, que o fato de que uma interpretação da Convenção possa se estender à esfera dos direitos sociais e econômicos não é fator decisivo contra a referida interpretação, já que não existe uma separação contundente entre essa esfera e o campo coberto pela Convenção”.

²¹⁷ O artigo 26 da Convenção Americana (Pacto de San José) se refere ao desenvolvimento progressivo “dos direitos que decorrem das normas econômicas [y] sociais [...] constantes da Carta da [OEA] [...] na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. Contido na referida referência se encontra o direito à saúde. A respeito das obrigações dos Estados em relação aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assinalou que “embora a plena realização dos direitos pertinentes possa ser alcançada de maneira paulatina, as medidas que tendem alcançar esse objetivo devem ser adotadas dentro de um prazo razoavelmente breve após a entrada em vigor do Pacto para os Estados interessados. Tais medidas devem ser deliberadas, concretas e orientadas o mais claramente possível para a satisfação das obrigações reconhecidas no Pacto”. Além disso, indicou que “[e]ntre as medidas que cabia considerar apropriadas, além das legislativas, está a de oferecer recursos judiciais no que diz respeito à direitos que, de acordo com o sistema jurídico nacional, possam ser consideradas imputáveis. O Comitê observ[ou], por exemplo, que o gozo dos direitos reconhecidos, sem discriminação, será promovido com frequência de maneira apropriada, em parte mediante a provisão de recursos judiciais e outros recursos efetivos”. Cf. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 3, E/1991/23, 14 de dezembro de 1990, pars. 2 e 5.

²¹⁸ O referido artigo estabelece que: “1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado”.

²¹⁹ Cf. OEA, Indicadores de Progresso para Medição de Direitos Contemplados no Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de dezembro de 2011, pars. 66 e 67. Neste documento se estabelece que: “O Protocolo faz referência à satisfação de direito em um contexto de desenvolvimento de um sistema de saúde, que por mais básico que seja deve garantir o acesso ao sistema de Atenção Primária em Saúde (APS) e o desenvolvimento progressivo e contínuo de um sistema de cobertura para toda a população do país [...] além de aceitáveis do ponto de

173. Por outra parte, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinalou que todos os serviços, artigos e instalação de saúde devem cumprir com requisitos de *disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade*. Em relação a esses elementos essenciais de direito à saúde o Comitê apontou seu alcance nos seguintes termos:

- a) **Disponibilidade.** Cada Estado Parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atenção da saúde, assim como de programas. Contudo, esses serviços incluirão os fatores determinantes básicos da saúde, como hospitais, clínicas e demais estabelecimentos relacionados à saúde, funcionários médicos e profissionais capacitados, assim como os medicamentos essenciais definidos no Programa de Ação sobre medicamentos essenciais da OMS
- b) **Acessibilidade.** O estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, sem discriminação alguma, dentro da jurisdição do Estado Parte. A acessibilidade apresenta quatro dimensões superpostas:
 - i. Não discriminação: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis, de fato e de direito, aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação alguma por qualquer um dos motivos proibidos.
 - ii. Acessibilidade física: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance geográfico de todos os setores da população, em especial os grupos vulneráveis ou marginalizados, como as mulheres, crianças, adolescentes e pessoas com HIV/AIDS. [...]
 - iii. Acessibilidade econômica (acessível): os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance de todos. Os pagamentos por serviços de atenção à saúde e serviços relacionados com os fatores determinantes básico de saúde deverão se basear no princípio da equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos, incluídos os grupos socialmente desfavorecidos. A equidade exige que sobre os lares mais pobres não recaia uma carga desproporcional, no que se refere à gastos de saúde, em comparação com os lares mais ricos.
 - iv. Acesso à informação: esse acesso compreende o direito de solicitar, receber e difundir informações e ideias acerca das questões relacionadas com a saúde. Contudo, o acesso à informação não deve menosprezar o direito de que os dados pessoais relativos à saúde sejam tratados com confidencialidade.
- c) **Aceitabilidade.** Todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados, isto é, respeitar a cultura das pessoas, minorias, povos e comunidades, juntamente, sensíveis aos requisitos de gênero e ao ciclo de vida, e deverão estar prontos para respeitar a confidencialidade e melhorar o estado de saúde das pessoas que trate.
- d) **Qualidade.** Além de aceitáveis do ponto de vista cultural, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão também, apropriados do ponto de vista científico e médico e ser de boa qualidade. Isso requer, entre outras coisas, funcionários médicos capacitados, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias adequadas²²⁰.

vista cultural, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser também apropriados do ponto de vista científico e médico e ser de boa qualidade. Isso requer, entre outras coisas, funcionários médicos capacitados, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovado e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias adequadas". Dessa forma, dentro dos indicadores referidos estão incluídos: "Existência de instâncias administrativas para radicar denúncias em matéria de descumprimento de obrigações vinculadas ao direito à saúde. Competências dos Ministérios ou das Superintendências para receber queixas dos usuários do sistema de saúde. Políticas de capacitação de juízes e advogados em matéria de direito à saúde". Neste mesmo sentido, cf. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de dezembro de 1998, par. 10. Ver também OEA, Carta Social das Américas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA, em 4 de junho de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2.

²²⁰ Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, par. 12.

174. Em relação à condição de criança de Talía Gonzales Lluy, o artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança²²¹ consagra “o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde”. De acordo com o artigo 2.b) dessa norma, os Estados partes “adotarão as medidas apropriadas com vistas a [...]assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde”.

A. Direito à vida, direito à integridade pessoal e direito à saúde quanto à obrigação de regular, fiscalizar e supervisionar a prestação de serviços em centros de saúde privados

175. Dado que no presente caso a interferência ao direito à vida e à integridade pessoal (contaminação por sangue infectado com HIV) se originou na conduta de terceiros privados (instituição de saúde e Banco de Sangue privados) a Corte considera relevante retomar seus pronunciamentos prévios sobre a responsabilidade internacional por fatos que se decorrem da conduta de prestadores privados de saúde. No *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, a Corte determinou que:

89. Com relação a pessoas que estejam recebendo atendimento médico, e considerando 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. A Corte considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado.

90. A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto privadas que prestam atendimento de saúde, uma vez que, de acordo com a Convenção Americana, as hipóteses de responsabilidade internacional compreendem os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, bem como atos de terceiros, quando o Estado falha em seu dever de regulá-los e fiscalizá-los²²². A obrigação dos Estados de regular não se esgota, por

²²¹ O Equador ratificou a referida Convenção em 23 de março de 1990, e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.

²²² Neste ponto, no caso *Ximenes Lopes*, a Corte assinalou que entre as hipóteses de responsabilidade estatal por violação aos direitos consagrados na Convenção, se encontra a conduta descrita na Resolução da Comissão de Direito Internacional, de uma pessoa ou entidade, que embora não seja um órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado para exercer atribuições de autoridade governamental. A referida conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, sempre e quando estiver atuando na referida capacidade. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 86; e Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos. Comissão de Direito Internacional 53º sessão, 2001. Documento da ONU A/56/10. Texto introduzido no anexo da Resolução 56/83, de 28 de janeiro de 2002, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

consequente, nos hospitais que prestam serviços públicos, mas abrange toda e qualquer instituição de saúde²²³.

176. A seguir, se analisará os fatos do caso à luz da obrigação de regular e supervisionar a prestação de serviços do Banco de Sangue de gestão privada que interveio no presente caso. Cabe ressaltar que a referida análise leva em consideração a obrigação estatal em relação à **aceitabilidade** dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde (que “deverão respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados”), e sua **qualidade** (“os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão também, apropriados do ponto de vista científico e médico e ser de boa qualidade”) (par. 173 *supra*). A efeito, estas noções de aceitabilidade e qualidade implicam uma referência aos padrões éticos e técnicos da profissão e que tenham sido estabelecidos no campo da doação e transfusão de sangue.

177. Sobre o conteúdo da obrigação de regulação, em casos prévios a Corte assinalou o seguinte:

Os Estados são responsáveis por regulamentar [...] em caráter permanente a prestação dos serviços e a execução dos programas nacionais relativos à consecução de uma prestação de serviços de saúde pública de qualidade, de tal maneira que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e à integridade física das pessoas submetidas a tratamento de saúde. Devem, *inter alia*, criar mecanismos adequados para inspecionar as instituições [...], apresentar, investigar e solucionar queixas e estabelecer procedimentos disciplinares ou judiciais apropriados para casos de conduta profissional indevida ou de violação dos direitos dos pacientes²²⁴.

178. Neste ponto, a Corte considera que existem certas atividades, como o funcionamento de bancos de sangue, que implicam riscos significativos para a saúde das pessoas e, portanto, os Estados estão na obrigação de as regular de maneira específica²²⁵. No presente caso, dado que a Cruz Vermelha, entidade de caráter privado, era a única entidade com a responsabilidade do manejo de bancos de sangue no momento em que ocorreram os fatos, o nível

²²³ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, pars. 89 e 90. Por sua parte, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (doravante “Comitê da CEDAW”), assinalou que o Estado é diretamente responsável pelas ações das instituições privadas quando terceiriza serviços médicos, e adicionalmente, que o Estado sempre é responsável pelo dever de regular e monitorar as instituições privadas de saúde. *Alyne da Silva Pimentel v. Brasil*, Comitê da CEDAW, 10 de agosto, 2011. UN.Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008.

²²⁴ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 99; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 134.

²²⁵ A este respeito, ver a perícia de Christian Courtis na audiência pública realizada neste caso. No mais, a Corte Constitucional da Colômbia assinalou que “os bancos de sangue são instituições -privadas ou públicas- que tem uma responsabilidade com a saúde pública, por isso, atuam como filtro para evitar que através da extração e doação de sangue sejam disseminadas enfermidades infecciosas. Além disso, tem a obrigação de garantir que o sangue e seus hemocomponentes cumpram com um máximo de qualidade adequado para as instituições prestadoras de saúde que requeiram o fornecimento de sangue para salvaguarda, principalmente os direitos à saúde e à vida de quem são responsáveis. [...] A atividade exercida pelos bancos de sangue é de interesse público, e nessa medida, se trata de um trabalho que é estritamente regulado pelo Estado, já que implica questões tão relevantes como a preservação da saúde e a salubridade pública”. Cf. Sentença T-248/12 da Corte Constitucional da Colômbia, de 26 de março de 2012.

de supervisão e fiscalização sobre a referida instituição tinha que ser o mais alto possível tendo em vista o devido cuidado que se deve ter em atividades associadas a transfusões de sangue e dado que existiam menos controles que aqueles aos que se submetem os funcionários estatais pela prestação de serviços públicos²²⁶.

179. A Corte nota que no momento dos fatos, o Equador contava com uma regulação geral sobre o direito à saúde contida no Código da Saúde de 1971 (par. 70 *supra*). Este Código indicava que a autoridade de saúde estabeleceria as normas e os requisitos que devem cumprir os estabelecimentos de atenção médica, e os inspecionará e avaliará periodicamente. De igual maneira, estabelecia que os estabelecimentos de atenção médica submeteriam à aprovação da autoridade de saúde seus programas anuais e seus regulamentos (par. 70 *supra*). Este Código não estipulava nem regulava o abastecimento de sangue ou seus derivados, nem estabeleceu sanção alguma neste campo²²⁷.

180. A Corte nota que embora o Código de Saúde de 1971 não contasse com regulações específicas sobre o funcionamento dos bancos de sangue, desde 1984 e 1986 existiam leis que regulavam as doações voluntárias de sangue, assim como o provisionamento e utilização do sangue e seus derivados (par. 74 *supra*). Posteriormente, em 1987 se estabeleceram normas que regulavam

²²⁶ Em um caso relativamente similar, a Sala do Contencioso Administrativo do Conselho de Estado da Colômbia analisou a forma como a vítima adquiriu HIV no âmbito de transfusões de sangue que havia recebido como consequência de feridas por arma de fogo, ocasionadas por disparos de membros do Exército. Dentro da referida atenção médica, foram transfundidas à vítima cinco bolsas de sangue, das quais três não haviam sido objeto dos respectivos testes de controle de qualidade do sangue para o controle do HIV/AIDS. Referente ao argumento da entidade demandada, segundo esta, dadas as condições críticas da paciente não foi possível realizar previamente a respectiva análise do sangue que seria transfundido, a Sala considerou necessário indicar que: “o referido argumento é absolutamente desafortunado, pois é dever das instituições de saúde contar com as devidas reservas de unidades de sangue para eventuais casos de urgência ou emergência nos quais possam ser requeridos. Assim, resulta lógico e natural que uma instituição médica conte com os devidos insumos médicos e clínicos para oferecer aos pacientes uma correta atenção e não pode se escusar em sua própria negligência e imprevisão para ser dispensado da responsabilidade que lhe corresponde, ainda mais se tratando de insumos de tanta importância e necessidade como as unidades de sangue”. Sobre o particular, a jurisprudência da sala estabeleceu que “quando a Administração pública impôs o dever jurídico de evitar um resultado danoso, aquela assume a posição de garantidora contra a vítima, razão pela qual caso chegue a se concretizar o dano, este resultará imputável à Administração pelo descumprimento do referido dever. [...] Quanto à imputação de responsabilidade do estado por violar os deveres que surjam a partir da posição de garantidor, deve se advertir que aquela não pode prover de uma análise abstrata e genérica, pois, a efeito, embora tenha se precisado que o Estado se encontra vinculado juridicamente à proteção e satisfação dos direitos humanos ou fundamentais, é mister determinar que, de acordo com uma formulação ampla da posição de garantidor, se requiere para formular a imputação que, adicionalmente: i) o obrigado não impeça o resultado lesivo sempre que ii) esteja em possibilidade de fazê-lo. [...] Assim, deve advertir -igualmente- que as obrigações que estão a cargo do Estado -e, portanto, a falha do serviços que constitui sua transgressão-, devem ser analisadas concretamente, frente ao caso particular que se julga, levando em consideração as circunstâncias que rodearam a produção do dano que é reclamado, sua maior ou menor previsibilidade e os meio de que dispunham as autoridades para o contra-arrestar. [...] Por conseguinte, não se trata de uma abstrata atribuição ou de um genérico e impreciso dever de vigilância e controle, mas sim de grave descumprimento de tais deveres por parte da Administração Pública, tudo que produziu as nefastas consequências vistas nesse assunto e no caso o qual foi feita a referência. Cf. Conselho de Estado da Colômbia, Sala do Contencioso Administrativo, Terceira Seção, Subseção A. Sentença de 12 de novembro de 2014, Rad. 25000-23-26-000-2003-01881-01(38738).

²²⁷ Cf. Perícia de Jimmy Tandazo e Carolina Zevallos, de 20 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fl. 4.034).

a prática obrigatória de testes de HIV em todas as unidades de sangue e seus derivados, em todos os bancos de sangue do Equador (par. 71 *supra*). Além disso, as normas designaram as autoridades em matéria de saúde encarregadas de sancionar o descumprimento destas normas²²⁸.

181. Dessa forma, em normativas criadas em 1992 e 1998 se identificaram organismos, como a Secretaria Nacional de Sangue, encarregados de supervisionar o cumprimento das disposições regulamentarias e manuais operativos, assinalando as sanções contempladas em caso de inobservância das referidas disposições e manuais (par. 71 *supra*). Adicionalmente, em 1998 foi estabelecido o marco sob o qual deviam funcionar os bancos de sangue para a coleta de sangue e sua disposição final, a fim de evitar a transmissão de infecções mediante a transfusão (par. 72 *supra*). No mesmo sentido, a Constituição Política de 1998 contemplava a formulação da política nacional de saúde e a vigilância das empresas que se dedicaram aos serviços de saúde privados (par. 73 *supra*).

182. A delegação da Cruz Vermelha no manejo dos bancos de sangue se manteve até 2006, quando foi expedida a Lei Orgânica de Saúde, na qual o Estado voltou a assumir a direção dos bancos de sangue²²⁹.

183. Embora seja certo que a normativa vigente no momento dos fatos não especificava a maneira concreta e a periodicidade na realização do monitoramento ou da supervisão, nem os aspectos concretos que seriam monitorados ou supervisionados, este Tribunal considera que existia uma regulação na matéria que tinha como objetivo controlar a qualidade do serviço de tal forma que através de transfusões de sangue não fossem contagiadas infecções como o HIV. Dada esta conclusão sobre o tema de regulação, a Corte concentrará sua análise nos problemas de supervisão e fiscalização.

184. A este respeito, cabe ressaltar que o dever de supervisão e fiscalização é do Estado, mesmo quando o serviço de saúde seja prestado por uma entidade privada. O Estado mantém a obrigação de prover serviços públicos e de proteger o respectivo bem público²³⁰. Em referência, a Corte estabeleceu

²²⁸ A este respeito, as normas assinalam que “o controle do cumprimento deste Acordo estará a cargo da Cruz Vermelha Equatoriana”, assim como que “as autoridades ou pessoas que não acatarem [as referidas normas] serão sancionadas pelas autoridades de saúde, em conformidade com o Código de Saúde”. Registro Oficial nº 794. Regulamento 8001. Acordo de obrigatoriedade de realização de testes de HIV em todas as unidades de sangue e derivados, de 20 de outubro de 1987 (expediente de prova, fl. 2.691).

²²⁹ Cf. Lei Orgânica de Saúde (expediente de prova, fl. 4.243).

²³⁰ Cf. *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 144.

que “quando a atenção de saúde é pública, é o Estado o que presta o serviço diretamente à população [...]. O serviço público de saúde [...] é primariamente oferecido pelos hospitais públicos; no entanto, a iniciativa privada, de forma complementar, e mediante a assinatura de convênios e contratos, também provê serviços de saúde sob a proteção do [Estado]. Em ambas situações, seja que o paciente está internado em um hospital público ou em um hospital privado que tenha um convênio ou contrato [...], a pessoa se encontra sob cuidado do [...] Estado”²³¹. Por outra parte, a Corte citou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos para assinalar que o Estado mantém o dever de outorgar licenças e exercer supervisão e o controle sobre instituições privadas²³². Ademais, foi assinalado que a obrigação de fiscalização estatal compreende tanto serviços prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, quanto os oferecidos por particulares²³³. A Corte determinou o alcance da responsabilidade do Estado quando descumpre estas obrigações frente a entidades privadas nos seguintes termos:

Quando se trata de competências essenciais relacionadas com a supervisão e fiscalização da prestação de serviços de interesse público, como a saúde, seja por entidades públicas ou privadas (como é o caso de um hospital particular), a responsabilidade resulta pela omissão no cumprimento do dever de supervisionar a prestação do serviço para proteger o respectivo bem²³⁴.

185. Em um caso similar ao presente, o Tribunal Europeu analisou a situação de um menor de idade que requereu transfusões de sangue e plasma durante os primeiros dois meses de sua vida. Seus pais adquiriram o sangue e o plasma pela Cruz Vermelha da Turquia. Quatro meses depois das aplicações pelos funcionários do hospital, os pais descobriram de que seu filho havia contraído HIV. Posteriormente, o Governo descobriu que uma pessoa que havia doado sangue à Cruz Vermelha turca era HIV positiva e que esse doador em particular havia doado anteriormente quantidades de sangue e plasma. Se soube então, que uma unidade de plasma proveniente desse mesmo doador

²³¹ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 95; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 144.

²³² Cf. *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 151. No *Caso Storck Vs. Alemanha*, o Tribunal Europeu estabeleceu que: “O Estado tem a obrigação de assegurar a seus cidadãos seu direito à integridade física, sob o artigo 8 da Convenção [Europeia de Direitos Humanos]. Com essa finalidade, existem hospitais administrados pelo Estado, que coexistem com hospitais privados. O Estado não pode se **absolver** completamente de sua responsabilidade ao delegar suas obrigações nessa esfera a indivíduos ou organismos privados. [...] [O] Estado mant[em] o dever de exercer a supervisão e o controle sobre instituições [...] privadas. Tais instituições, [...] necessitam de não somente uma licença, mas também de uma supervisão competente e frequente, para averiguar se o confinamento e o tratamento médico estão justificados”. Cf. TEDH. *Caso Storck Vs. Alemanha*, nº 61603/00. Terceira Sessão. Sentença de 16 de junho de 2005, par. 103.

²³³ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 141; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 149.

²³⁴ Cf. *Caso Albán Cornejo e Outros Vs. Equador*, par. 119; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 150.

HIV positivo havia sido aplicada no bebê. Após uma série de procedimentos, incluindo um civil contra a Cruz Vermelha e um administrativo contra o Ministério da Saúde, que duraram mais de nove anos, o Tribunal Administrativo determinou que os funcionários do Ministério da Saúde havia desempenhado seus deveres de modo negligente. As compensações outorgadas cobriram somente os custos de um ano de tratamento médico e foram insuficientes para cobrir o custo das medicações. Ao analisar o caso, o Tribunal Europeu levou em consideração a duração excessiva do processo administrativo, considerações gerais sobre a saúde pública e ao cuidado e prevenção de erros similares e declarou a violação do direito à vida²³⁵.

186. No presente caso, na normativa submetida pelo Estado se observa que a Secretaria Nacional de Sangue, órgão auxiliar da Cruz Vermelha, era a entidade responsável por aplicar as sanções pelo descumprimento das normas do Regulamento sobre o manejo do sangue (par. 71 *supra*). A Corte observa que isso implica uma delegação de funções de monitoramento e supervisão à própria entidade privada à qual haviam delegado a tarefa de gerenciar os bancos de sangue, o que resulta extremamente problemático a respeito da devida diligência em projetos institucionais de fiscalização, dado que esta tarefa deve ser efetuada pelo Estado, neste ponto, o Tribunal retoma o reconhecimento do Estado no sentido de que não deveria delegar nesta forma o gerenciamento dos bancos de sangue à Cruz Vermelha, isto é, uma delegação que não estabelecia níveis adequados de supervisão. Cabe ressaltar que no expediente não se encontra evidência de atividades de monitoramento, controle ou supervisão ao banco de sangue com anterioridade aos fatos.

187. Por outra parte, no caso sob análise, o nexos causal entre a transfusão de sangue e o contágio com HIV associado a estes fatos provados: i) em 22 de junho de 1998, Talía foi diagnosticada com púrpura trombocitopênica e foi indicado à sua mãe que requeresse de maneira urgente uma transfusão de sangue e plaquetas; ii) no mesmo dia, a mãe de Talía compareceu ao Banco de Sangue da Cruz Vermelha, onde lhe indicaram que deveria levar doadores;

²³⁵ O Tribunal ressaltou que a família teve que cobrir os altos custos dos tratamentos e das medicações, e que o dano imaterial outorgado somente cobriu um ano dos referidos custos. O Tribunal, considerando os fatos do caso, conclui que além do pagamento do dano imaterial deveria ter sido requerido que se cobrisse os custos do tratamento e medicações da vítima pelo resto de sua vida. TEDH, Oyal Vs. Turquia, nº 4864/05. Segunda Seção. Sentença de 23 de março de 2010.

iii) o sangue do senhor HSA foi recebido no Banco de Sangue e os produtos sanguíneos derivados deste foram despachados pelo referido Banco no mesmo dia 22 de junho de 1998, para a transfusão de Talía; iv) a transfusão começou no mesmo dia e continuou no dia seguinte; v) o sangue do senhor HSA foi submetido aos respectivos exames, incluído o de HIV, recém ao dia seguinte; vi) o resultado do referido exame deu positivo; vii) não existe informação que indique que Talía houvesse contraído HIV antes de 22 de junho de 1998; e viii) os peritos médicos e o teste genético realizados pela Universidade Católica de Lovaina na Bélgica coincidiram em atribuir o contágio à transfusão de sangue. Como se observa, o contágio de HIV ocorreu como consequência da transfusão de sangue não examinado previamente e proveniente do Banco de Sangue da Cruz Vermelha.

188. Dessa forma, no juízo penal, mediante várias declarações por parte as pessoas que trabalhavam na Cruz Vermelha e no hospital onde se encontrava Talía, se depreende que os turnos não estavam bem organizados e que existiam falhas nos registros. Nesse sentido, a Corte ressalta que as provas no processo penal indicam que o Banco de Sangue da Cruz Vermelha funcionava: i) com muitos escassos recursos²³⁶; ii) sem criar e manter registros com informação detalhada e completa sobre os doadores, os testes realizados e as entregas de produtos sanguíneos²³⁷; iii) com irregularidades e contradições nos poucos registros existentes²³⁸ (sendo um exemplo disso os registros relativos à entrega de sangue para Talía, os quais continham borrões); e iv) os funcionários mantinha a prática de não registrar as entregas de sangue que eram efetuadas posteriormente às 6:00 p.m., que foi precisamente a situação dos produtos sanguíneos entregues à vítima do presente caso²³⁹.

189. No presente caso, a Corte considera que a precariedade e irregularidades nas quais funcionava o Banco de Sangue do qual proveio o sangue para Talía é um reflexo das consequências que pode ter o descumprimento das obrigações de supervisionar e fiscalizar por parte dos

²³⁶ Cf. Inspeção Judicial ao Banco de Sangue da Cruz Vermelha de Azuay, em 22 de junho de 2001 (expediente de prova, fl. 222); Declaração indagatória de EO, de 28 de junho de 2001 (expediente de prova, fl. 233); e Relatório dos peritos NV e JP, de 17 de agosto de 1998 (expediente de prova, fls. 91 a 98).

²³⁷ Cf. Relatório dos peritos NV e JP, de 17 de agosto de 1998 (expediente de prova, fl. 97).

²³⁸ Cf. Diligência de reconhecimento de arquivo, de 18 de maio de 2000 (expediente de prova, fl. 145); Declaração indagatória de EO, de 28 de junho de 2001 (expediente de prova, fl. 233).

²³⁹ Cf. Declaração indagatória de EO, de 28 de junho de 2001 (expediente de prova, fls. 233 e 234); e Relatório dos peritos NV e JP, de 17 de agosto de 1998 (expediente de prova, fl. 97).

Estados. A insuficiente supervisão e inspeção por parte do Equador deu lugar a que o Banco de Sangue da Cruz Vermelha da Província de Azuay continuasse funcionando em condições irregulares que puseram em risco a saúde, a vida e a integridade da comunidade. Em particular, esta grave omissão do Estado permitiu que sangue que não havia sido submetido aos exames de segurança mais básicos, como o de HIV, fosse entregue à família de Talía para a transfusão de sangue, com o resultado de sua infecção e o conseqüente dano permanente à sua saúde.

190. Este dano à saúde, pela gravidade da enfermidade envolvida e o risco que em diversos momentos de sua vida enfrentou a vítima, constitui uma afetação ao direito à vida, devido ao perigo de morte que em diversos momentos enfrentou e pode enfrentar a vítima por causa de sua enfermidade. A efeito, no presente caso foi violada a obrigação negativa de não afetar a vida ao ocorrer a contaminação do sangue de Talía Gonzales Lluy em uma entidade privada. Por outra parte, em alguns momentos de piora em suas defesas, associada ao uso dos antirretrovirais, o ocorrido com a transfusão de sangue neste caso refletiu em ameaças à vida e possíveis riscos de morte que inclusive podem voltar a surgir no futuro²⁴⁰.

191. Em virtude do mencionado neste segmento, dado que são imputáveis ao Estado o tipo de negligências que conduziram o contágio com HIV de Talía Gonzales Lluy, o Equador é responsável pela violação da obrigação de fiscalização e supervisão da prestação de serviços de saúde, no marco do direito à integridade pessoal e da obrigação de não colocar em risco à vida, o qual viola os artigos 4 e 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste.

B. Disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade na assistência sanitária no âmbito do direito à vida e à integridade pessoal

192. No presente caso se alega, entre outros aspectos relacionados com a assistência sanitária, que Talía em diversos momentos não recebeu atenção

²⁴⁰ Na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos também analisou as violações do direito à vida relacionadas às afetações à vida das pessoas que, embora não tenham falecido, sequelas e afetações médicas indevidas. Cf. TEDH, *Oyal Vs. Turquia*. nº 4864/05. Segunda Seção. Sentença de 23 de março de 2010, par. 55; e *G.N. e Outros Vs. Itália*. nº 43134/05. Segunda Seção. Sentença de 1º de dezembro de 2009.

oportuna e adequada, nem um tratamento pertinente e que teve alguns obstáculos para o acesso a medicamentos.

193. A este respeito, a Corte nota que o Protocolo de San Salvador estabelece que entra as medidas de garantia ao direito à saúde, os Estados devem impulsionar “a total imunização contra as principais enfermidades infecciosas”; “a prevenção e tratamento das enfermidades endêmicas, profissionais e de outra índole”, e “a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que por suas condições de pobreza são mais vulneráveis”²⁴¹. Obrigações similares estabelece o artigo 12(2) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Neste âmbito de obrigações estão inseridos diversos deveres em relação ao acesso a medicamentos. De acordo com a Observação geral nº 14, o direito ao mais alto nível possível de saúde gera algumas obrigações básicas e mínimas, que incluem “facilitar medicamentos essenciais, conforme as definições periódicas que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS”²⁴².

194 O acesso a medicamentos faz parte indispensável do direito ao usufruto do mais alto nível possível de saúde²⁴³. Em particular, o Conselho de Direitos Humanos e a antiga Comissão de Direitos Humanos emitiram resoluções que reconhecem que “o acesso à medicação no contexto de pandemias, como as de HIV/AIDS, tuberculose e malária, é um dos elementos fundamentais para alcançar gradualmente o exercício pleno do direito de toda pessoa ao usufruto do mais alto nível possível de saúde física e mental”²⁴⁴.

²⁴¹ Artigo 10.2 do Protocolo de San Salvador.

²⁴² Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, par. 43(d).

²⁴³ Cf. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Resolução sobre ‘O acesso aos medicamentos no contexto do direito de toda pessoa ao disfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental’ (11 de junho de 2013), UN Doc A/HRC/23/L.10/Rev.1, par. 2; Assembleia Geral das Nações Unidas, ‘Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao disfrute do mais alto nível de saúde física e mental, Paul Hunt (13 de setembro de 2006), UN Doc A/61/338, par. 40; e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, ‘Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa ao disfrute do mais alto nível de saúde física e mental, Anand Grover, relativo ao acesso aos medicamentos’ (1 de maio de 2013), UN Doc A/HRC/23/42, par. 3.

²⁴⁴ Por exemplo, Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, ‘Acesso à medicação no contexto de pandemias com as de HIV/AIDS, tuberculose e malária’, Resoluções 2001/33, 2002/32, 2004/26 e 2005/23. De forma similar, o Conselho de Direitos Humanos se pronunciou a respeito do HIV/AIDS. Cf. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Resolução sobre ‘Proteção dos direitos humanos no contexto do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS)’ (13 de abril de 2011, UN Doc A/HRC/RES/16/28, par. 1. Por outra parte, o Tribunal Constitucional do Peru, no âmbito do reconhecimento das pessoas com HIV como sujeitos de especial proteção, assinalou que sua vida “depende das ações concretas que empreenda o Estado em conjunto com a comunidade e o núcleo familiar, tanto em matéria de saúde quanto no que concerne ao acesso a tratamento antirretroviral de grande atividade, quanto em outros aspectos ligados à prevenção, à atenção integral de qualidade, à segurança social e à pensão”. Cf. Sentença do Tribunal Constitucional, de 9 de agosto de 2011, expediente número 0479-2009-PA/TC, par. 29.

195. A este respeito, a Corte considera que as **Diretrizes internacionais sobre HIV/AIDS e os direitos humanos** do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (doravante “OACNUDH”) e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (doravante “UNAIDS”) constituem uma referência autorizada para esclarecer algumas obrigações internacionais do Estado nesta matéria. A Sexta Diretriz, revisada em 2002, assinala que:

Os Estado deveriam adotar medidas de políticas que regulem os bens, serviços e informação relacionados ao HIV, de modo que tenham suficientes medidas e serviços de prevenção, adequada informação para a prevenção e atenção dos casos de HIV e medicação inócua e eficaz a preços acessíveis. Os Estados deveriam também tomar as medidas necessárias para assegurar a todas as pessoas, sobre uma base sustentada e igualitária, o fornecimento de e a acessibilidade a bens de qualidade, serviços e informação para a prevenção, tratamento, atenção e apoio ao HIV/AIDS, incluídos a terapia antirretroviral e outros medicamentos, testes diagnósticos e tecnologias relacionadas seguras e eficazes para a atenção preventiva, curativa e paliativa do HIV, das infecções oportunistas e das enfermidades conexas. [...] ²⁴⁵.

196. Esta Sexta Diretriz foi interpretada pela OACNUDH e UNAIDS no sentido de que uma resposta eficaz ao HIV requiere um enfoque integral que compreende uma sequência contínua de prevenção, tratamento, atenção e apoio:

A prevenção, o tratamento, a atenção e o apoio são elementos que se reforçam mutuamente e uma sequência contínua para uma resposta eficaz ao HIV. Devem estar integradas em um enfoque amplo e é necessária uma resposta polifacética. O tratamento, atenção e apoio integrais incluem fármacos antirretrovirais e outros medicamentos; testes diagnósticos e outras tecnologias relacionadas para a atenção ao HIV e à AIDS, das infecções oportunistas e de outras enfermidades; boa alimentação e apoio social, espiritual e psicológico, assim como, atenção familiar, comunitária e domiciliar. As tecnologias de prevenção do HIV abarcam os preservativos, lubrificantes, material de injeção estéril, fármacos antirretrovirais (por ex. para prevenir a transmissão materno-infantil ou como profilaxia de pós-exposição) e, uma vez desenvolvidos, microbicidas e vacinas seguras e eficazes. O acesso universal, baseado nos princípios dos direitos humanos, requiere que todos estes bens, serviços e informação não somente estejam disponível e sejam

²⁴⁵ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS (UNAIDS), *Diretrizes Internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada em 2006, sexta diretriz. Disponível em http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf.

aceitáveis e de boa qualidade, mas também que estejam ao alcance físico de todos e sejam acessíveis a todos²⁴⁶.

197. A Corte observa que estes padrões ressaltam que o acesso aos fármacos antirretrovirais é só um dos elementos de uma resposta eficaz para as pessoas que vivem com HIV. Neste sentido, as pessoas que vivem com HIV requerem um enfoque integral que compreenda uma sequência contínua de prevenção, tratamento, atenção e apoio derivados do direito ao mais alto nível possível de saúde²⁴⁷. Estes aspectos sobre a qualidade da saúde²⁴⁸ se relacionam com a obrigação estatal de “criar ambientes seguros, especialmente para as meninas, ampliando serviços de boa qualidade que ofereçam informação, educação sobre saúde e assessoramento de forma apropriada para os jovens, reforçando os programas de saúde sexual e saúde reprodutiva, e fazendo participar, na medida do possível, as famílias e os jovens na planificação, execução e avaliação de programas de atenção e prevenção ao HIV e à AIDS”²⁴⁹.

198. Outro aspecto relevante em matéria de direito à saúde e à assistência sanitária constitui o acesso à informação sobre os cenários que permitam enfrentar da melhor forma a enfermidade. A este respeito, o Comitê dos Direitos da Criança, na Observação Geral nº 3, relativa ao HIV/AIDS e os Direitos da Criança, reiterou a necessidade de que as crianças:

²⁴⁶ OACNUDH e UNAIDS, *Diretrizes Internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada em 2006, comentário à sexta diretriz, par. 26. Disponível em http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf.

²⁴⁷ As diretrizes também assinalam que “Os Estados também deveriam assegurar o acesso ao tratamento e medicamentos adequados, dentro de sua política geral de saúde pública, de modo que as pessoas que vivem com o HIV possam viver o máximo e satisfatoriamente possível. As pessoas que vivem com HIV também deveriam ter acesso a ensaios clínicos e a poder escolher livremente entre todos os medicamentos e terapias disponíveis, inclusive as terapias alternativas”. OACNUDH e UNAIDS, *Diretrizes Internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada em 2006, par. 145. Disponível em http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf. Por sua parte, a Corte Constitucional da Colômbia, a respeito da proteção do direito à saúde das pessoas com HIV/AIDS manifestou que “com o fim de fazer efetivas a igualdade e a dignidade humana dessas pessoas, a proteção que deve oferecer o Estado em matéria de saúde deve ser integral dados os altos custos que essa enfermidade demanda e com o fim de que não sejam gerados tratamentos discriminatórios”. Também sustentou que “este dever constitucional [de proteção] assegura que o doente com HIV receba atenção integral e gratuita a cargo do Estado, a fim de evitar que a ausência de meios econômicos lhe impeça de tratar a enfermidade e reduzir o sofrimento, e o exponha à discriminação”. Cf. Sentença T-843 da Corte Constitucional da Colômbia, de 2 de setembro de 2004. Ver também, Perícia de Paul Hunt, 6 de março de 2015 (expediente de prova, fls. 3.706 a 3.734).

²⁴⁸ Quanto à qualidade do serviço de saúde, o Comitê da CEDAW no caso *Alyne da Silva Pimentel contra Brasil* declarou o Estado responsável por não garantir serviços de saúde materna oportunos e adequados para a vítima independente de sua raça ou condição socioeconômica e que a falta da garantia do direito à saúde teve repercussões diretas no disfrute dos direitos à vida e a estar livre de discriminação. A vítima eram uma afro-brasileira de 28 anos que morreu por complicações de uma gravidez após um centro de saúde privado e, em seguida, um centro de saúde público lhe negarem atenção de qualidade de saúde materna. Sua morte, que era prevenível, foi devido a que a entidade de saúde que a atendeu não ordenou a realização dos exames adequados, teve uma demora desproporcional na atenção à paciente (incluindo o atraso em transferi-la a outra instituição de saúde) e não contou com um adequado equipamento de serviços médicos, entre outras. Situação que foram exacerbadas pela condição racial e socioeconômica da vítima. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW), *Alyne da Silva Pimentel Vs. Brasil* (27 de setembro de 2011, UN.Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008).

²⁴⁹ Assembleia das Nações Unidas, Declaração política sobre o HIV e a AIDS: intensificação de nossos esforços para eliminar o HIV e a AIDS (8 de julho de 2011) A/RES/65/277, par. 43.

não sofram discriminação referente ao acesso à informação sobre o HIV, porque o assessoramento e as provas de detecção sejam realizados de maneira voluntária, para a criança tenha conhecimento de seu estado sorológico com respeito ao HIV, tenha acesso a serviços confidenciais de saúde reprodutiva e, gratuitamente ou sob custo, a métodos ou serviços contraceptivos, assim como, a receber, quando seja necessário, cuidados ou tratamentos em relação ao HIV, incluída a prevenção e o tratamento de problemas de saúde relacionados ao HIV/AIDS²⁵⁰.

199. Por fim, a respeito das crianças com incapacidades (pars. 236 a 240 *infra*), o Comitê dos Direitos da Criança assinalou que “o alcance do melhor possível estado de saúde, assim como, o acesso e a acessibilidade da atenção da saúde de qualidade são direitos inerentes a todos as crianças. As crianças com incapacidades muitas vezes ficam à margem de tudo isso, devido a múltiplos problemas, em particular a discriminação, a falta de acesso e a ausência de informação ou recursos financeiros, o transporte, a distribuição geográfica e o acesso físico aos serviços de atenção à saúde”²⁵¹.

200. Os representantes das supostas vítimas não apresentaram observações, objeções ou outro tipo de argumento para desvirtuar de forma específica a informação concreta fornecidas pelas peritas Diana Molina e Carmen del Rocío Carrasco, referente à assistência sanitária recebido por Talía Gonzales Lluys desde o momento em que o Estado tomou conhecimento sobre o contágio ao HIV (pars. 148 a 153 *supra*). Tanto os representantes quanto as supostas vítimas insistem em suas declarações em problemas sistemáticos na integralidade da atenção. A Corte constata que um problema inicial de qualidade na atenção à saúde surge no momento de receber assistência pela emergência sofrida em 1998. A Corte observa que naquele momento não havia funcionários suficiente, os laboratórios não tinham todos os testes necessários para examinar o sangue, e os funcionários da Cruz Vermelha e do hospital onde estava Talía não sabiam manipular as amostras de forma adequada (par. 77 *supra*).

201. Outros problemas aludidos pelos representantes se relacionam com a acessibilidade à informação à saúde para entender e enfrentar da melhor forma a enfermidade, particularmente quando se inteiraram desta. Dessa forma, indicaram que o Estado oferecia medicamentos, mas não os entregava em

²⁵⁰ Nações Unidas, Comitê dos Direitos das Crianças, Observação Geral Número 3, CRC/GC/2003/3, 17 de março de 2003, par. 20.

²⁵¹ Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Número 9, CRC/C/GC/9, 27 de fevereiro de 2007, par. 51.

algumas ocasiões, igualmente outros problemas no acesso a procedimentos de diagnósticos e exames de sangue²⁵². Enquanto à acessibilidade geográfica, é aludido que em diversos momentos tiveram que efetuar alguns deslocamentos para fora de Cuenca, o que resulta especialmente complexo para uma família em situação de pobreza²⁵³.

202. A família Lluy assinalou que todos os exames de CD4 e de carga viral, durante toda a vida desde que contraiu o vírus até 2015 foram realizados em clínicas privadas e pagos pela família Lluy. No entanto, os únicos recibos de pagamentos efetuados apresentados pelas vítimas, se refere a um exame médico em um laboratório privado, no valor de US \$489.44²⁵⁴. Por esta razão, a Corte não conta com elementos para não aceitar a informação assinalada no expediente no sentido que Talía recebeu medicação antirretroviral entre 2004 e 2012, por parte de uma entidade estatal, isto é, o hospital Militar²⁵⁵.

203. Por outra parte, os representantes não determinaram com suficiente claridade o conjunto total de datas ou características das interrupções no fornecimento de medicamentos e exames²⁵⁶.

204. Outro aspecto de qualidade na assistência sanitária é refletido em declarações consistentes de Talía, sua mãe e irmão no sentido de que o âmbito do sistema público de saúde, especificamente no hospital de Cuenca, a suposta vítima foi estigmatizada e tratada inapropriadamente em várias oportunidades por parte dos funcionários do referido hospital. Nas declarações

²⁵² A respeito do fornecimento de medicamento antirretroviral por parte do Estado antes de 2004, a Corte observa que em novembro de 2002 Teresa Lluy enviou uma carta a uma funcionária do Ministério da Saúde Pública, indicando o seguinte: “[que] est[iveram] presentes nas datas assinaladas [...] para que [lhes] entreg[assem] os medicamentos que são fundamentais para [sua] vida, mas em Cuenca os antirretrovirais não ha[via]m chegado e não puderam ser entregues, a vida de [sua família] e de [sua] filha correm perigo e responsabilizamos o Estado equatoriano por qualquer desgraça”. Carta de Teresa Lluy, de 25 de novembro de 2002, à Diretora do Programa Nacional de AIDS do Ministério da Saúde Pública (expediente de prova, fl. 4.133). A respeito da realização dos exames de CD4, carga viral e outros exames para enfermidades oportunistas, a mãe de Talía indicou que estes eram caros e tinham que os assumir. Cf. Carta de Teresa Lluy, de 18 de maio de 2015, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (expediente de prova, fl. 4.119). Dessa forma, Talía Gonzales Lluy aludiu a problemas na realização de exames de carga viral em maio de 2015. Cf. Carta de Talía Gonzales Lluy, de 18 de maio de 2015, à Corte Interamericana de Direitos Humanos (expediente de prova, fls. 4.111 e 4.112).

²⁵³ “Agora Talía está recebendo os serviços para pacientes com HIV na cidade de Azogues, Província de Cañar, [...] tem que viajar a outra província para ser atendida”. Declaração de Ivan Mauricio Lluy, de 5 de março de 2015 (expediente de prova, fl. 3.586).

²⁵⁴ Cf. Recibo de 3 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.214).

²⁵⁵ Referente ao fornecimento de exames de contagem de carga viral e de CD4 e CD8, assim como, outros testes e medicamentos no âmbito da atenção médica no hospital, ver Perícia de Nilda Esthela Villacres Aviles, de 25 de fevereiro de 2010 (expediente de prova, fls. 3.959 a 3.997); e Perícia de Diana Molina Yépez, de 25 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fls. 3.901 a 3.950).

²⁵⁶ A Corte observa que existe um **atestado** do Líder da Unidade de Medicina **Clínica Geral** do hospital de Azogues, de 4 de maio de 2015, referente a uma solicitação de elaboração dos exames de carga viral e CD4, em 5 de novembro de 2014. No referido **atestado** está assinalado que somente se obteve o resultado dos CD4, “já que não existiam reativos para realizar o exame de carga viral”. Sem prejuízo do anterior, esta informação evidencia teste sobre problemas de disponibilidade em novembro de 2014, sem que possa considerar-se que tem peso probatório sobre a falta de disponibilidade em outros momentos. Cf. Atestado de 4 de maio de 2015 (expediente de prova, fl. 4.131).

são aludidos diversos problemas de confiança, qualidade e calidez²⁵⁷. Talía declarou que a atenção a recebe na província de Cañar e não na província de Azuay, que é onde reside com sua família, pois foi maltratada pelo responsável do programa de HIV de Cuenca. O médico que atende em Cuenca, conforme a declaração de Talía “não sabe dar um tratamento de confiança, qualidade e calidez, próprio de um servidor público”²⁵⁸.

205. A Corte conclui que em alguns momentos Talía Gonzales Lluy não teve a acessibilidade a um ambiente seguro e cálido em relação a sua assistência sanitária e que em alguns momentos o tipo de atenção recebido gerou rejeição. Esta rejeição está associada a tensões com os médicos tratantes nos cenários em que se exigiu a Talía e sua família se ater às regras das políticas públicas de atenção em assuntos de HIV. Em alguns momentos também existiram problemas específicos de disponibilidade de exames de carga viral e controvérsias sobre a acessibilidade geográfica, devido aos deslocamentos que tiveram que realizar as supostas vítimas. No entanto, os aspectos anteriores se relacionam com aspectos específicos da assistência sanitária que em diversos momentos concretos geraram problemas, mas sem constituir aspectos suficientes para desvirtuar os alcances globais da assistência sanitária durante mais de uma década. Por outra parte, algumas das reclamações e denúncias específicas sobre a assistência sanitária não foram objeto de denúncia perante as autoridades do Ministério da Saúde, o qual através de indagações a nível interno, houvesse permitido maior informação documental sobre o tipo de restrições geradas pelo Estado e a magnitude dos problemas das supostas vítimas que alegam haver sofrido em aspectos de acessibilidade e aceitabilidade da saúde. Levando em consideração que não foi desvirtuada a informação sobre a sequência global de tratamento apresentada pelas peritas Diana Molina y Carmen del Rocío Carrasco (pars. 148 a 153 *supra*), e tendo como referência uma avaliação global da assistência sanitária nestes 17 anos de convivência com a enfermidade, sem se deter em eventos pontuais em momentos específicos, a Corte considera que a prova disponível é insuficiente

²⁵⁷ Cf. Declaração de Talía Gonzales Lluy na audiência pública realizada no presente caso; Ofício de Talía Gonzales Lluy a Ramiro Ávila referente a sua visita ao hospital Vicente Corral Moscoso, de 26 de maio de 2014 (expediente de prova, fls. 1.184 a 1.186); Ofício de Talía às Autoridades do Ministério da Saúde Pública do Equador, de 26 de maio de 2014 (expediente de prova, fls. 1.188 a 1.189); Declaração de Iván Mauricio Lluy, de 5 de março de 2015 (expediente de prova, fls. 3.585 e 3.586); e Cf. Carta de Teresa Lluy, de 18 de maio de 2015 à Corte Interamericana de Direitos Humanos (expediente de prova, fls. 4.122 e 4.123).

²⁵⁸ Declaração de Talía Gonzales Lluy na audiência pública realizada no presente caso.

para imputar responsabilidade internacional ao Estado por uma violação ao direito à vida e à integridade pessoal pela alegada ausência de disponibilidade e qualidade em serviço prestado.

*

206. Por fim, a Corte observa que na prova ofertada no expediente, e no marco da solicitação de medidas provisórias no presente caso (par. 14 *supra*) foi informado que no último ano, Talía apresentou uma baixa contagem de células CD4, que em 5 de novembro de 2014 eram 366, sendo que antes que começasse a tomar as medicações ordenadas nesta etapa recente de tratamento tinha uma contagem de 518²⁵⁹. Neste ponto o Estado assinalou que “os esquemas que se utilizam no Ministério da Saúde Pública estão completamente alinhados àqueles recomendados pela OMS, incluindo o esquema 2.0 que introduziu uma nova combinação com [um novo medicamento] de última geração, em que pese os grandes custos que isto representa para o Estado”. Dessa forma, o Estado assinalou que “como toda patologia o HIV tem um curso e uma evolução natural na qual existe uma diminuição progressiva da contagem de CD4, [o que] não está relacionado necessariamente ao tratamento farmacológico”. O Estado indicou que tal conexão somente poderia ser provada com uma perícia médica.

207. Este Tribunal considera que os aspectos relacionados com a diminuição da contagem de CD4 são aspectos de especial complexidade técnica que não corresponde avaliar neste capítulo em termos de atribuição de responsabilidade ao Estado. Os alegados problemas com os medicamentos proporcionados pelo Estado a respeito da piora das defesas e anticorpos, e o risco que isso poderia implicar para começar a conviver com a AIDS serão avaliados no capítulo de reparações.

C. Direito à integridade pessoa de Teresa Lluy e Iván Lluy

Alegações da Comissão e das partes

208. A **Comissão** se pronunciou em seu relatório de Mérito sobre a violação do artigo 5 da Convenção Americana com respeito à Teresa Lluy e Iván Lluy, indicando que “o Estado é responsável pela violação do direito à integridade

²⁵⁹ Cf. Atestado emitido pelo Laboratório Services Interlab S.A., de 3 de abril de 2014 (expediente de medidas provisórias, fl. 10); e Atestado emitido pelo Instituto Nacional de Investigación de Saúde Pública, de 5 de novembro de 2014 (expediente de medidas provisórias, fl. 12).

psíquica e moral da mãe e do irmão de T[alía]”. De acordo com a Comissão, tal violação foi ocasionada pelo deterioramento da saúde de Talía e a falta de atenção médica, assim como pela discriminação provocada por ser uma pessoa com HIV. Dessa forma, a Comissão assinalo que a condição de pessoa com HIV de Talía “gerou uma grave afetação que se estende a seu núcleo familiar direto. Da mesma forma, a Comissão ressaltou que a violação do direito à integridade pessoal da mãe e do irmão de Talía foi reforçada por fatores de pobreza e de estigmatização por conviver com uma pessoa com HIV ao interior de seu núcleo familiar.

209. Os **representantes** reiteraram o dito pela Comissão, além disso, alegaram que a família de Talía não teve um ambiente seguro e que este sempre foi ameaçador, produzindo temor e instabilidade em todos os membros da família. Dessa forma, a mãe e o irmão de Talía “nunca receberam da parte do Estado informação alguma que lhes ajudasse a entender o problema que estavam passando”. De acordo com os representantes, o Estado não utilizou um programa de atenção, tratamento e educação da enfermidade HIV para Talía e sua família”. Dessa forma, os representantes alegaram que a família Lluy não teve uma atenção médica de qualidade; de acordo com os representantes, Talía e seus familiares não recorreram a um sistema de saúde que fosse oferecido pelo Estado porque reiteradamente eram discriminados e não lhes entregavam os medicamentos necessários, por esta razão tivera, que recorrer a um sistema de saúde privado.

210. O estado argumentou que a afetações sofridas por Teresa Lluy e Iván Lluy eram um assunto que competia às entidades privadas, ao estarem devidamente cumpridas as obrigações do Estado referente à regulação, supervisão e fiscalização das entidades privadas que prestavam serviços de saúde. Além disso, o Estado argumentou que “não pode afirmar que tenha existido uma violação à integridade pessoal de Talía e seus familiares como consequência direta das atuações estatais, pois sua aflição e sofrimento [...] não foi incrementado de forma alguma por ações ou omissões de agentes estatais”.

Considerações da Corte

211. A Corte reiterou em sua jurisprudência que os familiares das vítimas de certas violações dos Direitos Humanos podem ser, por sua vez, vítimas²⁶⁰. O Tribunal considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de alguns familiares, pelo motivo do sofrimento que estes padeceram devido às atuações ou omissões das autoridades estatais²⁶¹, tendo em vista, entre outros, as gestões realizadas para obter justiça e a existência de um estreito vínculo familiar²⁶². Também foi declarada a violação deste direito pelo sofrimento gerado a partir dos fatos perpetrados contra seus entes queridos²⁶³.

212. Este Tribunal assinalou a contribuição por parte do Estado ao criar ou agravar a situação de vulnerabilidade de uma pessoa, tem um impacto significativo na integridade das pessoas que a rodeavam, em especial de familiares próximos que se veem enfrentados pela incerteza e insegurança gerada pela violação de sua família nuclear ou próxima²⁶⁴.

213. No presente caso, a Corte considera pertinente analisar aspectos relativos à aplicação do artigo 5 da Convenção, com fins de determinar se o caso configura responsabilidade do Estado pela violação do direito à integridade pessoal de Teresa Lluy e Iván Lluy. Para isso, a Corte analisará a seguir: i) o estigma que enfrentaram Teresa Lluy e Iván Lluy por serem familiares de uma pessoa com HIV; e ii) o impacto concreto na integridade pessoal de Teresa e Iván Lluy.

214. A Corte constata que toda a família Lluy sofreu uma estigmatização como consequência de que Talía fosse uma pessoa com HIV (par. 289 *infra*). A este respeito, foi provado que, derivado de que Talía tivesse HIV, Teresa e Iván sofreram impactos em sua vida como consequência do estigma gerado pelo fato de serem mãe e irmão de uma pessoa com HIV. Como um exemplo disto, Teresa Lluy foi despedida de vários empregos e no colégio Iván Lluy foi objeto de comentários e apontamentos (pars. 217 e 223 *infra*).

²⁶⁰ Cf. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 155, par. 83; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 156.

²⁶¹ Cf. *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C, nº 226, par. 104; e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 249.

²⁶² Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, nº 70, par. 163; e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 249.

²⁶³ Cf. *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, nº 147, par. 128; e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 249.

²⁶⁴ Cf. *Caso das Meninas Yean e Bosico*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130, par. 204; e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 250.

215. Referente a todas as dificuldades de saúde, economia e moradia que sofreram os membros de sua família, Teresa Lluy declarou que:

“os momentos mais difíceis foram no econômico desde o início das demandas, a perda do meu trabalho, a rejeição pela falta de oportunidades, [...] a educação, os gastos com arrendamentos e mudanças frequentes [que a discriminem] os donos das casas”²⁶⁵.

216. A Corte destaca que a constante situação de vulnerabilidade em que se encontraram Teresa e Iván Lluy ao serem discriminados, isolados da sociedade e estarem em condições econômicas precárias. Juntamente ao anterior, o contágio de Talía afetou de grande modo a toda a família, já que Teresa e Iván tiveram que dedicar maiores esforços físicos, materiais e econômicos para procurar a sobrevivência e vida digna de Talía. Todo o anterior gerou um estado de angustia, incerteza e insegurança permanente na vida de Talía, Teresa e Iván Lluy.

217. No caso concreto de Teresa Lluy, ela declarou que sua vida mudou a partir do momento do contágio com HIV a Talía; ao fazer pública a enfermidade de Talía, a senhora Lluy perdeu seu trabalho na empresa em que trabalhava há 10 anos, da qual foi despedida e lhe disseram que era “pela imagem ruim já que [sua] filha possuía HIV”. Após sua demissão, a senhora Lluy havia trabalhado com empregada doméstica; no entanto, “quando [seus empregadores] reconheciam quem era, diziam que já não era mais necessária” e em algumas ocasiões repreenderam que “podia colocá-los em risco de contágio”²⁶⁶.

218. Além disso, Teresa Lluy declarou que “teve que vender, rifar [seus] eletrodomésticos, [...] perdeu tudo, nunca pôde recuperar nada”, a discriminação e isolamento sofridos “provocou danos emocionais na vida de [sua] filha, dela e de [seu] filho”. De acordo com a declaração de Teresa Lluy, em 2008 teve complicações de saúde e “começou com dores de cabeça, perda da visão, perda de peso, muita sede e urinava muito”. Ao recorrer para receber atenção médica a doutora que a atendeu lhe informou que seus níveis de açúcar eram muito altos e que tinha “diabetes emocional” que é provocada quando “uma pessoa é vítima de tensões nervosas fortes e conflitos

²⁶⁵ Escritura de declaração indagatória outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fls. 1.087 e 1.088).

²⁶⁶ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.078).

emocionais”²⁶⁷. Além do mal-estar pela “diabetes emocional”, Teresa Lluy declarou que sobre de “dores nevrálgicas pelo herpes zoster que se desenvolveu devido ao estresse, o que lhe causa dores intensas na altura do peito”²⁶⁸.

219. Devido a sua complexa situação econômica, Teresa Lluy “buscou [se] aproximar das entidades do governo do Ministério do Desenvolvimento Social, Corte de Justiça, Presidente da Cruz Vermelha de Quito, mas não a levaram em consideração”²⁶⁹. Como já foi mencionado, para cobrir os gastos familiares e o custo do tratamento de Talía, Teresa Lluy vendeu seus objetos de valor e trabalhou no setor informal²⁷⁰.

220. De acordo com o relatório de avaliação psicológico realizado no mês de fevereiro de 2015 pela psicóloga clínica Sonia Niveló Cabrera, “a [Senhora Teresa] Lluy está afetada pelo isolamento, o estigma social, pela perda de tempo, sentindo o que se denominava ‘morte social’. Apresentando os sinais e sintomas do transtorno misto ansioso-depressivo.” O referido impacto foi “somatizado e apresenta as seguintes enfermidades de diabetes emocional, hipertensão[e] dores físicas crônicas”²⁷¹.

221. No que diz respeito à Iván Lluy, este declarou que “[a] partir de [seus 15] anos de sua [sua] vida foi horrivelmente afetada ao [se] inteirar de que [sua] irmã foi contagiada com HIV por brutalidade humana”. Depois das complicações de saúde de sua irmã e pensar que em algum momento poderia morrer, deixou de ir à universidade e começou a trabalhar dia e noite para ajudar sua mãe com os gastos²⁷².

222. Iván Lluy foi diagnosticado com depressão e recebeu medicamentos para tratá-la durante um ano e meio. A este respeito, Iván Lluy declarou que “não podia viver com todo o peso que lhe fazia sofrer” e devido a isso, visitou

²⁶⁷ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.086). A respeito da saúde de sua mãe, o senhor Iván Lluy declarou que esta situação também lhe preocupa, devido a que “[o] estresse os persegue e os afeta dia após dia, algumas vezes teve que levar [sua mãe] com urgência à clínica [porque] sua pressão havia subido exageradamente”. Escritura de declaração juramentada outorgada por Iván Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.116).

²⁶⁸ Cf. Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fls. 1.078, 1.085 e 1.086).

²⁶⁹ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.078).

²⁷⁰ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.078).

²⁷¹ Perícia de Sonia Niveló Cabrera à Teresa Gonzales Lluy, de 12 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fl. 3.616).

²⁷² Cf. Escritura de declaração juramentada outorgada por Iván Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fls. 3.574, 3.575, 3.576).

um psiquiatra que conheceu “num dia em que limpava a oficina”. O referido psiquiatra o atendeu “em várias ocasiões, [...] 30 mais ou menos. [...] somente [o] cobrou as 5 primeiras consultas. Este o diagnosticou com depressão maior e receitou um medicamento [cujas] capsulas eram caras e tinha que tomar 2 por dia”. De acordo com o testemunho de Iván Lluy “[q]uando não tinha como comprá-las e não as tomava sentia efeitos como náuseas, vertigem, palpitações [e] desespero”²⁷³. Dessa forma, assinalou que um tempo depois de atendê-lo o psiquiatra faleceu e ele já não pode continuar recebendo atenção. De acordo com sua declaração “O Doutor o ajudou muito, entretanto t[em] medo não ter [o necessário] para dar à [sua] irmã uma boa alimentação, [e] um tratamento adequado”²⁷⁴.

223. Teresa Lluy manifestou que “[a seu] filho coube assumir responsabilidades que não lhe correspondiam. [...] Ele também perdeu muitas coisas da sua vida de adolescente, sofreu muita discriminação e isolamento social, o que é muito devastador, ainda mais nesta etapa tão complexa de seu crescimento como pessoa”²⁷⁵. Agregou que os dias em que ela deveria levar Talía a Quito e permanecer ali por um tempo enquanto era atendida, “[seu] filho ficava em Cuenca completamente sozinho, às vezes dormia nos parques ou onde encontrava um espaço, pois não tinha[m] como arrendar”²⁷⁶. Devido à necessidade de trabalhar, Iván Lluy “[j]á não ia ao colégio, não tinha muitos amigos, passa[vam] muitos dias sem [se] falar”. Por fim, Teresa Lluy declarou que “a dor que sente uma mão ao ver e sentir que seus dois filhos estavam sofrendo de maneira tão injusta, e[ra] de fazer qualquer um de perder a sanidade”²⁷⁷.

224. A Corte nota que no relatório de avaliação psicológica realizado por Sonia Niveló foi determinado que Iván Lluy está afetado em sua “saúde psíquica [...] por pensamentos e sentimentos como: ira, frustração, desesperança, culpa [...] o que poderia estar relacionado com a discriminação

²⁷³ Escritura de declaração juramentada outorgada por Iván Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.115).

²⁷⁴ Escritura de declaração juramentada outorgada por Iván Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.115).

²⁷⁵ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.079).

²⁷⁶ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.080).

²⁷⁷ Escritura de declaração juramentada outorgada por Teresa Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.081).

e o estigma [vivid] por Iván [...] no ambiente social. [...] apresentando depressão moderada, ansiedade e sentimento de culpa”²⁷⁸

225. A Corte considera que pode se concluir que os danos e o sofrimento provocado pelo fato que Iván não pôde continuar seus estudos e teve que trabalhar sendo um adolescente, a perda do trabalho e capacidade econômica para sustentar a sua família por parte de Teresa Lluy, assim como, a constante discriminação à qual se virão submetidos, foram resultado da negligência no procedimento que ocasionou o contágio a Talía. Juntamente a isto, a Corte nota que a família Lluy não foi orientada e acompanhada devidamente para contar com um melhor ambiente familiar e superar a precária situação na qual se encontravam, tampouco receberam apoio para superar a discriminação da qual eram objeto em diferentes áreas de sua vida.

226. A Corte observou que embora alguns dos aspectos nos quais Talía e sua família sofreram discriminação, não obedeceram a uma atuação direta de autoridades estatais, a referida discriminação obedeceu ao estigma decorrido da condição de Talía como portadora de HIV, e foram resultado da falta de ações tomadas pelo Estado para proteger Talía e sua família, que se encontravam em relação de vulnerabilidade.

227. A discriminação que sofreu Talía foi fruto do estigma gerado por sua condição de pessoa vivendo com HIV e trouxe consequências a ela, sua mãe e seu irmão. A Corte nota que no presente caso existiram múltiplas diferenças de tratamento à Talía e sua família, que decorreram da condição de Talía de pessoa com HIV; essas diferenças de tratamento configuraram uma discriminação que os colocou em uma posição de vulnerabilidade que foi agravada com o passar do tempo. A discriminação sofrida pela família se concretizou em diversos aspectos como a moradia, o trabalho e a educação.

228. No presente caso, apesar da situação de particular vulnerabilidade em que se encontravam Talía, Teresa e Iván Lluy, o Estado não tomou as medidas necessárias para garantir a ela e a sua família o acesso a seus direitos sem discriminação contra Talía, sua mãe e seu irmão.

229. Em atenção ao anterior, a corte conclui que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da

²⁷⁸ Perícia de Sonia Niveló Cabrera à Teresa Gonzales Lluy, de 12 de fevereiro de 2015 (expediente de prova, fls. 3.618 e 3.619).

Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 desta, em detrimento de Teresa Lluy e Iván Lluy.

X

Direito à Educação

Alegação da Comissão e das partes

230. A **Comissão** manifestou que Talía “foi expulsa de uma instituição de ensino público e que o Poder **Judiciário** avaliou tal atuação”. Essa expulsão “ocorreu quando as autoridades da escola tomaram conhecimento de que Talía [...] vivia com HIV. De acordo com a Comissão, ainda que Teresa Lluy tentou uma ação de amparo para proteger o direito à educação de Talía, “[o] Tribunal Distrital indicou que Talía Gabriela podia exercer seu direito à educação de forma particular e à distância”. A juízo da Comissão, “[c]om esta decisão, o Poder Judiciário avaliou [sua expulsão] consolidando uma violação a seu direito à educação e um ato discriminatório sobre a base de uma situação de saúde”. A Comissão estabeleceu em seu Relatório de Mérito que “não existe informação que indique que alguma entidade do Estado responsável pelos interesses das crianças houvesse intervido no processo judicial nem em colaboração na busca dos serviços médicos. Toda ess[a] situação gerou uma grave afetação [...] no exercício de seu direito à educação e, em suma, às condições mínimas para levar adiante uma vida e desenvolvimento dignos”. Sobre este particular, a Comissão alegou ainda que a obrigação de zelar pelo projeto de vida de Talía, no qual, claramente, que a educação se encontra compreendida, era “reforçada no presente caso devido aos fatores múltiplos de vulnerabilidade em que se encontrava a [suposta] vítima em sua condição de criança portadora de HIV, com muitos escassos recursos”.

231. Os **representantes** assinalaram que no caso de Talía não se cumpriu com os padrões do direito à educação, pois existiu uma resolução judicial que “anul[ou] o direito [de Talía] de acessar [qualquer] escola pública”, o que levou a que os familiares de Talía “não tivess[em] outra opção de buscar escolas distantes para evitar o tratamento desigual e humilhante”. Como consequência, “[o] sistema educativo não se adaptou às necessidades de Talía”, já que este devia “ser flexível e responder as necessidades dos alunos em contextos culturais e sociais variados”. Conforme os representantes “ao criar condições

nas quais [o sistema educativo] se torna inacessível ou de difícil acesso, inadaptável e inaceitável, se quebra o direito do Estado frente ao direito à educação”. Agregaram que a educação de Talía nunca esteve isenta de discriminação. Dessa forma, indicaram que “Talía tinha apenas 5 anos quando sofreu a expulsão da escola por ser portadora de HIV”, razão pela qual “Teresa também [promoveu] um juízo de amparo constitucional quando Talía foi expulsa da escola pública, em setembro de 1999” quando o juiz decidiu “rejeita[r a ação] e orden[ar] que Talía t[ivesse] educação à distância”, o que ocasionou que Talía fosse assediada por funcionários do Ministério da Educação que “ao invés de ajudá-la, a perseguia[m] para garantir que não contagi[aria] outras crianças”. Por outra parte, os representantes alegaram que “[a] educação superior de Talía esteve isenta de dificuldades e de consequências pela transfusão de sangue com HIV”. Neste sentido, assinalaram que Talía “não pôde seguir a carreira universitária que queria, não pôde viver uma vida com o mais alto bem-estar possível porque não pô[de] escolher o tipo de tratamento mais adequado para sua saúde”.

232. O Estado assinalou “que as políticas empregadas pelas instituições estatais em matéria educativa se ajustam aos requerimentos internacionais de proteção e garantia de direitos”, estabelecendo que “a educação, inclusive superior, no Equador é gratuita e universal, e proporciona sem custo serviços de caráter social e de apoio psicológico”. O Estado ressaltou que existe uma “proibição constitucional da discriminação nos casos de pessoas que portam HIV/AIDS”, não somente na Constituição, como também “há 12 anos no Código da Criança e do Adolescente, e também na Lei para a Prevenção e Assistência Integral ao HIV/AIDS”. O Estado expressou que sempre garantiu “a realização pessoal [de Talía e] que isto se pode corroborar [em] que inclusive frente às diversas complexidades próprias de sua condição de saúde, pode estudar e completar tanto a educação básica, quanto a formação secundária, em instituições públicas e privadas reguladas pelo Estado, sendo ainda por seu próprio esforço, uma estudante de destaque”. Nessa ordem de ideias, fez constar que “os próprios representantes em seu escrito reconhecem que Talía acessou seus estudos universitários de graduação na carreira de **Desenho**”. Dessa forma, em relação à ação de amparo, o Estado alegou que “a ação foi proposta com o patrocínio da Defensoria do Povo”, pelo que considerou em

que pese a que “[o] amparo concebido em 1998 foi restringido a seu campo de ação em comparação ao alcance constitucional designado em 2008”, estava claro que a “senhora Teresa Lluy teve um respaldo institucional do Estado no momento de propor a ação de amparo aos direitos de sua filha”. Neste ponto assinalou que algumas declarações “não oferecem nenhum dado que pudesse permitir ao Estado efetuar alguma investigação para determinar o alegado fato discriminatório”. Ademais, o Estado alegou que a discriminação neste caso não se produziu pela intervenção de decisões e práticas de agentes estatais, mas sim na escala social na relação com um meio comunitário que, entretanto, não está preparado para entender e **assimilar** culturalmente pessoas com HIV/AIDS. Por fim, o Estado alegou que os esforços do Ministério da Saúde Pública e do Ministério da Educação em matéria de informação e promoção de uma cultura contra a discriminação está gerando impactos importantes que já podem ser medidos no país.

Considerações da corte

233. No presente caso existe debate sobre a possível violação do direito à educação, levando em consideração que Talía foi retirada de uma escola sob a hipótese de colocar em risco a integridade de seus companheiros. Para resolver a controvérsia sobre esses pontos entre as partes, a Corte abordará as seguintes questões: a) os alcances do direito à educação relevantes para o presente caso; e b) a violação ao direito ao sistema educativo, o direito a não ser discriminado e a adaptabilidade em relação ao direito à educação.

A. Alcances do direito à educação relevantes para o presente caso: o direito à educação das pessoas com condições médicas potencialmente geradores de incapacidades como o HIV/AIDS

234. O direito à educação se encontra contido no artigo 13 do Protocolo de San Salvador²⁷⁹. A Corte tem competência para decidir sobre casos

²⁷⁹ No pertinente para o presente caso, o referido artigo assinala que: “1. Toda pessoa tem direito à educação. 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz. 3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito [...]”

contenciosos em relação a este direito em virtude do artigo 9 (6) do Protocolo²⁸⁰. Dessa forma, o referido direito se encontra contemplado em diversos instrumentos internacionais²⁸¹. Por sua parte, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ressaltou que o direito à educação é o epítome da indivisibilidade e da interdependência de todos os direitos humanos, e que “[a] educação é um direito humano intrínseco e um meio indispensável de realizar outros direitos humanos”²⁸².

235. No entanto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assinalou que para garantir o direito à educação se deve zelar para que em todos os níveis educativos se cumpram quatro características essenciais e interrelacionadas: i) disponibilidade, ii) acessibilidade, iii) aceitabilidade, e iv) adaptabilidade²⁸³:

- a) Disponibilidade. Devem haver instituições e programas de ensino em quantidade suficiente no âmbito do Estado Parte. As condições para que funcionem dependem de inúmeros fatores, entre outros, o contexto de desenvolvimento em que atuam; por exemplo, as instituições e os programas provavelmente necessitem de edifícios e outra proteção contra os elementos, instalações sanitárias para ambos os sexos, água potável, docentes qualificados com salários competitivos, materiais de ensino, etc; alguns necessitarão, ainda, de bibliotecas, serviços de informática, tecnologia da informação, etc.
- b) Acessibilidade. As instituições e os programas de ensino devem ser acessíveis a todos, sem discriminação, no âmbito do Estado Parte. A acessibilidade consta em três dimensões que coincidem parcialmente:
 - i) Não discriminação. A educação deve ser acessível a todos, especialmente aos grupos m[ai]s vulneráveis de fato e de direito, sem discriminação por nenhum dos motivos proibidos [...];
 - ii) Acessibilidade material. A educação deve ser acessível materialmente, seja por sua localização geográfica de acesso razoável (por exemplo, uma escola do **bairro**) ou por meio da tecnologia moderna (mediante o acesso a programas de educação a distância);
 - iii) Acessibilidade econômica. A educação deve estar ao alcance de todos. Esta dimensão da aceitabilidade está condicionada pelas diferenças de redação do parágrafo 2 do artigo 13, referente ao ensino primário, secundário e superior:

²⁸⁰ No Art. 19 (6) do Protocolo permite a aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, caso se apresentasse uma violação aos Arts. 8 (1) (Direitos Sindicais) e 13 (Direito à educação) do Protocolo.

²⁸¹ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 13 e 14), a Carta da Organização dos Estados Americanos (artigo 49), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XII) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 26) são alguns referentes que estipulam obrigações ou deveres dos Estados relativos ao direito à educação.

²⁸² Cf. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 13, E/C.12/1999/10, 8 de dezembro de 1999, par. 1.

²⁸³ Cf. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral Número 13, E/C.12/1999/10, 8 de dezembro de 1999, par. 6.

enquanto o ensino primário deve ser gratuito para todos, se pede aos Estados parte que implantem gradualmente o ensino secundário e superior gratuitos.

c) Aceitabilidade. A forma e o mérito da educação, compreendidos nos programas de estudos e dos métodos pedagógicos, devem ser aceitáveis (por exemplo, pertinentes, adequados culturalmente e de boa qualidade” para os estudantes e, quando proceda, aos pais; este ponto está condicionado aos objetivos da educação mencionados no parágrafo 1 do artigo 13, e nas normas mínimas que o Estado aprove em matéria de ensino [...].

d) Adaptabilidade. A educação deve ter a flexibilidade necessária para se adaptar às necessidades de sociedades e comunidades em transformação e responder às necessidades dos alunos em contextos culturais e sociais variados.

7. Ao considerar a correta aplicação destas “características interrelacionadas e fundamentais”, se deverá levar em consideração perante todos os interesses superiores dos alunos.

236. Entretanto, a Corte nota que as pessoas com HIV têm sido historicamente discriminadas devido a diferentes crenças sociais e culturais que criaram um estigma ao redor da enfermidade. Deste modo, que uma pessoa viva com HIV/AIDS, ou inclusive somente a suposição de quem tem, pode criar barreiras sociais e atitudinais para que esta acesse, em igualdade de condições, a todos os seus direitos. A relação entre este tipo de barreiras e a condição de saúde das pessoas justifica o uso do modelo social da incapacidade como enfoque relevante para avaliar o alcance de alguns direitos envolvidos no presente caso.

237. Como parte da evolução do conceito de incapacidade, o modelo social de incapacidade entende a incapacidade como o resultado da interação entre as características funcionais de uma pessoa e as barreiras em seu entorno²⁸⁴. Esta Corte estabeleceu que a incapacidade não se define exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que também se interrelaciona com as barreiras ou limitações que socialmente existem para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva²⁸⁵.

238. Neste sentido, conviver com o HIV não é *per se* uma situação de incapacidade. No entanto, em algumas circunstâncias, as barreiras atitudinais

²⁸⁴ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. A este respeito, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece que “a incapacidade é um conceito que evoluciona” e que as pessoas com incapacidade “incluem aquelas que tenham deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais a longo prazo que, ao interagir com diversas barreiras que possam impedir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com os demais”. Esta Convenção foi ratificada pelo Equador em 3 de abril de 2008.

²⁸⁵ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133; e *Caso Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) Vs. Costa Rica. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, nº 257, pars. 291 e 292. Ver ainda, o Artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Incapacidades.

que enfrente uma pessoa por conviver com HIV geram que as circunstâncias de seu ambiente a coloquem em uma situação de incapacidade. Em outras palavras, a situação médica de viver com HIV pode, potencialmente, ser geradora de incapacidades pelas barreiras atitudinais e sociais. Assim, a determinação de que se alguém possa ser considerado uma pessoa com incapacidade depende de sua relação com o ambiente e não responde unicamente a uma lista de diagnósticos. Portanto, em algumas situações, as pessoas que vivem com HIV/AIDS podem ser consideradas pessoas com incapacidades sob a conceptualização da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência²⁸⁶.

239. A Corte nota que diversos organismos internacionais se manifestaram acerca da estreita relação que existe entre o HIV/AIDS e a incapacidade em razão dos diversos padecimentos físicos que podem surgir em razão da enfermidade, assim como, pelas barreiras sociais derivadas desta. A UNAIDS apontou que uma dessas percepções erradas sobre o HIV/AIDS é a de considerar que as pessoas com HIV são uma ameaça à saúde pública²⁸⁷. Ainda, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Kiyutin Vs. Rússia* considerou que uma distinção feita com base no estado de saúde de uma pessoa, incluindo cenários como a infecção por HIV, deveria estar coberta pelo termo de incapacidade ou paralelamente pelo termo “outra situação” no texto do artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁸⁸. Dessa forma, a Corte destaca que alguns Estados e tribunais constitucionais reconheceram a condição de conviver com HIV como uma forma de incapacidade²⁸⁹.

²⁸⁶ Neste sentido, o relatório de política de deficiência e HIV realizado pela Organização Mundial da Saúde, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e pela UNAIDS, foi reconhecido que quando se interponham barreiras econômicas, políticas ou sociais na participação efetiva em igualdade de condições de uma pessoa com HIV/AIDS, pode ser considerado que a pessoa tem uma incapacidade. Cf. Organização Mundial da Saúde. Disability and HIV Policy Brief. 1º de abril de 2009. De igual maneira, em 1996 o Programa Conjunto sobre HIV/AIDS das Nações Unidas (UNAIDS) recomendou que o HIV deveria ser considerado como uma incapacidade na medida em que as pessoas que apresentam o vírus sofrem uma constante discriminação em razão de sua condição. A este respeito, foi afirmado: “As consequências da incapacidade do HIV assintomático é que muitas vezes as pessoas que vivem com HIV, assim como aqueles que suspeitam ter HIV, são discriminados devido a que se percebe de uma maneira errada que não funcionam; existe uma percepção errada que são uma ameaça à saúde pública[.] Portanto, se eles não estão incapacitados pelas condições relacionadas ao HIV, estarão pelo tratamento discriminatório que recebem por seu status de HIV. O resultado é que são negados da possibilidade de serem produtivos, aut[os]suficientes e membros plenos e iguais na sociedade”. Declaração da UNAIDS HIV/AIDS e Deficiência. Comissão das Nações Unidas de Direitos Humanos, Subcomissão da Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. Sessão 48. Agosto de 1996.

²⁸⁷ Cf. Declaração da UNAIDS HIV/AIDS e Deficiência. Comissão das Nações Unidas de Direitos Humanos, Subcomissão da Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. Sessão 48. Agosto de 1996, na qual foi recomendado que se considere o HIV como uma incapacidade.

²⁸⁸ Cf. *TEDH, Kiyutin Vs. Rússia*, (nº 2700/10), Sentença de 10 de março de 2011, par. 57.

²⁸⁹ Ver, *inter alia*, nos Estados Unidos da América: *The Americans with Disabilities Act of 1990*. A partir do referido documento, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos afirmou que as pessoas com HIV se encontram protegidas sob *The Americans with Disabilities Act*. No Reino Unido: *The Disability Discrimination Act (DDA) of 2005*.

240. Ao considerar essas características, e em atenção às condições de vulnerabilidade enfrentadas por Talía, a Corte considera pertinente definir alguns elementos sobre o direito à educação das pessoas que convivem com condições médicas potencialmente geradoras de incapacidades como o HIV/AIDS. A este respeito, também estão envolvidos alguns componentes associados ao direito à educação das pessoas com incapacidades. Neste ponto, as Diretrizes Internacionais sobre o HIV/AIDS e os Direitos Humanos das Nações Unidas²⁹⁰ determinam o seguinte sobre o direito à educação das pessoas com HIV/AIDS:

“Primeiro, tanto as crianças quanto os adultos têm direito de receber educação sobre o HIV, em particular sobre a prevenção e a atenção. O acesso à educação sobre o HIV/[AIDS] é um elemento essencial dos programas de prevenção e atenção eficazes. O Estado tem a obrigação de assegurar que, dentro de sua tradição cultural e religiosa, facilitem os meios apropriados para que nos programas de ensino acadêmico e extra acadêmico se inclua informação eficaz sobre o HIV. A educação e informação às crianças não deve ser considerada como uma promoção da experiência sexual prematura”²⁹¹

“Segundo, os Estados devem buscar que às crianças e aos adultos que vivem com HIV não seja negado discriminatoriamente o acesso à educação, em particular o acesso a escolas, universidades e bolsas, assim como, à educação internacional, nem sejam objeto de restrições por seu estado sorológico com relação ao HIV. Não há razões de saúde pública para que essas medidas sejam justificadas, já que não há risco de transmitir casualmente o HIV em ambientes educativos”²⁹²

Na Nova Zelândia: *Human Rights Act of 1993*. Em Hong Kong: Ordenança sobre Discriminação e Deficiências, de 1995. Por sua parte, o Tribunal Constitucional peruano assinalou que “tendo em vista que o Estado colocou em andamento, tal como sugerido pela STC 02945-2003-AA/TC, medidas concretas para a satisfação dos direitos sociais dos pacientes com HIV/AIDS, este Colegiado considera que é oportuno fazer extensiva a especial proteção consagradas no artigo 7º da Constituição das pessoas que padecem de uma deficiência física fruto da infecção ao HIV no desenvolvimento da AIDS, pois é evidente que o Estado de vulnerabilidade manifestada em que se encontra este setor da população necessita de uma proteção reforçada para que possam exercer seus direitos fundamentais plenamente, sem que se vejam submetidos a medidas discriminatórias ou a ações arbitrárias somente pelo fato de padecer da referida patologia. Com esta afirmação se reitera, tal como assinala o mencionado no artigo 7º, que este grande setor da população tem direito ao respeito de sua dignidade e a um regime legal de proteção, atenção, readaptação e segurança. Tribunal Constitucional do Peru. Sentença de 9 de agosto de 2011. Expediente nº 04749-2009-PA/TC, par. 31.

²⁹⁰ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS (UNAIDS), *Diretrizes internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada de 2006.

²⁹¹ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS (UNAIDS), *Diretrizes internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada de 2006, par. 136.

²⁹² Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS (UNAIDS), *Diretrizes internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada de 2006, par. 137. Por sua parte, o artigo 24 da Convenção de Deficiência, assinala que: “2. Ao fazer efetivo este direito [a educação], os Estados partes assegurarão que: a) As pessoas com incapacidade não sejam excluídas do sistema geral de educação por motivos de incapacidade, e que as crianças com incapacidades não sejam excluídas do ensino primário gratuito e obrigatório nem do ensino secundário por motivos de incapacidade; b) As pessoas com incapacidades possam acessar a uma educação primária e secundária, de qualidade e gratuita, em igualdade de condições com as demais, na comunidade em que vivam”.

“Terceiro, os Estados, por meio da educação, devem promover a compreensão, o respeito, a tolerância e a não discriminação a respeito das pessoas que vivem com o HIV”²⁹³

241. Como se observa, existem três obrigações inerentes ao direito à educação em relação às pessoas que convivem com o HIV/AIDS: i) o direito a dispor de informação oportuna e livre de preconceitos sobre o HIV/AIDS; ii) a proibição de impedir o acesso aos centros educativos às pessoas com HIV/AIDS; e iii) o direito a que a educação promova sua inclusão e não discriminação dentro do ambiente social. A seguir, serão analisadas estas obrigações ao avaliar a controvérsia sobre a forma como Talía foi retirada da escola na qual se encontrava, pelo suposto perigo que gerava a seus companheiros.

B. Direito à permanência no sistema educativo, o direito a não ser discriminado e à adaptabilidade em relação ao direito à educação

242. Atendendo aos fatos do presente caso, a fim de estabelecer se existiu uma discriminação violatória do artigo 13 do Protocolo de San Salvador, será analisada inicialmente a medida de retirar Talía da escola na qual se encontrava estudando, no marco de uma justificação baseada no “interesse do conglomerado estudantil”. Posteriormente, serão analisados alguns problemas de estigmatização no acesso de Talía à educação, ocorridos com posterioridade à retirada da mencionada escola.

243. Como ponto prévio, a Corte observa que os representantes alegaram a violação do artigo 24 da Convenção Americana em relação a todos os aspectos relacionados com a alegada discriminação no presente caso. A este respeito, no referente aos artigos 1.1 e 24 da Convenção, a Corte indicou que “a diferença entre os dois artigos radica em que a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir ‘sem discriminação’ os direitos contidos na Convenção Americana. [E]m outras palavras, se um Estado discrimina o respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se pelo contrário a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deve ser

²⁹³ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS (UNAIDS), *Diretrizes internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada de 2006, par. 137.

analisado à luz do artigo 24²⁹⁴. Dado que no presente caso não se configuraram fatos relativos à uma proteção desigual derivada de uma lei interna ou sua aplicação, não corresponde analisar a suposta violação do direito à igual proteção da lei contida no artigo 24 da Convenção. Com este propósito, a Corte analisará unicamente a alegada violação ao dever de respeitar e garantir sem discriminação os direitos contidos na Convenção Americana, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, em relação ao direito à educação de Talía.

244. Para determinar se no presente caso foi configurada uma violação ao dever de respeitar e garantir direitos sem discriminação, a Corte analisará: a) se há um vínculo ou nexo causal ou decisivo entre a situação de saúde e a diferença de tratamento adotado pelas autoridades estatais no âmbito do sistema educativo; e b) a justificação que se alegou para a diferença de tratamento, em ordem a determinar se a referida justificação constituiu um tratamento discriminatório que violou o direito à educação no caso concreto.

B.1 A diferença de tratamento baseado na condição médica de Talía ao ser retirada da escola

245. Teresa Lluy interpôs uma ação de amparo constitucional a fim de salvaguardar o direito à educação de Talía em razão da suspensão definitiva da escola “Zoila Aurora Palacios”. A referida ação de amparo foi declarada inadmissível pelo Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, estabelecendo como fundamento que “exist[ia] um conflito de interesses entre os direitos e garantias individuais de [Talía] frente aos interesses de um conglomerado estudantil”²⁹⁵, logo “[o] choque [fez] com que predomin[assem] os [direitos] sociais e coletivos, como é o direito à vida frente ao direito à educação”²⁹⁶.

246. Para efeitos de chegar à conclusão de que era necessário que Talía continuasse sua educação “mediante uma instrução particularizada [e] à distância”²⁹⁷, o Tribunal Contencioso levou em consideração os testemunhos de SA, o diretor da escola “Zoila Aurora Palacios”, e da professora APA,

²⁹⁴ Cf. *Caso Apitz Barbera e Outros Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C, nº 182, par. 209; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C, nº 293, pars. 216 a 218.

²⁹⁵ Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.148).

²⁹⁶ Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.148).

²⁹⁷ Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.149).

prestados na audiência pública realizada em 9 de fevereiro de 2001. Dessa forma, foram levados em consideração os ofícios apresentados por Teresa Llu, dos médicos JOM e NV, e de RG, assistente social da Direção de Saúde que coordenou a capacitação do corpo docente e administrativo da escola “Zoila Aurora Palacios” sobre o HIV/AIDS.

247. De igual maneira, na audiência pública, o Subsecretário Regional de Educação de Austro, prestou seu testemunho e manifestou que “jamais [houve] disposição alguma para que Talía fosse retirada do grupo”²⁹⁸. Assinalou que, embora tenha ocorrido uma suspensão temporária de Talía, isto foi facultado pela lei e operava “até que se reali[zassem] os exames médicos correspondentes e que garanti[ssem] que a [menina] não transmiti[ria] sua lamentável enfermidade ao restante das crianças e funcionários que est[avam] em contato com ela”²⁹⁹; por isso, pediu ao Tribunal “que sacrifi[casse] o bem menor pelo maior, que é a comunidade educativa da referida escola”³⁰⁰.

248. O diretor da escola alegou que o que foi feito foi “[proceder] a tomar decisões que precavessem a saúde das crianças do ensino básico e que, por sua vez, não viol[assem] os direitos humanos das crianças”. Para isso, se exigiu que para a incorporação de Talía ao grupo era necessário que fossem apresentados “relatórios médicos que garanti[ssem] a saúde e o bem-estar do restante das crianças”³⁰¹. Os referidos atestados, indicou o diretor, foram oportunamente apresentados, e neles se especificava que Talía tinha HIV e que se encontrava em boas condições hematológicas. Não obstante, afirmou que “na escola [Talía] teve algumas hemorragias devido a uma enfermidade chamada [púrpura trombocitopênica idiopática]”³⁰², enfermidade que segundo o diretor fazia com que “os riscos de contágio [fossem] maiores”³⁰³. Considerou, ainda, como risco adicional, que Talía estava no primeiro ano da educação básica “no qual se trabalhava com objetos perfuro-cortantes para desenvolver as diferentes atividades”³⁰⁴.

249. Por sua parte, a professora APA declarou que Talía “assistiu as aulas normalmente até o dia 26 de novembro”. Assinalou que ela “como professora

²⁹⁸ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.132).

²⁹⁹ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.132).

³⁰⁰ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.133).

³⁰¹ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.134).

³⁰² Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.134).

³⁰³ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.134).

³⁰⁴ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.134).

da aula [se] inteir[ou] do problema que tinha [Talía]”, e por isso marcou um encontro com Teresa Lluy junto ao diretor da escola com o propósito de saber se Talía tinha ou não o vírus HIV. Na referida reunião, Teresa lhes contou que o HIV de Talía “ocorreu por uma transfusão de sangue realizada na Cruz Vermelha”, dado que havia tido um problema nas plaquetas. Ademais, a professora APA assegurou que na capacitação dada pela Chefia de Saúde e a Direção de Educação, o médico responsável por Talía, o doutor OO, indicou que a enfermidade hematológica da qual padecia Talía estava controlada, e em relação ao risco de contágio que tinham os companheiros de Talía o médico lhe explicou que “ha[via] o risco, mas em uma pequena porcentagem, mas [que] o risco exist[ia]”³⁰⁵. Ademais, APA manifestou que ela “[tinha] testemunhas daquelas hemorragias que tinha [Talía]”³⁰⁶.

250. Por outra parte, se encontram no expediente dos ofícios dos doutores JOM e NV, que indicaram que Talía era “uma paciente com o Vírus da Imunodeficiência Humana [até esse] momento assintomática”³⁰⁷, e que, ademais, se “encontra[va] em boas condições hematológicas”³⁰⁸. Além disso, se encontram as declarações de RG, assistente social da Direção de Saúde que coordenou a capacitação do corpo docente e administrativo da escola “Zoila Aurora Palacios” sobre o HIV/AIDS, que explicou que o vírus era uma realidade com a qual se deveria aprender a conviver, e que “exist[iam] riscos que poderia[m] ser mínimos se levassem em consideração as normas de biossegurança”³⁰⁹.

251. Na resolução do amparo, o Tribunal estabeleceu que “[era] ineludível que a suspensão temporária para que Talía pleiteasse o grupo para que rece[besse] educação estava condicionada a exames médico que inform[assem] sobre o pleno estado de saúde”³¹⁰. A respeito dos documentos médicos, o Tribunal expressou que Talía “padece do vírus HIV agravado pelo diagnóstico de [púrpura trombocitopênica idiopática]”³¹¹ e que essa última enfermidade “corresponde a uma diminuição das plaquetas sem causa

³⁰⁵ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.135).

³⁰⁶ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.135).

³⁰⁷ Ofício de JOM, de 21 de dezembro de 1999 (expediente de prova, fl. 1.138).

³⁰⁸ Ofício de NV, de 7 de dezembro de 1999 (expediente de prova, fl. 1.139).

³⁰⁹ Ofício de RG, de 10 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fls. 1.140 e 1.141).

³¹⁰ Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.148).

³¹¹ Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.148).

aparente, que faz com que se produzam sangramentos”³¹². Nessa ordem de ideias, o Tribunal concluiu que “o sangramento detectado pela professora [...] implica[va] um possível risco de contaminação ao restante dos estudantes do grupo”³¹³.

252. Tendo em vista estes elementos, a Corte constata que a decisão adotada a nível interno teve como fundamento principal a situação médica de Talía associada tanto à púrpura trombocitopênica idiopática quanto ao HIV; pelo qual, este Tribunal conclui que se realizou uma diferença de tratamento baseada na condição de saúde de Talía. Para determinar se a referida diferença de tratamento constituiu discriminação, a seguir será analisada a justificação feita pelo Estado para efetuá-la, isto é, a alegada proteção da segurança das demais crianças.

B. 2 A condição de ser pessoa com HIV como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana

253. A Convenção Americana não contém uma definição explícita do conceito de discriminação, no entanto, a partir de diversas referências do *corpus iuris* na matéria, a Corte assinalou que a discriminação se relaciona com:

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseiem em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra índole, a origem nacional ou social, a propriedade, o nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenham por objetivo ou por resultado anular ou menosprezar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas³¹⁴.

254. Alguns dos principais tratados internacionais de direitos humanos foram interpretados de tal maneira que incluem o HIV como motivo pelo qual está proibida a discriminação. Por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas confirmou que “o estado

³¹² Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.148).

³¹³ Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000, (expediente de prova, fl. 1.148).

³¹⁴ Ver *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239, par. 81, que cita a definição do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 18, Não discriminação, 10 de novembro de 1989, CCPR/C/37, par. 6. O referido Comitê elaborou tal definição, no âmbito universal, tomando como base as definições de discriminação estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. No âmbito interamericano, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência desenvolveu a seguinte definição: O termo “discriminação contra as pessoas com deficiência” significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada em uma incapacidade, antecedente de incapacidade, consequência de incapacidade anterior ou percepção de uma incapacidade presente ou passada que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, goze ou exercício por parte das pessoas com incapacidade de seus direitos humanos e liberdades fundamentais [...].

de saúde (incluído o HIV/AIDS)” é um motivo proibido de discriminação³¹⁵. O Comitê dos Direitos da Criança chegou a mesma conclusão em relação ao artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança³¹⁶ e também a antiga Comissão de Direitos Humanos assinalou que a discriminação, atual ou suposta, contra as pessoas com HIV/AIDS ou qualquer outra condição médica se encontra tutelada ao interior de outras condições sociais presentes nas cláusulas antidiscriminação³¹⁷. Os Relatores Especiais da ONU sobre o direito à saúde adotaram esta postura³¹⁸.

255. No âmbito deste corpus iuris na matéria, a Corte considera que o HIV é um motivo pelo qual está proibida a discriminação no âmbito do termo “outra condição social” estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana. Nesta proteção contra a discriminação sob “outra condição social” se encontra, dessa forma, a condição de pessoa com HIV como aspecto potencialmente gerador de incapacidades naqueles casos os quais, ainda das afetações emanadas do HIV existam barreiras econômicas, sociais ou de outra índole derivadas do HIV que afetem seu desenvolvimento e participação na sociedade (par. 240 *supra*).

256. A Corte ressalta que o efeito jurídico direto de que uma condição ou característica de uma pessoa se classifique dentro das categorias de artigo 1.1 da Convenção é que o escrutínio judicial deve ser mais estrito ao avaliar diferenças de tratamento baseadas em referidas categorias. A capacidade de diferenciação das autoridades com base nesses critérios suspeitosos se encontra limitada, e somente em casos nos quais as autoridades demonstrem que se está em presença de necessidades imperiosas, e que recorrer a essa diferenciação é o único método para alcançar essa necessidade imperiosa, poderia eventualmente se admitir o uso dessa categoria. Como exemplo do juízo estrito de igualdade podem ser destacadas algumas decisões adotadas

³¹⁵ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ‘Observação Geral nº 14: O direito ao disfrute do mais alto nível possível de saúde’, de 11 de agosto de 2000. UN Doc E/C.12/2000/4, par. 18.

³¹⁶ Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, ‘Observação Geral nº 3: O HIV/AIDS e os direitos da criança’, de 17 de março de 2003. UN Doc CRC/GC/2003/3, par. 9.

³¹⁷ A este respeito, a antiga Comissão assinalou que: “*discrimination on the basis of AIDS or HIV status, actual or presumed, is prohibited by existing international human rights standards, and that the term “or other status” in non-discrimination provisions in international human rights texts can be interpreted to cover health status, including HIV/AIDS*” Cf. *The Protection of Human Rights in the Context of Human Immunodeficiency Virus (HIV) and Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS)*, United Nations Commission on Human Rights, Resolution 1995/44, 3 March 1995, par. 1.

³¹⁸ Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, ‘Relatório do Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre o direito de toda pessoa ao disfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental’, 2003 UN Doc E/CN.4/2003/58 15, pars. 64 a 75; Assembleia Geral das Nações Unidas, ‘Relatório do Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre o direito de toda pessoa ao disfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental’. (2010) UN Doc A/65/255, par. 8.

pela **Suprema Corte** de Justiça dos Estados Unidos³¹⁹, a Corte Constitucional da Colômbia³²⁰, a Corte Suprema Argentina³²¹ e a Sala Constitucional da **Suprema Corte** de Justiça da Costa Rica³²².

257. Neste âmbito, a Corte ressalta que se tratando da proibição de discriminação por uma das categorias protegidas contempladas no artigo 1.1 da Convenção, a eventual restrição de um direito exige fundamentação rigorosa e de muito peso, o que implica que as razões utilizadas pelo Estado para realizar a diferenciação de tratamento devem ser particularmente sérias e estarem sustentadas em uma argumentação exaustiva. Ademais, se investe a carga da prova, o que significa que corresponde à autoridade demonstrar que sua decisão não tinha um propósito nem um efeito discriminatório³²³. No presente caso, perante a comprovação de que o tratamento diferenciado a Talía estava baseado em uma das categorias proibidas, o Estado tinha a obrigação de demonstrar que a decisão de retirar Talía não tinha uma finalidade ou efeito discriminatório. Para examinar a justificação esgrimida pelo Estado, a Corte utilizará então, no marco do juízo estrito de igualdade, o chamado juízo de proporcionalidade, que já foi utilizado em ocasiões anteriores

³¹⁹ “[...] Classifications based on race or national origin [...] and classifications affecting fundamental rights, [...] are given the most exacting scrutiny. Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy. [...] To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective”. Cfr. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944) e *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964).

³²⁰ Nas sentenças C-093 de 2001 e C-671 de 2001, foi explicado o alcance deste tipo de escrutínio, denominado teste integrado de igualdade: [a] fim de determinar se o tratamento discriminatório viola o direito fundamental à igualdade, a Corte elaborou um modelo de análise que integra o juízo de proporcionalidade e o teste de igualdade. O que é feito neste modelo, basicamente, é retomar e harmonizar os elementos do teste ou juízo de proporcionalidade europeia com as contribuições da tendência estadunidense. Assim, se empregam as etapas metodológicas do teste europeu, que compreende as seguintes fases de análise: (i) se examina se a medida é ou não adequada, isto é, se constitui ou não um meio idôneo para alcançar um fim constitucionalmente válido; (ii) se analisa se o tratamento diferente é ou não necessário ou indispensável; e (iii) se realiza uma análise de proporcionalidade no estrito sentido, para determinar se o tratamento desigual não sacrifica valores e princípios constitucionais que tenham maior relevância que os alcançados com a medida diferença. Por outra parte, se consideram os distintos níveis de intensidade na aplicação dos escrutínios ou testes de igualdade. Os referidos níveis podem variar entre (i) estrito, no qual o tratamento diferente deve constituir uma medida necessária para alcançar um objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) **intermediário**, é aquele no qual o fim deve ser importante constitucionalmente e o meio deve ser altamente **conducente** para alcançar o fim proposto; e (iii) flexível ou de mera razoabilidade, isto é, que é suficiente com que a medida seja potencialmente adequada para alcançar um propósito que esteja proibido pelo ordenamento. O anterior deve ter aplicação, segundo o caráter da disposição legislativa ou da medida administrativa **atacada**. O teste integrado foi aplicado em um caso de discriminação por HIV na sentença T-376 de 2013.

³²¹ “A presunção de inconstitucionalidade da normal local somente poderia ser levantada pela província demandada com uma cuidadosa prova sobre os fins que haviam tentado resguardar e sobre os meios que havia utilizado a efeito. Quanto aos primeiros, devem ser substanciais e não bastará que sejam meramente convenientes. Quanto aos segundos, será insuficiente “adequação” genérica aos fins, mas sim que deverá julgar se os promovem efetivamente e, ademais, se não existem outras alternativas menos restritivas para os direitos em jogo que as impostas pela regulação questionada”. Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, Caso Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Província de s/ ação declarativa de inconstitucionalidade, 16 de novembro de 2004, par. 6.

³²² A Sala Constitucional enfatizou que quando se impõe as restrições desnecessárias e irrazoáveis no lugar do emprego a pessoas com AIDS constitui uma discriminação. Se exige uma justificação forte, razoável e proporcional de toda distinção de tratamento ou de toda singularidade normativa. Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentença nº 01874, de 29 de janeiro de 2010.

³²³ Cf. *Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*, par. 124; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 228.

para medir se uma limitação a um direito resulta ser compatível com a Convenção Americana³²⁴.

258. E pelo anterior, caso se estipule uma diferença de tratamento em razão da condição médica ou enfermidade, a referida diferença de tratamento deve ser feita com base em critérios médicos e a condição real de saúde, levando em consideração cada caso concreto, avaliando os danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre as pessoas com HIV/AIDS ou qualquer outro tipo de enfermidade, ainda se estes preconceitos se escondam em razões aparentemente legítimas como a proteção do direito à vida ou à saúde pública³²⁵.

259. A este respeito, no caso *Kiyutin Vs. Rússia*, o Tribunal Europeu considerou como tratamento discriminatório o fato de que não houvesse uma adequada fundamentação à restrição do direito a ser residente pelo fato que a tivesse HIV. Ademais, o Tribunal observou que em nenhum momento as autoridades levaram em consideração o estado real de saúde da vítima e os

³²⁴ Esta medida exige que uma medida tenha um fim ou propósito legítimo, e que seja um meio adequado, necessário e proporcional para alcançar o propósito. Para isso, a Corte: i) verificará se a diferenciação de tratamento foi fundamentada em uma finalidade legítima de acordo com a Convenção; ii) examinará se a diferenciação foi adequada ou idônea para alcançar a finalidade visada, isto é, se existiu uma relação lógica de meio a fim entre o objetivo e o meio. (Cf. *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 70); iii) avaliará a necessidade de tal medida, isto requer examinar se existem alternativas para alcançar o fim legítimo visado e definir a maior ou menor lesividade daquelas (Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiquez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, nº 170, par. 93; *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 74; *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, par. 196; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C, nº 207, par. 72); e iv) analisará a estrita proporcionalidade da medida, isto é, se a diferenciação do tratamento garantiu de forma ampla o fim legítimo perseguido, sem tornar nugatório o direito à igualdade e o direito à educação. Para efetuar esta ponderação se deve analisar três elementos: o grau de afetação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade da referida afetação foi grave, intermediária ou moderada; a importância da satisfação do bem contrário; e se a satisfação deste justifica a restrição do outro (*Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 84; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 80; *Caso Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) Vs. Costa Rica*, pars. 273 e 274; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 144).

³²⁵ Cf. TEDH. *Caso Kiyutin Vs. Rússia* (Demanda nº 2700/10), 15 de setembro de 2011. Por sua parte, a Corte Constitucional da Colômbia ao analisar a violação do direito à igualdade de um estudante com HIV, o qual foi proibido da realização de suas práticas estudantis como auxiliar de enfermagem em um hospital pelo alegado risco de contágio, assinalou que era necessário um juízo estrito de igualdade, tendo em vista que o tratamento diferenciado foi fundamentado (i) em um critério suspeito de discriminação (estado de saúde do acionante por ser portador do HIV); e (ii) porque com a medida poderiam estar restringindo ilegitimamente direitos fundamentais como a educação e o direito à liberdade de escolha de profissão ou ofício, entre outros, de uma pessoa que por sua condição de saúde se encontra em uma situação de debilidade manifesta. A Corte Constitucional assinalou que “[a] mera condição de portador do HIV não pode ser argumento para decompor de uma tarefa a profissão ou carreira de uma pessoa, embora portadora do HIV, já que a referida condição não constitui razão suficiente para apresentar alternativas de redistribuição profissional [...] Os fatores determinantes do risco para a saúde de um profissional de saúde infectado com HIV estão relacionados com seu estado imunológico, o tipo de ambiente ocupacional ao qual se exponha e ao correto uso das barreiras de proteção, já que a prática cuidadosa dos procedimentos de controle de infecções protegem os pacientes e os provedores de atenção à saúde contra as enfermidades infectocontagiosas. Por isso, a princípio, as medidas restritivas que se adotem contra este grupo historicamente discriminado não podem significar o confinamento do exercício de sua profissão por sua mera condição, assim, em cada caso concreto devem ser analisadas as particularidades deste e observar se a medida restritiva ou o tratamento diferencial se adapta ou não à Constituição”. Ver Sentença T-948, de 2008. Por sua parte, a soropositividade para o HIV era ilegal, pois violava o princípio constitucional de discriminação por razão de saúde. Suprema Corte de Justiça do México, em pleno 131/2007. Amparo em revisão 307/2007.

vínculos familiares que pudessem ligar à Rússia. Assim, foi estabelecida a condição de vulnerabilidade que enfrentam as pessoas com HIV/AIDS e os preconceitos dos que foram vítimas ao longo das últimas três décadas³²⁶. Este caso é significativo, pois ressalta que a adoção de medidas relativas a pessoas com HIV/AIDS deve ter como ponto de partida seu estado real de saúde³²⁷.

B.3 Investimento da carga da prova, idoneidade e estrita necessidade do meio através do qual ocorreu a diferenciação de tratamento

260. Como se observa, o exame sobre se uma criança com HIV, por sua condição hematológica, deve ser ou não retirada de um grupo educativo, deve ser feito de maneira estrita e rigorosa a fim de que a referida diferenciação não seja considerada uma discriminação. É responsabilidade do Estado determinar que efetivamente exista uma causa razoável e objetiva para ser feita a distinção. Nessa ordem de ideias, para estabelecer se uma diferença de tratamento foi fundamentada em uma categoria suspeitosa e determina se constituiu discriminação, é necessário analisar os argumentos expostos pelas autoridades nacionais, suas condutas, a linguagem utilizada e o contexto em que se produziu a decisão³²⁸.

261. A Corte nota que no presente caso a restrição do direito à educação de Talía teve origem inicialmente na decisão das autoridades educativas de

³²⁶ Cf. *TEDH. Caso Kiyutin Vs. Rússia* (Demanda nº 2700/10), 15 de setembro de 2011.

³²⁷ Em similar sentido, a Corte constitucional da Colômbia analisou a discriminação contra uma pessoa com HIV privada de liberdade, que por ser vítima de constantes agressões em decorrência de sua condição, foi transferida a um centro carcerário localizado em outra cidade na qual, além disso, residia sua família. No entanto, mediante resolução foi transferido novamente para o presídio anterior onde havia sido vítima de diversas agressões. As instituições carcerárias para justificar a transferência alegaram que a referida pessoa ameaçava injetar seu sangue em outras pessoas privadas de liberdade. A Corte Constitucional afirmou que a condição médica e, em particular, ter HIV/AIDS é uma categoria protegida e critério suspeitoso de diferenciação. Ao efetuar um juízo estrito de igualdade se assinalou que: “embora a segurança da população carcerária e principalmente a importância em evitar que uma pessoa os injete sangue com o vírus HIV poderia ser considerado um fim legítima e inclusive imperioso, e a transferência do presídio de Barranquilla a Sincelejo parece adequado para consegui-lo, não considera a Sala que se trate de uma medida necessária, pois as Direções da instituição deve ser capaz de controlar o acesso a seringas e outros elementos de risco, especialmente em caso de ter identificado uma ameaça com tais características; possuem, além disso, a obrigação de controlar os atos de violência entre as pessoas privadas de liberdade, e o dever de outorgar uma atenção psicológica e social adequada, supondo que uma pessoa realizou uma ameaça dessa importância. De igual forma, a medida é evidentemente desproporcional, pois a afetação dos direitos do ator, uma pessoa de especial proteção constitucional é particularmente intensa, enquanto não se encontra demonstrada em fatos a suposta ameaça à segurança pública da penitenciária, entretanto, o Diretor do El Bosque se limita a destacar que “aparentemente” os internos com HIV pretendem atacar a toda a população carcerária, e é neste ponto que se demonstra com toda a clareza a existência de uma conduta discriminatória dirigida contra o peticionário por parte do Diretor do presídio de El Bosque, pois a Sala encontra que sem sustentação fática alguma este funcionário atribui a Rubén uma conduta particularmente censurável, aspecto no qual este caso se difere dos outros nos quais foi aplicada a presunção de discriminação, o que indica o uso de uma regra de apreciação das provas destinadas a preencher os vazios probatórios derivados da dificuldade de demonstrar um ato de discriminação”. Sentença T-376, de 2013.

³²⁸ Cf. *Caso Norín Catrimán e Outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C, nº 279; e *Caso Atala Rizzo e Meninas Vs. Chile*, par. 95.

expulsá-la da escola “Zoila Aurora Palacios”, decisão que posteriormente foi avaliada pela providência do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca.

262. No presente caso, a Corte observa que Talía era assistida normalmente pela escola até o momento em que sua professora se inteirou de sua condição de criança com HIV. As autoridades do colégio: sua professora, o diretor da escola e o Subsecretário de Educação, ao invés de lhe dar uma atenção especializada devido a sua condição de vulnerabilidade, assumiram o caso como um risco para as outras crianças e a suspenderam para, então, expulsá-la³²⁹. A este respeito, o melhor interesse da criança, tanto de Talía quanto de seus companheiros de classe, exigia **adaptabilidade** do ambiente educativo à sua condição de criança com HIV. Tal como mencionado (par. 235 *supra*) para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “a educação deve ter a flexibilidade necessária para adaptar às necessidades de sociedades e comunidades em transformação e responder às necessidades dos alunos em contextos culturais e sociais variados”³³⁰. Por sua parte, o Comitê dos Direitos da Criança, em sua Observação Geral nº 1 sobre os Propósitos da Educação, assinalou que “os métodos pedagógicos devem se adaptar às distintas necessidades das diferentes crianças”³³¹.

263. A Corte observa que as autoridades educativas não tomaram medidas para combater os preconceitos referentes à enfermidade de Talía. No relativo ao direito a dispor de informação oportuna e livre de preconceitos, a antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas indicou a necessidade de que os Estados tomem as medidas necessárias de educação, capacitação e

³²⁹ Pelo contrário, altas cortes como a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica destacaram que o melhor interesse da criança prevalece em determinados casos sobre outros direitos legítimos, assim como, o respeito ao dever estatal de garantir o direito à educação e a adotar medidas para eliminar a discriminação em matéria de educação. Isso foi assinalado no caso de uma criança com síndrome de Asperger que se encontrava sob tutela do Patronato Nacional da Infância e que não estava sendo levado à escola porque o Patronato alegou que não possuía os meios para lhe dar acesso ao direito à educação. A Sala Constitucional da Corte Suprema determinou que em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, “o direito do menor, dependendo do caso concreto, prevalece frente a outros direitos, ainda que estes sejam legítimos”. Além disso, assinalou que em matéria de educação as adequações curriculares também implicam adequações de acesso, para garantir o direito à educação em condições de igualdade. A Sala considerou que “quando um menor necessita de adequações especiais para sua aprendizagem, o direito à educação não se garante com o mero ingresso a uma instituição educativa, mas sim que se deve ser oferecido de acordo com suas necessidades. Não sendo dessa forma, o menor estudaria em condições discriminatórias”. Dessa forma, ressaltou que o Estado deve adotar medidas para eliminar progressivamente a discriminação e prover às pessoas com deficiência os serviços de apoio e ajudas técnicas requeridas para se garantir o exercício de seus direitos e deveres. Sentença da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, Sala Constitucional. Resolução nº 2014-012897, de 2014. Disponível em http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=631082&strTipM=T&strDirSel=directo.

³³⁰ ONU, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral 13, *O direito à educação* (artigo 13 do Pacto), U.N. Doc. E/C.12/1999/10, par. 6.

³³¹ Comitê dos Direitos da Criança. Observação Geral 1, Propósitos da educação. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, par. 9.

programas midiáticos a fim de evitar a discriminação, o preconceito e o estigma em todos os âmbitos contra as pessoas que **padeçam do HIV/AIDS**³³².

264. Igualmente, a Corte ressalta que a proteção de interesses imperiosos ou importantes como a integridade pessoal de pessoas em supostos riscos por supostos riscos pela situação de saúde de outras pessoas, deve ser feito a partir de avaliação específica e concreta da referida situação de saúde e os riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários que poderiam gerar. Conforme já mencionado (par. 260 *supra*) que não podem ser admissíveis as especulações, presunções ou estereótipos sobre os riscos de certas enfermidades, particularmente quando reproduzem o estigma entorno destas³³³.

265. Em conclusão, a Corte Interamericana observa que ao ser, em abstrato, o “interesse coletivo” e a “integridade e vida” das crianças um fim legítimo, somente a referência sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a situação de saúde de uma criança que divide o colégio com outras crianças, não pode servir de medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela condição médica³³⁴. O **melhor interesse da criança**

³³² A antiga Comissão estabeleceu: “Solicita, além disso, aos Estados que adotem todas as medidas necessárias, incluídos os programas de educação, formação e de meios de difusão para combater a discriminação, os preconceitos e a estigmatização, e para garantir o pleno disfrute dos direitos civis, políticos e econômicos, sociais e culturais pelas pessoas infectadas e afetadas pelo HIV/AIDS”. Cf. Organização das Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos. *Proteção dos direitos humanos das pessoas infectadas com o vírus da imunodeficiência humana (HIV) e com a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS)*. U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/49, 27 de abril de 1999, par. 7.

³³³ Assim, por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia teve que analisar o já mencionado caso no qual se discutia se foi violado o direito à igualdade de um estudante pela decisão de um hospital de impedir em suas instalações as práticas profissionais que deveria cumprir como requisito para optar pelo título de auxiliar de enfermagem, com o argumento de ser portador de (HIV/AIDS), pois isso representava um risco tanto para os pacientes quanto para ele, devido à natureza das atividades que eram desenvolvidas neste tipo de práticas médicas. A referida Corte assinalou que, no momento de ponderar temas de risco das pessoas e a situação de uma pessoa portador de HIV:

“Retomando a aplicação do teste no presente caso e ponderando o plasmado nos conceitos transcritos, a decisão assumida pelo gerente da entidade acionada, consistente em impedir o desenvolvimento das práticas profissionais nas instalações da Clínica, argumentando a proteção do senhor X-503 por ser portador do HIV e dos pacientes que pudessem ter contato com ele, a Sala conclui que a medida não resultava necessária, já que um estudante auxiliar de enfermagem está exposto aos mesmos riscos que gera um ambiente hospitalar no qual são desenvolvidas atividades próprias desta profissão, o que no caso específico de x-503 não é aumentado por se tratar de uma prática de gineco-obstetria ou no futuro o exercício de sua profissão como auxiliar de enfermagem.

Por outra parte, a condição de portador do HIV soropositivo do senhor X-503, conforme os conceitos e argumentos das entidades acionadas, não representa nenhum risco adicional para os pacientes de qualquer serviço em geral e do serviço de gineco-obstetria, em específico, que tivesse contato com o **acionante**, pois indicado por especialistas na matéria, estes concluem que a transmissão por parte dos profissionais da saúde é improvável.

Em suma, a medida não é necessária porque existe uma alternativa à decisão de impedir absolutamente o desenvolvimento das práticas, isto é, a entidade como instituição prestadora de serviços de saúde está na obrigação de prover medidas gerais de biossegurança e garantir a disponibilidade dos meios de proteção para todos os funcionários através do programa de saúde ocupacional. Da mesma forma existem protocolos de prevenção do risco biológico que ao ser conhecidos e aplicados reduzem de maneira ostensiva os riscos de contágio **de parte e parte**”. Sentença T-948, de 2008.

³³⁴ Cf. *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*, par. 110. Em similar perspectiva, outro caso relevante é o contido na Sentença T-816, de 2005, da Corte Constitucional da Colômbia, na qual uma pessoa pretendia ingressar ao nível executivo da Polícia Nacional da Colômbia, sendo aprovada nos distintos exames requeridos para o ingresso na

não pode ser utilizado para amparar a discriminação contra uma criança por sua situação de saúde³³⁵.

266. No caso que ocupa a atenção da Corte, uma determinação a partir de presunções infundadas e estereotipadas sobre os riscos que podem gerar o HIV não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o **melhor interesse da criança**. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos pela situação de saúde das pessoas, isto é, **pré-concepções** dos atributos, condutas ou características possuídas pelas pessoas que convivem com certa enfermidade ou o risco que a referida enfermidade possa ter para outras pessoas³³⁶. No presente caso, a medida adotada esteve relacionada a preconceitos e ao estigma dos quais são alvo as pessoas que vivem com HIV.

267. A restrição ao direito à educação foi estabelecida em virtude de três razões na providência do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca: 1) o diagnóstico de Talía; 2) as hemorragias de Talía como possível fonte de

instituição. Neste caso a polícia considerou não apto o acionante na medida em que se tratava de uma pessoa "infectada" com HIV. Consequente ao precedente da matéria e protegendo o direito à igualdade, a Corte manifestou: "É de se ressaltar que embora a decisão de declarar não apto o portador do vírus HIV se fundamenta em fins legítimos, não os cumpre, pois é claro para esta Sala que a condição do senhor, juntamente com o desenvolvimento das atividades acadêmicas da Escola Nacional de Polícia e inclusive as que são próprias da Polícia Nacional, não constitui nenhuma ameaça para sua vida, para a de seus companheiros e, muito menos, são contrárias à prevalência do interesse geral. Por conseguinte, a atuação da entidade demanda no processo de admissão e seleção, que seguiu o ator como aspirante a ser integrante do curso de nível executivo da instituição, não se compadece dos mandatos constitucionais [...]". [Existe] uma clara discriminação contra o ator quando lhe consideram "não apto" somente por sua condição de portador do vírus. "[Mas] além de toda dúvida, como assinalaram as provas constantes no expediente, o ator foi vítima direta de uma discriminação que, conseqüentemente, violou seus direitos à igualdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e com isso, a escolher livremente profissão ou ofício. O que ameaça inevitavelmente seu plano de vida". Sentença T-816, 2005.

³³⁵ A respeito deste ponto, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica teve que analisar a situação de um menino com Asperger que cursa **o sexto ano** na escola. O menino protagonizou um quadro de descontrole e se alterou, ofendeu e chutou seu professor. Por isso, o professor se negou a aceitar o menino em suas aulas, por este motivo parou de receber aulas de forma regular. A Sala Constitucional ordenou à Diretora do Centro Educativo adotar de maneira imediata as medidas que fossem necessárias, dentro do âmbito de sua competência, para que ao menor amparado seja dada a matéria correspondente a lições de Ciências, Matemática e Agricultura que perdeu devido a alegada situação, assim como, aplicar as recomendações que oferece a Assessora Nacional de Educação Especial para adequar o processo educativo ao amparado, de acordo com sua situação particular. A Corte ressalta que este caso é ilustrativo, entretanto, que o resultado da ponderação de direitos realizada exigiu tutelar o direito da criança à educação e ordenou a adoção dos ajustes necessários para que o menor pudesse continuar recebendo suas aulas, ainda quando ele apresentasse quadros de descontrole que poderiam afetar a terceira pessoa. Sentença da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, Sala Constitucional. Resolução nº 15334-08. Em outro caso de um menino com síndrome de Asperger, a mesma Sala Constitucional teve que analisar que a matrícula da criança foi negada em um colégio, aduzindo que não estavam preparados para aceita-lo na instituição, apesar de que pela proximidade do lugar resultava de maior interesse que fosse assistido por esse colégio. A Sala Constitucional ordenou ao Ministério de Educação Pública que provesse o necessário para que no prazo de cinco dias funcionários qualificados do Ministério analisasse o caso do amparado -com a participação de sua mãe, a psicóloga e o neurologista que o atendem- e determinasse sua melhor localização possível, em consideração de suas circunstâncias pessoais, assim como, das particularidades das instituições educativas da zona. Além disso, ordenou que lhes fosse oferecido o apoio necessário em caso de que tal decisão implicasse na troca do centro educativo. Como se observa, este caso é ilustrativo da forma como a Sala ordenou em tutela do direito à educação do menor, que o Ministério de Educação Pública atendesse e determinasse qual era o melhor centro para atender as necessidades da criança. Sentença da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, Sala Constitucional. Resolução nº 7784-05.

³³⁶ Sobre o conceito de estereótipos, *mutatis mutandi*, cf. *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile*, par. 111; e *Caso González e Outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México*, par. 401.

contágio; e 3) o conflito de interesses entre a vida e integridade dos companheiros de Talía e o direito à educação de Talía.

268. A respeito, a Corte ressalta que o objetivo geral de proteger a vida e a integridade pessoal das crianças que compartilhavam o local com Talía na escola constitui, em si mesmo, um fim legítimo e, ainda, imperioso. Em relação ao **melhor interesse da criança**, a Corte reitera que este princípio regulador da normativa dos direitos das crianças se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças, e na necessidade de propiciar o desenvolvimento destes com pleno aproveitamento de suas potencialidades³³⁷. No mesmo sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do melhor interesse da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que este requiere “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana assinala que deve receber “medidas especiais de proteção”³³⁸.

269. O tribunal interno fundamentou a decisão em um suposto conflito entre bens jurídicos, a saber, o direito à vida dos estudantes e o direito à educação de Talía, tomando como referência as supostas hemorragias que tinha Talía. No entanto, a determinação do risco e, por conseguinte, a identificação do bem jurídico de vida e integridade dos estudantes como aquele que deveria primar, foi uma identificação errônea a partir de presunções sobre os alcances que poderia ter a enfermidade hematológica padecida por Talía, seus sintomas e seu potencial de contagiar as demais crianças com o vírus do HIV.

270. A Corte considera que a avaliação da prova em relação ao presente caso, para efeito de estabelecer a iminência do suposto risco, não levou em consideração os aspectos médicos apresentados e privilegiou, a partir de preconceitos sobre a enfermidade, os testemunhos genéricos referidos às hemorragias. A efeito, a Corte observa que constava um relatório médico que assegurava que Talía se encontrava em boas condições hematológicas³³⁹. Dessa forma, a instituição teve conhecimento do diagnóstico da púrpura

³³⁷ Cf. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Série A, nº 21, par. 66; e *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Série A, nº 17, par. 56. Em sentido similar, ver também: Preâmbulo da Convenção Americana.

³³⁸ *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional*, par. 164; e *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, par. 60. Em sentido similar, ver também: Preâmbulo da Convenção Americana.

³³⁹ Cf. Ofício de NV, de 7 de setembro de 1999 (expediente de prova, fl. 1.139).

trombocitopênica idiopática mediante uma entrevista com Teresa Lluy³⁴⁰, momento no qual se explicitou que Talía padecia de HIV, ainda que para esse momento fosse uma paciente assintomática³⁴¹.

271. Nessa linha, na decisão do juiz interno não se evidencia um juízo estrito sobre a necessidade da medida, em ordem a determinar se não existiam outras medidas diferentes às da retirada do centro educativo e o confinamento a “uma instituição particularizada e à distância”. A argumentação a respeito das provas apresentadas está **guiada** por preconceitos sobre o perigo que pode implicar o HIV ou a púrpura trombocitopênica idiopática que não constava claramente em nenhuma das provas apresentadas no processo e que o Tribunal tomou como certas ao estabelecer que as afirmações sobre estas “não fo[ram] impugnada[s] nem redarguida[s] de falsa[s]”³⁴². Esta consideração não levava em conta a baixa e ínfima porcentagem de risco de contágio ao qual aludiam tanto os especialistas médicos quanto a professora que prestou seu testemunho no processo.

272. De modo a atender o critério utilizado para determinar de Talía constituía um risco à saúde dos outros estudantes da escola era sua intenção de saúde, se evidencia que o juiz deveria ter uma carga argumentativa maior, relativa à determinação de razões objetivas e razoáveis que pudessem gerar uma restrição ao direito à educação de Talía. As referidas razões, amparadas na sustentação probatória obtida deveriam se fundamentar em critérios médicos atendendo ao especializado de análise para estabelecer o perigo ou risco suposto que pairava sobre os estudantes da escola.

273. A carga que teve que assumir Talía como consequência do estigma e os estereótipos em torno do HIV a acompanhou em diversos momentos, conforme as declarações da família Lluy e Talía, não controvertidas pelo Estado, tinham que ocultar o HIV e a expulsão da escola para poder serem aceitos em outras instituições. Talía esteve matriculada no jardim infantil “El Cebollar”, na escola “Brumel”, na escola “12 de abril” e “Ángel Polibio Chávez”. Segundo a declaração de Teresa Lluy, “cada vez que se inteiravam sobre quem [e]ra[m], em alguns estabelecimentos educativos [sua] filha foi relegada [...] alegando

³⁴⁰ Audiência Pública da Ação de amparo constitucional, de 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.134).

³⁴¹ Cf. Ofício de JOM, de 21 de dezembro de 1999 (expediente de prova, fl. 1.138).

³⁴² Sentença de amparo do Terceiro Tribunal Contencioso de Cuenca, de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, fl. 1.148).

que não podiam ter uma criança com HIV, pois era um risco para todos os outros estudantes. Tanto os professores quanto os pais de família [o]s discriminavam, [o]s isolavam, [o]s insultavam”³⁴³.

274. A Corte conclui que o risco real e significativo de contágio que pusesse em risco a saúde das crianças companheiras de Talía era sumamente reduzido. No âmbito de um juízo de necessidade e estrita proporcionalidade da medida, este Tribunal ressalta que o meio escolhido constituía a alternativa mais lesiva e desproporcional das disponíveis para cumprir com a finalidade de proteger a integridade das demais crianças do colégio. Embora a sentença do Tribunal interno pretendesse a proteção dos companheiros de classe de Talía, não se provou que a motivação esgrimida na decisão fosse adequada para alcançar o referido fim. Neste sentido, na avaliação da autoridade interna deveria existir suficiente prova de que as razões que justificavam a diferença de tratamento não estavam fundamentadas em estereótipos e suposições. No presente caso a decisão utilizou argumentos abstratos e estereotipados para fundamentar uma decisão que resultou extrema e desnecessária, pois as referidas decisões constituem um tratamento discriminatório contra Talía. Este tratamento evidencia, além disso, que não existiu adaptabilidade do ambiente educativo à situação de Talía, através de medidas de biossegurança ou similares que devem existir em todo estabelecimento educativo para a prevenção geral da transmissão de enfermidades.

B.4 Barreiras atitudinais associadas ao estigma que sofreram Talía e sua família com posterioridade à expulsão da escola

275. De acordo com as Nações Unidas a discriminação derivada de ser uma pessoa com HIV não somente é injusta em si, mas que cria e mantém condições que conduzem à vulnerabilidade social à infecção pelo HIV, em especial a falta de acesso a um ambiente favorável que promova a mudança de comportamento da sociedade e permita às pessoas fazer frente ao HIV³⁴⁴.

³⁴³ Escritura de declaração juramentada outorgado por Teresa Lluys, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.082).

³⁴⁴ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS, *Diretrizes internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*, 1996 e 2006, par. 107. Disponível em: http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf. UNAIDS assinalou, ainda, que “[o] estigma está ligado ao poder e ao domínio em todos os níveis da sociedade em seu conjunto[;] cria desigualdade social, e se vê reforçado por ela [...] o estigma relacionado com o HIV/AIDS conduz, com frequência, a discriminação em razão do HIV/AIDS. Isso, por sua vez, leva à violação dos direitos humanos das pessoas com HIV/AIDS [e] de suas famílias”. Sobre o estigma social provocado pelo HIV, a UNAIDS assinalou que é uma característica que “desprestigia consideravelmente” um indivíduo perante os olhos de outros. Também tem consequências importantes sobre o mofo em que os indivíduos percebem a si mesmos. Grande parte do estigma

Neste ponto, as Diretrizes Internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos da OACNUDH e UNAIDS aludem a promoção de ambiente que apoiem e habilitem as pessoas com HIV³⁴⁵.

276. No presente caso os problemas de adaptabilidade no ambiente refletiram, entre outros aspectos, nos problemas enfrentados por Talía depois de haver sido expulsa da escola “Zoila Aurora Palacios”. A família Lluy teve que buscar escolas distantes para evitar o tratamento que estava sendo dado em detrimento de Talía, que declarou acerca da época de sua expulsão que:

“[ela] tinha muitas amigas, mas depois de [sua] enfermidade, seus pais não lhes deixavam brincar com [ela]. [A] olhavam feio, já não queriam cumprimentar nem olhar. Se distanciavam, como se tivessem medo. Ela [s]e s[entiu] muito sozinha, não entendia o porquê”.

277. A busca de escolas para que Talía completasse sua educação foi complicada, devido a que nas distintas escolas “se comentava de uma instituição a outra” o relativo à condição médica da menina. Teresa Lluy assinalou que quando chegavam a uma nova escola para inscrever Talía “já sabiam d[eles e] não [lhes] deixavam nem chegar à porta [onde lhes i]ndicavam que não haviam vagas e que [fossem] embora”³⁴⁶.

278. A este respeito, o Comitê do Direitos da Criança assinalou que o objetivo principal da educação é “o desenvolvimento da personalidade de cada criança, de seus dotes naturais e capacidades[; assim como], velar que se assegure a cada criança a preparação fundamental para a vida ativa”³⁴⁷. Do mesmo modo, a Corte destaca a importância que tem a educação no objetivo de reduzir a vulnerabilidade das crianças com HIV/AIDS, através da facilitação de informação pertinente e apropriada que contribua para melhorar o conhecimento e compreensão do HIV/AIDS, assim como, impedir a

relacionado ao HIV e à AIDS se constrói sobre concepções negativas anteriores e as reforça. Frequentemente, a família e a comunidade perpetuam o estigma e a discriminação, em parte por medo, em parte por ignorância e em parte porque resulta cômodo culpar a quem se viu afetado primeiro. Muitas vezes, o estigma relacionado ao HIV utiliza e reforça as desigualdades sociais existentes. Entre elas, cabe mencionar as desigualdades de gênero, as desigualdades que negam os direitos dos trabalhadores sexuais, as desigualdades baseadas na origem étnica e as desigualdades associadas com a sexualidade em geral, e com a homossexualidade e transsexualidade em particular. UNAIDS, “Comunicar em HIV e AIDS. Manual de capacitação no HIV e AIDS para comunicadores sociais”, 2006. Disponível online em espanhol, em http://www.unicef.org/venezuela/spanish/Comunicar_sobre_VIH_Sida.pdf, p. 32.

³⁴⁵ Os Estados deveriam promover ou fortalecer as leis que combatem a discriminação ou outras leis que protegem contra a discriminação nos setores tanto público quanto privado aos grupos vulneráveis, as pessoas que vivem com HIV e as deficientes. Em colaboração com a comunidade e por meio dela os Estados deveriam fomentar um ambiente protetor e habilitante para as mulheres, as crianças ou outros grupos vulneráveis, combatendo os preconceitos e desigualdades causantes dessa vulnerabilidade mediante o diálogo com a comunidade e, em particular, mediante serviços sociais e de saúde especiais, e apoiando os grupos da comunidade. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) e Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS (UNAIDS), *Diretrizes internacionais sobre o HIV/AIDS e os direitos humanos*. Versão consolidada de 2006. Disponível em http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf.

³⁴⁶ Declaração juramentada de Teresa Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fls. 1.082 e 1.083).

³⁴⁷ Comitê de Direitos da Criança. Observação Geral nº 1, Propósitos da Educação, 2001, par. 9.

manifestação de atitudes negativas em relação às pessoas com HIV/AIDS e a eliminar as práticas discriminatórias. No caso das crianças com HIV/AIDS, é necessário que os Estados tomem medidas para que estes tenham acesso à educação sem limitações³⁴⁸. Neste sentido, a Corte relembra o expressado pelo Comitê dos Direitos da Criança, que assinalou que “[a] discriminação contra crianças [...] afetadas pelo HIV/AIDS prova essas crianças da ajuda e o apoio que mais necessitam”³⁴⁹.

279. Neste caso, a Corte nota que do juízo de amparo constitucional, Teresa Lluy recorreu ao programa “Radio Splendid” denunciando a situação ocorrida com sua filha e a instituição “Zoila Aurora Palacios” e o fato que Talía não tinha onde estudar. Clara Vinueza, diretora do jardim de infância “El Cebollar” escutou o referido programa, e devido a isso se comunicou com Teresa Lluy e lhe informou que estava disposta a receber Talía em seu centro educativo”³⁵⁰. A este respeito, a senhora Vinueza como diretora de um jardim de infância contribuiu para que Talía pudesse permanecer no sistema educativo, manifestou que:

“[S]e dirigia a[o jardim de infância] em um ônibus de transporte público. Na rádio do ônibus estavam informando as notícias da manhã. O jornalista anunciou um caso muito especial: a presença de uma mãe que chorava [...] porque em certo estabelecimento educativo que assistia sua filha, de apenas 5 aninhos de idade, quando foi buscá-la a encontrou fora do estabelecimento. A menina tinha uma enfermidade contagiosa. [A senhora Clara Vinueza] ligou para o telefone da rádio, indicando que estava disposta a receber a criança em [seu] centro educativo [...]. Durante o período letivo [Talía] não teve problemas de saúde[, no entanto], visitaram [o] estabelecimento autoridades do Ministério da Educação em várias ocasiões com o propósito de identificar se a menina que tinha HIV/AIDS se encontrava estudando com [ele]s. [C]om muita naturalidade e evasivas, mudava de assunto [e as autoridades] nunca souberam que esteve estudando com [ele]s. [Ela] crê que proibiram de deixá-la continuar estudando no centro educativo porque diziam [que] ‘essa menina p[oderia] contagiar[r] a outras criança com HIV/AIDS, e se notava a posição negativa de que a menina estudasse em qualquer centro educativo. [Sua] filha e [ela] [...] fo[ram] ameaçadas pelas autoridades de educação que [as] visitaram algumas vezes pedindo informação sobre [Talía], já que [lhes] diziam que se a menina estivesse ali, isso seria uma falta grave e [...] a sanção [seria a] de destituição de [seu] cargo e o encerramento do contrato de [sua] filha que era professora na instituição. Talía nunca pode participar em um programa social, devido

³⁴⁸ Comitê de Direitos da Criança. Observação Geral nº 3, O HIV/AIDS e os direitos da criança, 2013, par. 18.

³⁴⁹ Comitê de Direitos da Criança. Observação Geral nº 7, Realização dos direitos da criança na primeira infância, 2006, par. 11.

³⁵⁰ Declaração perante agente dotado de fé pública de Clara Vinueza, de 12 de fevereiro de 2015, (expediente de prova, fl. 3.595). A declaração da senhora Vinueza foi controvertida pelo Estado.

a que não assistia já que as autoridades buscavam constantemente saber quem e[ra] e onde estava a criança, mas não para oferecer ajuda e sim para o contrário[.] parecia uma prisão desumana”³⁵¹.

280. Durante o período letivo Talía não teve dificuldades para se integrar a seu novo ambiente e não teve problemas de saúde³⁵². Por outro lado, o Estado não controverteu o assinalamento no sentido de que as autoridades do Ministério de Educação indagaram a respeito de que se Talía se encontrava estudando no “El Cebollar”, pelo suposto risco que geraria para outras crianças. Adicionalmente, no referido jardim de infância também receberam a visita da Cruz Vermelha do Azuay na presença de um pai de família que conheceu da existência de uma menina com HIV no “El Cebollar”, motivo pelo qual retiraram algumas crianças do estabelecimento³⁵³. A Corte observa que um dos efeitos do estigma constituiu a necessidade que tiveram tanto a família Lluy quanto as professoras de uma das instituições educativas que recebeu Talía, de negar sua situação de pessoa com HIV para não ser objeto de um tratamento arbitrário.

281. Devido a que a instituição “El Cebollar” somente era jardim de infância, depois de dois períodos letivos Teresa Lluy foi necessário conseguir outra escola para Talía. A senhora Vinueza manifestou que ajudou na referida tarefa comentando sobre a situação com uma amiga de confiança, também professora, que não teve problemas em receber Talía. No entanto, a senhora Vinueza sustentou que “[c]om o passar do tempo as autoridades de educação se inteiraram que [Talía] estudou no centro educativo[“El Cebollar”] e em várias ocasiões ligaram para ela da Subsecretaria de Educação solicitando informações sobre a menina”³⁵⁴.

282. Devido a precária situação econômica da família de Talía e o estigma associado à sua enfermidade, a educação desta não foi estável em uma única instituição educativa. Em uma declaração juramentada escrita, não controvertida pelo Estado, Talía manifestou que:

“[sua m]ãe [a] levou a muitas escolas que eram muito distantes de [sua] casa [...] tinha[m] que ir de ônibus por volta de uma hora para chegar à escola, logo

³⁵¹ Declaração perante agente dotado de fé pública de Clara Vinueza, de 12 de fevereiro de 2015, (expediente de prova, fl. 3.596).

³⁵² Declaração perante agente dotado de fé pública de Clara Vinueza, de 12 de fevereiro de 2015, (expediente de prova, fl. 3.596).

³⁵³ Declaração perante agente dotado de fé pública de Clara Vinueza, de 12 de fevereiro de 2015, (expediente de prova, fl. 3.597).

³⁵⁴ Declaração perante agente dotado de fé pública de Clara Vinueza, de 12 de fevereiro de 2015, (expediente de prova, fl. 3.598).

necessitava madrugar muito todos os dias, os ônibus iam cheios, a viagem era longa, incômoda”³⁵⁵.

283. Por outro lado, Iván Lluy manifestou que em seu colégio também enfrentou situações relacionadas ao HIV de Talía que o fizeram ficar deprimido. A este respeito, declarou que “[seus] professores de frente perguntavam: “Sua irmã é a do problema com a Cruz Vermelha?”³⁵⁶.

284. Como se observa, em diversos cenários do âmbito educativo tanto Talía quanto sua família foram objeto de um ambiente hostil à enfermidade. A este respeito, tendo em vista que sob a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, a incapacidade é uma manifestação da inesgotável diversidade humana, era obrigação das instituições educativas proporcionar um ambiente educativo que aceitasse e celebrasse a diversidade. A Corte considera que a necessidade que teve Talía Gonzales Lluy, sua família e algumas de suas professoras de ocultar o fato que Talía vivia com HIV ou se esconder para poder acessar e permanecer no sistema educativo constituiu um desconhecimento ao valor da diversidade humana. O sistema educativo foi convidado a contribuir para que Talía e sua família pudessem falar do HIV sem necessidade de ocultá-lo, buscando que ela mantivesse a maior autoestima possível graças a seu ambiente e em grande medida a partir de uma educação dos demais estudantes e professores à luz do que implica a riqueza da diversidade e a necessidade de salvaguardar o princípio da não discriminação em todo âmbito.

B.5 Alcance da discriminação ocorrida no presente caso

285. A Corte constata que a discriminação contra Talía esteve associada a fatores como ser mulher, pessoa com HIV, pessoa com incapacidade, ser menor de idade, e seu status socioeconômico. Estes aspectos a fizeram mais vulnerável e agravaram os danos que sofreu.

286. O Comitê CEDAW, em sua Recomendação Geral nº 28, relativa ao artigo 2 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, indicou o seguinte sobre as crianças e adolescentes:

Em particular, os Estados partes estão obrigados a promover a igualdade dos direitos das meninas, devido a que estão compreendidas na comunidade mais

³⁵⁵ Declaração juramentada de Talía Gonzales Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.097).

³⁵⁶ Declaração juramentada de Iván Lluy, de 22 de abril de 2014 (expediente de prova, fl. 1.112).

ampla das mulheres e são mais vulneráveis à discriminação no acesso à educação básica, assim como, o tratamento de pessoas, os maus-tratos, a exploração e a violência. Todas essas situações de discriminação se gravam quando as vítimas são adolescentes. Portanto, os Estados deverão prestar atenção às necessidades específicas das meninas (adolescentes) lhes oferecendo educação sobre saúde sexual e reprodutiva e realizando programas para prevenir o HIV/AIDS, a exploração sexual e a gravidez precoce³⁵⁷.

287. Acerca da situação dos familiares de crianças com HIV, a Observação Geral nº 3 do Comitê dos Direitos da Criança, referente ao HIV/AIDS e os direitos da criança, estabeleceu que “a discriminação é a causante do aumento da vulnerabilidade das crianças ao HIV/AIDS, assim como, dos graves efeitos que tem a epidemia na vida das crianças afetadas. A discriminação faz com que se denegue às crianças o acesso à informação, a educação [...], os serviços de saúde e atenção social ou à vida social”. A Observação Geral também assinala que, em “sua forma mais extrema, a discriminação contra as crianças infectadas pelo HIV se manifesta em seu abandono pela família, a comunidade e a sociedade. A discriminação também agrava a epidemia ao acentuar a vulnerabilidade das crianças, em particular, as que pertencem a determinados grupos, os que vivem em zonas afastadas ou rurais, onde o acesso aos serviços é menor. Por isso, essas crianças são vítimas duplamente”³⁵⁸.

288. A corte nota que em certos grupos de mulheres sofrem discriminação ao longo de sua vida com base em mais de um fator combinado a seu sexo, o que aumenta o risco de sofrer atos de violência e outras violações de seus direitos humanos³⁵⁹. Nesse sentido, a Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, estabeleceu que “a discriminação

³⁵⁷ Comitê CEDAW, Recomendação Geral nº 28, 2010, par. 21. Dessa forma, segundo o Comitê CEDAW, “os Estados devem reconhecer e proibir em seus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminação e seu impacto negativo combinado nas mulheres afetadas”. Comitê CEDAW, Recomendação Geral nº 28, 2010, par. 18. No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), estabelece em seu artigo 9 o seguinte: Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.

³⁵⁸ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 3, O HIV/AIDS e os direitos da criança, 2003, par. 7.

³⁵⁹ A respeito, o Tribunal Europeu, no caso B.S. Vs. Espanha, reconheceu a situação de extrema vulnerabilidade de B.S., que sofreu discriminação por gênero, raça, origem nacional, status de estrangeira e seu trabalho como trabalhadora sexual. No texto original, o Tribunal Europeu indicou: “*In the light of the evidence submitted in the present case, the Court considers that the decisions made by the domestic courts failed to take account of the applicant’s particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute*”. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), Caso B.S. Vs. Espanha, nº 47159/08, Sentença de 24 de julho de 2012, par. 62. No mesmo sentido, consultar: CIDH, Acesso à justiça para mulheres vítimas de violência nas Américas, de 20 de janeiro de 2007, pars. 195 a 197; CIDH, As mulheres frente à violência e a discriminação derivadas do conflito armado na Colômbia, de 18 de outubro de 2006, pars. 102 a 106; e CIDH, Relatório sobre os direitos das mulheres a uma vida livre de violência e discriminação no Haiti, de 10 de março de 2009, par. 90.

baseada na raça, origem étnica, origem nacional, capacidade, classe socioeconômica, orientação sexual, identidade de gênero, religião, cultura, tradição e outras realidades intensifica com frequência os atos de violência contra as mulheres”³⁶⁰. No caso das mulheres com HIV/AIDS a perspectiva de gênero exige entender a convivência com a enfermidade no âmbito dos papéis e das expectativas que afetam a vida das pessoas, suas opções e interações (sobretudo em relação a sua sexualidade, desejos e comportamentos)³⁶¹.

289. No presente caso, através de declarações controvertidas pelo Estado, se ilustrou o impacto que teve a situação de pobreza da família Lluy na forma de abordar o HIV de Talía (par. 215 *supra*). Também foi explicada a discriminação no âmbito educativo associado à forma como de modo preconceituoso e estigmatizante Talía Gonzales Lluy foi considerada um risco para seus companheiros de colégio, não somente na época em que foi expulsa da escola “Zoila Aurora Palacios”, como também em outros momentos em que tentou acessar o sistema educativo. Dessa forma, no aspecto laboral, a Corte nota que Teresa Lluy foi despedida de seu emprego pelo estigma que representava ter uma filha com HIV; e posteriormente em outros trabalhos que tentou realizar também foi despedida devido a condição de Talía de pessoa com HIV (par. 217 *supra*).

290. A Corte nota que no caso de Talía confluíram de forma interseccional múltiplos fatores de vulnerabilidade e risco de discriminação associados à sua condição de criança, mulher, pessoa em situação de pobreza e pessoa com HIV. A discriminação que viveu Talía não somente foi ocasionada por múltiplos fatores, mas sim que derivou em uma forma específica de discriminação que resultou a intersecção dos referidos fatores, isto é, se algum dos referidos fatores não tivesse existido, a discriminação teria sido de natureza distinta. Para efeito, a pobreza impactou no acesso inicial a uma atenção em saúde que não foi de qualidade e que, pelo contrário, gerou o contágio com HIV. A situação de pobreza impactou também nas dificuldades para encontrar um

³⁶⁰ Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, Rashida Manjoo, 2 de maio de 2011, par. 67.

³⁶¹ Em relação com as diferenças biológicas, estes papéis e expectativas são gerados e afirmados por fatores sociais, culturais, econômicos e políticos. Neste sentido, uma perspectiva de gênero e sexualidade explica a força motriz por trás das diferenças e desigualdades entre homens e mulheres dentro de um contexto específico. Por sua vez, esta força afeta a vulnerabilidade e o risco do indivíduo, assim como, seu acesso aos serviços e a sua capacidade para praticar seus direitos humanos e pelo mesmo, o gênero e a sexualidade é um enfoque completo que engloba todos os problemas que afetam o HIV. *International HIV/AIDS Alliance, Enfoques de gênero e sexualidade: respondendo ao HIV, 2010*, p. 16. Disponível em http://www.aidsalliance.org/assets/000/000/897/90576-Enfoques-de-genero-y-sexualidad_original.pdf?1407754252.

melhor acesso ao sistema educativo e ter uma vivência digna. Posteriormente, sendo uma menina com HIV, os obstáculos que sofreu Talía no acesso à educação tiveram um impacto negativo para seu desenvolvimento integral, que é também um impacto diferenciado tendo em vista a função da educação para superar os estereótipos de gênero. Como criança com HIV necessitava de maior apoio do Estado para impulsionar seu projeto de vida. Como mulher, Talía assinalou os dilemas que sente em relação à maternidade futura e sua interação em relações com parceiros, e fez visível que não teve contato com a assessoria adequada³⁶². Em suma, o caso de Talía ilustra que a estigmatização relacionada ao HIV não impacta de forma homogênea a todas as pessoas e que resultam mais graves os impactos nos grupos que por si são marginalizados.

291. Tendo em vista todo o anterior, o Tribunal conclui que Talía Gonzales Lluy sofreu uma discriminação derivada de sua condição de pessoa com HIV, criança, mulher e vivendo em condição de pobreza. Por todo o anterior, a Corte considera que o Estado equatoriano violou o direito à educação contido no artigo 13 do Protocolo de San Salvador, combinado aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana em detrimento de Talía Gonzales Lluy.

XI

Garantias Judiciais e Proteção Judicial

292. Neste capítulo a Corte procederá a analisar os argumentos apresentados pelas partes e pela Comissão, assim como, o desenvolvimento das considerações de direito pertinentes relacionadas com as alegadas violações às garantias judiciais e à proteção judicial. Para efeito, será realizada uma análise na seguinte ordem: a) alegações e considerações em relação à alegada violação do artigo 8 da Convenção; e b) alegações e considerações relativos à alegada violação do artigo 25 da Convenção. Além disso, será analisada a alegada violação do artigo 19 em relação ao artigo 8 **da mesma normativa**.

³⁶² A respeito, Talía declarou: “Como ter um amigo, um namorado, o que eu diria pra ele, como lhe contar sobre meus sentimentos, lhe dar um beijo? Tinha e tenho muito medo, como conto a um namorado que tenho HIV, que não foi minha culpa, que não fuja de mim, que não tenha medo, que sou uma pessoa com sentimentos e que como qualquer outra posso amar e quero ser amada? [...] anseio [...] ter o que necessito para poder fazer o que quero na minha vida, ir aonde eu quiser, viajar [...] estudar o que eu gosto, que no meio da minha solidão, como menina, adolescente, jovem mulher, se não posso disfrutar de uma boa amizade, um esposo, filhos, pelo menos que minha vida seja a melhor possível”. Declaração perante agente dotado de fé pública de Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prova, fls. 1.101, 1.103 e 1.104).

A) Alegadas violações ao artigo 8 da Convenção – garantias judiciais

A.1 Direito a ser escuto, devida diligência e prazo razoável no processo penal

Argumentos da Comissão e das partes

293. A **Comissão** assinalou que o processo penal teve uma duração de nove anos, nos quais “existiram diversas manifestações de falta da devida diligência”. De acordo com a Comissão, existiu uma demora injustificada no ordenamento e na prática da prova genética especializada sugerida pelos peritos médicos; além disso, “o sumário foi encerrado em mais de três oportunidades por parte das autoridades judiciais, embora não houvesse sido realizada esta prova fundamental[, o que ocasionou] que a Promotoria teve que solicitar em múltiplas ocasiões às autoridades judiciais a reabertura do sumário, com as consequentes demoras adicionais”. Dessa forma, a Comissão argumentou que “[u]ma das manifestações mais claras de falta de diligência no processo penal, se relaciona ao passo de quatro anos, desde o momento em que se formalizou e aceitou a acusação contra [MRR]”. Conforme a Comissão, o Estado não realizou diligências para encontrar o paradeiro de MRR, pelo contrário, permaneceu inativo durante quatro anos até que se resultou aplicável a figura de prescrição, precisamente como consequência da falta da devida diligência.

294. Os representantes informaram que a soma total do tempo investido pela família Lluy nos casos foi de mais de cinco anos no processo penal e aproximadamente quatro no processo civil, o que consideraram um tempo excessivo quando se leva em consideração a importância dos direitos envolvidos no caso e a gravidade da situação de Talía. Agregaram que quando se trata de proteger pessoas que estão em especial estado de vulnerabilidade, como é o caso de pessoas com HIV, a oportuna resolução das ações judiciais tem especial importância. Além disso, os representantes alegaram que o Estado violou o direito da família Lluy de ser escutada, pois as supostas vítimas não foram escutadas em juízo apesar das insistentes reclamações durante os procedimentos. De acordo com os representantes, durante os processos penal e civil “somente se escut[ou] a versão da Cruz Vermelha”, ou a escutou com prioridade, designando toda a responsabilidade da prova à família Lluy.

295. O **Estado** alegou que deveria ter levado em consideração a complexidade do assunto, uma vez que no presente caso existiam múltiplos exames médicos realizados por Talía, no mesmo sentido, assinalou que essa época o Equador não contava com a tecnologia necessária para realizar exames e análises que permitissem estabelecer ou eliminar a possibilidade de que a transfusão sanguínea fosse a causa do contágio de Talía. O Estado também alegou que se realizaram gestões que implicaram tempo e custos para enviar as amostras de sangue ao exterior com os requerimentos técnicos necessários para que a instituição estrangeira realizasse a análise requerida.

296. O Estado assinalou, ainda, que Talía e sua família fizeram uso dos recursos disponíveis sem esgotá-los conforme dispunha a normativa nacional, e que a dilação do processo penal não é imputável à conduta da autoridade judicial, mas sim às atuações processuais das supostas vítimas. A respeito da prescrição do processo, o Estado argumentou que MRR havia fugido do país e não pôde ser capturada, apesar dos esforços realizados para sua localização. Por esse motivo. E de acordo com a legislação dessa época, não se podia julgar a pessoa *in absentia* e, transcorrido o tempo estabelecido na lei, o exercício da ação penal havia prescrito.

297. Dessa forma, o Estado assinalou que as garantias judiciais consagradas no artigo 8 da C[onvenção] se encontram cumpridas[,] atendendo ao direito da senhora Teresa Lluy nas seguintes atuações judiciais: [d]enúncia, parte policial, versão perante a polícia, testemunho perante o juiz, ampliação do testemunho perante o juiz e acusação [p]articular”. Por fim, o Estado argumentou que foram realizados processos judiciais nos quais a suposta vítima Teresa Lluy prestou regularmente declarações e apresentou as provas que considerou pertinentes. De acordo com o Estado, “as decisões das autoridades judiciais, ainda que às vezes não beneficiaram as pretensões dos demandantes, devem ser considerados como atuações legais que cumpriram com os padrões internacionais estabelecidos na C[onvenção]”.

Considerações da Corte

298. A respeito do suposto descumprimento da garantia judicial do prazo razoável no processo penal, a Corte examinará os quatro critérios estabelecidos em sua jurisprudência na matéria: i) a complexidade do assunto; ii) a atividade processual do interessado; iii) a conduta das autoridades

judiciais; e iv) a afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo³⁶³. A Corte relembra que corresponde ao Estado justificar, com fundamento nos critérios assinalados, a razão pela qual requereu do tempo transcorrido para tratar o caso e, ao não demonstrá-lo, a Corte possui amplas atribuições para fazer sua própria estimativa a respeito³⁶⁴.

299. No presente caso, o processo penal começou com a denúncia apresentada por Teresa Lluy, em 29 de setembro de 1998, e concluiu com a declaratória de prescrição, emitida em 28 de fevereiro de 2005 (pars. 86 e 115 *supra*), pelo qual a duração do processo foi de aproximadamente seis anos e meio. Em vista do anterior, a Corte analisará a seguir a fim de determinar se o prazo transcorrido é razoável conforme os critérios estabelecidos em sua jurisprudência.

a) a complexidade do assunto

300. Este Tribunal levou em consideração diversos critérios para determinar a complexidade de um processo. Entre eles, a complexidade da prova, a pluralidade de sujeitos processuais ou a quantidade de vítimas, o tempo transcorrido desde a violação das características do recurso consagradas na legislação interna e o contexto em que ocorreu a violação³⁶⁵.

301. A Corte observa que no presente caso, no âmbito do processo penal, existia certo nível de complexidade para obter as provas necessárias a fim de determinar a causa do contágio de Talía, uma vez que no momento dos fatos os testes de sangue requeridas não poderiam ser realizadas no Equador (par. 95 *supra*). A Corte considera que os requisitos e trâmites para poder obter os testes de um laboratório na Europa constituíram, no momento dos fatos do presente caso, um elemento de complexidade para resolver o processo penal.

b) a atividade processual do interessado

302. A Corte nota que existiu um impulso processual promovido pelas supostas vítimas e que não há informação sobre atividades das supostas vítimas destinadas a obstaculizar o processo penal. A Corte leva em consideração a alegação pelo Estado no sentido de que as supostas vítimas

³⁶³ Cf. *Caso Valle Jaramillo e Outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, nº 192, par. 155; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 255.

³⁶⁴ Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C, nº 202, par. 156; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 255.

³⁶⁵ Cf. *inter alia*, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares*. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C, nº 21, par. 78; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 260.

havia realizado atuações judiciais que impactaram a duração dos processos (par. 298 *supra*); não obstante, a acusação particular interposta fora do tempo oportuno, e a impugnação de um auto que não podia ser apelado podem ser considerados como atividades das supostas vítimas que obstaculizaram o processo. Tendo em vista o anterior, não é possível concluir que a falta de conhecimento técnico das supostas vítimas a respeito do litígio tenha gerado realmente uma obstaculização do processo penal³⁶⁶.

c) a conduta das autoridades judiciais

303. A Corte nota que a denúncia foi interposta, em 29 de setembro de 1998, e em 19 de outubro de 1998 foi aberto o trâmite do processo e recolhidas diversas provas. Posteriormente, em 8 de setembro de 1999 o juiz declarou concluído o sumário pela primeira vez e Teresa Lluy solicitou sua reabertura para que fosse realizada o teste específico de sangue na Universidade de Lovaina (pars. 86, 88 e 96 *supra*). O sumário foi reaberto e, em 22 de março de 2000 novamente foi declarado concluído, sem que se houvesse ordenado a realização do teste em Lovaina, pelo que Teresa Lluy solicitou novamente que fosse realizada. O sumário foi aberto novamente e, em 31 de agosto de 2000 foi declarado novamente concluído sem que a prova houvesse sido realizada. Em 15 de janeiro de 2001 se dispôs a reabertura do sumário a fim de incorporar o teste especializado. Posteriormente foi novamente declarado encerrado, em 26 de março de 2001 e reaberto em abril do mesmo ano para fazê-lo extensivo a MRR, BRR e PMT (par. 106 *supra*). BRR e PMT foram indeferidos, e a referida decisão foi confirmada pela Primeira Sala da Corte Superior, em 18 de dezembro de 2001 (par. 112 *supra*). Por fim, em 28 de fevereiro de 2005, a Segunda Sala Penal da Corte Superior de Justiça do Azuay ditou a prescrição da ação, em razão do não comparecimento da acusada MRR à audiência de julgamento e ao não poder ter sido capturada (par. 115 *supra*).

³⁶⁶ A respeito, a Corte observa o assinalado pela UNAIDS em sua Sétima Diretriz das Diretrizes Internacionais sobre o HIV/AIDS e os Direitos Humanos, no sentido de que “[o]s Estados deveriam [...] facilitar assistência jurídica gratuita [às pessoas que vivem com o HIV] para exercer [seus direitos], ampliar o conhecimento das questões jurídicas que envolvem o HIV e utilizar, além dos tribunais, outros meios de proteção como os ministérios de justiça, defensores do povo, escritórios de denúncias sanitárias e comissões de direitos humanos”. A Corte nota que nos casos nos quais as pessoas se encontram em condições de vulnerabilidade por sua condição econômica, e ainda existam outros fatores que agravem esta vulnerabilidade, como viver com HIV, o Estado deveria lhes facilitar assessoria jurídica gratuita para exercer seus direitos quando se trate de procedimentos que revistem uma importância particular para preservar a integridade das pessoas com HIV, por exemplo, nos processos para a solicitação de medicamentos.

304. Em vista ao anterior, esta Corte considera que se produziu uma demora no ordenamento da realização do teste especializado e que os numerosos encerramentos do sumário ocasionaram atrasos no processo penal. Este Tribunal considera que o Estado não demonstrou que tenha existido uma justificação para a demora prolongada ao ordenar a realização do teste especializado, nem para o atraso provocado pelos diversos encerramentos do sumário. Por isso, a Corte considera que a autoridade judicial não procurou de forma diligente que o prazo razoável fosse respeitado no processo penal.

305. No que diz respeito à prescrição da ação penal, a Corte observa que esta foi aplicada conforma a legislação equatoriana vigente no momento dos fatos. Não obstante ao anterior, a Corte nota que depois que se ditou o auto de abertura da etapa plenária contra MRR, em 29 de outubro de 2001, unicamente se realizaram três ofícios de captura de MRR: um em 23 de outubro de 2001, outro em 26 de junho de 2003 e outro em 12 de fevereiro de 2004 (par. 113 *supra*), nos quais somente se fez menção a que se havia oficializado a captura de MRR, sem detalhar as ações realizadas para encontrar seu paradeiro. Além destes três ofícios, entre os quais transcorreram vários meses, não há prova de que o Estado tenha realizado nenhuma outra ação com fins de encontrar MRR ou a impulsionar de alguma maneira o processo penal. Em vista do anterior, a Corte considera que as autoridades não procuraram de forma diligente a localização de MRR, o que culminou na prescrição da ação penal.

306. A Corte ressalta que a falta de diligência e efetividade dos operadores de justiça para encontrar MRR e continuar com a investigação do caso culminaram na prescrição da ação penal. A demora no processo e sua consequente prescrição se devem principalmente à falta de atuação das autoridades judiciais equatorianas, sobre quem recaía a responsabilidade de tomar todas as medidas necessárias para investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis³⁶⁷.

307. A respeito, a Corte relembra que analisou em casos anteriores a falta de diligência para a localização de pessoa contra quem se segue um processo penal, assim como, a falta de impulso por parte das autoridades nos processos penais no Equador. Por exemplo, no *Caso Albán Conejo e Outros Vs. Equador*, operou a prescrição da ação penal instaurada contra o médico que tratou a

³⁶⁷ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 199; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 101.

vítima devido a que não pôde ser localizado, e transcorridos dez anos estabelecidos para a prescrição, a ação penal foi declarada prescrita³⁶⁸. Da mesma forma, no *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, foi declarada a prescrição da ação penal, em consideração do transcurso de cinco anos a partir do ditado auto de abertura do processo, devido à falta de diligência e efetividade dos operadores de justiça em impulsionar o processo de investigação do caso³⁶⁹.

308. A Corte nota que a reiterada falta de diligência em casos relativos ao Estado equatoriano produziu que prescrição da ação penal em múltiplas ocasiões. A Corte considera que estas negligências nos processos penais geram uma denegação da justiça no âmbito destas, impedindo que se realize uma efetiva investigação dos responsáveis.

d) a afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo e impactos nos direitos desta pessoa

309. A Corte reitera que para determinar a razoabilidade do prazo se deve ter em conta a afetação gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida neste, considerando, entre outros elementos, a matéria objeto de controvérsia. Neste sentido, este Tribunal estabeleceu que se ao longo do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, resultará necessário que o procedimento avance com maior diligência a fim de que o caso se resolva em um tempo breve³⁷⁰.

310. No presente caso, a respeito do processo penal, a Corte considera que embora não exista uma afetação na situação jurídica de Talía, existia uma afetação em sua situação pessoal relativa à sua saúde, à sua condição de criança e a atenção médica que requeria, levando em consideração as condições econômicas em que vivia sua família e as dificuldades derivadas disto. Sem a sentença penal que determinasse responsabilidades pelo contágio de Talía não era possível estabelecer os responsáveis para o pagamento dos danos e prejuízos, situação que impactava a vida de Talía e mantinha a complexa situação econômica de sua família (par. 131 *supra*).

311. A Corte considera que no presente caso existia uma devida diligência excepcional que era necessária devido à particular situação de vulnerabilidade

³⁶⁸ Cf. *Caso Albán Conejo e Outros Vs. Equador*, par. 90

³⁶⁹ Cf. *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, pars. 70, 71 e 101.

³⁷⁰ Cf. *Caso Valle Jaramillo e Outros Vs. Colômbia*, par. 155; e *Caso Granier e Outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, par. 274.

em que se encontrava Talía, pelo que era imperante tomar as medidas pertinentes com o fim de evitar atrasos na tramitação dos processos, de maneira que se garantisse a imediata resolução e execução destes³⁷¹. Além disso, a Corte destaca que era necessário contar com uma condenação penal para poder recorrer ao âmbito civil, o que implicava uma obrigação reforçada de atuar com a devida diligência dentro do processo penal.

312. A respeito, este Tribunal estabeleceu que é necessário atuar com especial celeridade quando pelo próprio projeto interno normativo, a possibilidade de ativar uma ação civil de danos e prejuízos depende do processo penal³⁷². Por outra parte, o Tribunal Europeu indicou que se exige uma diligência especial nos casos em que está em jogo a integridade da pessoa³⁷³.

313. Além disso, o Tribunal Europeu conheceu de casos nos quais o debate dos processos em curso se encontrava relacionado com a situação de uma pessoa com HIV. No caso X Vs. França, o Tribunal Europeu analisou o descumprimento das garantias judiciais levando em consideração que o que estava em jogo no processo judicial era de crucial importância para o petionário, devido à natureza de sua enfermidade. O Tribunal indicou que no referido caso era requerida uma “diligência excepcional”, independentemente da quantidade de casos pendentes³⁷⁴. Assim, no caso F.E. Vs. França, o Tribunal Europeu assinalou que esta diligência excepcional deveria ser operada mesmo entendendo certo nível de complexidade neste tipo de casos³⁷⁵.

314. Em uma situação similar a Corte considerou que:

a falta de conclusão do processo penal ha[via] tido repercussões particulares [... já que na legislação do Estado, a reparação civil pelos danos ocasionados como consequência de um fato ilícito tipificado penalmente p[oderia] estar sujeito ao estabelecimento do delito em um processo de natureza criminal, pelo que na ação civil de ressarcimento tampouco se ha[via] ditado a sentença de primeira instância. Isto é, a falta de justiça na ordem penal ha[via] impedido que [se obtivesse] uma compensação civil pelos fatos do [...] caso³⁷⁶.

³⁷¹ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 196.

³⁷² Cf. *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, pars. 102 e 103.

³⁷³ Cf. TEDH, *Laudon Vs. Alemanha* (nº 14635/03), Sentença de 26 de abril de 2007, par. 72; TEDH, *Orzel Vs. Polónia* (nº 74816/01), Sentença de 25 de junho de 2003, par. 55; e TEDH, *Inversen Vs. Dinamarca* (nº 5989/03), Sentença de 28 de dezembro de 2006, par. 70.

³⁷⁴ Cf. TEDH, *X Vs. França* (nº 18020/91), Sentença de 31 de março de 1992, par. 47.

³⁷⁵ Cf. TEDH, *F.E. Vs. França* (nº 60/1998/963/1178), Sentença de 30 de outubro de 1998, par. 57.

³⁷⁶ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 204.

315. Tendo em vista i) que no presente caso a integridade de Talía estava em jogo; ii) a conseqüente urgência derivada de sua condição de criança com HIV; e iii) a crucial importância na resolução dos processos para o acesso de Talía e sua família a uma reparação por danos e prejuízos, a Corte conclui que existia uma obrigação especial de atuar com a devida diligência, e que esta obrigação especial de atuar com a devida diligência, e que esta obrigação não foi cumprida pelo Estado.

e) Conclusão sobre o prazo razoável no processo penal

316. Uma vez analisados os quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo no âmbito do processo penal (par. 300 *supra*), e levando em consideração que existia um dever de atuar com **excepcionalidade a devida** diligência, considerando a situação de Talía (par. 310 *supra*), a Corte conclui que o Equador violou a garantia judicial ao prazo razoável prevista no artigo 8.1 em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana em detrimento de Talía Gonzales Lluy.

317. A Corte observa que a Comissão e os representantes alegaram que o direito ao prazo razoável também havia sido violado em detrimento de Teresa Lluy e de Iván Lluy. A respeito, este Tribunal considera que a titular dos direitos violados no presente caso era Talía e que sua mãe atuou como representante, mas não exercendo um direito próprio, pelo que a Corte não considera que deva fazer um pronunciamento a respeito de Teresa Lluy. No que diz respeito à Iván Lluy, além de que a titularidade dos direitos violados era de Talía e não de Teresa ou de Iván, a Corte observa que não existe prova de que Iván houvesse participado no procedimento penal e no processo civil, sendo unicamente Teresa, em representação de Talía, quem participou nos processos. Como consequência, a Corte não considera que seja necessário um pronunciamento a respeito de Iván Lluy.

A.2. Devida diligência e prazo razoável no processo civil

Argumentos da Comissão e das partes

318. A **Comissão** assinalou que a culminação do processo civil se deu mediante uma declaratória de nulidade de todo o atuado a partir da admissão da demanda, pelo que “as autoridades judiciais no âmbito da ação civil [havia] demorado] quatro anos para finalmente resolver que a demanda civil não cumpria com o requisito necessário para ser admitida”.

319. Os **representantes** assinalaram que consideraram um tempo excessivo o investido pela família Lluy no processo civil e que não foram escutados devidamente no processo (par. 296 *supra*).

320. O **Estado** alegou que as supostas vítimas sempre foram escutadas dentro dos processos (par. 299 *supra*); e assinalou que os representantes fundiram a análise dos processos civil e penal, sem diferenciar o trâmite, tempos, formalidades e características de cada um dos juízos, o que segundo o Estado poderia reduzir a erro de apreciação por parte da Corte.

Considerações da Corte

321. A Corte nota que o processo civil começou com a solicitação de amparo de pobreza apresentada por Teresa Lluy, em 26 de setembro de 2001 (par. 118 *supra*) e concluiu com a declaratória de nulidade de todo o atuado, emitida em 18 de maio de 2006 (par. 131 *supra*), isto é, que a duração do processo foi de aproximadamente quatro anos e meio.

322. A respeito, atendendo aos quatro critérios estabelecidos em sua jurisprudência na matéria (par. 300 *supra*), a Corte considerado que não foram apresentados elementos que permitam concluir que a duração do processo civil tenha sido violatório das garantias de prazo razoável e devida diligência.

A.3 Alegado impacto da prejudicialidade no acesso à justiça

Argumentos da Comissão e das partes

323. A **Comissão** alegou que a demanda de danos e prejuízos foi rejeitada como consequência da falta de uma condenação penal transitada em julgado. Além disso, a Comissão assinalou que “não existe clareza sobre a maneira em que operava a denominada prejudicialidade neste tipo de casos[;] das perícias recebidas na audiência e, em particular, da perícia de Diego Zalamea León, resulta que existia um contexto de incerteza jurídica a respeito”.

324. Os **representantes** assinalaram que no processo civil por danos e prejuízos o juiz declarou que não era procedente a demanda civil porque não havia sido declarada a responsabilidade no processo penal realizado. Dessa forma, os representantes indicaram que havia prejudicialidade penal frene ao juízo civil. A este respeito, afirmaram que “[o] juiz civil não deveria ter tardado vários anos para declarar algo que se sabia desde a apresentação da demanda”, e que a ação apresentada por Teresa Lluy era de dano moral e não buscava a indenização por um delito, pelo que a prova necessária era distinta.

325. O **Estado** assinalou que a sentença penal condenatória constitui um requisito de prejudicialidade indispensável para o exercício da ação civil de danos e prejuízos derivada do cometimento de um delito penal no Equador. O Estado considerou que o inadequado assessoramento legal que teve a senhora Teresa Lluy a levou a confundir a via através da qual deveria demandar aos supostos responsáveis, ao interpor a ação indenizatória civil -que não procederia, pois não havendo sido encontrada nenhuma pessoa culpável no âmbito penal “resulta[va] ilógico que se veja obrigada a pagar indenizações civis”- e não a ação ordinária de conhecimento, projetada para estabelecer o direito a ser ressarcida por danos morais. Ainda, o Estado afirmou que embora seja certo que a sentença do juiz civil de primeira instância declarou improcedente a demanda por falta de direito, a senhora Teresa Lluy teve a possibilidade de impugnar esta sentença que foi confirmada depois pela Corte Suprema, em conformidade com o marco jurídico equatoriano na matéria.

Considerações da Corte

326. A Corte observa que a alegação dos representantes e a Comissão se centra em uma aplicação indevida da prejudicialidade por parte dos tribunais equatorianos, assim como, em um contexto de falta de certeza jurídica em torno a referida figura³⁷⁷. A respeito, cabe assinalar que a prejudicialidade em matéria civil se encontrava prevista no Código de Procedimento Penal de 1983³⁷⁸. Além disso, a prejudicialidade foi analisada em diversos casos na ordem interna no Equador³⁷⁹, como sucedeu na resolução da demanda por danos e prejuízos interposta por Teresa Lluy. Dessa forma, a Corte observa

³⁷⁷ Neste ponto a Corte nota que, com relação à legislação interna, o perito Julio César Trujillo afirmou na audiência pública que o processo civil poderia haver seguido mesmo com a prescrição do juízo penal. O perito Trujillo assinalou que o processo civil poderia seguir prescindindo de todo juízo penal, por simples negligência, sempre que a negligência for grave e houver causado prejuízo; e afirmou ainda que este caso não cabia a prejudicialidade, pois bastava que houvesse negligência ainda que houvesse havido a intenção dolosa de causar os prejuízos que realmente causaram. Por outra parte, o perito Diego Zalamea León afirmou na audiência pública que no presente caso operou a prejudicialidade, tendo em vista que a senhora Teresa já havia interposto uma denúncia penal, a qual terminou na prescrição do processo, o que gerou que esta não fosse a via de ação adequada, pois era a vida administrativa, por isso, a ação civil por danos e prejuízos não se propôs de forma correta nem perante o juiz competente, o que gerou que se aplicasse a prejudicialidade como se estabelece na legislação da época em que se cometeram os fatos, conforme a que se necessitara uma sentença condenatória no processo civil para poder interpor uma demanda civil a respeito da reparação de danos e prejuízos.

³⁷⁸ Cf. Artigo 17 do Código de Procedimento Penal do Equador, de 1983 (expediente de prova, fl. 1.885).

³⁷⁹ Segundo a Ex Sala Civil, Mercantil e Família da Corte Nacional de Justiça do Equador, “para demandar por dano moral deverá existir previamente uma sentença condenatória no âmbito penal. A ação de dano moral é autônoma e independente”. Ex Sala Civil, Mercantil e Família da Corte Nacional de Justiça do Equador. Sentença 0374-2011, de 26 de maio de 2011.

que a prejudicialidade existe em alguns ordenamentos da região³⁸⁰ e foi avaliada previamente por este Tribunal em outros casos³⁸¹.

327. A Corte considera que neste caso não existam elementos probatórios que permitam concluir que a existência de prejudicialidade na normativa equatoriana constitui, por si mesma, uma violação das garantias judiciais. A este respeito, a Corte considera que embora o presente caso operou a prejudicialidade, esta foi aplicada com base na legislação equatoriana vigente no momento dos fatos, com relação ao recurso apresentado por Teresa Lluy. Dessa forma, este Tribunal considera que não foram apresentados suficientes argumentos e provas que permitam afirmar que o recurso interposto por Teresa Lluy foi o resultado de uma falta de clareza na legislação equatoriana. A Corte observa que a apresentação da demanda de danos e prejuízos pôde obedecer a uma falta de precisão dos representantes da senhora Teresa Lluy a nível interno e não existem elementos para imputar ao Estado os efeitos negativos que pode haver gerado para as supostas vítimas essa tragédia de litígio a nível interno ou às próprias insuficiências do litígio.

B) Alegada violação do artigo 25 da Convenção – proteção judicial

B.1. Ação de amparo constitucional

Argumentos da Comissão e das partes

328. Os *representantes* assinalaram que no juízo de amparo “o juiz [protegeu] àqueles que não o solicita[ram] e nem [eram] vítimas de direitos[, tal como é o caso do]s outros estudantes, dos professores e pessoas que se relaciona[vam] com Talía”.

329. O Estado alegou que o amparo constitucional foi apresentado com o patrocínio da Defensoria do Povo, de modo que a senhora Teresa Lluy teve o respaldo institucional do Estado no momento de propor a ação de amparo dos direitos de sua filha. De igual maneira, o Estado ressaltou que o órgão jurisdicional responsável de resolver a ação de amparo se pronunciou depois de três dias de interposto declarando inadmissível tal recurso e que “se a senhora Teresa Lluy não se sentia satisfeita com a resolução ditada pelo juiz

³⁸⁰ Entre outros, ver o artigo 1775 do Código Civil da República Argentina: “Se a ação penal precede a ação civil, ou procede durante seu curso, o ditado da sentença definitiva deve ser suspenso no processo civil até a conclusão do processo penal, com exceção dos seguintes casos: a) se mediam causas de extinção da ação penal; b) se a dilação do procedimento penal provoca nos fatos uma frustração efetiva do direito de ser indenizado; c) se a ação civil por reparação do dano está fundamentada em um fator objetivo de responsabilidade”.

³⁸¹ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 204; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 105.

competente, [esta] poderia ser apelada perante o Tribunal Constitucional para sua confirmação ou revocatória definitiva. No entanto, a [senhora Lluy] não fez uso deste recurso impugnatório, pelo que a decisão da ação de amparo se tornou transitada em julgado”.

330. Por fim, o Estado informou que dentro do novo marco institucional no ano de 2008, a ação de amparo foi ampliada e compreende a i) ação de proteção, que procede inclusive contra políticas públicas, pessoas particulares, pessoas que prestam serviços públicos impróprios e, em casos em que o afetado se encontre em estado de subordinação, indefensabilidade ou discriminação; e ii) ação extraordinária de proteção que procede contra sentenças e autos definitivos violatórios dos direitos constitucionais, seja por ação ou omissão.

Considerações da Corte

331. A Corte observa que, em 8 de fevereiro de 2000, Teresa Lluy com ajuda do Comissionado da Defensoria do Povo do Azuay apresentou uma ação de amparo constitucional perante o Terceiro Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, contra o Ministério da Educação e Cultura, do diretor da escola “Zoila Aurora Palacios” e da professora APA, em razão de uma suposta privação ao direito à educação de Talía (par. 135 *supra*).

332. Em 11 de fevereiro de 2000, o Tribunal Distrital declarou inadmissível o recurso de amparo constitucional, considerando que “existia um conflito de interesses, entre os direitos e garantias individuais de Talía frente aos interesses de um conglomerado estudantil, colisão que fazia com que predominassem os sociais ou coletivos, como é o direito à vida frente ao direito à educação”. O Tribunal considerou que Talía podia exercer seu direito à educação, “mediante uma instrução particularizada e à distância” (pars. 141 e 144 *supra*).

333. A Corte ressalta que não conta com provas que permitam sustentar o argumento apresentado referente à falta de proteção judicial de Talía no trâmite de amparo constitucional, pelo que conclui que não pode determinar que tenha existido uma violação à garantia de proteção judicial. Por conseguinte, a Corte considera que a respeito deste amparo constitucional o Estado não violou o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25.1 da Convenção.

B.2 Processo penal e civil

Argumentos da Comissão

334. A **Comissão** sustentou que nem Talía nem sua mãe receberam proteção judicial alguma frente ao contágio sofrido por Talía. Conforme a Comissão, à Talía, a sua mãe e a seu irmão lhes foi vedado o acesso a obter uma indenização por danos e prejuízos sofridos como consequência do contágio, devido a que a ação penal não culminou com uma condenação transitada em julgado e, atualmente, se encontra prescrita. De acordo com a Comissão, esta situação reflete uma flagrante denegação de justiça e, como consequência, resulta violatória dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial em detrimento de Talía e sua mãe.

335. Os **representantes** assinalaram que o Estado violou o artigo 25 da Convenção, relativo ao direito à proteção judicial, devido a que no juízo penal houve “uma reiterada manifestação de vontade estatal-judicial para evitar apresentar provas solicitadas por Teresa Lluy”; somado a que se encerrou “três vezes” o sumário sem que as autoridades jurisdicionais fizessem os requerimentos solicitados por Teresa Lluy. Além disso, os representantes alegaram que o juiz penal teve por acreditada a infração penal, mas não a responsabilidade dos imputados.

336. O **Estado** argumentou que “dentro do marco normativo equatoriano, o recurso adequado e efetivo para determinar responsabilidades quanto ao contágio de Talía resultava ser o juízo penal, tendente a processar os responsáveis da infração”, a qual Talía e seus familiares efetivamente contaram com o direito de acesso. Além disso, Estado assinalou que o processo também foi efetivo e eficaz, pois implicou através de seu desenvolvimento processual a possibilidade real de alcançar a proteção judicial requerida. Assim, durante a sustentação da etapa do sumário e plenário, tanto de ofício quanto a petição de parte se ordenaram e levaram a efeito das diligências processuais que se consideraram necessárias para o esclarecimento dos fatos. Portanto, segundo o Estado não existiram omissões no recolhimento da prova ao solicitar e ordenar as diligências probatórias necessárias para determinar o sucedido.

337. Além disso, o Estado alegou que em todas as etapas processuais, Talía e sua família puderam interpor recursos disponíveis na legislação penal vigente e que pelo fato de que um recurso não gere um efeito favorável para o

reclamante, “não por isso chega a ser necessariamente ineficaz. Por fim, o Estado rejeitou os argumentos dos representantes sobre a reiterada manifestação da vontade estatal de evitar as diligências processuais solicitadas por eles, uma vez que o ajuizamento penal “foi substanciado pelos juízes e tribunais competentes, independentes e imparciais, que ajustaram suas atuações conforme o direito e em uso do poder exclusivo e excludente outorgado a partir da Constituição, para decidir conforme o direito, depois de realizar as considerações pertinentes sobre a causa que foi submetida a seu conhecimento”.

Considerações da Corte

338. A critério deste Tribunal, no presente caso não foram contribuídas provas que permitam concluir que a denúncia penal não era um recurso adequado ou idôneo para determinar as responsabilidades penais pelo contágio de Talía. Sendo assim, a Corte considera que não conta com elementos para determinar que existiu uma vontade estatal de não considerar as provas apresentadas por Teresa Lluy nos processos penal e civil, pelo que não existem elementos que demonstrem que as atuações das autoridades judiciais implicaram uma afetação na proteção judicial de Teresa Lluy e Talía. Por conseguinte, a Corte considera que a respeito dos processos penal e civil, o Estado não violou o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25.1 da Convenção.

C) Conclusão

339. A Corte conclui que o Estado violou as garantias judiciais de devida diligência e prazo razoável previstos no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana em detrimento de Talía, no relativo ao processo penal. Por outro lado, a Corte conclui que o Estado não violou as garantias judiciais de devida diligência e prazo razoável no trâmite do processo civil.

340. Dessa forma, a Corte conclui que o Estado não violou as garantias judiciais reconhecidas no artigo 8.1 da Convenção, em relação com a aplicação da prejudicialidade no presente caso. Por último, a respeito da resolução de amparo constitucional e dos processos penal e civil, a Corte considera que o Estado não violou o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

XII

Reparações

(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

341. Sobre a base do disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana³⁸², a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de ser reparado adequadamente³⁸³, e que essa disposição está fundamentada em uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado³⁸⁴.

342. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Não sendo isto factível, como ocorre na maioria dos casos de violações aos direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram³⁸⁵. Portanto, a Corte considerou a necessidade de outorgar diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, pelo que além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos ocasionados³⁸⁶.

343. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter umnexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos creditados, assim como as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, a Corte deverá observar a referida concorrência para se pronunciar devidamente e conforme o direito³⁸⁷.

344. Em consideração das violações declaradas nos capítulos anteriores, o Tribunal procederá a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e os representantes, assim como os argumentos do Estado, à luz dos critérios

³⁸² O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que "[c]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada."

³⁸³ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C, nº 7, par. 25; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C, nº 292, par. 451.

³⁸⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, par. 25; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 451.

³⁸⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, par. 26; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 452.

³⁸⁶ Cf. *Caso do Massacre de Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C, nº 211, par. 226; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 452.

³⁸⁷ Cf. *Caso Ticona Estrada e Outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, nº 191, par. 110; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 453.

fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e alcance da obrigação de reparar³⁸⁸, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados às vítimas,

A. Parte Lesada

345. O Tribunal reitera que se considera parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, aqueles que foram declarados vítimas da violação de algum direito reconhecido nesta normativa³⁸⁹. Portanto, esta Corte considera como “parte lesada” Talía Gabriela Gonzales Lluy, Teresa Lluy e Iván Lluy, que em seu caráter de vítimas das violações declaradas nos capítulos IX, X e XI serão consideradas beneficiárias das reparações que a Corte ordenar.

B. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis

346. A **Comissão** solicitou que se realize uma investigação completa e efetiva das violações de direitos humanos declaradas no presente caso.

347. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado investigar e sancionar as pessoas que provocaram a violação dos direitos de Talía e sua família; já que estes fatos “não podem ficar impunes e [...] podem continuar afetando outras pessoas nas similares circunstâncias de Talía”. Ressaltaram que a necessidade de investigar “não deve se restringir a graves violações aos direitos civis relacionados aos delitos”, e que deve ser de caráter administrativo, civil ou constitucional.

348. Em casos anteriores, perante determinadas violações, a Corte dispôs que o Estado inicie, segundo caso, ação disciplinares, administrativas ou penais, de acordo com sua legislação interna, em relação aos responsáveis das distintas irregularidades processuais e investigativas³⁹⁰. No presente caso este Tribunal determinou que o Estado violou a garantia judicial de prazo razoável em detrimento de Talía no processo penal e civil (par. 318 *supra*). No entanto, assinalou que não existem elementos que demonstrem que as atuações das autoridades judiciais implicassem uma afetação na proteção judicial de Teresa Lluy e Talía a respeito dos processos civil e penal (par. 318 *supra*). Além disso, a Corte não considera pertinente ordenar uma reparação a

³⁸⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, pars. 25 a 27; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 454.

³⁸⁹ Cf. *Caso do Massacre da Rochela Vs. Colômbia, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, nº 163, par. 233; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 455.

³⁹⁰ Cf. *Caso do Massacre de Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 233; e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, par. 172.

respeito da abertura de novas investigações administrativas, disciplinares ou penais em relação aos fatos do presente caso.

C. Medidas de restituição, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição

C.1) Medidas de restituição

349. Os **representantes** alegaram que, ao não ser possível a restituição do direito violado no presente caso, “considerando que o fato violatório acarretou sequelas em cada momento das vidas da família e em todos seus espaços de relações sociais”, a indenização a ser outorgada não deveria ser menor que \$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos) para cada uma das vítimas.

350. Nem o **Estado** e nem a **Comissão** se referiram à solicitação apresentada.

351. No presente caso, a Corte nota que não é possível devolver às vítimas a situação anterior às violações declaradas no presente caso, ou seja, previamente a que Talía fosse contagiada pelo HIV. Devido ao anterior, a Corte avaliará esta solicitação apresentada pelos representantes no âmbito de indenização compensatória por conceito de dano imaterial.

C.2) Medidas de reabilitação

352. A **Comissão** recomendou prover, após consulta à Talía, “de maneira imediata e permanente” o tratamento médico especializado que requiere.

353. Os **representantes** requereram que, através do Ministério da Saúde, seja oferecido à Talía a atenção à saúde necessárias, incluindo exames médicos, os melhores medicamentos e consultas adequadas. Dessa forma, solicitaram que se realize um plano de atenção que inclua “um plano de contingência no caso de mudarem as autoridades ou qualquer outra situação que possa ocorrer para evitar interrupções no serviço e garantir seu direito à saúde e vida”. Por outra parte, em suas alegações finais escritas, solicitaram que se leve em consideração as recomendações feitas pela perita Diana Murcia, que indicou que “é necessário que Talía e sua família ingresse[m] em um processo terapêutico por pelo menos oito meses, mínimo de três sessões ao mês”, assim como a realização de uma avaliação posterior ao processo terapêutico para determinar se é necessário prolongar a terapia ou mudar o foco. A respeito das afetações de saúde sofridas por Teresa e Iván Lluy, os

representantes solicitaram reparação no âmbito das indenizações compensatórias.

354. O **Estado** manifestou que possui política pública vinculada ao tratamento do HIV de maneira efetiva, pelo que a solicitação feita pelos representantes “carece de fundamento”. Além disso, assinalou que as ações realizadas a respeito do tratamento do HIV se sustentam em parâmetros estabelecidos por órgãos internacionais. Por outra parte, informou que nas províncias de Azuay e Cañar existem treze centros que oferecem serviços de qualidade em saúde, e reiterou que “espera que Talía [...] continue sendo atendido no [h]ospital público Homero Castanier”, sob o cuidado de um médico especialista no ramo de medicina interna e responsável pelo Programa de HIV do referido hospital. Além disso, “convid[ou] Talía Gonzales, sua mãe e irmão a utilizar os serviços de saúde do Equador, dos diferentes [h]ospitais e [c]entros de [s]aúde pública”. Por outro lado, durante a audiência pública o Estado manifestou que, se a Corte declarar a responsabilidade estatal, “continuará com o protocolo integral de saúde que já vinha oferecendo[,] e implementará o gerenciamento ambulatorial neste, com acesso ao tratamento antirretroviral necessário e outorgamento de apoio psicológico e assistência social à Talía e sua mãe, nas instituições da rede pública de saúde nas distintas especialidades e níveis de atenção”.

355. A Corte nota o informado pelos representantes na solicitação de Medidas Provisórias apresentada dentro do processo, no sentido de que desde o mês de maio de 2014 até a presente data, Talía vinha recebendo atenção médica no hospital de Azogues, pertencente à rede pública de saúde do Equador. Os representantes assinalaram que durante este período sua saúde tem se deteriorado, e sua contagem de células CD4 diminuiu com rapidez³⁹¹. Conforme os representantes, o medicamento que é outorgado na rede pública “não faz com que [sua] saúde melhore, n[em] que se mantenham boas [suas] defesas”. Por isso, os representantes solicitaram que se nomeie uma comissão de alto nível, formada por pessoas de confiança de Talía, para que possa determinar as condições necessárias para que sua saúde se reestabeleça, e

³⁹¹ De acordo com a informação contribuída pelos representantes, antes de que Talía fosse atendida no hospital público de Azogues sua contagem de células CD4 se encontrava em 518, em 5 de novembro de 2014, data na qual já se encontrava sob os cuidados do hospital público, sua contagem baixou para 366, o que assinalaram, foi descrito como normal pelo médico tratante do hospital. Em 20 de maio de 2015, sua contagem de células CD4 se encontrava em 256, e em 13 de julho de 2015 baixou para 171.

que o Estado “arque com todos os gastos prestados para a atenção emergente de saúde de Talía”.

356. A respeito, a Comissão “express[ou] sua profunda preocupação pela informação apresentada pelos representante[s] quanto [a] situação precária de saúde, especificamente a diminuição progressiva e acelerada das defesas de Talía”, e observou que sua saúde, vida e integridade pessoal “estão seriamente ameaçadas”. Por isso, ressaltou a importância de que a Corte “estabeleça a necessidade de que o Estado proveja imediatamente à beneficiária o tratamento antir[etroviral] específico que requiere segundo sua situação concreta de saúde, através dos meios públicos ou privados que os ofereçam”.

357. Por outra parte, o Estado alegou que, de acordo com o Relatório Médico Especializado do Ministério da Saúde Pública, de 20 de julho de 2015, esteve realizando diversos controles da saúde de Talía³⁹². No entanto, o Estado considera que “existe uma probabilidade de resistência ao tratamento”, assim, ressaltou a importância de realizar um exame de genotipificação e dosificação medicamentosa à Talía para determinar o tratamento futuro com o qual se trataria sua condição. Dessa forma, o Estado informou que Talía apresentou dificuldades para realizar os exames necessários, razão pela qual o médico tratante “procedeu a realizar chamadas telefônicas frequentes, a partir do dia [...] 15 de julho de 2014[; mas a senhora Teresa Lluy lhe informou] que sua filha se encontrava em tratamento com um [m]édico privado”. Por fim, o Estado assinalou, que a Ministra de Saúde Pública **conformou** de forma imediata uma Comissão Médica de Alto Nível para que pudesse determinar as condições necessárias para a melhora da saúde de Talía³⁹³.

358. A Corte ressalta que, no âmbito da presente Sentença, foi declarado que Talía adquiriu o vírus do HIV como consequência direta de ações e omissões do Estado no âmbito da inspeção, vigilância e controle da prestação de serviços de saúde por parte do Estado. Em consequência, embora este Tribunal reconhece como positivo e avalia o esforço institucional que vem sendo realizado para alcançar uma atenção sanitária de qualidade através do

³⁹² O Estado informou que desde 30 de outubro de 2014 Talía foi atendida na Unidade de Atenção Integral do Hospital Vicente Corral Moscoso, no qual vinham praticando controles periódicos. Em particular, assinalou que nos dias 5 e 7 de novembro de 2014, 12 de janeiro, 3 de março, 4 de maio, 26 de junho e 13 de julho de 2015 Talía compareceu ao controle.

³⁹³ A referida Comissão foi formada sob a coordenação do Ministério de Saúde, com a participação de uma média representante da Organização Pan-americana de Saúde, a médica de confiança de Talía Gonzales Lluy, um médico do hospital Enrique Garcés de Quito, e seu médico tratante no hospital de Azogues.

setor público, a Corte considera pertinente que para que a atenção em saúde projete uma tendência reparadora no caso concreto, se forneça o nível de prevenção, tratamento, atenção e apoio que requeira Talía para a atenção de sua saúde.

359. Por isso, a Corte considera, como já o fez em outros casos³⁹⁴, que é preciso dispor uma medida de atenção que ofereça uma atenção adequada aos padecimentos físicos e psicológicos sofridos por Talía, como consequência das violações estabelecidas nesta Sentença. Deste modo, este Tribunal dispõe a obrigação a cargo do Estado de oferecer gratuitamente, através de instituições de saúde pública especializadas ou **privada** de saúde especializada, e de forma imediata, oportuna, adequada e efetiva, o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico a Talía Gonzales Lluy, incluindo o fornecimento gratuito de medicações que podem ser requeridas eventualmente, levando em consideração seus padecimentos. No caso de que o Estado careça destas deverá recorrer a instituições privadas ou da sociedade civil especializada. Dessa forma, os tratamentos respectivos deverão ser prestados, na medida do possível, no centro mais próximo a seu local de residência no Equador, pelo tempo que seja necessário. A vítima ou seus representantes legais dispõe de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença para fazer o Estado conhecer de sua intenção de receber atenção psicológica ou psiquiátrica.

360. Sendo assim, em situações de urgência, a Corte dispõe que o Estado deverá adotar as recomendações do médico de confiança que Talía assinalar. Além disso, se o médico de confiança determinar que existe um motivo fundamentado para que Talía receba atenção no sistema privado de saúde, o Estado deverá creditar perante este Tribunal a permanência desta medida. A respeito disso, deverá apresentar um relatório a cada três meses.

C.3) Medidas de satisfação

C.3.1) Publicação da Sentença

361. Os **representantes** solicitaram que o Estado publique o resumo oficial da Sentença no Diário Oficial; em um jornal de maior circulação nacional e local, na cidade de Cuenca; e nas páginas *web* do Ministério de Justiça,

³⁹⁴ Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C, nº 87, pars. 42 e 45; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio da Justiça) Vs. Colômbia*, par. 567.

Direitos Humanos e **Liberdade Religiosa**, Ministério de Saúde Pública e Ministério da Educação.

362. O **Estado** assinalou que, caso a Corte determine sua responsabilidade “consideraria publicar o resumo oficial da [S]entença no jornal ‘El Telégrafo’, jornal de circulação nacional, [e] acolheria as publicações nos diferentes portais *web* das instituições solicitadas”. Além disso, assinalou que publicaria no Diário Oficial da União o resumo oficial da Sentença, em razão “da importância que o Estado [...] dá a este tipo de medidas que ajudam a [...] que a população em geral esteja informada da resolução ditada pela Corte e seus alcances”.

363. A **Comissão** não se referiu à referida solicitação.

364. A Corte dispõe, como já o fez em outros casos³⁹⁵, que o Estado publique em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma só vez, no diário oficial; b) o resumo oficial da presente Sentença, por uma só vez, em um jornal de ampla circulação nacional; e c) a presente Sentença em sua integridade, disponível ao menos por um período de um ano, em uma página *web* oficial de caráter nacional, de maneira acessível ao público.

C.3.2) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

365. Os **representantes** solicitaram que o Estado, mediante cadeia nacional, peça desculpas pelas violações aos direitos declarados neste caso, assim como “pelas humilhações recebidas por múltiplos funcionários estatais, reconhecendo os mais de 16 anos de luta” da família; e assinalando as responsabilidades individuais e institucionais com o objetivo de evitar que estes fatos voltem a suceder.

366. O **Estado** solicitou em seu escrito de contestação e em suas alegações finais escritas que se rejeite a solicitação dos representantes de realizar mediante cadeia nacional as desculpas públicas pelas violações declaradas neste caso, sendo que a sentença, como tal, constitui um mecanismo de satisfação. No entanto, durante o transcurso da audiência pública manifestou que ao ser declarada sua responsabilidade “a Ministra da Saúde Pública, como

³⁹⁵ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C, nº 88, par. 79; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 466.

máxima autoridade na matéria de saúde pública efetuará as desculpas públicas à Talía [...] e sua mãe, em relação ao fato específico reconhecido pelo Estado”.

367. A **Comissão** assinalou que é necessário que o reconhecimento inclua todos os fatos e violações de direitos humanos ocorridas neste caso

368. A Corte considera necessário, com o fez em outros casos³⁹⁶ a fim de reparar o dano ocasionado às vítimas e de evitar que fatos como os deste caso se repitam, dispor que o Estado realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional no Equador, em relação aos fatos deste caso. No referido ato deverá ser feita referência às violações aos direitos humanos declaradas na presente Sentença. Sendo assim, deverá ser realizada mediante uma cerimônia pública na presença de altos funcionários do Estado, assim como a participação das vítimas deste caso. O Estado deverá acordar com as vítimas ou seus representantes a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, assim como as particularidades que se requeiram, tais com o lugar e a data para sua realização. Para isso, o Estado conta com o prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença.

C.3.3) Bolsa de estudos

369. O **Estado** alegou na audiência pública que a qualificação obtida por Talía para acessar à universidade a fez ter o mérito de uma vaga na Universidade de Cuenca, que é uma universidade pública e gratuita. Assinalou que seu desempenho acadêmico “determinará a possibilidade de que [...] seja candidata a um bolsa de excelência que implica o financiamento do Estado para que realize estudos superiores de pós-graduação em qualquer universidade do mundo em que seja aceita.

370. A **Comissão** solicitou no Relatório de Mérito que o Estado proveja, em consulta à Talía Gonzales Lluy, “a educação primária, superior e universitária, de maneira gratuita”. Posteriormente, em suas observações finais escritas, assinalou que o oferecimento relacionado com a possibilidade de uma bolsa de excelência “não pareceu ser uma prestação que o Estado vá outorgar [a Talía], mas sim que dependeria de seu desempenho acadêmico”.

³⁹⁶ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru*, par. 81; *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio da Justiça) Vs. Colômbia*, par. 576.

371. Os **representantes** solicitaram no transcurso da audiência pública que “se considere como a bolsa de excelência uma reparação a bolsa pelos esforços extraordinários que demonstrou Talía no sistema educativo”.

372. Este Tribunal nota que Talía no ano de 2013 ingressou na Universidade Estatal de Cuenca, na carreira de Design Gráfico, da qual necessitou se retirar por afetações a sua saúde derivadas de atividades próprias da referida carreira. Devido a isto, a partir do ano 2015 Talía ingressou no curso de Psicologia Social na referida Universidade. Levando em consideração o anterior, a Corte avalia o manifestado pelo Estado na audiência pública a respeito da possibilidade de que Talía tenha acesso a uma beca de excelência. No entanto, este Tribunal observa que a bolsa a qual o Estado faz referência corresponde a um oferecimento de caráter geral que realiza o Estado a todos aqueles estudantes equatorianos que mostram um alto rendimento acadêmico, motivo pelo qual não responde particularmente a um reconhecimento à qualidade de vítima de Talía. Em virtude disto, a Corte dispõe que o Estado outorgue a Talía Gonzales Lluy uma bolsa para continuar seus estudos universitários que não se encontre condicionada à obtenção de qualificações que a façam digna de uma bolsa de excelência. A referida bolsa deverá cobrir todos os gastos para a completa finalização de seus estudos, tanto material acadêmico quanto a manutenção necessária. A vítima ou seus representantes legais contam com um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, para fazer conhecer o Estado de sua intenção de receber a referida bolsa.

373. Dessa forma o Estado deverá outorgar à Talía uma bolsa para a realização de uma pós-graduação “em qualquer universidade do mundo em que seja aceita”. Esta bolsa deverá ser entregue com independência do desempenho acadêmico de Talía durante seus estudos na carreira, e deverá lhe ser outorgada, em troca, a atenção à sua qualidade de vítima pelas violações declaradas na presente Sentença. Para tal efeito, uma vez que finalize sua carreira, Talía deverá informar ao Estado e a este Tribunal, no prazo de 24 meses, sobre a pós-graduação que decidiu realizar e de sua aceitação nesta. O Estado deverá cobrir os custos acadêmicos e de manutenção previamente, conforme o custo de vista do país em que Talía vá

realizar seus estudos³⁹⁷, de forma tal que a vítima não deva arcar com os montantes correspondentes a estes **rubros** para logo serem reintegrados.

C.3.4) Entrega de uma habitação

374. O **Estado** assinalou durante a audiência pública que “formalizará a entrega de uma habitação digna na província de Azuay para garantir o direito à vida de Talía”.

375. A **Comissão** avaliou positivamente o oferecimento de uma habitação efetuado pelo Estado.

376. Os **representantes** solicitaram durante a audiência pública que se outorgue à Talía a habitação digna no programa apresentado pelo Estado.

377. Este Tribunal toma nota do oferecimento estatal, realizado durante a audiência pública, de outorgar uma moradia digna à Talía na província de Azuay, com fins de garantir seu direito à vida. A Corte avalia positivamente a vontade manifestada pelo Estado, e considera que constitui um passo importante para a reparação no presente caso³⁹⁸. Como consequência, ordena que o Estado entregue à Talía Gonzales Lluy uma habitação digna no prazo de um ano, contado a partir da emissão da presente Sentença. A entrega da habitação deverá ser a título gratuito, “pela qual as vítimas não arcarão com impostos, contraprestação ou contribuição alguma”³⁹⁹.

C.4) Garantias de não repetição

C.4.1) Garantias de não repetição em matéria de saúde

Alegações das partes e da Comissão

378. A **Comissão** solicitou à Corte dispor de mecanismos de não repetição que incluam: i) a implementação de mecanismos sérios e efetivos de supervisão e fiscalização periódica do funcionamento e sistemas de registro dos bancos de sangue que funcionam no Equador, incluindo os privados e públicos; ii) a implementação de mecanismos sérios e efetivos de supervisão e fiscalização periódica dos hospitais públicos e privados, a fim de assegurar que em seu funcionamento contem com as salvaguardas necessárias para verificar

³⁹⁷ Para isso, o Estado poderá tomar como base as considerações que utiliza a Universidade em que Talía realizará a pós-graduação para determinar os valores de bolsas que outorga aos estudantes para manutenção.

³⁹⁸ Neste sentido, a Corte destaca que o Comitê de Direitos da Criança, em sua Observação Geral nº 3, sublinhou a necessidade de dar proteção jurídica, econômica e social às crianças infectadas pelo HIV/AIDS, para que tenham acesso à moradia, entre outros serviços, a fim de reduzir sua vulnerabilidade. Cf. Comitê dos Direitos da Criança. Observação Geral nº 3. O HIV/AIDS e os direitos da criança. CRC/GC/2003/3. Março de 2003, par. 31.

³⁹⁹ Em similar sentido, ver Caso García Cruz e Sánchez Silvestre Vs. México. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C, nº 273, par. 79.

a segurança dos produtos sanguíneos que são utilizados para atividades de transfusão; iii) a implementação de programas de capacitação dos funcionários dos bancos de sangue que funcionam no Equador, a fim de assegurar que exerçam seu trabalho de maneira compatível com os padrões técnicos mínimos de segurança reconhecidos internacionalmente, e iv) o fornecimento de tratamento e atenção à saúde gratuita à crianças com HIV que não possuam recursos para tal. Por outra parte, em suas observações finais escritas a Comissão ressaltou a importância de determinar “se na atualidade existe uma regulação suficiente e específica para este tipo de serviço de saúde conforma os padrões internacionais e [...] a existência e implementação efetiva de mecanismos [...] específicos de supervisão e fiscalização”.

379. Os **representantes** manifestaram que “apesar dos grandes avanços alcançados pelo governo [equatoriano] em matéria de saúde, o caso de Talía é uma demonstração de que as políticas públicas para o HIV seguem deficitárias em relação aos padrões internacionais”. Por isso, assinalaram que uma forma de não repetição seria a expedição de normas e políticas para que sejam respeitados os direitos das pessoas com HIV, para que tenham controle mensal, trimestral e anual de todas as instituições de saúde, públicas e privadas, nas quais se estabeleçam com clareza sanções e indenizações imediatas para aqueles casos em que “ocorra uma situação similar à de Talía”. Além disso, solicitaram que o Estado preste apoio ao “seguimento da influência do ambiente jurídico na prevenção, tratamento, atenção e apoio ao HIV”. Por outra parte, requereram que se leve em consideração a informação contribuída pela Defensoria do Povo⁴⁰⁰, assim como, o relatório da perita Solíz Torres, no qual assinala que existe um estancamento no Equador quanto a esforços nacionais de aplicação dos programas de tratamento, atenção e apoio, assim como, os esforços para satisfazer as necessidades relacionadas com o HIV dos órfãos, que são outras crianças vulneráveis. Em virtude disto, determinaram que “o Estado deve evitar a privatização e ‘mercantilização do sangue’”.

⁴⁰⁰ Resolução N.0032 da Defensoria do Povo do Equador, de 19 de agosto de 2013; Relatório do seguimento do cumprimento da resolução defensorial da Defensoria do Povo, de 26 de novembro de 2014 e Providência N.180 da Defensoria do Povo, de 22 de dezembro de 2014. Estes documentos foram enviados como anexos ao escrito *amicus curiae* da Defensoria do Povo do Equador para o presente caso. Nos referidos documentos, a Defensoria do Povo assinalou a existência de alguns problemas de desabastecimento de medicamentos para pacientes com HIV/AIDS no Equador; além disso, informou que existiam reportações a respeito de que a atenção médica recebida pelos pacientes com HIV/AIDS era depreciativa e ofensiva.

380. Além disso, os representantes assinalaram em suas alegações finais escritas que “[a] melhor maneira de garantir e medir o cumprimento de uma Sentença é mediante o sistema de indicadores de direitos”, e alegaram que no presente convinha considerar o contexto financeiro e compromisso orçamentário, as capacidades estatais e os três eixos transversais: igualdade e não discriminação, acesso à justiça e acesso à informação, e participação”. Por fim, solicitaram especificamente que i) sejam atualizadas as informações sobre pessoas com HIV, serviços, disponibilidade de médicos especialistas, medicamentos e orçamentos; ii) sejam realizadas reportações dos casos e que lhes deem seguimento; iii) se avalie a qualidade e calidez do serviço periodicamente, com a participação ativa de pessoa com HIV; iv) sejam planejadas, oportuna e adequadamente, as compras públicas de medicamentos e insumos necessários; v) seja avaliado o impacto da planificação; vi) se garanta o acesso à atenção médica e serviços de saúde que garantam a atenção integral; vii) sejam capacitados continuamente especialistas **tratantes** sobre os direitos das pessoas com HIV e os servidores públicos relacionados com o HIV; viii) sejam difundidos e aplicados os conhecimentos estabelecidos no Guia de Prevenção e Controle da Planificação Materno Infantil do HIV; e ix) seja dado seguimento às unidades públicas e privadas encarregadas de oferecer serviços a pessoas com HIV.

381. O Estado assinalou que o direito à saúde se encontra disposto em diversas disposições de sua Constituição Política como base de outros direitos que sustentem o bem viver; e “é garantido mediante políticas econômicas, sociais, culturais, educativas e ambientais”, assim como, o acesso a “programas, ações, e serviços de promoção e atenção integral de saúde, saúde sexual e saúde reprodutiva”. Além disso, alegou que a prestação dos serviços de saúde “são regidos pelos princípios de equidade, universalidade, solidariedade, interculturalidade, qualidade, eficiência, eficácia, precaução e bioética, com enfoque de gênero e geracional”. O Estado indicou que conta com um Sistema Nacional de Saúde universal e gratuito que garante a promoção, prevenção, recuperação e reabilitação em todos os níveis, “e propicia a participação cidadã e o controle social”. Conforme o Estado, os serviços em saúde são “seguros, de qualidade e calidez, e garantem o consentimento informado, o acesso à informação e à confidencialidade da

informação dos pacientes”; e compreendem todos os níveis de atenção, assim como os procedimentos de diagnóstico, tratamento, medicamentos e reabilitação. Ressaltou também que creditou seis de seus hospitais públicos através de uma organização internacional.

382. Além disso, informou que a Lei para a Prevenção e Assistência Integral do HIV/AIDS “declara de interesse nacional a luta contra a [...] AISA[,] dispõe mecanismos de prevenção[,] garante uma adequada vigilância epidemiológica[,] e facilita o tratamento das pessoas afetadas”. No mais, o Ministério da Saúde Pública conta com um Regulamento de Atenção a Pessoas com AIDS, que promove a atenção especializada e protege o direito das pessoas com HIV de ter acesso aos serviços de saúde. Por outro lado, criou em 2012 um Comitê Multisetorial de HIV/AIDS, cuja função principal é “definir as linhas estratégicas [...] de políticas públicas para o projeto, implementação, avaliação e financiamento da resposta nacional ao HIV”. O referido Comitê elaborou uma Estratégia Nacional de Saúde Pública para HIV/AIDS DST, que busca ampliar a cobertura e qualidade da atenção dos serviços de saúde; assim como, do diagnóstico oportuno, atenção integral, reabilitação ou cuidados paliativos, e a participação cidadã nos sistemas de proteção e controle social do HIV/AIDS.

383. Por outra parte, o Estado solicitou à Corte que avalie as ações adotadas por este no âmbito do cumprimento da sentença emitida no *Caso Albán Conejo e Outros Vs. Equador*, em particular na incorporação de capacitação virtual em direitos humanos a profissionais da saúde no Sistema Nacional de Saúde; a reimpressão massiva da Lei de Direitos e Amparo do Paciente; o módulo sobre a má prática profissional incluído no curso de formação contínua sobre o Código Orgânico Integral Penal dirigido a administradores de justiça e defensores públicos; e o curso de Má Prática Profissional dirigido a operadores de justiça.

Considerações da Corte

384. A Corte nota que o direito à saúde se encontra atualmente regulado em diversos instrumentos normativos no Equador. Neste sentido, este Tribunal adverte que a Constituição do Equador⁴⁰¹, a Lei Orgânica de Saúde de 2006⁴⁰²,

⁴⁰¹ Constituição da república do Equador, disponível em http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Este Tribunal considera que o referido

a Lei Orgânica de Deficiências de 2012⁴⁰³ e o Código da Infância e da Adolescência de 2003⁴⁰⁴ contêm disposições de alcance geral a respeito da proteção do direito à saúde.

385. De acordo com a UNAIDS, no ano de 2004 existiam no Equador aproximadamente 7600 mulheres de pelo menos 15 anos que viviam com HIV⁴⁰⁵. A respeito dos instrumentos adotados para a atenção de pessoas com HIV, este Tribunal observa que a Lei Orgânica de Saúde e a Lei de Prevenção e Assistência Integral de HIV/AIDS de 2000⁴⁰⁶ contêm disposições específicas a respeito da atenção a pessoas com HIV/AIDS e a adoção de políticas e programas de prevenção. Além disso, constata que o Estado conta com um Manual de Modelo de Atenção Integral de Saúde adotado em 2013, que estabelece prestações de prevenção, detecção e assessoria de HIV/AIDS para todas as crianças, adolescentes e adultos⁴⁰⁷; com a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio que contemplam como uma de duas metas reduzir a propagação do HIV/AIDS e alcançar o acesso universal a seu tratamento⁴⁰⁸. Além disso, a Corte nota a incorporação de diversas linhas de investigação em matéria de HIV/AIDS dentre das Prioridades de Investigação em Saúde 2013-2017⁴⁰⁹, e a estratégia de atenção gratuita, integral e com medicamentos para crianças com HIV/AIDS, contemplada dentro do Plano Nacional de Proteção Integral à Infância e Adolescência de 2004⁴¹⁰. No mais, observa a criação do Bônus “Joaquín Gallegos Lara” de 2010⁴¹¹, e o Regulamento para a atenção a pessoas com HIV/AIDS do Ministério de Saúde Pública de 2002⁴¹². Por fim, a Corte constata a criação do Comitê Equatoriano Multisetorial de HIV/AIDS em 2011⁴¹³, e de uma Estratégia Nacional de Saúde Pública para o HIV/AIDS-DST

documento é útil para a análise do presente caso, motivo pelo qual o incorpora de ofício ao acervo probatório, em conformidade com o artigo 58.a) de seu Regulamento.

⁴⁰² Cf. Lei Orgânica de Saúde (expediente de prova, fl. 4.243).

⁴⁰³ Cf. Lei Orgânica de Deficiências (expediente de prova, fl. 4.298).

⁴⁰⁴ Cf. Código da Infância e Adolescência (expediente de prova, fl. 3.104).

⁴⁰⁵ UNAIDS, Considerações sobre o HIV e a AIDS no Equador, 2014. Disponível em: <http://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/ecuador>.

⁴⁰⁶ Cf. Lei para a Prevenção e Assistência Integral ao HIV/AIDS (expediente de prova, fl. 2.120).

⁴⁰⁷ Cf. Manual do Modelo de Atenção Integral de Saúde (expediente de prova, fl. 4.460).

⁴⁰⁸ Cf. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (expediente de prova, fl. 4.364).

⁴⁰⁹ Cf. Prioridades de Investigação em Saúde 2013-2017 (expediente de prova, fl. 4.175).

⁴¹⁰ Cf. Plano Nacional Decenal de Proteção Integral da Infância e Adolescência (expediente de prova, fl. 3.012).

⁴¹¹ Cf. Decreto de criação do Bônus “Joaquín Gallegos Lara” e o Instrutivo técnico para a inclusão, exclusão e bloqueio temporal das pessoas com deficiência severa em situação socioeconômica crítica, das pessoas com enfermidades catastróficas, raras ou órfãs em situação socioeconômica crítica e menores de 14 anos vivendo com HIV/AIDS em situação socioeconômica crítica (expediente de prova, fl. 3163 e 3168).

⁴¹² Cf. Regulamento para a atenção a pessoas com HIV/AIDS, do Ministério de Saúde Pública (expediente de prova, fl. 3.200).

⁴¹³ Cf. Acordo do Ministério de Saúde para a formação do Comitê Equatoriano Multisetorial de HIV/AIDS – CEMSIDS (expediente de prova, fl. 3.227).

em 2012⁴¹⁴. Em virtude disto, e perante a insuficiência de informação e argumentos concretos e específicos sobre os problemas que enfrentariam estas políticas, a Corte considera que não é pertinente, nas circunstâncias do presente caso, ordenar a adoção, modificação ou adequação de normas específicas de direito interno em relação à atenção a pessoas com HIV/AIDS.

386. Quanto à solicitação feita pelo Equador a respeito de que a Corte considere as ações adotadas no âmbito do cumprimento da sentença emitida no *Caso Albán Conejo e Outros Vs. Equador*, a Corte considera que não é necessário ordenar uma nova medida dirigida à difusão da Lei de Direitos e Amparo do Paciente⁴¹⁵. Sem prejuízo disto, este Tribunal dispõe que o Estado realize um programa para a capacitação de funcionários em saúde sobre melhores práticas e direitos dos pacientes com HIV, assim como, sobre a aplicação dos procedimentos estabelecidos no Guia de Atenção Integral para Adultos e Adolescentes com infecção por HIV/AIDS e a adoção de medidas positivas para evitar ou reverter as situações de discriminação que sofrem as pessoas com HIV, e em especial as crianças com HIV, no qual seja feita menção aos padrões estabelecidos na presente Sentença. Corresponde ao Estado creditar perante este Tribunal a permanência desta medida.

387. Por outra parte, quanto aos mecanismos de supervisão e fiscalização dos bancos de sangue e a verificação da segurança dos produtos sanguíneos utilizados para atividades de transfusão, a Corte constata que o Equador conta atualmente com programas de avaliação externa do desempenho dos bancos de sangue e programas de controle interno em sorologia, os quais são fiscalizados pelo Ministério da Saúde Pública através do Programa Nacional de Sangue, conforme o estabelecido na Lei Orgânica de Saúde de 2006⁴¹⁶. Além

⁴¹⁴ Cf. Estratégia Nacional de Saúde Pública para o HIV/AIDS-DST, do Ministério de Saúde Pública (expediente de prova, fl. 3.230).

⁴¹⁵ No referido caso, a Corte solicitou ao Estado realizar, em um prazo razoável, uma ampla difusão dos direitos dos pacientes, utilizando os meios de comunicação adequados e aplicando a legislação vigente no Equador e os padrões internacionais, levando em consideração que a Lei de Direitos e Amparo do Paciente estabelece a obrigação de manter em todos os serviços de saúde a disposição dos usuários exemplares da Lei. Além disso, considerou necessário que o Estado realizasse um programa para a formação e a capacitação dos operadores de justiça e profissionais da saúde sobre a normativa que o Equador implementou relativa aos direitos dos pacientes e acerca da sanção por seu descumprimento. Cf. *Caso Albán Conejo e Outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C, nº 171, pars. 162 a 164.

⁴¹⁶ A Lei Orgânica de Saúde de 2006 dispõe no artigo 71 que “[a] autoridade sanitária nacional ditará as normas relativas aos processos de doação, transfusão, uso e vigilância da qualidade do sangue humano com seus componentes e derivados, com fins de garantir o acesso equitativo, eficiente, suficiente e seguro, a preservação da saúde dos doadores e a máxima proteção dos receptores assim como dos funcionários de saúde”. Para isso, estabelece o artigo 72 que a autoridade sanitária nacional licenciará os serviços de sangue públicos e privados de acordo com a normativa vigente. Além disso, o artigo 75 assinala que “[o]s estabelecimentos autorizados a coletar unidades de sangue, previamente a sua utilização em transfusões, estão obrigados a realizar as provas para determinar o grupo e fator sanguíneo e a presença de anticorpos irregulares, assim como as sorológicas para os

disso, conforme informado pelo Ministério, foi estabelecido que previamente à distribuição de componentes sanguíneos para transfusão se realize uma prova de amplificação de ácidos nucleicos, a fim de diminuir as possibilidades de que se realizem transfusões infectadas. O Estado também adotou um Manual sobre Critério Técnico para o Uso Clínico de Sangue e Hemocomponentes, um Manual Técnico de Hemovigilância em bancos de sangue, e Critérios Técnicos Administrativos para a Implementação de Serviços de **Medicina** de Transfusão nas Unidades Operativas com Serviço de Internação⁴¹⁷. Neste sentido, a Corte relembra que o dever estatal de supervisionar e fiscalizar continuamente o funcionamento dos bancos de sangue e hospitais, a fim de assegurar que sejam aplicados os padrões técnicos mínimos de segurança reconhecidos internacionalmente nesta matéria. No entanto, este Tribunal não considera necessário ordenar uma medida de reparação neste sentido no âmbito do presente caso.

C.4.2) Garantias de não repetição em matéria de educação e não discriminação

Alegações das partes e da Comissão

388. Os **representantes** solicitaram que sejam adotadas medidas contra o estigma e a discriminação, como a sensibilização da sociedade, a polícia e a judicatura; além disso, dê capacitações aos trabalhadores da saúde sobre não discriminação, confidencialidade e consentimento informado, assim como, prestar apoio às campanhas nacionais de aprendizagem sobre direitos humanos. Requereram também que seja assegurado que as respostas do Estado frente ao HIV e à AIDS satisfaçam as necessidades específicas de meninas, mulheres, pessoas pobres e suas famílias, ao longo de sua vida. Por fim, em suas alegações finais escritas, solicitaram que seja realizada a difusão sobre o HIV e a necessidade de respeitar as pessoas que vivem com HIV à nível nacional, educacional e em outros âmbitos da vida social.

389. O **Estado** ressaltou, em relação à política pública em educação, que o direito à educação “constitui uma área prioritária no tema de implementação de políticas públicas vinculadas à construção do bem viver”. No mais, assinalou

marcadores de infecção, determinados na regulamentação correspondente de acordo com o perfil epidemiológico local, regional e nacional, e os avanços tecnológicos”.

⁴¹⁷ Cf. Relatório sobre as ações do Ministério de Saúde Pública e do Programa Nacional de Sangue para evitar casos de transmissão de infecções através das transfusões de componentes sanguíneos (expediente de prova, fl. 2.500).

que a educação primária e secundária no Equador é gratuita e universal, e “proporciona sem custo, serviços de caráter social e de apoio psicológico” no âmbito do sistema de inclusão e equidade social. Além disso, indicou que o Ministério da Educação conta com um Programa Nacional de Educação para a Democracia e o Bem Viver, que funciona como um “mecanismo de participação e promoção de direitos” e contempla temas de educação para a sexualidade, educação ambiental, educação para a saúde, educação preventiva do uso indevido de drogas, orientação e bem-estar estudantil, e educação familiar.

390. Neste sentido, o Estado fez referência ao Acordo Ministerial nº 436 adotado em 2008, no qual o Ministério da Educação acordou “[garantir] às crianças, adolescentes e jovens vítimas do HIV que pertençam ao Sistema Educativo Nacional[,] sem discriminação, nem limitações de nenhum tipo, o exercício pleno de seus direitos”; assim como, “[encarregar] as Subsecretarias Regionais de Educação e as Direções Provinciais[,] através da Supervisão Educativa, a responsabilidade de verificar, controlar e realizar o seguimento” do Acordo. Além disso, o Estado manifestou que o Conselho de Educação Superior, mediante a Resolução nº 166 de 2009, proibiu “a exclusão da comunidade acadêmica a uma pessoa que vive com HIV-AIDS, em virtude de que violenta o princípio de não discriminação” e ordenou dispor às instituições de educação superior “a incorporação da resposta ao HIV na cultura, políticas institucionais, estruturas, processos, planos de estudos e orçamento da instituição”.

391. Por outra parte, o Equador alegou que as políticas empregadas a respeito do HIV “se encontram amparadas nas garantias de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos, e inclusive foram avaliadas por organismos internacionais”. Neste sentido, ressaltou que em sua Constituição se estabelece o direito ao tratamento igualitário e a atenção prioritária para grupos vulneráveis. Assinalou que conta com um bônus de US\$ 240,00 (duzentos e quarenta dólares americanos) que são outorgados a favor das pessoas com incapacidade severa ou com enfermidades catastróficas, raras ou órfãs, assim como todos os menores de 14 anos que vivem com HIV/AIDS⁴¹⁸. Para o

⁴¹⁸ O Estado assinalou que através do Decreto Executivo nº 422, de 6 de agosto de 2010, foi criado o bônus Joaquín Gallegos Lara, a favor “das pessoas com deficiência severa e profunda em situação crítica que não podem responder por eles mesmos, [...] ou, com enfermidades catastróficas, raras ou órfãs [...] assim como, todos os menores de catorze anos vivendo com HIV/AIDS”.

outorgamento do referido bônus, informou que a Secretaria Técnica de Deficiências emitiu no ano de 2014 um **Instrutivo técnico para a inclusão, exclusão e bloqueio temporal das pessoas com deficiência severa em situação socioeconômica crítica, das pessoas com enfermidades catastróficas, raras ou órfãs em situação socioeconômica crítica e menores de 14 anos vivendo com HIV-AIDS em situação socioeconômica crítica**; no qual estabelece os requisitos e processos a seguir para obter os benefícios.

392. Por isso, o Estado concluiu que conta com os mecanismos necessários para proteger e garantir os direitos das pessoas com HIV/AIDS, motivo pelo qual a Corte “não poderia se pronunciar a respeito das garantias de não repetição solicitadas pelos representantes”.

Considerações da Corte

393. Este Tribunal constata que o Equador implementou diversas disposições relacionadas à educação e HIV. Por exemplo, na Lei Orgânica de Saúde está prevista a elaboração de políticas e programas educativos para a difusão e orientação em matéria de saúde sexual e reprodutiva, a fim de prevenir o HIV e outras afecções de transmissão sexual⁴¹⁹. No mais, o Plano Nacional de Proteção Integral a Infância e a Adolescência estabelece como um de seus objetivos “promover o acesso universal de crianças e adolescentes aos serviços de educação conforme sua idade”, e contempla dentro de suas políticas garantir o acesso e permanência de toda criança na educação pública e gratuita. Do mesmo modo, o Código da Infância e Adolescência dispõe que o sistema educativo deve garantir o acesso e permanência de toda criança à educação básica, e contemplar propostas educacionais flexíveis e alternativas para atender as necessidades de todas as crianças, com prioridade de quem tem incapacidade, trabalha ou vive uma situação que requeira maiores oportunidades para aprender⁴²⁰.

394. A respeito da não discriminação, o Código da Infância e Adolescência assinala que “[t]odas as crianças e adolescentes são iguais perante a lei e não serão discriminados por causa de seu [...] estado de saúde, incapacidade [...]

⁴¹⁹ Cf. Lei Orgânica de Saúde, artigo 27 (expediente de prova, fl. 4.250).

⁴²⁰ Cf. Código da Infância e Adolescência, artigo 37 (expediente de prova, fl. 3.108).

ou qualquer outra situação própria”⁴²¹. Além disso, o Ministério da Educação adotou em novembro de 2008 uma decisão na qual proíbe as autoridades dos estabelecimentos educativos exigir aos estudantes que realizassem qualquer prova relacionada com a identificação do HIV/AIDS; e acordou garantir às crianças e jovens com HIV/AIDS, “sem discriminação nem limitações de nenhum tipo, o exercício pleno de seus direitos”⁴²². Do mesmo modo, mediante resolução do Conselho Nacional de Educação Superior, de maio de 2009, foi proibida a exigência da prova de HIV para qualquer procedimento em uma instituição de ensino superior; foi proibida a exclusão de uma pessoa com HIV da comunidade acadêmica “em virtude de que violenta o princípio de não discriminação”, e se encarregou às instituições de realizar ações dirigidas à prevenção, utilizando informação livre de estereótipos e prejuízos, para contribuir à educação, erradicação de estigmas e discriminação por HIV/AIDS⁴²³. E também, o Plano Nacional para o Bem Viver 2013-2017 estabelece “a geração de mecanismos de acesso ao sistema educativo para a população historicamente isolada e mecanismos para desconstruir e evitar a reprodução de práticas discriminatórias excludentes dentro e fora do sistema educativo”⁴²⁴. Por fim, a Lei para a Prevenção e Assistência Integral do HIV/AIDS dispõe que “[n]enhuma pessoa será discriminada por estar infectada com HIV/AIDS”⁴²⁵.

395. A Corte nota que no presente caso o Estado violou o direito à educação de Talía

D. Indenização compensatória

396. A **Comissão** solicitou à Corte em seu Relatório de Mérito reparar integralmente Talía Gonzales Lluy e sua mãe pelas violações de direitos humanos sofridas, incluindo o aspecto material e moral.

397. Os **representantes**, em suas alegações finais escritas, enfatizaram a necessidade de que a reparação considere a vida inteira de Talía.

398. O **Estado** manifestou que “é contrário à natureza do sistema [interamericano], que os representantes tratem de obter benefícios econômicos

⁴²¹ Cf. Código da Infância e Adolescência, artigo 6 (expediente de prova, fl. 3.104).

⁴²² Cf. Decisão Ministerial “Sexualidade, a prevenção da DST-HIV/AIDS livre de estereótipos e preconceitos para contribuir com a promoção de qualidade de vida e erradicação dos estigmas e discriminação por HIV/AIDS”, de 21 de novembro de 2008 (expediente de prova, fl. 3.184).

⁴²³ Cf. Resolução do CONESUP. RCP.S07.NO.166, de maio de 2009 (expediente de prova, fl. 3.187).

⁴²⁴ Cf. Parecer pericial de John Herlyn Antón e Gustavo Medinaceli (expediente de prova, fl. 3.801).

⁴²⁵ Cf. Lei para a prevenção e assistência integral do HIV/AIDS (expediente de prova, fl. 2.120).

[...] excessivos” e solicitou à Corte desconhecer o rubro pretendido pelos representantes no presente caso.

D.1) Dano material

Argumentos das partes e da Comissão

399. Os **representantes** assinalaram que as vítimas deste caso “sofreram e sofrem perdas” e deixaram de receber rendas econômicas, o que configurou um dano material que deve ser reparado. Neste sentido, indicaram que as vítimas **incorreram** em diversos gastos em saúde a partir da enfermidade de Talía, que incluem a cobrança de **reagentes** feito pela Cruz Vermelha⁴²⁶; os exames de rotina e alimentação especial de Talía⁴²⁷; passagens de transporte a Quito a partir de 2001 a 2014; a realização do exame de genótipo viral para o juízo⁴²⁸; passagens de avião de Cuenca a Quito⁴²⁹; alimentos nutricionais⁴³⁰; gastos com internação⁴³¹; exames de enfermidades oportunistas⁴³²; exames de carga viral CD4 e CD8⁴³³, e tratamentos farmacológicos⁴³⁴. Além disso, solicitaram que se leve em consideração o custo que teriam “as terapias psicológicas necessárias [para] cada um dos membros da família Lluy”, e consideraram os gastos efetuados com saúde em aproximadamente US\$ 90.000,00 (noventa mil dólares americanos).

400. Por outra parte, os representantes manifestaram que a família Lluy teve que se endividar para fazer frente à “atenção de saúde [e] gastos de sobrevivência”. Assinalaram que Teresa Lluy tem que pagar dívidas a “amizades[,] cooperativas[,] bancos [e] agiotas”⁴³⁵, as quais ultrapassaram US\$

⁴²⁶ Os representantes alegaram que a Cruz Vermelha cobrou 80.000 sucres equatorianos na primeira atenção à Talía, por conceito de **reagentes**.

⁴²⁷ A mãe de Talía declarou que “gastava em torno de \$500,00 a \$1.500,00 mensais”.

⁴²⁸ Segundo os representantes, o referido exame, realizado em 2000, teve um custo de \$8.000,00.

⁴²⁹ Segundo os representantes, as passagens de avião foram compradas durante 2000 e 2003, e tiveram um custo de \$5.000,00.

⁴³⁰ A respeito dos alimentos nutricionais, os representantes assinalaram que entre 2005 e 2014 os gastos foram \$10.000,00.

⁴³¹ Os representantes assinalaram que pela internação de Talía em 2005 incorreu em gastos pelo montante de \$2.000,00.

⁴³² Os representantes assinalaram que a família Lluy incorreu em gastos de aproximadamente \$15.000,00 cada mês por este conceito.

⁴³³ Os referidos exames, segundo os representantes, foram realizados a cada três meses a partir de 2001, e consideraram que em 2014 haviam gasto \$20.000,00 na realização.

⁴³⁴ Neste sentido, indicaram que durante 2005 e 2014 Talía foi tratada, primeiro com Viracep e Comvivir, que custaram \$20.196,00; posteriormente, foi tratada com Stocrin e Tenvir, e atualmente está sendo tratada com Tenvir e Efavirex.

⁴³⁵ Os representantes assinalaram que Teresa Lluy relembrou as seguintes dívidas: i) US\$ 8.000,00 solicitados a Maria Soledad Salinas no ano 2000 para a realização do exame na Bélgica; ii) US\$ 5.000,00 com juros de 5% anual solicitados a Carmen Ruiz no ano 2001 para gastos de Talía; iii) US\$ 70.000,00 com juros de 15% anual solicitados à Cooperativa Alfonso Jaramillo durante os anos 2005 a 2011 para gastos com arrendamento e mudança; iv) US\$ 5.000,00 com juros de 15% anual solicitados à Cooperativa Coopera no ano 2004 para gastos de Talía; v) US\$ 5.000,00 com juros de 15% anual solicitados à Cooperativa Riobamba no ano 2006 para gastos de Talía; vi) US\$ 5.000,00 com juros de 15% anual solicitados ao Banco Pichincha no ano 2006 para gastos; vii) US\$ 20.000,00 com juros de 20% anual solicitados no ano 2007 a “agiotas” para o pagamento de dívidas; viii) US\$ 10.000,00 com juros de 15% anual solicitados à Marisol Salinas no ano 2009 para gastos de Talía; ix) US\$ 5.000,00 com juros de 15%

148.000,00 (cento e quarenta e oito mil dólares americanos). Alegaram que pelas violações aos direitos humanos sofridas por sua família, Teresa Lluy deixou de receber aproximadamente US\$ 117.000,00 (cento e dezessete mil dólares americanos), montante que deriva se “se multiplica a remuneração que recebia ante[s] da violação[,] lhe resta o que ganha agora em promédio e se multiplica pelo número de anos transcorridos”⁴³⁶. Por outra parte, solicitaram que sejam consideradas as declarações juramentadas e os testemunhos apresentados perante a Corte como prova para demonstrar os custos que não puderam ser creditados documentalmente; bem como, que o Tribunal considere que os danos materiais se prolongam no tempo e continuarão ainda depois de expedida a sentença.

401. Em virtude disto, os representantes solicitaram uma indenização por conceito de dano material de US\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil dólares americanos) a favor de Talía Gonzales Lluy; US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos) a favor de Teresa Lluy; e US\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares americanos) a favor de Iván Lluy.

402. O **Estado** alegou que a informação contribuída pelas supostas vítimas não pode ser avaliada de maneira apropriada pela Corte, ao se tratar de declarações juramentadas, “algumas faturas [...] ilegíveis [e] documentos insuficientes para calcular de maneira apropriada os rubros”. Em particular, a respeito do dano material solicitado para Talía Gonzales, o Estado considerou que “no momento em que ocorreram os fatos Talía tinha 3 anos de idade, motivo pelo qual, em nenhum caso pode ser vítima de dano material”. Assinalou que as “penosas consequências” detalhadas por Talía em suas declarações poderão ser avaliadas dentro do dano imaterial, mas não como parte do dano material. Igualmente, assinalaram que a vítima não deixou de receber nenhuma renda, já que não exerceu atividade de trabalho ou econômica.

403. A respeito de Teresa Lluy, o Estado assinalou que “não existem respaldos válidos que indiquem a ratificação da documentação” assinalada

anual solicitados durante os anos 2010 a 2012 à Cooperativa Cacpe de Gualaquiza para gastos gerais; x) US\$ 5.000.000 com juros de 15.20% anual solicitados no ano 2013 à Cooperativa JEP para gastos de Talía; e xi) US\$ 10.000,00 com juros de 15.20% anual solicitados no ano 2014 à Cooperativa JEP para gastos de Talía.

⁴³⁶ Os representantes afirmaram que atualmente Teresa Lluy ganha em promédio US\$ 50,00 (cinquenta dólares americanos) mensais, que com comissões pode alcançar US\$ 144,00 (centro e quanta e quatro dólares americanos), e em algumas ocasiões ganha menos dinheiro.

pelos representantes; e que o hospital Militar certificou que o rubro cobrado por atenção médica foi de US\$ 117,53 (cento e dezessete reais e cinquenta e três centavos em dólares americanos). Por isso, manifestou que os gastos enunciados pelos representantes “são irreais e sem respaldo algum”. Por outra parte, afirmou que o máximo de valores justificados em transportes a partir de 1998 até 2014 não poderia superar US\$ 1.056,00 (mil e cinquenta e seis dólares americanos). A respeito da aquisição de suplementos vitamínicos, o Estado assinalou que somente pode ser verificado o desembolso de US\$ 2.295,81 (dois mil e duzentos e noventa e cinco e oitenta e um centavos em dólares americanos).

404. Além disso, o Equador indicou que o rubro pelo exame realizado na Bélgica teve um custo de US\$ 3,20 (três dólares e vinte centavos em dólares americanos); e manifestou que não pode ser avaliado o montante assinalado por gastos com arrendamento por não haverem sido juntadas provas a respeito. Em relação aos empréstimos assinalados pelos representantes, o Estado alegou que “não pode assegurar que os montantes expostos tenham sido empregados diretamente em Talía, em razão da inexistente documentação probatória[;] portanto, a referida pretensão deveria ser rejeitada”. Do mesmo modo, assinalou que a afirmação sobre a renda mensal de Teresa Lluy quando trabalhava em Yambal “carece de fundamento probatório”.

405. Quanto ao dano material solicitado para Iván Lluy, o Estado solicitou que seja rejeitada a pretensão, em virtude de que o Relatório de Mérito não dispôs reparação alguma em seu favor. Sem prejuízo disto, ressaltou que não foi apresentada documentação para respaldar que Iván tivesse que trabalhar com 16 anos para ajudar sua mãe e a irmã. Assinalou que, de acordo com a informação do Instituto Equatoriano de Segurança Social e do Serviço de Rendas Internas, Iván começou a trabalhar com 18 anos. No mais, o Estado informou que Iván “conta com bens dentro de seu patrimônio”, motivo pelo qual “não foi afetado materialmente, pelo contrário, [...] alcançou com seu esforço obter um patrimônio”.

406. Por fim, o Estado concluiu que, “em virtude da inexistência do acervo probatório, não é possível avaliar os montantes concretos a respeito do suposto dano material infringido” às vítimas deste caso, motivo pelo qual deveria ser acudido o parâmetro de equidade caso seja determinada a

responsabilidade internacional. Neste sentido, assinalou que, em comparação a outros casos similares em que se tenha determinado a responsabilidade do Estado equatoriano, o rubro por dano material não poderia superar os US\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos dólares americanos) para a vítima direta e US\$ 9.833,00 (nove mil oitocentos e trinta e três dólares americanos) para as vítimas indiretas.

Considerações da Corte

407. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e as hipóteses em que corresponde ser indenizado⁴³⁷. Este Tribunal estabeleceu que o dano material abarca “a perda ou detrimento das rendas das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”⁴³⁸.

408. Da documentação contribuída a Corte nota que, na declaração prestada perante agente dotado de fé pública, Teresa Lluy assinalou que “perdeu tudo para arcar com os gastos e atender as necessidades que Talía tinha devido ao HIV: consultas médicas, viagens para controles médicos, alimentação especial [e] medicamentos[. G]astava em torno de \$500 e \$1.500 mensais”. Além disso, alegou que todos os gastos ocorreram por sua conta, que tem juízos por mora pendentes e “ameaças dos agiotas” para que pague suas dívidas. Dessa forma, indicou que atualmente ganha aproximadamente US\$ 100,00 ao mês, produto da venda informal de alimentos na rua; e que requerem do apoio econômico de seu filho Iván. Por outra parte, Iván Lluy declarou que para encarar os gastos de sua família teve que abandonar a universidade e trabalhar como mensageiro, limpando escritórios e de garçom, já que “[a]s necessidades os consumiam e nenhuma autoridade do Estado levava em consideração”. Além disso, assinalou que teve que assumir todos os gastos para dar a sua irmã uma boa alimentação e tratamento adequado. Por último, Talía manifestou que sua mãe e irmã “se endividaram e sacrificaram muito para lhe dar todo o necessário para estar viva”.

⁴³⁷ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C, nº 91, par. 43; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 591.

⁴³⁸ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, par. 43; e *Caso Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, par. 591.

409. A Corte constata que os representantes apresentaram provas de diversas dívidas em nome de Iván e Teresa Lluy⁴³⁹, assim como, da demanda de juízo executivo apresentada pela Cooperativa de Poupança e Crédito La Merced perante o Juizado Civil de Cuenca⁴⁴⁰. Dessa forma, consta dentro do acervo probatório recibos de exames médicos, suplementos alimentícios e transporte⁴⁴¹. Todavia, sobre a base da prova existente no expediente, a Corte não pode quantificar com precisão o montante que a família Lluy havia gasto com relação aos fatos, ao não poder determinar com clareza os conceitos de cada um dos gastos e dúvidas esgrimidas. Não obstante, este Tribunal reconhece que as vítimas incorreram em diversos gastos pelo tratamento médico e cuidados que deveria receber Talía Gonzales Lluy, motivo pelo qual se fixa em equidade a favor de Teresa e Iván Lluy, a soma de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) para cada um, relativo ao dano material.

D.2) Dano imaterial

Argumentos das partes e da Comissão

410. Os **representantes** alegaram que, considerando os sofrimentos pela violação persistente e inestimável aos direitos humanos que tem relação com três pessoas em particular vulnerabilidade que requeriam proteção especial, o

⁴³⁹ Tabela de amortização de dívidas ativas no nome de Iván Lluy pelo montante de US\$ 12.584,88 (expediente de prova, fl. 1.193); extratos de créditos cancelados no nome de Teresa Lluy na Cooperativa Alfonso Jaramillo pelo montante de US\$ 84.590,00 (expediente de prova, fls. 1.195 e 1.196); créditos outorgados a Teresa Lluy pela Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced Ltda. pelo montante de US\$ 6.000,00 (expediente de prova, fls. 1.197 a 1.199); empréstimo no nome de Iván Lluy outorgado pela Cooperativa de Ahorro y Crédito "Juventud Ecuatoriana Progresista" Ltda. pelo montante de US\$ 5.000,00 (expediente de prova, fl. 1.204); crédito em mora no nome de Teresa Lluy outorgado pela Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa Gualaquiza pelo montante de US\$ 2.000,00 de dívida inicial, US\$ 400,00 de dívida capital e US\$ 60,92 de dívida de juros (expediente de prova, fl. 1.207); liquidação de empréstimo feito a Teresa Lluy pela Cooperativa "Alfonso Jaramillo León" pelo montante de US\$ 4060,00 (expediente de prova, fl. 1.210); tabela de amortização de crédito no nome de Teresa Lluy em Cooperadora Ltda. Ahorro y Crédito pelo montante de US\$ 2.953,98 (expediente de prova, fl. 1.211); e dívida cancelada no nome de Teresa Lluy no Banco del Pacífico no ano 1999 pelo montante de 2.600.000 sucres (expediente de prova, fl. 1.212).

⁴⁴⁰ Demanda de juízo executivo interposta pela Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced Ltda. para o pagamento de US\$ 1.002,96 por conceito de dividendos vencidos, US\$ 422,19 do saldo da dívida, os juros de mora calculados no máximo legal e as custas processuais. A quantia do executivo foi estabelecida em US\$ 10.000,00 (expediente de prova, fl. 1.200).

⁴⁴¹ Recibo de exames médicos realizados por International Laboratories Services Interlab S.A. no nome de Talía Gonzales pela soma de US\$ 489,44 (expediente de prova, fl. 1.214); recibos de transporte da empresa Ejecutivo San Luis de Transportes S.A. com destino Cuenca-Guayaquil para dois adultos datados de 2 e 3 de abril de 2014 pela soma de US\$ 16,00 cada um (expediente de prova, fls. 1.214 e 1.217); recibo de transporte da Cooperativa de Transportes "S.A.N.T.A" no nome de Teresa Lluy com destino Quito-Cuenca datado de 27 de julho de 2012 para dois adultos pela soma de US\$ 18,00 (expediente de prova, fl. 1.215); recibos de transporte da Cooperativa de Transportes Flota IMBABURA no nome de Teresa Lluy com destino Cuenca-Quito datado de 26 de julho de 2012, 14 de fevereiro de e 1º de agosto de 2013 para dois adultos pela soma de US\$ 24,00 cada um (expediente de prova, fls. 1.215 e 1.216); e recibo de transporte da Cooperativa de Transportes "Turismo Oriental" com destino Quito-Cuenca datado de 15 de junho de 2011 para dois adultos pela soma de US\$ 28,00 (expediente de prova, fl. 1.216). Em relação aos suplementos alimentícios, apresentaram faturas de Omnifite datados de 4 e 23 de março de 2005 pelo montante de US\$ 707,40 e US\$ 710,95; 15 de outubro de 2007 pelo montante de US\$ 195,89; 24 de novembro e 17 de dezembro de 2007 pelo montante de US\$ 184,43 e US\$ 201,43; 10 de abril de 2008 pelo montante de US\$ 250,58; 2 de dezembro de 2009 pelo montante de 292,90; fatura de data ilegível pelo montante de US\$ 128,05; fatura de 1º de agosto de 2011 pelo montante de US\$ 168,46; fatura de 6 de junho de 2013 pelo montante de US\$ 136,99; fatura de 15 de novembro de 2012 pelo montante de US\$ 262,90; e faturas de 24 de fevereiro e de 17 de março de 2014 pelos montantes de US\$ 126,81 e US\$ 186,15 (expediente de prova, fls. 1.221 a 1.230).

montante do dano imaterial não pode ser menor que US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares). Além disso, os representantes mencionaram que, no contexto equatoriano, no qual foi compensado na justiça equatoriana o Presidente da República com “sentenças milionárias”, não é “disparatada” a pretensão das vítimas deste caso. Sem prejuízo disto, assinalaram que “no pior dos casos”, se leve em consideração o critério oferecido pelo perito Marcelo Pazmiño, que propõe multiplicar os anos de expectativa de vida da mulher equatoriana, de 72 anos e calcular o número de meses pelo valor de uma cesta básica familiar.

411. O **Estado** solicitou à Corte que, na hipótese em que se determine que o Estado é responsável no presente caso, “na aplicação da jurisprudência interamericana, o dano moral seja calculado em equidade”, levando em consideração as sentenças relacionadas com o direito à saúde pelas qual o Equador já foi condenado. Para isso, solicitou que se utilize como parâmetro os montantes outorgados pela Corte nos casos *Albán Conejo*, *Vera Vera* e *Suárez Peralta*. Neste sentido, o Estado assinalou que o “dano moral ocasionado à vítima direta, em caso de que o Tribunal assim determine, [...] não poderá superar os US[\$] 52.500[,00] (cinquenta e dois mil e quinhentos dólares americanos)”. Para as vítimas indiretas, o Equador alegou que o montante não poderia superar os US\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos dólares americanos). Por outra parte, o Estado alegou que Iván Lluy não recorreu a nenhum centro de saúde público para se tratar psicológica e psiquiatricamente, motivo pelo qual indicou doze centros de atenção psicológica e dois centros de atenção psiquiátrica aos quais pode recorrer.

Considerações da Corte

412. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a sentença pode constituir *per se* uma forma de reparação⁴⁴². Não obstante, a Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este “pode compreender tantos os sofrimentos e as aflições causadas à vítima direta e suas alegações, o menosprezo de valores muito

⁴⁴² Cf. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C, nº 28, par. 35; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 482.

significativos para as pessoas, assim como, as alterações de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família”⁴⁴³.

413. No presente caso, a Corte nota que conforme o parecer pericial de Sonia Niveló, o contágio e a convivência com o HIV gerou em Talía “uma grave perturbação psicológica” e uma “depressão prolongada de estado de ânimo”, “distímia” e “um transtorno de personalidade e do comportamento devido à enfermidade”. Dessa forma, em declaração prestada perante agente dotado de fé pública, Talía manifestou que se sentiu muito sozinha, não podia ter amigos duradouros e padecia de raiva e tristeza. Além do mais, assinalou que em ocasiões “quis morrer [...] para que lhe dessem mais comprimidos que a fizessem sofrer”, e que enfrentou rejeição e discriminação. Quando tomou ciência de sua enfermidade pensou “que era uma ameaça para a família e todas as pessoas que [a] rodeavam”, e que tem “pavor à rejeição”. Por fim, manifestou que tem que estar que se escondendo, não pode levar uma vida normal, e que “est[á] condenada a viver assim pelo tempo em que dure sua vida”.

414. A respeito de Teresa Lluy, a perita Sonia Niveló considerou que apresenta um “transtorno misto ansioso-depressivo”, assim como, “traços de reação a estresse agudo”, devido ao “isolamento, o estigma social, [...] a perda do emprego [e a]o enfrentar [...] a enfermidade de sua filha sem nenhuma reparação e sem nenhum suporte social”. No mais, ressaltou que padece de diabetes emocional, hipertensão, dores físicas crônicas, apreensão, tensão muscular e hiperatividade vegetativa. Por outra parte, na declaração prestada perante agente dotado de fé pública Teresa informou que quando soube do contágio de sua filha sua vida desmoronou, ficou destroçada e preocupada pela vida de sua filha; e desde então foi tratada com discriminação e agressividade. Além disso, assinalou que vivia com muito medo de que sua filha ficasse doente pelas condições que em tiveram que viver, e seus filhos e ela ficaram “tensos, assustados, ofuscados, deprimidos, sem vontade de viver”. Por fim, informou que a diagnosticaram com diabetes emocional, devido ao estresse sofrido pela situação de sua filha.

⁴⁴³ Cf. *Caso dos “Meninos de Rua (Niños de la Calle)” (Villagrán Morales e Outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C nº 77, par. 84; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 482.

415. Por sua parte, na avaliação psicológica realizada pela perita Sonia Niveló, Iván Lluy apresentou “reações de estresse grave e transtornos de adaptação”, humor depressivo, ansiedade, preocupação, sentimento de incapacidade para encarar os problemas; assim como, sentimentos de ira, frustração, desesperança e culpa. A perita diagnosticou que Iván Lluy padecia de depressão moderada. Em sua declaração perante agente dotado de fé pública, Iván manifestou que sua vida “foi horrivelmente afetada” ao tomar ciência do contágio de sua irmã, “[m]uitas vezes não pôd[e] aguentar e só podia chorar”. Além disso, assinalou que foi diagnosticada “depressão maior” e teve que tomar medicamentos por um ano e meio. Dessa forma, a Corte constata que na declaração prestada perante agente dotado de fé pública, por sua mãe Teresa Lluy, esta assinalou que quando teve que se deslocar para Quito com Talía para que fosse atendida, “[s]eu filho ficava em Cuenca completamente sozinho, às vezes dormia nos parques ou onde encontrava um espaço, pois não tinha[m] como arrendar”.

416. Por isso, considerando as circunstâncias do presente caso, os sofrimentos que as violações cometidas causaram às vítimas, assim como, nas condições de vida e as restantes consequências de ordem imaterial que estas sofreram, a Corte considera pertinente fixar em equidade, relativo ao dano imaterial, uma indenização equivalente a US\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares americanos) a favor de Talía Gonzales Lluy; US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares americanos) a favor de Teresa Lluy; e US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares americanos) a favor de Iván Lluy.

E. Custas e gastos

417. Os **representantes** alegaram que as vítimas incorreram em múltiplos gastos pelas gestões realizadas a nível interno e no curso do procedimento perante o sistema interamericano; que incluem o gasto para assistir as audiências, gastos com correio, reprodução de documentos; mobilização, hospedagem e alimentação. Por isso, solicitaram à Corte considerar em equidade a restituição de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) relativos a custas e gastos, “sempre que não se conceda o Fundo de [A]ssistência [L]egal a [V]ítimas”.

418. O **Estado** alegou que “os representantes [...] conhecem a obrigação de emitir faturas pelos serviços profissionais”, motivo pelo qual ao não contar com

documentos que confirmem a pretensão solicitada, o Estado entenderia por custas e gastos um rubro não maior que US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos).

419. A Corte reitera que, conforme sua jurisprudência⁴⁴⁴, as custas e gastos fazem parte do conceito de reparação, uma vez que a atividade realizada pelas vítimas com fins de obter justiça, tanto a nível nacional quanto internacional, implica gastos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante sentença condenatória. Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, assim como, os gerados no curso do processo perante o sistema interamericano, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção de direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e tendo em vista os gastos assinalados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável⁴⁴⁵.

420. Este Tribunal assinala que “as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que os sustentam, devem ser apresentados perante a Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos que tenha incorrido na ocasião do processo perante esta Corte”⁴⁴⁶. Dessa forma, a Corte reitera que não é suficiente a submissão de documentos probatórios, mas sim que se requiere que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegações de desembolso econômico, seja estabelecido com claridade os rubros e a justificação destes⁴⁴⁷.

421. No presente caso, não consta no expediente respaldo probatório preciso em relação com as custas e gastos nos quais incorreram os representantes das vítimas. No entanto, este Tribunal pode inferir que os representantes

⁴⁴⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 42; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 488.

⁴⁴⁵ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C, nº 39, par. 82; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 488.

⁴⁴⁶ *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina*, par. 79; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 489.

⁴⁴⁷ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, par. 277; e *Caso Cruz Sánchez e Outros Vs. Peru*, par. 489.

incorreram em gastos relativos ao exercício de sua representação legal durante o processo perante esta Corte. Sendo assim, é razoável supor que durante os anos de tramitação do presente caso perante a Comissão as vítimas e os representantes realizaram gastos econômicos. Levando em consideração o anterior, a Corte fixa em equidade a quantidade de 10.000,00 (dez mil dólares americanos), que deverão ser entregues aos representantes relativos a custas e gastos pela tramitação do processo perante o sistema interamericano de direitos humanos. Na etapa de supervisão do cumprimento da presente Sentença, a Corte poderá dispor o reembolso por parte do Estado às vítimas ou seus representantes de gastos posteriores razoáveis e devidamente comprovados⁴⁴⁸.

F. Restituição dos gastos ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas

422. Os representantes das vítimas solicitaram o apoio do Fundo de Assistência Legal a Vítimas da Corte para cobrir gastos do litígio perante a Corte. Mediante a Resolução do Presidente de 7 de outubro de 2014, foi declarada procedente a solicitação e foi autorizado outorgar a assistência financeira necessária para a apresentação de um máximo de três declarações e duas perícias, em audiência pública ou por *affidavit*, e o comparecimento de um dos representantes na audiência pública convocada no presente caso.

423. Em 30 de julho de 2015, foi remetido ao Estado um relatório de dispêndios, conforme o disposto no artigo 5 do Regulamento da Corte sobre o funcionamento do referido Mérito. O Estado assinalou que não tinha observações sobre os dispêndios realizados no presente caso, os quais ultrapassaram a soma de US\$ 4.649,54 (quatro mil e seiscentos e quarenta e nova e cinquenta e quatro centavos em dólares americanos), pelos gastos incorridos. Este montante deverá ser reintegrado à Corte Interamericana no prazo de noventa dias, contados a partir da notificação da presente Sentença.

A. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

424. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações relativas a dano material e imaterial, assim como a restituição das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas indicadas nesta,

⁴⁴⁸ Cf. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C, nº 2017, par. 291; e *Caso Veliz Franco e Outros Vs. Guatemala*, par. 307.

dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.

425. Caso os beneficiários faleçam antes que sejam entregues as respectivas indenizações, estas serão efetuadas diretamente a seus herdeiros, conforme o direito interno aplicável.

426. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares americanos, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de cambio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

427. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações, ou a seus herdeiros, não for possível o pagamento das quantidades determinada dentro do prazo indicado, o Estado consignará os referidos montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira equatoriana **solvente**, em dólares americanos, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária do Estado. Se não se reclama a indenização correspondente uma vez passados dez anos, as quantidades serão devolvidas ao Estado com os **devidos** interesses.

428. As quantidades designadas na presente Sentença, como indenização por dano material e imaterial, e como restituição de custas e gastos deverão ser entregues às pessoas indicadas de forma integral, conforme o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais cargas fiscais.

429. Em caso de que o Estado incorra em mora, incluindo a restituição dos gastos ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas, deverá pagar um interesse sobre a quantidade endividada, correspondente ao interesse bancário moratório na República do Equador.

XIII

Pontos Resolutivos

Portanto,

A CORTE

DECIDE,

Por unanimidade,

1. Aceitar o reconhecimento de um fato efetuado pelo Estado, nos termos dos parágrafos 49 e 50 da Sentença.

2. Desconsiderar a exceção preliminar relativa à alegada falta de esgotamento dos recursos internos, interposta pelo Estado, nos termos dos parágrafos 27 a 33 desta Sentença.

DECLARA,

Por unanimidade, que

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos à vida e integridade pessoal, reconhecidos nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, em relação à prestação de serviços de saúde, em detrimento de Talía Gabriela Gonzales Lluy, nos termos dos parágrafos 167 a 191 desta Sentença.

4. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana, combinado ao artigo 1.1 desta normativa, em detrimento de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, nos termos dos parágrafos 211 a 229 desta Sentença.

5. O Estado é responsável pela violação do direito à educação, reconhecido no artigo 13 do Protocolo de San Salvador, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana, em detrimento de Talía Gabriela Gonzales Lluy, nos termos dos parágrafos 233 a 291 desta Sentença.

6. O Estado é responsável pela violação da garantia judicial do prazo razoável no processo penal, reconhecida no artigo 8.1 da Convenção Americana, combinado aos artigos 19 e 1.1 desta normativa, em detrimento de Talía Gabriela Gonzales Lluy, nos termos dos parágrafos 298 a 316 desta Sentença.

7. O Estado não é responsável pela violação da garantia judicial do prazo razoável no processo civil, reconhecida no artigo 8.1 da Convenção Americana, combinado aos artigos 19 e 1.1 desta normativa, em detrimento de Talía Gabriela Gonzales Lluy, nos termos dos parágrafos 322 e 327 desta Sentença.

8. O Estado não é responsável pela violação do direito à proteção judicial, reconhecido no artigo 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 desta normativa, nos termos dos parágrafos 331 a 333 e 338 desta Sentença.

E DISPÕE,

Por unanimidade que:

9. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

10. O Estado deve oferecer gratuitamente e de forma oportuna o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico à Talía Gabriela Gonzales Lluy, incluindo o

fornecimento de medicações que requeira, nos termos dos parágrafos 355 a 360 desta Sentença.

11. O Estado deve realizar no prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, as publicações indicadas no parágrafo 364 da Sentença, nos termos dispostos neste. Esta publicação deve ser mantida em uma página *web* oficial por pelo menos um ano.

12. O Estado deve realizar no prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença, o ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional indicado no parágrafo 368 da Sentença, nos termos dispostos neste.

13. O Estado deve outorgar à Talía Gabriela Gonzales Lluy uma bolsa de estudos para continuar seus estudos universitários que não esteja condicionada à obtenção de qualificações que a façam digna de uma bolsa de excelência, nos termos do parágrafo 372 desta Sentença. Se estabelece um prazo de seis meses para que a vítima ou seus representantes legais façam o Estado conhecer de sua intenção de recebê-la.

14. O Estado deve outorgar à Talía Gabriela Gonzales Lluy uma bolsa para a realização de uma pós-graduação, que não esteja condicionada a seu desempenho acadêmico durante seus estudos na carreira, nos termos do parágrafo 373 desta Sentença. Para tal efeito, uma vez que finalize sua carreira, Talía deverá informar ao Estado e a este Tribunal, no prazo de 24 meses sobre a pós-graduação que decidiu realizar e sua aceitação nesta.

15. O Estado deve entregar à Talía Gabriela Gonzales Lluy uma habitação digna em um prazo de um ano, a título gratuito, nos termos do parágrafo 377 desta Sentença.

16. O Estado deve realizar um programa para a capacitação de funcionários da saúde sobre melhores práticas e direitos dos pacientes com HIV, nos termos dos parágrafos 384 a 386 desta Sentença.

17. O Estado deve pagar, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, as quantidades fixadas nos parágrafos 409 e 416 relativos a indenizações por danos materiais e imateriais, assim como, a restituição de custas e gastos, nos termos do parágrafo 421 desta Sentença.

18. O Estado deve restituir o Fundo de Assistência Legal a Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos a quantidade despendida durante a tramitação do presente caso, nos termos do parágrafo 423 desta Sentença.

19. O Estado deve entregar ao Tribunal um relatório, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, sobre as medidas adotadas para cumpri-la. Os relatórios relacionados com a atenção médica e psicológica ou psiquiátrica deverão ser apresentados a cada três meses.

A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado o completo cumprimento do disposto nesta Sentença.

Os Juízes Humberto Antonio Sierra Porto, Alberto Pérez Pérez e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot deram a conhecer à Corte seus respectivos votos concorrentes, os quais acompanham esta Sentença. Os Juízes Roberto F. Caldas e Manuel E. Ventura Robles aderiram ao respectivo voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Exarada em espanhol, em São José, Costa Rica, em 1º de setembro de 2015.

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Roberto F. Caldas
Manuel E. Ventura Robles

Diego
Alberto Pérez Pérez

García-Sayán

Eduardo Vio Grossi
Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eduardo

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Humberto Antonio Sierra Porto

Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO CONCORRENTE DO JUIZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA
PORTO**

**SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR

SENTENÇA DE 1º DE SETEMBRO DE 2015

(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

A. Introdução

1. A finalidade do presente voto concorrente é ampliar e complementar as razões pelas quais considero que não é necessário declarar a violação do artigo 26 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (doravante “a Convenção” ou “a Convenção Americana”), para alcançar a efetiva proteção e garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais (doravante “DESC”). Pelo contrário, minha opinião jurídica sobre a matéria é que esta via para tentar fazer **imputáveis** os DESC, no âmbito do sistema interamericano, pode chegar a ser inclusive mais problemática que outras vias existentes e já aplicadas pela Corte. Por exemplo, no presente caso a Corte protegeu o direito à saúde em relação aos direitos à vida e integridade pessoal, ao declarar violada “a obrigação de fiscalização e supervisão da prestação de serviços de saúde, no âmbito do direito à integridade pessoal e da obrigação de não pôr em risco a vida”¹.

2. A respeito, **quis** esclarecer que parto da premissa conforme a qual é necessário que existam mecanismo para proteger estes direitos, razão pela qual entendo a boa intenção dos juízes e acadêmicos que propendem a uma aplicação direta do artigo 26 da Convenção. No entanto, parece-me importante destacar os principais problemas que, na minha opinião, surgem desta proposta e que são, por sua vez, as razões pelas quais considero que a Corte Interamericana não deve adotar esta posição.

3. Para sustentar o anterior procederei de modo a analisar: i) os alcances do artigo 26 da Convenção Americana; ii) a limitação de competência

¹ Par. 191 da Sentença.

estabelecida no Protocolo de San Salvador; e iii) a utilização da interpretação evolutiva e o princípio *pro homine*. Por fim e a modo de conclusão, realizarei algumas considerações gerais sobre a natureza e competências dos tribunais de direitos humanos.

B. Alcances do artigo 26 da Convenção Americana

4. Antes de começar com o estudo do artigo 26 da Convenção quis esclarecer que minha posição sobre este tema se refere exclusivamente à competência que a Corte Interamericana tem para declarar violados os direitos estabelecidos no Protocolo de San Salvador, motivo pelo qual irei me referir de maneira ampla a algumas discussões que se dão no âmbito do debate sobre a **justiciabilidade** dos DESC, **tendo em vista que é claro** que todos os tipos de direitos o são em maior ou menor medida. Sequer considero que com minha posição se desconheça a natureza indivisível dos direitos humanos, devido a que distingo entre as obrigações geradas a um Estado pela assinatura e ratificação do tratado, e as competências que esse mesmo tratado possa outorgar ao órgão ou tribunal que o supervise. A respeito, é certo que os direitos estão intrinsecamente conectados e não devem ser vistos de maneira isolada, razão pela qual apoio a justiciabilidade dos DESC via conexão, mas a indivisibilidade dos direitos não é suficiente para modificar a competência de um tribunal, como propõem aqueles que pretendem uma justiciabilidade direta por meio da interpretação ampla do artigo 26 da Convenção.

5. Uma vez determinado o anterior me parece pertinente em primeiro lugar estabelecer quais são as obrigações geradas do artigo 26 da Convenção. Este artigo estipula que:

CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26º - Desenvolvimento progressivo

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

6. Sobre o alcance do artigo 26, a Corte indicou que a obrigação principal que se depreende deste artigo é o desenvolvimento progressivo dos direitos

econômicos, sociais e culturais², no qual acarreta “um dever – embora condicionada – de não-regressividade, que nem sempre deverá ser entendido como uma proibição de medidas que restrinjam o exercício de um direito”³. Além disso, a Corte manifestou que as obrigações gerais dos artigos 1 e 2 da Convenção também são aplicáveis a este artigo⁴.

7. Embora o artigo 26 não estabeleça um catálogo de direitos, mas sim que faz referência direta à Carta da Organização dos Estados Americanos (doravante “a Carta” ou “a Carta da OEA”). Após uma leitura da Carta pode-se concluir que esta sequer contém um catálogo de direitos subjetivos claros e precisos, pelo contrário, se trata de uma lista de metas e expectativas que **perseguem** os Estados da região, o que dificulta vislumbrar quais são os direitos aos que se faz menção no artigo. Em concreto, não há referências expressas aos DESC e para afirmar que efetivamente se encontram consagrados na Carta é necessário realizar um trabalho interpretativo bastante extenso. A exemplo do anterior, o direito à saúde, o qual foi matéria de análise no presente caso. Alguns autores afirmam que o referido direito está notoriamente consagrado na Carta, no entanto, quando se busca no referido texto se encontram somente duas referências vagas nos artigos 34⁵ e 45⁶. A respeito, concordo plenamente que “não é suficiente inferir um direito por seu nome a partir da Carta, também é necessário que a Carta estabeleça um conteúdo mínimo desse direito. Este conteúdo mínimo logo poderia ser clarificado – até certo ponto – por outros instrumentos internacionais. Definir todo o conteúdo e o alcance de um direito por meio de outros instrumentos resultaria inevitavelmente em uma modificação da Carta”⁷.

² Cf. *Caso “Cinco aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C, nº 98, par. 147.

³ Cf. *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C, nº 198, par. 103.

⁴ “[É] pertinente observar que, embora o artigo 26 esteja no capítulo III da Convenção, intitulado ‘Direitos Econômicos, Sociais e Culturais’, também está localizado na Parte I deste instrumento, intitulado ‘Deveres dos Estados e Direitos Protegidos’ e, portanto, está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 indicados no capítulo I (intitulado ‘Enumeração de Deveres’), bem como os artigos 3 a 25 indicados no capítulo II (intitulado ‘Direitos Cívicos e Políticos’)”. *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 100.

⁵ O artigo 34.i) da Carta da OEA estabelece entre os “objetivos básicos do desenvolvimento integral” a “[d]efesa do potencial humano mediante extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica” (**Sublinhado fora do texto**).

⁶ O artigo 45 da Carta da OEA assinala: “Os Estados membros, [...]convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: [...] h) Desenvolvimento de uma política eficiente de previdência social”.

⁷ “[I]t is not enough just to infer a right by its name from the Charter, it is also necessary that the Charter provides a minimum content for that right. This minimum content could then be clarified – to a certain extent – by other international instruments. Defining the entire content and scope of a right by means of other instruments would invariably result in a modification of the Charter”. (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, *The American Convention And The Protocol*

8. Neste sentido, cabe ressaltar que:

“A inclusão [do artigo 26] no texto convencional requer o esforço teórico por dotá-la de sentido, acorde com as demais normas da Convenção e os princípios que regem sua interpretação, evitando duas posturas que entendemos incorretas [entre elas], a tentação de introduzir mediante este artigo um catálogo completo de direitos sociais que evidentemente os Estados não tiveram a intenção de incorporar no sistema da Convenção, destinado principalmente para a tutela de direitos civil e políticos”⁸.

9. Embora tenha sido desejável quando foi estabelecido o artigo 26 que se utilizou uma técnica legislativa menos problemática como é o sistema de remissões complexo à Carta da OEA, o certo é que a remissão é à Carta e não à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o qual poderia ter produzido uma interpretação distinta, devido a que a declaração conta com referências mais claras aos DESC⁹. Lamentavelmente este não é o caso¹⁰.

10. Por outra parte, foi afirmado que a Corte Interamericana já havia aceitado no *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru* que o artigo 26 da Convenção contém o catálogo preciso de DESC, os quais seriam exigíveis de maneira direta. Em minha opinião, o alcance dado a esta Sentença é excessivo. Em primeiro lugar, na Sentença não se declara a violação do artigo 26 e o estudo realizado é precisamente em torno da obrigação de desenvolvimento progressivo e não a respeito de uma exigibilidade direta de algum direito em particular. Em segundo lugar, a Sentença não define nem esclarece qual seria o DESC que estaria tutelando, nem seu alcance ou conteúdo mínimo. Em terceiro lugar, inclusive sem sequer derivar algum tipo de justiciabilidade direta da afirmação de que as obrigações de respeito e garantia são aplicáveis ao artigo 26 da Convenção, cabe ressaltar que estas afirmações são um *obiter dictum* da Sentença, devido a não ter relação direta com a decisão final que foi a de não declarar violado o

Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 171.

⁸ Víctor Abramovich, e Julieta Rossi, ‘A Tutela dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos’, *Estudos Socio-Jurídicos*, Vol. 9, 2007, p. 37.

⁹ A modo de exemplo, o artigo XI estabelece que: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja preservada por medidas sanitárias e sociais, relativas à alimentação, vestimenta, habitação e assistência médica, correspondentes ao nível que permitam os recursos públicos e os da comunidade”.

¹⁰ A respeito, “[n]o caminho que deve seguir para ser determinado se um direito se encontra implícito na Carta é necessário, ao nosso entender, evitar o atalho de apelar diretamente à Declaração Americana como instrumento que informa o conteúdo dos direitos humanos consagrados na Carta. [Isto tendo em vista que] o artigo 26 fala dos direitos derivados das normas econômicas, sociais, e sobre educação, ciência e cultura da Carta e não remite à Declaração”. Víctor Abramovich, e Julieta Rossi, ‘A Tutela dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos’, *Estudos Socio-Jurídicos*, Vol. 9, 2007, p. 47.

artigo 26¹¹. Além disso, este ponto da Sentença não foi reiterado na jurisprudência posterior da Corte apesar de terem sido apresentados casos em que as violações alegadas poderiam haver permitido à Corte reafirmar sua posição, motivo pelo qual restam dúvidas se depois de seis anos de adotada a Sentença pode se considerar precedente constante. Por fim, esta Sentença tem um problema importante de base, porque não faz menção alguma ao Protocolo de San Salvador, o qual será estudado mais adiante, é fundamental para entender a competência da Corte nesta matéria.

11. Tendo em vista o anterior, é possível levantar uma primeira conclusão, de que o artigo 26 da Convenção Americana não contém um catálogo de direitos subjetivos estabelecido de maneira clara, precisamente pelos problemas que gera a remissão à Carta da OEA. Portanto, a obrigação que este artigo implica e que a Corte pode supervisionar de maneira direta é o cumprimento da obrigação de desenvolvimento progressivo e seu consequente dever de não regressividade dos direitos que poderiam derivar da Carta, mais além da simples referência ao nome, como poderia ser o direito ao trabalho¹².

C. O Protocolo de San Salvador

12. Conforme assinalado anteriormente, não é possível abordar os debates sobre a competência da Corte Interamericana em matéria de DESC sem considerar o Protocolo de San Salvador. Para efeito, no décimo oitavo período ordinário de sessões celebrado em 1988, a Assembleia Geral da OEA abriu para assinatura o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). O texto do Protocolo se baseou em um rascunho de trabalho preparado pela Comissão Interamericana¹³ e foi adotado em 17 de novembro

¹¹ A efeito, a razão pela qual a Sentença decide que não há violação é que “tendo em consideração que o que está sob análise não é uma providência adotada pelo Estado que tenha impedido o desenvolvimento progressivo do direito a uma pensão, mas, ao contrário, o descumprimento estatal do pagamento ordenado por seus órgãos judiciais, o Tribunal considera que os direitos afetados são aqueles protegidos nos artigos 25 e 21 da Convenção e não encontra motivo para declarar adicionalmente o descumprimento do artigo 26 deste instrumento”. **Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladora”) Vs. Peru, par. 106.**

¹² Por exemplo, o artigo 45.b da Carta estabelece que: “O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade quanto na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”.

¹³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano (Atualizado em fevereiro de 2012)*, 2012, p. 11.

de 1988. O Protocolo entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, depois da ratificação de 11 Estados e na data ter sido ratificada 16 Estados¹⁴.

13. Sobre a natureza dos protocolos, cabe ressaltar que estes no direito internacional público são acordos independentes, mas subsidiários a um tratado que adicionam, esclarecem, modificam ou complementam o conteúdo **procedimental/processual** ou substancial deste. A existência de um protocolo está diretamente ligada à existência do tratado, isto é, sem tratado base não existe protocolo¹⁵.

14. A relevância do Protocolo radica em que é mediante este tratado que os Estado da região tomaram a decisão de definir quais são os DESC que estão obrigados a cumprir. Dessa forma, estabeleceram de maneira clara e precisa o conteúdo de referidos direitos. Por exemplo, o artigo 10 do Protocolo consagra o direito à saúde da seguinte maneira:

Artigo 10

Direito à saúde

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

15. No entanto, os Estados tomaram a decisão soberana de restringir quais dos DESC consagrados no Protocolo poderiam ser objeto de supervisão por meio do mecanismo de petições individuais ao estabelecer no artigo 19.6 que:

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

¹⁴ Os Estados que ratificaram o Protocolo são: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, El Salvador, Guatemala, Suriname e Uruguai. Extraído em 10 de setembro de 2015, da página web <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>.

¹⁵ Ver também, Definições de termos fundamentais na Coleção de Tratados das Nações Unidas. Consultado em: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#protocols>.

à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Sublinhado fora do texto)

16. E assim, mediante esta disposição, os Estados resolveram limitar a competência da Comissão e da Corte para conhecer de casos contenciosos que não se encontrem relacionados com alguns direitos sindicais e com o direito à educação. Para efeito, no presente caso a Corte exercendo a competência que lhe outorgar este artigo declarou a violação do direito à educação consagrado no artigo 13 do Protocolo de San Salvador¹⁶.

17. Embora esta limitação de competência não deve ser entendida como contraditória com o disposto no artigo 26 da Convenção Americana, levando em consideração que esta norma expressa a vontade posterior e mais específica dos Estados sobre a competência da Corte Interamericana sobre DESC. Sequer deve ser lida a Convenção de forma isolada sem levar em consideração seu Protocolo, devido a que são tratados complementários que devem ser lidos e interpretados de maneira conjunta. De maneira que a Corte possa conhecer de casos contenciosos nos quais se argumente a violação da obrigação de desenvolvimento progressivo dos direitos que poderiam derivar da Carta, em virtude do artigo 26 da Convenção, assim como daqueles casos em que se alegue a violação dos artigos 8.a e 13 do Protocolo.

18. Além disso, é relevante destacar que as obrigações geradas pelo Protocolo aos Estados parte são independentes ao fato de que a Corte tenha competência para declarar violações no âmbito de sua função contenciosa. Simplesmente para a vigilância de cumprimento destes direitos os Estados dispuseram outros mecanismos, como são os estabelecidos nos demais incisos do artigo 19 do Protocolo, tais como a possibilidade de formular observações e recomendações sobre a situação dos DESC no relatório anual da Comissão Interamericana.

19. Não obstante a que a disposição do artigo 19.6 do protocolo deixa estabelecida a limitação de competência de forma clara e precisa, alguns autores destacam que se deve recorrer ao método de interpretação evolutiva e ao princípio *pro homine* com a finalidade de atualizar o sentido e alcance

¹⁶ Par. 291 da Sentença.

normativo do artigo 26 da Convenção. Por isso, a seguir procederei a estudar alguns dos argumentos que se expõe para justificar esta posição.

D. Interpretação evolutiva e princípio *pro homine*

20. Sobre este ponto, aqueles que propendem a uma justiciabilidade direta dos DESC por via da aplicação do artigo 26 da Convenção, argumentou que uma maneira de superar a barreira de competência estipulada no Protocolo seria mediante a aplicação de uma interpretação evolutiva. Em particular, utilizam o direito comparado como ferramenta, devido a que vários tribunais constitucionais dos países da região aceitaram justiciabilidade direta dos DESC. A respeito, considero que esta temática deve ser abordada por duas vias. A primeira implica uma examinação dos demais métodos interpretativos conforme o direito internacional, pois o método evolutivo não é o único a ser levado em consideração. Em segundo lugar, irei expor minha opinião sobre como deve ser avaliado o direito comparado neste tema.

21. Sobre os métodos de interpretação que devem ser levados em conta, os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelecem os principais métodos. A Corte Interamericana recorreu a isto em sua jurisprudência, de maneira que além do método evolutivo utilizou outros critérios de interpretação, tais como a interpretação literal, a interpretação sistemática e a interpretação teológica. A respeito, a Corte entendeu que a interpretação literal é aquela que é realizada de boa-fé conforme o sentido corrente dos termos. Este tipo de interpretação foi utilizada pela Corte através do significado literal de algumas expressões ou palavras da Convenção e outros tratados¹⁷. Por outra parte, conforme a interpretação sistemática, a Corte sustentou que as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem se fixar na função do sistema jurídico ao qual pertencem¹⁸. No âmbito deste tipo de interpretação, o Tribunal analisou os trabalhos preparatórios da Declaração Americana e da Convenção Americana, assim como alguns dos instrumentos do sistema universal de direitos humanos

¹⁷ Ver, por exemplo, *Caso Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) Vs. Costa Rica. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, nº 257, par. 178; e *Caso Mohamed Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C, nº 255, par. 93.

¹⁸ Cf. *Caso Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) Vs. Costa Rica*, par. 191; e *Caso Gonzáles e Outros ("Campo Algodoeiro") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, nº 205, par. 43.

e outros sistemas regionais de proteção como o europeu e o africano¹⁹. Além disso, a Corte também utilizou a interpretação teleológica. A respeito desta interpretação, a Corte analisou o propósito das normas envolvidas na interpretação, considerado pertinente o objetivo e finalidade do referido tratado, e os propósitos do sistema interamericano de direitos humanos. Por último, a interpretação evolutiva implica que:

os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar os tempos e as condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao efetuar uma interpretação evolutiva a Corte outorgou especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou a normativa nacional ou jurisprudencial de tribunais internos na hora de analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos²⁰.

22. A respeito, cabe destacar que os métodos de interpretação devem ser utilizados quando uma norma é ambígua, situação que não considero que se dê referente à limitação de competência que estipula o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador combinado ao artigo 26 da Convenção, tendo em vista que conforme indicado anteriormente, a norma é clara em seu sentido. Sem prejuízo do anterior, caso se quisesse fazer uma interpretação da norma não é suficiente com fazer uso de um dos diversos métodos de interpretação existentes, pois estes são complementários entre si e nenhum tem uma maior hierarquia que o outro.

23. A modo de exemplo, utilizarei os outros métodos de interpretação para demonstrar que estes, invés de sustentar a justiciabilidade direta dos DESC por meio do artigo 26 da Convenção, apoiam a posição que venho defendendo no presente voto. A respeito da interpretação literal das duas normas, a saber o artigo 26 da Convenção e o 19.6 do Protocolo, implica justamente no que venho realizando, e conclui-se da leitura das duas normas que não foi de vontade dos Estados estabelecer uma opção de justiciabilidade direta no artigo 26 e, muito menos no 19.6 no qual determinaram uma limitação de competência. A interpretação literal faz referência à boa-fé com a qual se deve interpretar os tratados e isto é relevante neste ponto, pois parece que a

¹⁹ Cf. *Caso Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) Vs. Costa Rica*, pars. 191 e 244.

²⁰ *Caso Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) Vs. Costa Rica*, par. 245; e **O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A, nº 16, par. 114.**

intenção de chegar a um resultado concreto em alguns casos desorienta o sentido literal da norma ou leva a fazer caso omissis de normas ou fatores relevantes para a interpretação.

24. Com relação à interpretação sistemática, para determinar os alcances do artigo 26 da Convenção não se deve desviar do estabelecido no Protocolo, pois conforme manifestado anteriormente, os dois tratados devem ser lidos de forma conjunta. Por isto, uma interpretação sistemática que somente utilize outros artigos da Convenção não pode ser considerada válida. Por outra parte, alguns autores manifestam que de uma interpretação sistemática com base no artigo 4 do Protocolo se poderia chegar a concluir a inaplicação do artigo 19.6 do Protocolo. A respeito, o mencionado artigo indica que:

Artigo 4

Não-admissão de restrições

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

25. A respeito, considero que esta norma seria aplicável se no artigo 26 da Convenção houvesse sido estipulado um catálogo no qual estiveram os DESC claramente estabelecidos, entretanto, conforma já expressado, isto não ocorre desta forma, motivo pelo qual não se pode argumentar que são duas normas que realmente estejam competindo. Além disso, não seria lógico pensar que este artigo cancela ou derroga a limitação de competência do artigo 19.6, pois este não restringe direitos, mas sim competências da Comissão e da Corte. Confundir a restrição de um direito com as limitações de competências poderia implicar no resultado absurdo de abrir completamente a competência da Corte, inclusive contrariando a vontade dos Estados.

26. Com relação à interpretação teleológica, alguns afirmaram que este método é favorável à justiciabilidade direta dos DESC por duas vias, a saber: i) o último fim do sistema interamericano é a proteção dos direitos humanos e isto implica tentar fazer exigível o maior número de direitos possível; e ii) quando foi criado o artigo 26 da Convenção a intenção dos Estados não era de excluir a possibilidade da exigibilidade direta dos DESC. Sobre o primeiro ponto, cabe destacar que precisamente o Protocolo de San Salvador teve como finalidade

incorporar no sistema interamericano de maneira mais exata os DESC e ampliar o âmbito de proteção do sistema, motivo pelo qual não é justo posicionar o Protocolo como um tratado que atentaria contra o fim do sistema interamericano por simplesmente estabelecer regras de competência. Além disso, sobre este ponto cabe ressaltar que “[s]e o sentido corrente de uma disposição é claro em não outorgar jurisdição aos órgãos do sistema interamericano, o objetivo e finalidade da Convenção não se pode utilizar para derrubar esse resultado”²¹.

27. Com relação ao segundo argumento, embora os trabalhos preparatórios são meios de interpretação complementários, a Corte Interamericana em alguns casos os usou para tentar vislumbrar a finalidade ou propósito que perseguiram os Estados no momento de criar o tratado. Para efeito, na Sentença do *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, foi feita referência a estes com a intenção de mostrar que os Estados puderam ter estado de acordo com a justiciabilidade direta dos DESC, quando se discutiu o artigo 26 da Convenção. A respeito, cabe ressaltar que:

O Tribunal somente apresentou os pontos de vista daqueles Estados que trataram de materializar o exercício dos DESC por meio da atividade da Corte. Não foi feita menção aos países que se opuseram à exigibilidade dos DESC e o mais importante, como ressaltado por Burgorgue-Larsen: nada foi dito sobre o processo pelo qual em última instância se deu lugar a elaboração do Artigo 26 como tal. Tampouco algo foi dito sobre o alcance que os diferentes Estados estavam dispostos a outorgar este artigo. Significa isto que o artigo era o resultado de um compromisso, ou isto representa aqueles Estados que estavam a favor de dar aos direitos econômicos e sociais um lugar tão importante? Claramente, os silêncios da Corte foram parte de sua estratégia para chegar a seu objetivo, passe o que passe, é dizer, conferindo o alcance mais amplo possível sobre o artigo 25. No entanto, deixando fora o Brasil e a Guatemala, os trabalhos preparatórios mostram quão resistentes foram a maioria dos Estados para reconhecer que o que ia ser convertido no artigo 26 deveria ser processável²². (Sublinhado fora do texto)

²¹ “If the ordinary meaning of a provision is clear in not granting jurisdiction to the IAS bodies, the object and purpose of the Convention cannot be used to overthrow that result”. (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, *The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 170.

²² “The Court put forward the points of view of only those States which tried to materialise the exercise of ESC rights by means of the activity of the Court. No mention was made of the countries which opposed the enforceability of ESC rights and, more importantly, as Burgorgue-Larsen recalls: nothing was said about the process which ultimately gave rise to the drafting of Article 26 as such. Nor was anything said about the scope the different States were prepared to confer on this article. Does this mean that the article was the result of a compromise, or did it represent those States which were in favour of giving economic and social rights such an important place? Clearly, the silences of the Court were part of its strategy to reach its objective, come what may, namely conferring the widest scope possible on Article 26. But Brazil and Guatemala aside, the preparatory works show just how reluctant the majority of States were to recognize that what was to become Article 26 should be actionable” (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, *The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 170.

28. No que se refere ao uso do direito comparado como uma via para fortalecer uma possível interpretação evolutiva na matéria, embora seja certo que a maioria das Constituições dos países da região consagram catálogos de DESC e em muitos se concede a possibilidade de justiciabilidade direta destes, considero que isto não é um argumento suficiente para ampliar o alcance do artigo 26 da Convenção. A respeito, reitero que são os mesmos Estados os que tomaram a decisão de não garantir uma justiciabilidade direta neste artigo e, pelo contrário, quando criaram o catálogo de direitos mediante o Protocolo resolveram limitar a competência da Corte. Então, embora internamente os Estados foram ampliando sua posição, não compete à Corte modificar a vontade que foi inicialmente expressada no Protocolo. Neste sentido, a Convenção Americana em seus artigos 31, 76 e 77 determina que, em caso de querer reconhecer outros direitos é possível realizar emendas ou protocolos que o permitam. Por isso, concordo que “[s]e os Estados querem realmente levar a sério o tema, é urgente uma revisão dos tratados na matéria para que sejam eles mesmos que decidam atualizar suas obrigações sobre o tema”²³.

29. Por outra parte, alguns autores recorrem ao princípio *pro homine* estabelecido no artigo 29 da Convenção para afirmar que este propende pela exigibilidade direta dos DESC via o artigo 26, dado que esta posição seria mais **garantista**. Sobre este princípio, a Corte estabeleceu que “o sistema de proteção internacional deve ser entendido como uma integralidade, princípio disposto no artigo 29 da Convenção Americana, o qual impõe um marco de proteção que sempre dá preferência à interpretação ou à norma que mais favoreça os direitos da pessoa humana, objetivo angular de proteção de todo o [s]istema [i]nteramericano. Neste sentido, a adoção de uma interpretação restritiva quanto ao alcance da competência deste Tribunal não somente iria contra o objetivo e finalidade da Convenção, mas também, além disso, afetaria a efeito útil do referido tratado e da garantia de proteção que estabelece, com consequências negativas para a suposta vítima no exercício de seu direito de acesso à justiça”²⁴. Para efeito, o princípio *pro homine* deve ser aplicado quando a Corte se encontre frente a duas possíveis interpretações válidas e

²³ Juan Carlos Upegui Mejía, *Diálogos Judiciais no Sistema Interamericano de Garantia dos Direitos Humanos*. Barcelona, Espanha, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7cAls8PSzmo&feature=youtu.be>.

²⁴ Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*. *Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C, nº 218, par. 34.

certas. Justamente, o que tem demonstrado a análise realizada no presente voto é que a justiciabilidade direta dos DESC a partir do artigo 26 da Convenção não é uma interpretação válida, devido a que o que se está tentando é derivar um enunciado normativo que não corresponde à norma²⁵.

E. Conclusão e considerações finais

30. Uma vez expostos os argumentos jurídicos que sustentam minha decisão na presente Sentença, me parece adequado apresentar, ainda, outras razões que reforçam o sentido de minha posição. Para começar, um dos motivos pelos quais os argumentos de quem está em pró da justiciabilidade direta dos DESC através do artigo 26 não me parecem persuasivos, é porque não conseguem fundamentar como esta via, que implica ir contra o expressamente assinalado pelo Protocolo, é uma melhor opção que as outras vias de proteção que utilizou a Corte como a conexão com o direito à vida ou à integridade pessoal, ou o conceito de “vida digna”. Alguns autores manifestam que isso é necessário para dar um âmbito de proteção específico dos DESC, sem levar em consideração que o Protocolo de San Salvador criou o referido âmbito de proteção, mas concluiu que a Corte somente conheceria de maneira direta dos direitos consagrados no artigo 8.a e 13 do Protocolo. Além disso, não foi demonstrado que a utilização da conexão ou do conceito de “vida digna” como mecanismos de proteção indireta dos DESC²⁶ não seja efetivo para a proteção e garantia dos direitos das vítimas, ou que não seja uma opção com mais **garantias**. Concordo que é importante que as linhas jurisprudenciais possuam **garantias** e sejam **avançadas**, mas nestes casos nos quais a proteção pode ser alcançada por vias menos gravosas e controvertidas, é melhor optar por meios mais efetivos e deixar de lado algumas pretensões acadêmicas.

31. Para efeito, na presente Sentença a Corte decidiu analisar as afetações à saúde de Talía Gonzales Lluy por ser uma pessoa com HIV, através dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção. Esta via argumentativa não impediu que a Corte realizasse importantes avanços com relação aos requisitos de disponibilidade,

²⁵ No mesmo sentido, ver: *Caso Gonzáles e Outros (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, nº 205, par. 79.

²⁶ Em sentido similar, o perito Courtis na audiência pública do presente caso manifestou que: “Não [...] obje[ta] a partir do ponto de vista conceitual [que se interprete o direito à saúde através do direito à integridade física porque] os direitos [são] indivisíveis, interdependentes e de igual hierarquia”.

acessibilidade, aceitabilidade e qualidade na prestação dos serviços de saúde, assim como, a obrigação de regular, fiscalizar e supervisionar a prestação de serviços em centros de saúde privados. O anterior não implica a criação de um novo direito, mas sim dá conteúdo e alcance a direitos como a vida e integridade que se encontram consagrados na Convenção e, portanto, aceitado pelos Estados parte.

32. Por outra parte, outra de minhas preocupações se centra em que expandir a competência da Corte desconhecendo a vontade dos Estados implica a deslegitimação do Tribunal e põe em tela de juízo os avanços jurisprudenciais que já foram conquistados em outros temas, com muito esforço. A legitimidade dos Tribunais está dada, em primeiro lugar, pela vontade dos Estados que decidiram esclarece-los, assim como, por suas sentenças, a motivação que apresentem nelas e seu apego ao Direito. Se a Corte excede as funções que lhe são dadas pela Convenção Americana e demais tratados do sistema interamericano, estaria minando a legitimidade e confiança que os Estados depositaram nela. Uma decisão que implicara desconhecer a vontade dos Estados neste ponto pode acarretar uma reação negativa ou um mal-estar que coloca o sistema em perigo. Embora a Corte não tenha sido criada para comprazer os Estados, pois tem a missão de julgar sua responsabilidade internacional, tampouco pode gerar um desequilíbrio tal que pudesse implicar a desproteção dos direitos humanos que busca salvaguardar. Neste sentido, concordo que:

“uma interpretação da Corte sobre o alcance do artigo 26 que permita o acesso direto a violações dos DESC poderia constituir tanto a ampliação da jurisdição quanto a ampliação das ‘oportunidades para detectar, denunciar ou remediar um descumprimento’, em qualquer caso é possível que produza uma reação hostil por parte do Estado. Uma vez mais, em ambos os casos, a hostilidade de um Estado surgiria principalmente de sua crença de que o organismo **supranacional** está participando em mais ou em um tipo diferente de supervisão da aceita inicialmente por parte do Estado. Neste modelo, a percepção do Estado é mais importante que a correção (na medida em que isto possa ser julgado de maneira objetiva) da decisão supranacional. Se, como se argumenta, os Estados entendem os termos da Convenção Americana e a decisão da Corte no caso Cinco Pensionistas e casos posteriores, como limites no acesso direto para litigar os DESC

através do artigo 26, uma interpretação mais ampla do referido artigo por parte da Corte constituiria uma **extra-legalização**²⁷.

33. Por fim, considero que os tribunais de direitos humanos, como a Corte Interamericana, não podem entrar de forma a suprir as deficiências democráticas dos países, razão pela qual se deve ser cauteloso na matéria²⁸. Os tribunais de direitos humanos devem buscar a proteção dos direitos das minorias, mas atentando-se sempre às competências que lhes foram atribuídas. Do equilíbrio que a Corte alcance entre a tentação de expandir em demasia suas competências e a necessidade de avançar nos padrões jurídicos para a efetiva proteção e garantia dos direitos humanos, depende em grande medida a estabilidade e futuro do sistema interamericano.

²⁷ "a Court interpretation of the scope of article 26 that would permit direct access for ESC violations could constitute either broadening of the jurisdiction, or expansion of the "opportunities to detect, expose or remedy noncompliance"-in either case, results likely to produce hostile state reaction. Again, in both cases, a given state's hostility would flow primarily from its belief that the supranational body is engaging in more or a different kind of oversight than the state initially accepted. In this model, state perception is more important than the correctness (to the extent that this may be judged objectively) of the supranational decision. If, as we argue, states understand the terms of the American Convention and the Court's rulings in *Five Pensioners* and subsequent cases as limits on direct access for ESC litigation via article 26, a broader interpretation of that article by the Court would constitute overlegalization" (Traducción propia) James L. Cavallaro, and Emily Schaffer. *Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2 (Winter 2006), p. 365.

²⁸ A respeito, ver: "Sem lugar para a soberania popular. Democracia, direitos e castigo no caso Gelman". Roberto Gargarella (2012).

Humberto Antonio Sierra Porto
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO CONCORRENTE DO JUIZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ
SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR

SENTENÇA DE 1º DE SETEMBRO DE 2015

(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

1. Compartilho plenamente o conteúdo da Sentença ditada no presente caso, e o profundo sentimento de solidariedade com a vítima e de compreensão de seus sofrimentos. No entanto, senti a necessidade de emitir um voto concorrente tendo em vista as constantes propostas feitas durante a deliberação do caso para que fosse invocado como direito principal violado pela ação do Estado o direito à saúde, isto é, um direito não incluído entre os que reconhece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas sim entre os reconhece o Protocolo de San Salvador, e que não é um dos direitos que o artigo 19 do referido Protocolo inclui no regime de proteção específico do sistema, isto é, a intervenção dos órgãos do sistema: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Considero que essas propostas são totalmente infundadas, pelas razões que passo a expor.

I. Reconhecimento de Direitos e Inclusão no Regime de Proteção

2. A Convenção Americana cumpre uma dupla função a respeito dos direitos enunciados nela: por um lado os reconhece, e por outro os inclui em um regime de proteção que é a novidade substancial apresentada pelo referido instrumento.

A. Reconhecimento dos direitos

3. A Convenção Americana **reconhece os direitos civis e políticos** incluídos no Capítulo II da Parte I¹: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão e

¹ No projeto considerado pela Conferência Especializada na qual foi adotada a Convenção, foi denominado "Direitos protegidos" e compreendia o artigo referido no desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

da servidão, direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, princípio de legalidade e retroatividade, direito à indenização em caso de erro judicial, proteção da honra e da dignidade, liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento e de expressão, direito de retificação ou resposta, direito de reunião, liberdade de associação, proteção da família, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, direito de circulação e de residência, direitos políticos, igualdade perante a lei e proteção judicial. Esses são os direitos e liberdades “incluídos no regime de proteção desta Convenção”².

4. Isto não significa que existam somente direitos e liberdades, mas sim que somente determina **quais são os direitos e liberdades incluídos no regime de proteção** da Convenção: por um lado, os artigos 31, 76 e 77 regulam a forma em que poderão ser incluídos outros direitos no regime de proteção da Convenção; por outro lado, o artigo 29 (“Normas de Interpretação”, incluído no Capítulo IV, “Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação”) **reconhece** outros direitos e garantias (em particular os que “são inerentes ao ser humano ou que derivem da forma democrática republicana do governo”), mas não disse nada acerca de sua inclusão no regime de proteção.

5. O artigo 31, titulado “Reconhecimento de Outros Direitos”, regula a forma em que esses outros direitos “[p]oderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção”: “pelos procedimentos previstos nos artigos 76 e 77”.

6. Isso significa que existem “outros direitos” além dos reconhecidos pela Convenção que podem ser imputáveis conforme o direito interno ou conforme outro ordenamento jurídico, mas somente serão “reconhecidos” a efeito da Convenção (artigo 1.1) e estarão incluídos no regime de proteção criado por esta quando se tenham sido seguidos os procedimentos do artigo 76 ou do artigo 77 (seja por emendas ou protocolos).

B. O regime de proteção

7. O regime de proteção está fixado na Parte II, “Meios da proteção”, que designa esta competência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos (conforme o artigo 33). Todo esse regime de proteção se refere aos direitos humanos estabelecidos na

² Artigo 31 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Convenção ou aos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção. Vejamos as disposições pertinentes:

a) **A Comissão (Capítulo VII)**: Os artigos pertinentes se referem à competência da Comissão, à admissibilidade dos casos e ao procedimento. A Comissão tem **competência**. Em relação às “petições” apresentadas por “[q]ualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização [dos Estados Americanos]” que “contenham denúncias ou queixas de **violação desta Convenção** por um Estado Parte” (artigo 44) ou com as “comunicações em que o Estado Parte alegue que outro Estado Parte incorreu em **violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção**” (artigo 45). Deve considerar inadmissível toda petição ou comunicação que “não exponha fatos que caracterizem **uma violação dos direitos garantidos por essa Convenção**” (artigo 47.b). E a Seção relativa ao “Procedimento” se refere ao caso de que a Comissão receba uma petição ou comunicação em que se alegue **a violação de qualquer um dos direitos consagrados por esta Convenção**”.

b) **A Corte (Capítulo VIII)**: Os artigos pertinentes não se referem aos casos que podem ser submetidos à Corte e à competência desta. Quanto à **submissão dos casos**: somente podem conhecer de um caso que seja submetido pelos Estados parte ou pela Comissão, após haverem sido esgotados os procedimentos perante a Comissão (artigo 61), de modo que são aplicáveis todas as normas citadas a respeito da Comissão. Quanto à **competência**, incumbe à Corte decidir se “houve **violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção**”, e em caso afirmativo “disporá que seja garantido ao lesionado o **disfrute de seu direito ou liberdade violado**”, e se corresponde que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que configurou “a **violação desses direitos**”.

8. Alcance da “*compétence de la compétence*”. Adicionar direitos não é competência da Corte Interamericana, mas sim dos Estados. A competência é decidir em cada caso concreto se tem ou não competência, não significa que a Corte possa modificar o alcance e o sentido da competência designada nas disposições da Convenção.

II. Mero Compromisso de Desenvolvimento Progressivo e Não Reconhecimento De Direitos

9. A leitura do artigo 26, único do Capítulo III da Parte I (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e titulado “Desenvolvimento Progressivo” demonstra que nesse artigo não são reconhecidos ou consagrados os direitos econômicos, sociais e culturais, mas sim que estabelece algo muito distinto: o compromisso dos Estados de alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais que derivam das normas pertinentes da Carta da organização dos Estados Americanos “na medida dos recursos disponíveis”. O texto do artigo é absolutamente claro, assim como seu contexto. Esta interpretação é corroborada pelos acordos ulteriores entre as partes e pela conduta ulterior destas. Dessa forma, os antecedentes da disposição a confirmam plenamente.

A. Regras de interpretação dos tratados

10. Conforme a regra geral de interpretação contida no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, “1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o **sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade**”. O contexto compreende, entre outras coisas, o preâmbulo do tratado, e “[j]untamente com o contexto” deverão ser levados em consideração os acordos ulteriores e a prática ulterior:

a) “todo acordo ulterior entre as partes a respeito da interpretação do tratado ou da aplicação de suas disposições”; e

b) “toda prática ulteriormente seguida da aplicação do tratado pelo qual conste o acordo das partes a respeito da interpretação do tratado”.

11. Também poderá “recorrer a meios de interpretação complementários, em particular aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua realização, para confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31³.”

12. A jurisprudência da Corte Interamericana corretamente interpretada, tampouco respalda a posição contrária à aqui exposta. As vezes o caso *Acevedo Buendía* é citado em apoio à tese de que o artigo 26 reconhece os

³ Dessa forma, podem ser utilizados os meio complementários “para determinar o sentido quando a interpretação dada em conformidade com o artigo 31: a) deixe ambíguo ou obscuro o sentido; ou b) conduza a um resultado manifestadamente absurdo ou irrazoável”, mas não é esse o caso.

direitos econômicos, sociais e culturais como tais, mas uma análise da sentença revela que não é assim.

B. O Protocolo de San Salvador como aplicação dos artigos 31 e 77 e como acordo ulterior ou prática ulterior

13. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados parte seguiram efetivamente o caminho do artigo 77, no Protocolo de San Salvador (adotado em 17 de novembro de 1988 e entrou em vigor em 16 de novembro de 1999). O referido Protocolo:

a) Proclama “a **estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civil e políticos**, porquanto as diferentes categorias de direitos constituem um todo **indissolúvel** que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros” (Preâmbulo, terceiro parágrafo).

b) **Reconhece inúmeros direitos econômicos, sociais e culturais:** direito ao trabalho e a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; direitos sindicais; direito à previdência social; direito à saúde; direito a um meio ambiente sadio; direito à alimentação; direito à educação; direito aos benefícios da cultura; direito à constituição e proteção da família; direito à infância; proteção dos idosos; e proteção dos **deficientes**.

c) Todavia, **somente inclui no regime de proteção da Convenção a dois deles** (em um dos casos parcialmente): “[n]o caso de que os direitos estabelecidos no parágrafo a) do artigo 8⁴ e no artigo 13⁵ fossem violados por uma ação imputável diretamente a um Estado Parte do presente Protocolo, tal situação poderia dar lugar, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e quando proceda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulamentado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador). Isso quer dizer que o sistema do Protocolo é muito distinto do sistema da Convenção. Enquanto nesta última o reconhecimento de um direito

⁴ Direitos a organizar sindicatos, assim como federações e confederações internacionais e internacionais, e liberdade sindical.

⁵ Direito à educação.

ou liberdade implica sua inclusão no regime de proteção, no Protocolo o reconhecimento não acarreta como consequência a inclusão. Esta é excepcional e se dá somente em dois casos.

14. O Protocolo de San Salvador constitui também um acordo ulterior entre os Estados parte e uma prática ulterior destes que confirma a interpretação, já exposta, do artigo 26.

III. Diferença Com a Interpretação Progressiva

15. Por conseguinte, a Corte Interamericana não pode assumir competência a respeito da suposta violação de um direito ou liberdade não incluído no regime de proteção nem pela Convenção Americana nem pelo Protocolo de San Salvador. Em algumas ocasiões poderá –e assim o fez em vários casos, incluído o presente- conseguir um resultado análogo aplicando, corretamente, outras disposições, como as que protegem o direito à integridade pessoal, à propriedade ou as garantas judiciais e a proteção judicial.

16. Tampouco pode-se invocar um princípio como o da interpretação progressiva dos instrumentos internacionais para somar direitos ao regime de proteção. O âmbito adequado de aplicação desse princípio é o da interpretação de um direito ou liberdade, ou da obrigação estatal, que exista e esteja incluída no regime de proteção da Convenção ou o Protocolo, em um sentido distinto e geralmente mais amplo que o dado originalmente por seus autores. Um exemplo disto é a inclusão da orientação de gênero dentro da menção de “qualquer outra condição social” como um dos motivos de discriminação proibidos pelo artigo 1.1 da Convenção⁶.

IV. Os Trabalhos Preparatórios

17. A preparação da Convenção Americana se estendeu durante muitos anos, e em alguns dos projetos eram reconhecidos vários direitos econômicos, sociais e culturais, ainda que isso não implicasse necessariamente sua inclusão no mesmo regime de proteção previsto para os direitos civis e políticos. Entendemos adequado limitar a análise à Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos na qual foi adotado o texto definitivo da Convenção Americana.

⁶ Ver, por exemplo, *Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239, par. 91.

18. Perante tudo, é preciso destacar que a caracterização desses antecedentes feita na sentença do *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru* não é correta. Nesta consta o seguinte:

Nesse sentido, o Tribunal recorda que o conteúdo do artigo 26 da Convenção foi objeto de um intenso debate nos trabalhos preparatórios desta, nascido do interesse dos Estados por consignar uma “menção direta” aos “direitos” econômicos, sociais e culturais; “uma disposição que estabeleça certa obrigatoriedade jurídica [...] em seu cumprimento e aplicação” [Chile]; bem como “os [respectivos] mecanismos [para sua] promoção e proteção” [Chile], já que o Anteprojeto de tratado realizado pela Comissão Interamericana fazia referência a estes em dois artigos que, de acordo com alguns Estados, somente “reun[iam] em um texto meramente declarativo, conclusões estabelecidas na Conferência de Buenos Aires” [Uruguai]. A revisão destes trabalhos preparatórios da Convenção também demonstra que as principais observações com base nas quais esta foi aprovada puseram especial ênfase em “dar aos direitos econômicos, sociais e culturais a máxima proteção compatível com as condições peculiares à grande maioria dos Estados Americanos” [Brasil]. Assim, como parte do debate nos trabalhos preparatórios também foi proposto “faz[er] possível [a] execução [destes direitos] através da ação dos tribunais” [Guatemala]. (As notas de rodapé foram substituídas pela menção do Estado aos quais se atribuem as distintas propostas)

19. O estudo direto das atas da Conferência Especializada revela um panorama extremamente distinto. Para começar, na Sentença da Corte se **recolhem** fragmentos de observações feitas por quatro Estados sobre um total de 23 Estados participantes, o que **difere** de indicar um movimento massivo ou majoritário em determinado sentido. Em realidade, houve observações de vários Estados, ainda. A seguir todas elas estão transcritas:

Observações do Uruguai⁷

10. O Artigo 25, Parágrafo 2, recolhe em um texto meramente declarativo, conclusões estabelecidas na Conferência de Buenos Aires. Seu conteúdo não parece próprio de uma convenção, mas talvez não seja politicamente conveniente se opor à inclusão do referido texto.

Observações do Chile⁸

14. As disposições que ficaram no projeto em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, são as que merecem maiores reparos de forma e fundo. Elas são os artigos 25, 26 e 41. Foi delimitada toda menção direta aos direitos; indiretamente, no artigo 25, parágrafo 1, há um reconhecimento insuficiente da “necessidade de que os Estados parte dediquem seus máximos esforços para que no direito interno

⁷ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 37.

⁸ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 42 e 43.

sejam adotados e, se for o caso, garantidos os demais direitos consignados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e que não houvessem incluído nos artigos precedentes”. Se, conforme foi pretendido justificá-lo, a omissão destes direitos – que nem sequer são objetos de tratamento em um capítulo separado do projeto – se deve sua inclusão em capítulos especiais da Carta da OEA, em seu texto uma vez aprovadas as emendas contidas no Protocolo de Buenos Aires, deveria ao menos ser feita referência explícita às normas aprovadas no referido Protocolo, que aludem a direitos econômicos, sociais e culturais.

15. Em boa técnica jurídica, no entanto, a estes direitos deveriam ser dados uma redação apropriada dentro do projeto da Convenção, para que se possa controlar sua aplicação. Naturalmente que sua enumeração não deveria estar em contradição com as normas do Protocolo de Buenos Aires. As normas econômicas do referido Protocolo, por exemplo, que são as únicas que consignam no projeto da Convenção (art. 5, parágrafo 2), possuem no documento em estudo uma redação que não tem nenhuma relação com um projeto de Convenção dos Direitos Humanos. Uma simples leitura do parágrafo aludido é capaz de confirmar. Deveria ser sugerida, caso se mantenha o critério de redigir uma Convenção única, a técnica seguida pelas Nações Unidas e pelo Conselho Europeu, de enumerar os direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecendo, ainda, detalhadamente os meios para sua promoção e controle.

16. A este respeito, é digno de consideração o ponto relativo a decidir se a Comissão de Direitos Humanos, tal como está concebida, isto é, como órgão jurídico e quase judicial, é o órgão apropriado para receber relatórios periódicos sobre estes direitos. Se a Organização dos Estados Americanos tiver um conselho Interamericano Econômico e Social, e um Conselho Interamericano Cultural, ambos com Comissões Executivas Permanentes, seria o caso examinar se melhor corresponde a estes órgãos da OEA o exame dos relatórios periódicos aos quais se refere o artigo 41. Deste modo, a Comissão de Direitos Humanos ficaria somente com a competência para considerar petições e queixas sobre direitos civis e políticos, de acordo com sua origem, composição e normas de funcionamento.

17. Em todo caso deveria ser consignado a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais uma disposição que estabeleça certa obrigatoriedade jurídica (até onde permite a natureza destes direitos) em seu cumprimento e aplicação. Para isso, **seria necessário contemplar uma cláusula similar à do artigo 2, parágrafo 1, do Pacto das Nações Unidas sobre a matéria. Esse parágrafo é do seguinte teor:**

“1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio quanto pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

Observações da Argentina⁹

⁹ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 47.

Artigo 25, segunda parte, e 26: se observa que, embora a segunda parte do artigo 25 é uma transcrição textual do artigo 31, da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, o artigo 26 obriga os Estados a informar periodicamente à Comissão de Direitos Humanos sobre as medidas que houveram adotado para conseguir os fins mencionados no artigo 25. Ainda, o artigo 26 reconhece à Comissão o direito a formular aos Estados recomendações a respeito, o que, com toda evidência, escapa e excede a sua competência e possibilidades. Por outra parte, não dada aos Estados a possibilidade de formular observações às citadas recomendações da Comissão. Pelo exposto, sugere-se a revisão e reconsideração do artigo 26.

Observações da República Dominicana¹⁰

Artigo 25 (Notar a mudança de ordem)

Parágrafo 1: *Acreditamos que é preferível suprimir este parágrafo pois no Artigo 70 já está previsto um procedimento pelo qual se pode conseguir a ampliação gradual da proteção de forma que se incluam outros direitos que figuram na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. As obrigações dos Estados parte devem estar estipuladas com clareza e sem tratar vagamente de incorporar outras obrigações por alusão.*

Parágrafo 2: Tendo em vista que este parágrafo é uma reafirmação dos objetivos econômicos e sociais acordados quando foram assinadas as emendas à Carta da OEA em 1967, este artigo deve também reafirmá-lo, e a forma deve ser igual à da Carta emendada.

O título proposto e o texto modificado seriam:

Artigo 25. Objetivos Econômicos e Sociais. Os Estados parte reafirmam o acordo estabelecido nas Emendas da Carta da OEA assinadas em 1967, de dedicar todo esforço para alcançar os seguintes objetivos básicos a fim de acelerar seu desenvolvimento econômico e social, de acordo com seus próprios métodos e procedimentos e no marco dos princípios democráticos e das instituições do sistema interamericano: (a) o incremento substancial e autossustentável do produto nacional por habitante; (b) distribuição equitativa do ingresso nacional; (c) Sistemas impositivos adequados e equitativos; (d) Modernização da vida rural e reformas que conduzam a regimes equitativos e eficazes de posse de terra, maior produtividade agrícola, expansão do uso da terra, diversificação da produção e melhores sistemas para a industrialização e comercialização de produtos agrícolas, e fortalecimento e ampliação dos meios para alcançar estes fins; (e) Industrialização acelerada e diversificada, especialmente de bens de capital e intermédios; (f) Estabilidade do nível de preços internos em harmonia com o desenvolvimento econômico sustentável e o alcance da justiça social; (g) Salários justos, oportunidade de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos; (h) Erradicação rápida do analfabetismos e ampliação, para todos, das oportunidades no campo da educação; (i) Proteção da capacidade potencial humana mediante a extensão e aplicação da ciência médica moderna; (j) Alimentação apropriada, especialmente acelerando os esforços nacionais para aumentar a produção e disponibilidade de alimentos; (k)

¹⁰ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 69 e 70.

Moradia adequada para todos os setores da população. (l) Condições urbanas que ofereçam a oportunidade para uma vida sadia, produtiva e plena; (m) Promoção da iniciativa e investimento privados de acordo com a ação tomada no setor público; e (n) Ampliação e diversificação das exportações.

Observações do México¹¹

III-3. Desperta sérias dúvidas a conveniência de incluir no anteprojeto os direitos consagrados no artigo 25 do Projeto: Por uma parte, tal enunciação poderia resultar repetitiva, uma vez que já figura no Artigo 51 do protocolo de Reformas à Carta da OEA. Em seguida, a diferença de todos os demais direitos aludidos no projeto – que são direitos disfrutados pelo indivíduo como persona ou como membro de um grupo social determinado – é difícil em um dado momento estabelecer com precisão quais seriam ou as pessoas que serão diretamente afetadas no caso de que fossem violados os direitos contidos no referido artigo 25. Por outro lado, poderia ser decidido quanto faz ao grau de dificuldade implícito em determinar qual seria, se for o caso, a autoridade responsável de semelhante violação.

Observações da Guatemala¹²

III) No caso dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Artigo 24. Para promover e proteger a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais anunciados nesta Convenção, a Comissão Americana de Direitos Humanos, além de empregar outras medidas admitidas pelo direito internacional vigente na América, terá competência para:

- a) Recolher dos Estados parte relatórios sobre as medidas que foram adotadas e os progressos realizados com o fim de assegurar o respeito dos referidos direitos;
- b) Separadamente, ou em cooperação com os governos interessados, realizar estudos e pesquisas em relação a estes direitos;
- c) Aprovar recomendações de caráter geral ou específicas para um ou vários Estados;
- d) Administrar da Assembleia Geral ou de outros órgãos da Organização dos Estados Americanos a cooperação necessária e a adoção das medidas pertinentes;
- e) Realizar reuniões regionais e técnicas;
- f) Propiciar a conclusão de convenções e acordos internacionais sobre a matéria;
- g) Entrar em acordos com entidades técnicas nacionais e internacionais.

Artigo 25. Os Estados parte se comprometem a apresentar à Comissão relatórios periódicos sobre as medidas adotadas com o fim de garantir a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais. A periodicidade destes relatórios será determinada pela Comissão. Deverão apresentar, também, à Comissão cópia dos relatórios enviados a outros Órgãos, Organismos ou Organizações internacionais, relacionados à observância destes direitos.

Artigo 26. i) A Comissão poderá assinalar em atenção aos órgãos internacionais encarregados da cooperação, ou da assistência técnica ou a qualquer outro órgão internacional qualificado, toda questão que surja do relatório a que se referem os artigos anteriores desta Convenção que possa servir para que os referidos órgãos

¹¹ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 101.

¹² Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 115 e 116.

se pronunciem, cada um dentro de sua competência, sobre a conveniência de adotar medidas internacionais capazes de contribuir para a aplicação progressiva da presente Convenção.

ii) A Comissão solicitará aos referidos órgãos que informem o resultado dos exames realizados, assim como as medidas que os referidos organismos adotem por própria iniciativa com base nos referidos relatórios.

Artigo 27. A Comissão considerará os relatórios que receba dos Estados, de entidades nacionais e internacional e de pessoas ou grupos de pessoas individuais e, se considerarem conveniente, poderá dar publicidade aos relatórios recebidos, assim como às medidas que forem adotadas ou as solicitações dirigidas a outras entidades, com o objetivo de permitir a formação de um juízo da opinião pública nacional e internacional.

Observações do Brasil¹³

Artigo 25. Que seja substituído o texto do projeto pelo seguinte:

1. Os Estados parte nesta Convenção se comprometem a **incorporar progressivamente a seu direito interno:**

a) os direitos contemplados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem que não tenham sido incluídos entre os direitos definidos nos artigos precedentes;

b) os direitos e benefícios contemplados nas normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura estabelecidas nos artigos 31, 43 e 47 da Carta da Organização dos Estados Americanos, formada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A lei poderá excluir os serviços públicos e as atividades essenciais do direito de greve.

Justificação

Os direitos civis e políticos comportam uma proteção jurisdicional eficaz tanto interna quanto internacional contra as violações praticadas pelos órgãos do Estado e seus representantes. Ao contrário, os direitos econômicos, sociais e culturais são contemplados em grau e forma muito diversos pela legislação dos diferentes Estados Americanos e, ainda que os Governos reconheçam todos, sua vigência depende substancialmente da disponibilidade de recursos materiais que permitam sua implementação. O Artigo 25 do projeto foi inspirado em tal conceito, mas seu texto não corresponde a sua intenção. A redação do parágrafo 1 é vaga, se limitando a uma manifestação de intenção. Por sua vez, o parágrafo 2, ao reproduzir o conteúdo do Artigo 31 do Protocolo de Buenos Aires se olvidou do direito de greve já consagrado, com certas limitações, pelo direito interno dos Estados Americanos, assim como as normas sobre educação, ciência e cultura previstas no Artigo 47 do mesmo Protocolo. A emenda tem por objetivo dar aos direitos econômicos, sociais e culturais a máxima proteção compatível com as condições peculiares à grande maioria dos Estados Americanos.

20. Após alguns debates nos quais foram reiteradas algumas posições anteriores sem chegar a um consenso, e em nenhum dos quais se propôs

¹³ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 124 e 125.

incluir os direitos econômicos, sociais e culturais no regime de proteção previsto para os direitos civis e políticos, foi redigido um capítulo com dois artigos. O primeiro deles era igual ao do artigo 26 incluído no texto definitivo da Convenção, enquanto que no segundo estabelecia um tênue e indireto regime de “controle de cumprimento das obrigações”. Na parte intitulada “Artigos revisados pela Comissão de Estilo” figura o texto dos artigos 26 e 27 submetidos à votação¹⁴:

Capítulo III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados parte se comprometem a adotar providencias, tanto a nível interno quanto mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos e se derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Artigo 27. Controle do Cumprimento das Obrigações

Os Estados parte devem entregar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos cópia dos relatórios e estudos que em seus respectivos campos submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano para a Educação, a Ciência e a Cultura, a fim de que aquela verifique se estão sendo cumpridas as obrigações antes determinadas, que são a sustentação indispensável para o exercício dos outros direitos consagrados nesta Convenção.

21. Na segunda sessão plenária figura a seguinte decisão:

Aprova-se o Artigo 26 sem sofrer nenhuma alteração e suprime-se o Artigo 27. Como consequência, se adianta a numeração dos artigos subsequentes.

O que quer dizer, pois, que **em nenhum momento se propôs a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais no regime de proteção previsto**

¹⁴ Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 318.

pela Convenção, que se manteve limitado aos direitos civis e políticos reconhecidos nela.

V. CONCLUSÕES

22. Em conclusão, do artigo 26 da Convenção Americana não se pode deduzir nem o reconhecimento específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, nem sua inclusão no regime de proteção estabelecido pela Convenção. O reconhecimento de outros direitos e sua inclusão no regime de proteção não incumbem à Corte, mas sim aos Estados membros, mediante emendas (artigo 76) ou protocolos (artigo 77) que apliquem o artigo 31.

23. Não se trata de um caso em que a Corte possa fazer uma legítima interpretação progressiva mediante a qual se precise ou varia a forma em que se pode entender um direito ou liberdade reconhecido pela Convenção. A competência da competência (*compétence de la compétence*) não permite à Corte modificar sua própria competência, mas sim decidir em cada caso concreto e em conformidade com as normas pertinentes se no caso tem ou não competência.

24. Por conseguinte, não corresponde que a Corte considere, e eventualmente declare, uma violação do direito à saúde.

Alberto Pérez Pérez

Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

VOTO CONCORRENTE DO
JUIZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR
SENTENÇA DE 1º DE SETEMBRO DE 2015
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

Os Juízes Roberto F. Caldas e Manuel E. Ventura Robles aderiram ao presente Voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

**INTRODUÇÃO: Sobre o Direito à Educação
e o Direito à Saúde**

1. Este é o primeiro caso na história da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte IDH” ou “Tribunal Interamericano”) no qual se declara a violação de uma norma prevista no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante “Protocolo de San Salvador”)¹. Para efeito, no caso *Gonzales Lluy e Outros* foi declarada a violação do “direito à educação” consagrado no artigo 13 do mencionado Protocolo, tendo em vista que Talía Gabriela Gonzales Lluy foi expulsa aos 5 anos de idade do jardim de infância no qual se encontrava estudando, por motivos relacionados a sua situação de saúde e de pessoa com HIV², assinalando a autoridade que Talía poderia exercer seu direito à educação “mediante uma instrução particularizada e à distância”³.

2. A Corte IDH concluiu que o risco real e significativo de contágio que colocasse em risco a saúde de crianças companheiras de Talía era extremamente reduzido. No âmbito de um juízo de necessidade e estrita

¹ Adotado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (“OEA”), entrando em vigor em 16 de novembro de 1999. Até a presente data este Protocolo está vigente em 16 países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.

² O Tribunal Distrital do Contencioso nº 3 declarou inadmissível o recurso de amparo constitucional, considerando que “exist[ia] um conflito de interesses, entre os direitos e garantias individuais de [Talía] frente aos interesses de um conglomerado estudantil, colisão que faz[ia] que com predominassem os sociais e coletivos, com é o direito à vida frente ao direito à educação”. Cf. par. 141 da Sentença.

³ Par. 144 da Sentença.

proporcionalidade da medida, o Tribunal Interamericano ressaltou que o meio escolhido constituía a alternativa mais lesiva e desproporcional das disponíveis para cumprir com a finalidade de proteger a integridade das demais crianças do estabelecimento educativo. Além disso, a autoridade nacional utilizou de argumentos abstratos e estereotipados para fundamentar a decisão que resultou extrema e desnecessária, pelo que a decisão constituiu um tratamento discriminatório contra Talía. No mais, - tal como aprofundo no parágrafo posterior – a Corte IDH considerou que a vítima sofreu uma discriminação derivada de sua condição de pessoa vivendo com HIV, de criança, de mulher e em condição de pobreza, utilizando o Tribunal Interamericano pela primeira vez o conceito de “interseccionalidade” para a análise da discriminação.

3. Por outra parte, seguindo sua jurisprudência prévia a respeito da obrigação de regulação, supervisão e fiscalização da prestação de serviços de saúde, o Tribunal Interamericano declarou a violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana a respeito do direito à vida e do direito à integridade pessoal. No presente caso, a declaração da violação do “direito à vida” teve a particularidade de envolver uma argumentação que vai muito além do conceito de “vida digna” e que envolve uma análise de circunstancias extremas como as do presente caso, no qual os fatos geradores de responsabilidade internacional estão associados a um risco grave para a vida de Talía Gonzales Lluy, risco com o qual deverá viver durante toda sua vida. A declaração da responsabilidade estatal levou em consideração o contexto particular de vulnerabilidade enfrentado pela família Lluy e as condições particulares de Talía enquanto mulher, criança, pobre e pessoa com HIV.

4. Concordo plenamente com o estabelecido na Sentença. Emito o presente Voto porque considero necessário enfatizar e aprofundar alguns elementos do caso, que considero fundamentais para o desenvolvimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: I) o conceito de “interseccionalidade” na discriminação (pars. 5-12); II) a possibilidade de ter abordado o “direito à saúde” de maneira direta e eventualmente haver declarado a violação do artigo 26 da Convenção Americana (pars. 13-17); e III) a necessidade de seguir avançando para a justiciabilidade plena dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais no Sistema Interamericano (pars. 18-23),

I. Interseccionalidade da Discriminação

5. O Tribunal Interamericano considerou que o Estado violou o “direito à educação” contido no artigo 13 do Protocolo de San Salvador⁴, em relação aos artigos 19 (direitos da criança) e 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção Americana, em detrimento de Talía Gonzales Lluy, devido à discriminação sofrida tendo em vista sua condição de pessoa com HIV, de criança, de mulher e em condição de pobreza.

6. A Corte IDH pela primeira vez utiliza o conceito de “interseccionalidade” da discriminação nos seguintes termos:

290. A Corte nota que no caso de Talía confluíram **de forma interseccional** múltiplos fatores de vulnerabilidade e risco de discriminação associados à sua condição de criança, mulher, pessoa em situação de pobreza e pessoa com HIV. A discriminação que viveu Talía não somente foi ocasionada por múltiplos fatores, **mas sim que derivou em uma forma específica de discriminação que resultou a intersecção dos referidos fatores, isto é, se algum dos referidos fatores não tivesse existido, a discriminação teria sido de natureza distinta**. Para efeito, a pobreza impactou no acesso inicial a uma atenção em saúde que não foi de qualidade e que, pelo contrário, gerou o contágio com HIV. A situação de pobreza impactou também nas dificuldades para encontrar um melhor acesso ao sistema educativo e ter uma vivência digna. Posteriormente, sendo uma menina com HIV, os obstáculos que sofreu Talía no acesso à educação tiveram um impacto negativo para seu desenvolvimento integral, que é também um impacto diferenciado tendo em vista a função da educação para superar os estereótipos de gênero. Como criança com HIV necessitava de maior apoio do Estado para impulsionar seu projeto de vida. Como mulher, Talía assinalou os dilemas que sente em relação à maternidade futura e sua interação em relações com parceiros, e fez visível que não teve contato com a assessoria adequada. Em suma, o caso de Talía ilustra que a

⁴ “Artigo 13: Direito à educação:

1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;

b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

d. Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;

e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.

5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

estigmatização relacionada ao HIV não impacta de forma homogênea a todas as pessoas e que resultam mais graves os impactos nos grupos que por si são marginalizados.

7. O conceito de interseccionalidade permite aprofundar a linha jurisprudencial do Tribunal Interamericano sobre os alcances do princípio de não discriminação, tendo em vista que no presente caso se configurou uma discriminação múltipla associada ao caráter composto nas causas da discriminação. Para efeito, a discriminação contra Talía estava associada a fatores como ser mulher, pessoa com HIV, pessoa com incapacidade, ser menor de idade, e seu status socioeconômico. Estes aspectos a fizeram mais vulnerável e agravaram os danos que sofreu. A intersecção destes fatores em uma discriminação com características específicas constituiu uma discriminação múltipla, que, por sua vez, constituiu uma discriminação interseccional. No entanto, nem toda discriminação múltipla, necessariamente, está associada à interseccionalidade.

8. Para efeito, a respeito da discriminação múltipla ou composta, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas sustentou que alguns indivíduos ou grupos sofrem discriminação por mais de um dos motivos proibidos, e que essa discriminação acumulativa afeta as pessoas de maneira especial e concreta, e merece consideração particular e medidas específicas de combate⁵. Para que seja possível considerar uma discriminação como “múltipla” é necessário que existam vários fatores que motivem a referida discriminação. Em sentido similar, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, adotada pela Assembleia Geral da OEA, em junho de 2015, define a discriminação múltipla como “[q]ualquer distinção, exclusão ou restrição à pessoa idosa fundamentada em dois ou mais fatores de discriminação”⁶.

9. No entanto, o múltiplo alude ao caráter composto das causas de discriminação. Um aspecto diferente constitui determinar a forma como, em alguns casos, interatuam entre si essas causas, o que implica avaliar se projetam de forma separada ou de forma simultânea.

⁵ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Observação Geral nº 20, E/C.12/GC/20, de 2 de julho de 2009, par. 17.

⁶ Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA, em 15 de junho de 2015, artigo 2.

10. Por sua parte, a interseccionalidade da discriminação não descreve somente uma discriminação baseada em diversas causas de discriminação. Isto é, que em um mesmo evento ocorre uma discriminação devido à ocorrência de dois ou mais motivos proibidos. Essa discriminação pode ter um efeito sinérgico, que supere a soma simples de várias formas de discriminação, ou pode ativar uma forma específica de discriminação que opera somente quando são combinados vários motivos de discriminação. Nem toda discriminação múltipla seria discriminação interseccional. A interseccionalidade evoca um encontro ou concordância simultânea de diversas causas de discriminação. Isso ativa ou visibiliza uma discriminação que somente ocorre quando são combinados os referidos motivos⁷.

11. A discriminação interseccional se refere, então, a múltiplas bases ou fatores interagindo para criar um risco ou uma carga de discriminação única e distinta. A interseccionalidade é associada a duas características. Primeiro, as bases ou os fatores são analiticamente inseparáveis como a experiência da discriminação não pode ser desagregada em diferentes bases. A experiência é transformada pela interação. Segundo, a interseccionalidade é associada com uma experiência qualitativa diferente, criando consequências para esses afetados de formas que são diferentes pelas consequências sofridas para aqueles que são sujeitos de somente uma forma de discriminação⁸. Este enfoque é importante porque permite visibilizar as particularidades da discriminação que sofrem grupos que historicamente têm sido discriminados por mais de um dos motivos proibidos estabelecidos em vários tratados de direitos humanos.

12. Em suma, a interseccionalidade no presente caso é fundamental para entender a injustiça específica do ocorrido à Talía e à família Lluy, a qual somente pode ser entendida no âmbito da convergência das diversas

⁷ Para um maior desenvolvimento doutrinal sobre o tema, ver Aylward, Carol, "Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide", *Journal of Critical Race Inquiry*, Vol 1, nº 1; e Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Direito à saúde e discriminação interseccional: Uma perspectiva judicial de experiências latinoamericanas", em Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, e Aldao, Martín (eds.): *Tratado de Direito à Saúde*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133-159.

⁸ Assembleia Geral das Nações Unidas. *World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*. "The idea of 'intersectionality' seeks to capture both the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more forms of discrimination or systems of subordination". "Whatever the type of intersectional discrimination, the consequence is that different forms of discrimination are more often than not experienced simultaneously by marginalized women". A/CONF.189/PC.3/5 de 27 de julho de 2001, pars. 23 e 32. A respeito, o Comitê da CEDAW reconheceu que a discriminação contra a mulher baseada no sexo e o gênero está indissolvelmente vinculada a outros fatores que afetam a mulher, com a raça, a origem étnica, a religião ou as crenças, a saúde, a condição jurídica e social, a idade, a classe, a casta, a orientação sexual e a identidade de gênero. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. Parecer Comunicação nº 17/2008, *Allyne da Silva Pimentel Teixeira Vs. Brasil*. CEDAW/C/49/D/17/2008 de 27 de setembro de 2011, par. 7.7.

discriminações ocorridas. A interseccionalidade constitui um dano distinto e único, diferente das discriminações avaliada separadamente. Nenhuma das discriminações avaliadas de forma isolada explicaria a particularidade e especificidade do dano sofrido na experiência interseccionalidade. No futuro a Corte IDH poderá definir os alcances deste enfoque, o qual contribuirá para redimensionar o princípio de não discriminação em certos casos.

II. A Possibilidade de Ter Abordado o Direito à Saúde de Maneira Direta e Autônoma (Artigos 26 e 1.1 da Convenção Americana)

13. No caso *Suárez Peralta Vs. Equador*⁹, me permiti expor em um Voto Concorrente as razões pelas quais considero que o “direito à saúde” pode ser interpretado como um direito suscetível de justiciabilidade direta no âmbito do disposto pelo artigo 26 da Convenção Americana.

14. No presente caso surge com maior intensidade a pertinência de uma análise baseada no “direito à saúde”. A Corte IDH avança um pouco nesta matéria ao delinear alguns aspectos específicos sobre o alcance deste direito que não haviam sido estabelecidos previamente em sua jurisprudência. Por exemplo, o Tribunal Interamericano alude a alguns padrões relacionados com o acesso a medicamentos e, em particular, precisa de que forma o acesso aos fármacos antirretrovirais é somente um dos elementos de uma resposta eficaz para as pessoas que vivem com HIV, devido a que as pessoas que vivem com HIV requerem um enfoque integral que compreende uma sequência contínua de prevenção, tratamento, atenção e apoio¹⁰. Por outra parte, a Corte IDH alude a alguns temas sobre o acesso à informação em saúde¹¹; direito à saúde das crianças¹², e o direito à saúde das crianças com HIV/AIDS¹³. No entanto, a análise da Corte IDH é realizada à luz de sua tradicional jurisprudência sobre a conexão da saúde com os direitos à vida e à integridade pessoal.

⁹ Cf. *Caso Suárez Peralta Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C, nº 261.

¹⁰ Cf. Pars. 193 a 197 da Sentença.

¹¹ Cf. Par. 198 da Sentença.

¹² Cf. Par. 174 da Sentença.

¹³ Cf. Pars. 198 e 199 da Sentença.

15. A respeito, como o expus no mencionado Voto Concorrente do Caso *Suárez Peralta* (2013), existem ao menos estas considerações pelas quais convêm abordar de maneira direta o direito à saúde:

5. Partindo da premissa de que o Tribunal Interamericano tem plena competência para analisar violações de todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana incluindo os relativos ao artigo 26¹⁴, entre os quais se encontra o direito ao Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que compreende o direito à saúde – como é reconhecido na Sentença que motiva o presente Voto razoado – considero que no presente caso deveria ser analisado diretamente este direito social, devido à competência que entendo tem esta Corte IDH para se pronunciar sobre uma possível violação à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente do direito à saúde.

6. Para efeito, a competência da Corte IDH para conhecer do direito à saúde se encontra diretamente no artigo 26 (Desenvolvimento Progressivo) do Pacto de San José, através de distintas vias interpretativas (*infra* pars. 33-72), em relação aos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), assim como, do artigo 29 (normas de Interpretação) da própria Convenção Americana. No mais, considerando os artigos 34.i) e 45 h) da Carta da Organização dos Estados Americanos, o artículo XI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e o artigo 25.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos (os dois últimos instrumentos em conformidade com o previsto no artigo 29.d do Pacto de San José), assim como, instrumentos e fontes internacionais que lhe outorgam conteúdo, definição e alcances ao direito à saúde –conforme já feito pela Corte IDH a respeito dos direitos civil e políticos- como são os artigos 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 17 e 33.2 da Carta Social das Américas, 12.1 e 12.2.d) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 12.1 da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 24 e 25 da Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros instrumentos e fontes internacionais –inclusive nacionais via o artigo 29.b) da Convenção Americana–. E o anterior sem que seja obstáculo o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, que faz referência somente à justiciabilidade de alguns direitos sindicais e de educação, uma vez que o próprio artigo 26 da Convenção Americana outorga esta possibilidade, como veremos mais adiante.

7. Evidentemente, esta posição demanda um maior escrutínio na interpretação normativa interamericana em seu conjunto e particularmente do artigo 26 do Pacto de San José, que prevê “a plena efetividade” dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem que os elementos de “progressividade” e de “recursos disponíveis” a que alude este preceito, possam configurar como condicionantes normativos para a

¹⁴ Cf. *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladora”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C, nº 198, par. 16: “o Tribunal assinalou anteriormente que os termos amplos em que foi redigida a Convenção indicam que a Corte exerce uma jurisdição plena sobre todos seus artigos e disposições”, e assim decide entrar afundo no assunto ao desconsiderar a exceção preliminar pretendida pelo Estado, precisamente sobre a suposta incompetência da Corte IDH do artigo 26 da Convenção Americana.

justiciabilidade de referidos direitos, mas sim em todo caso constituem aspectos sobre sua implementação em conformidade com as particularidades de cada Estado. De fato, tal como assinalado no caso *Acevedo Buendía*, podem surgir casos nos quais o controle judicial se concentre em alegadas medidas regressivas ou em indevida gestão dos recursos disponíveis (isto é, controle judicial a respeito do avanço progressivo).

8. No mais, esta exigência argumentativa requerer uma visão e interpretação evolutiva, em acordo com os tempos atuais, o que exige considerar os avanços do direito comparado –especialmente das altas jurisdições nacionais dos Estados partes, inclusive da tendência em outros países do mundo-, assim como, uma interpretação que analise o *corpus juris* interamericano em seu conjunto, especialmente a relação da Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador.

[...]

11. Para efeito, sem negar os avanços alcançados na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais pela via direta e em conexão com outros direitos civis e políticos- que foi a reconhecida prática deste Tribunal Interamericano-; em minha opinião, este proceder não outorga uma eficácia e efetividade plena desses direitos, desnaturaliza sua essência, não abona ao esclarecimento das obrigações estatais sobre a matéria e, em definitivo, provoca **intersecção** entre direitos, o que leva a confusões desnecessárias nos tempos atuais de clara tendência para o reconhecimento e eficácia normativa de todos os direitos conforme os evidentes avanços que são advertidos no âmbito nacional e no direito internacional dos direitos humanos.

[...]

15. A possibilidade de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre o direito à saúde deriva em primeiro termo, da “interdependência e indivisibilidade” existente entre os direitos civis e políticos com respeito aos econômicos, sociais e culturais. Para efeito, na Sentença que motiva o presente voto razoado, expressamente se reconhece esse caráter, já que devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante aquelas autoridades que são competentes para isso.

[...]

18. O importante desta consideração sobre a interdependência dos direitos civil e políticos em relação aos econômicos, sociais e culturais, realizada pela Corte IDH no Caso *Acevedo Buendía e Outros Vs. Peru*, radica em que o referido pronunciamento é efetuado ao estudar os alcances interpretativos do artigo 26 da Convenção Americana, a respeito de um direito (previdência social) não reconhecido expressamente como **imputável** no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador. Prévio à análise de mérito, o Tribunal Interamericano havia expressamente desconsiderado a exceção preliminar de falta de competência *ratione materiae* aposta pelo Estado demandado[.]

19. Neste importante precedente, a Corte IDH desconsiderou a exceção do Estado demandado que expressamente alegava que carecia de competência o referido órgão jurisdicional para se pronunciar sobre um direito não imputável em termos do artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador. Isto é, o Tribunal Interamericano ao

desconsiderar a referida exceção preliminar e estudar o mérito do assunto, considerou sua competência para conhecer e resolver (inclusive poder declarar violado) o artigo 26 do Pacto de San José. No entanto, no caso particular considerou que não houve infração ao referido preceito convencional. Ao estudar o mérito do assunto, a Corte IDH considerou que os direitos econômicos, sociais e culturais aos quais se refere o artigo 26 estão sujeitos às obrigações gerais nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, como estão também os direitos civis e políticos previstos nos artigos 3 a 25.

[...]

27. A partir de minha perspectiva, estes alcances [da interdependência] implicam: a) estabelecer uma relação forte e de igual importância entre direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; b) obrigar a interpretar todos os direitos de maneira conjunta –que em algumas ocasiões produzem conteúdos interseccionados ou sobrepostos- e a avaliar as implicações que tem o respeito, proteção e garantia de uns direitos sobre outros, para sua implementação efetiva; c) outorgar uma visão autônoma aos direitos econômicos, sociais e culturais, conforme sua essência e características próprias; d) reconhecer que podem ser violados de maneira autônoma, o que poderia conduzir –como sucede com os direitos civis e políticos- a declarar violado o dever de garantia dos direitos derivados do artigo 26 do Pacto de San José, em relação às obrigações gerais previstas nos artigos 1 e 2 da Convenção Americana; e) determinar as obrigações que devem cumprir os Estados em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais; f) permitir uma interpretação evolutiva do *corpus juris* interamericano e de maneira sistemática, especialmente para advertir os alcances do artigo 26 da Convenção com respeito ao Protocolo de San Salvador[;] e g) proporcionar um fundamento a mais para utilizar outros instrumentos e interpretações de organismos internacionais relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais com fim de lhes dar conteúdo.

[...]

34. Ao pensar sobre as implicações do direito à saúde, é necessária uma reavaliação interpretativa do Artigo 26 da Convenção Americana, única norma do referido Pacto que se refere “aos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”, partindo de que o Tribunal Interamericano exerce uma jurisdição plena sobre todos seus artigos e disposições, entre os quais se encontra a referida disposição convencional.

35. Além disso, o artigo 26 está dentro da Parte I (Deveres dos Estados e Direitos Protegidos) da Convenção Americana e, portanto, são aplicáveis as obrigações gerais dos Estados previstas nos artigos 1.1 e 2 do referido Pacto, como foi reconhecido pelo próprio Tribunal Interamericano no *Caso Acevedo Buendía Vs. Peru*. Existe, no entanto, uma aparente tensão interpretativa com os alcances que devem ser dados ao artigo 26 do Pacto de San José, em relação ao artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador que limita a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais somente a certos direitos.

[...]

36. A partir de minha perspectiva, se requiere um desenvolvimento interpretativo do Artigo 26 do pacto de San José na jurisprudência da Corte IDH que poderia representar novas rotas para a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, em suas dimensões individuais e coletivas. E poderia se configurar um novo conteúdo no futuro através de interpretações evolutivas que reforcem o caráter interdependente e indivisibilidade dos direitos humanos.

37. Nesse sentido, considero oportuno o chamado que a estimada juíza Margarette May Macaulay –da anterior integração da Corte IDH– realizou em seu voto concorrente há alguns meses, no *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, dirigido de forma a atualizar o sentido normativo do referido preceito convencional. A ex-juíza assinalou que o Protocolo de San Salvador “não estabelece nenhuma disposição cuja intenção fosse limitar o alcance da Convenção Americana”. [...]

38. A juíza Macaulay indicou que correspondia à Corte IDH atualizar o sentido normativo do artigo 26 [...].

39. Além do expressado, podem ser considerados alguns argumentos adicionais a esta interpretação da relação entre a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador, relativo à competência da Corte para conhecer de violações diretas à direitos econômicos, sociais e culturais à luz do Artigo 26 do Pacto de San José.

40. Em primeiro lugar, é indispensável partir da importância de levar em consideração a interpretação literal do Artigo 26 a respeito da competência estabelecida para proteger todos os direitos estabelecidos no Pacto de San José, ou que incluem os direitos previstos nos artigos 3 a 26 (Capítulo II: “Direitos Civis e Políticos”, e Capítulo III: “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”). Como já mencionado, a Corte IDH assim o reconheceu de maneira expressa na sentença no caso *Caso Acevedo Buendía Vs. Peru* [...].

42. Embora, em nenhum preceito do Protocolo de San Salvador se realiza referência alguma sobre os alcances das obrigações gerais a que se referem os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. Se o Pacto de San José não está sendo modificado expressamente, a interpretação que corresponde deve ser a menos restringida em relação a seus alcances. Neste aspecto, é importante ressaltar que a mesma Convenção Americana dispõe de um procedimento específico para sua modificação. Se o Protocolo de Salvador pretendia derrogar ou modificar o alcance do artigo 26, isso deveria ser estabelecido de forma expressa e inequívoca. A clara redação do artigo 19.6 do Protocolo não permite inferir conclusão alguma a respeito da literalidade da relação do artigo 26 em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, conforme reconheceu a Corte IDH.

43. Sobre a interpretação do artigo 26 e sua relação com o Protocolo de San Salvador surgiram diversas posições. Em minha opinião, o que corresponde é aplicar o princípio de interpretação mais favorável não somente em relação aos aspectos substantivos da Convenção, mas também em aspectos processuais relacionados com a atribuição de competência, sempre e quando existir um conflito interpretativo concreto e genuíno. Se o protocolo de San Salvador houvesse assinalado expressamente que deveria ser entendido que o artigo 26 já não tinha vigência, não poderia o intérprete chegar a uma conclusão contrária. No entanto,

nenhuma norma do protocolo se refere a diminuir ou limitar o alcance da Convenção Americana.

44. Pelo contrário, uma das normas do Protocolo assinala que este instrumento não deve ser interpretado para desconhecer outros direitos vigentes nos Estados parte, o qual inclui os direitos que derivam do artigo 26 no marco da Convenção Americana. Dessa forma, nos termos do artigo 29.b) da Convenção Americana, não pode ser realizada uma interpretação restritiva dos direitos.

45. Corresponde, então, resolver este –aparente– problema a partir de uma interpretação sistemática, teleológica, evolutiva e que leve em consideração a interpretação mais favorável para impulsionar a melhor proteção do ser humanos, e o objetivo e fim do artigo 26 da Convenção Americana, a respeito da necessidade de garantir efetivamente os direitos econômicos, sociais e culturais. Em um conflito interpretativo corresponde outorgar prevalência a uma interpretação sistemática das normas relevantes.

46. Neste sentido, a Corte IDH assinalou em outras oportunidades que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempo e as condições de vida atuais. Além disso, também sustentou que essa interpretação evolutiva é conseqüente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como na Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados. Ao efetuar uma interpretação evolutiva, a Corte outorgou especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou normativa nacional ou jurisprudência de tribunais internos na hora de analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos.

47. Fica claro que a Corte IDH não pode declarar a violação do direito à saúde no marco do Protocolo de San Salvador, mas assim se adverte a literalidade do artigo 19.6 deste. No entanto, é possível, então, entender o Protocolo de San Salvador como um dos referentes interpretativos sobre o alcance do direito à saúde que protege o artigo 26 da Convenção Americana. O Protocolo Adicional, à luz do *corpus juris* de direitos humanos, ilustra sob o conteúdo que devem ter as obrigações de respeito e garantia a respeito deste direito. Ou seja, o Protocolo de San Salvador orienta sobre a aplicação que corresponde ao artigo 26 em relação com as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do Pacto de San José.

[...]

57. Até o momento, a Corte IDH utilizou diversos aspectos do *corpus juris* sobre o direito à saúde para fundamentar sua argumentação sobre o alcance do direito à vida ou à integridade pessoal, utilizando o conceito de vida digna ou outro tipo de análise baseada na conexão da saúde com os direitos civis (...). Esta estratégia argumentativa é valiosa e permitiu um importante avanço da jurisprudência interamericana. No entanto, o principal problema desta técnica argumentativa é que impede uma análise aprofundada sobre o alcance das obrigações de respeito e garantia frente ao direito à saúde, conforme ocorrido na Sentença que motiva o presente voto razoado. No entanto, existem alguns componentes dos direitos sociais que não podem ser reconduzidos a padrões de direitos civis e políticos. Como colocado em evidencia, “poderia se perder a especificidade tanto dos direitos civis e

políticos (que começam a abarcá-lo todo), quanto de direitos sociais (que não conseguem projetar suas especificidades)”.
58. Atendendo a que a Corte IDH em sua jurisprudência evolutiva já aceitou explicitamente a justiciabilidade do artigo 26 [...], em minha opinião, agora o Tribunal Interamericano deveria resolver vários aspectos deste preceito convencional que pretende a difícil tarefa de definir no futuro três questões distintas, referidas a i) que direitos protege, ii) que tipo de obrigações derivam de tais direitos, e iii) que implicações tem o princípio de progressividade. [...]

16. Ademais, em relação a argumentos segundo os quais a Convenção Americana não consagraria direitos sociais porque se estes direitos já se encontravam no referido tratado os Estados parte preferiram efetuar uma emenda deste para complementar ou expandir o alcance desses direitos – e não um protocolo; em nosso Voto Conjunto Concorrente na Sentença do recente caso *Canales Huapaya e Outros Vs. Peru*, o Juiz Roberto F. Caldas e eu que vos escrevo, indicamos que era possível uma interpretação distinta sobre a relação entre “tratados” e seus “protocolos” no direito internacional dos direitos humanos, tal como se pode observar em vários protocolos adicionais a tratados que estabelecem regulação complementar na matéria desenvolvida no respectivo tratado, isto é, que os protocolos não estão restringidos à consagração de novos direitos¹⁵. E o anterior consideramos válido à luz de uma interpretação sistemática dos artigos 26, 31 e 77 do Pacto de San José.

17. No caso particular, a análise do direito à saúde como direito autônomo houvesse permitido avaliar com maior profundidade temáticas associadas à disponibilidade de antirretrovirais em determinadas épocas, os problemas de acessibilidade geográfica pela necessidade de se deslocar de uma cidade para outra para conseguir uma melhor atenção, entre outros aspectos. Em relação a este tipo de tema, sua análise à luz do direito à vida e do direito à integridade pessoal pode ser limitada, tendo em vista que esses direitos não incorporam diretamente certos tipos de obrigações associadas especificamente ao direito à saúde. Pelo entendimento da relação entre o direito à saúde e aos sistemas de saúde é importante para aplicar adequadamente um enfoque de direitos em relação a estas temáticas de especial relevância e sensibilidade para a região.

¹⁵ Voto Conjunto Concorrente dos Juízes Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. *Caso Canales Huapaya e Outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2015, especialmente pars. 26 a 29. No referido voto aludimos a exemplos relacionados com Protocolos Adicionais da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

III. A Necessidade de Continuar Avançando para a Justiciabilidade Plena dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais no Sistema Interamericano

18. Desde o primeiro caso de mérito que teve que conhecer como Juiz titular da Corte IDH Me pronunciei a favor da justiciabilidade direta do direito à saúde, realizando uma interpretação evolutiva do artigo 26 da Convenção Americana em relação aos artigos 1.1 e 2, conjuntamente com o artigo 29 do referido tratado; e à luz de uma interpretação sistemática com os artigos 4 e 19.6 do Protocolo de San Salvador¹⁶.

19. No presente caso me permito reiterar a necessidade de defender uma interpretação que tenta outorgar primazia ao valor normativo do artigo 26 da Convenção Americana. Não se trata de ignorar o Protocolo de San Salvador nem menosprezar o artigo 26 do Pacto de San José. Deve se assumir a interpretação à luz de ambos instrumentos. Sob esse entendimento o Protocolo Adicional não pode diminuir o valor da Convenção Americana se expressamente não se pretendia tal objetivo naquele instrumento a respeito das obrigações *erga omnes* que preveem os artigos 1 e 2 da Convenção Americana, obrigações gerais que aplicam para todos os direitos, inclusive para os direitos econômicos, sociais e culturais, como foi expressamente reconhecido pelo Tribunal Interamericano¹⁷.

20. A interpretação evolutiva¹⁸, à qual foi feita referência busca outorgar eficácia real à proteção interamericana na matéria, que depois de vinte e cinco anos de adoção do Protocolo de San Salvador, e a quase três quinquênios de sua entrada em vigor, tem efetividade mínima; requerendo uma interpretação mais dirigida a estabelecer o maior efeito útil possível às normas interamericanas em seu conjunto, como veio realizando o Tribunal Interamericano a respeito dos direitos civis e políticos.

¹⁶ Voto Concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, no Caso *Suárez Peralta Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C, nº 261.

¹⁷ Cf. Caso *Acevedo Buendía e Outros ("Demitidos e Aposentados da Controladuría") Vs. Peru*, *supra*, par. 100.

¹⁸ A interpretação evolutiva do artigo 26 da Convenção Interamericana também tem fundamento à luz da normativa constitucional e das práticas das altas jurisdições nacionais, especialmente para a justiciabilidade do "direito à saúde"; como tratamos de evidenciar nos parágrafos 73 a 87, do Voto Concorrente no Caso *Suárez Peralta Vs. Equador*. Sobre as práticas judiciais para a proteção do direito à saúde em distintos países do mundo, ver também Yamin, Alicia Ely e Gloppen, Siri (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013. (A luta pelos direitos da saúde. A justiça pode ser uma ferramenta de mudança?, Buenos Aires, Séculos XXI, 2013).

21. Resulta da essência do direito à saúde sua interdependência com o direito à vida e o direito à integridade pessoal. Isso não justifica, no entanto, negar a autonomia sobre o alcance daquele direito social, a partir do artigo 26 da Convenção Americana em relação com as obrigações de respeito e garantia contidos no artigo 1.1 do próprio Pacto, que exige interpretar o Pacto de San José à luz do corpus juris em matéria de direito à saúde –como para efeito se fez no *Caso Gonzales Lluy e Outros* que motiva o presente voto razoado, ainda que se denomine a integridade pessoal, limitando significativamente pela via de conexão os alcances reais do direito à saúde¹⁹. Tal como assinalei em meu *Voto Concorrente* no caso *Suárez Peralta*:

102. O que envolve esta visão de justiciabilidade direta é que a metodologia para imputar responsabilidade internacional se circunscreve às obrigações a respeito do direito à saúde. Isso implica na necessidade de uma argumentação mais específica em torno da razoabilidade e proporcionalidade em tal sentido, as decisões da Corte IDH adquirem mais transparência e força se a análise se faz diretamente a partir desta via em relação às obrigações em torno do direito à saúde no lugar do respeito ao âmbito mais relacionado com as consequências de certas afetações em relação à integridade pessoal, isto é, pela via indireta ou em conexão com os direitos civis. Neste mesmo sentido, as reparações que a Corte tradicionalmente outorga, e que em muitos casos impactam em prestações realizadas com o direito à saúde, como as medidas de reabilitação ou satisfação, podem adquirir um verdadeiro nexo de causalidade

¹⁹ Nos pars. 172 e 173 da Sentença que motiva o presente Voto, se destaca “a interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante aquelas autoridades que resultem competentes para isso”. No mais, se recorre a uma ampla normatividade relacionada com o direito à saúde: “a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem estabelece em seu artigo XI que toda pessoa tem o direito ‘a que sua saúde seja preservada por medidas sanitárias e sociais, relativas a [...] assistência médica, correspondentes ao nível que permitam os recursos públicos e os da comunidade’. Por sua vez, o Artigo 45 da Carta da OEA requiere que os Estados membros ‘dedi[quem] seus máximos esforços [...] para o] [d]esenvolvimento de uma política eficiente de previdência social’. Neste sentido, o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Equador em 25 de março de 1993, estabelece que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o disfrute do mais alto nível do bem-estar físico, mental e social, e indica que a saúde é um bem público. Adicionalmente, em julho de 2012, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos enfatizou a qualidade dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, o que requerer a presença de funcionários médicos capacitados, assim como de condições sanitárias adequadas”. Ver também, OEA. Indicadores de Progreso para a Medição de Direitos Contemplados no Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2 de 16 de dezembro de 2011, pars. 66 e 67. Inclusive, na Sentença são considerados os elementos essenciais do direito à saúde, relativos à *disponibilidade*, *acessibilidade*, *aceitabilidade* e *qualidade*, a que se refere o Comitê do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Observação Geral nº 14), em conformidade com o par. 173 da Sentença que motiva o presente Voto.

entre o direito violado e a medida disposta com todos seus alcances. Por sua vez, falar de justiciabilidade direta implica transformar a metodologia a partir da qual se avalia o cumprimento das obrigações de respeito e garantia (artigo 1.1 do Pacto de San José), que certamente é diferente a respeito do direito à vida e do direito à integridade pessoal, que em relação ao direito à saúde e outros direitos sociais, econômicos e culturais.

103. A cidadania social avançou significativamente no mundo inteiro e, claro, nos países do continente americano. A justiciabilidade “direta” dos direitos econômicos, sociais e culturais constitui não somente uma opção interpretativa e argumentativa viável à luz do atual *corpus juris* interamericano; representa também uma obrigação da Corte IDH como órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, avançar nessa direção sobre a justiça social, ao ter competência sobre **todas as disposições** do Pacto de San José. A garantia efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais é uma alternativa que abriria novas rotas em aras da transparência e realização plena dos direitos, sem artifícios e de maneira frontal, e assim reconhecer há muito a Corte vem realizando de maneira indireta ou em conexão com os direitos civis e políticos.

104. Em definitivo, se trata de reconhecer o que de fato realiza o Tribunal Interamericano e as altas jurisdições nacionais dos países da região, tendo em vista o *corpus juris* em direitos sociais nacional, interamericano e universal, o que ademais constituiria uma maior e efetiva proteção dos direitos sociais fundamentais, com obrigações mais claras para os Estados parte. Tudo isso em sintonia com os sinais atuais de eficácia plena dos direitos humanos (nos âmbitos nacional e internacional), sem distinção ou categorização entre eles, particularmente importante na região latinoamericana onde lamentavelmente persistem altos índices de desigualdade, permanecem porcentagens significativas da população em

pobreza e inclusive na indigência, e existem múltiplas formas de discriminação contra os mais vulneráveis.

105. O Tribunal Interamericano não pode ficar à margem do debate contemporâneo sobre os direitos sociais fundamentais²⁰ –que tem um longo caminho percorrido na história dos direitos humanos–, e que são motivo de contínua transformação para sua plena realização e efetividade nas democracias constitucionais de nossos dias.

106. Perante este cenário de dinamismo na matéria no âmbito nacional e no Sistema Universal, é previsível que a Comissão Interamericana ou as supostas vítimas ou seus representantes, invoquem no futuro com maior intensidade eventuais violações às garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais derivados do artigo 26 da Convenção Americana, em conexão com as obrigações gerais previstas nos artigos 1 e 2 do próprio Pacto de San José. Especialmente as supostas vítimas podem invocar as referidas violações por suas novas faculdades no acesso direto que agora tem perante a Corte IDH, a partir do novo Regulamento deste órgão jurisdicional, vigente desde 2010.

107. Como novo integrante do Tribunal Interamericano não é de meu desejo introduzir debates estéreis no seio do Sistema Interamericano e, particularmente, em seu órgão de proteção de natureza jurisdicional; simplesmente pretendo chamar para a reflexão –por ser de minha profunda convicção– sobre a legítima possibilidade interpretativa e argumentativa para outorgar via o artigo 26 do pacto de San José a efetividade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente no caso concreto sobre o direito à saúde. A possibilidade está latente para avançar para uma nova etapa

²⁰ A respeito ver também von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela e Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Construção e papel dos direitos sociais fundamentais. Para um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 2011.

na jurisprudência interamericana, o que não representa nenhuma novidade se nos atentamos a que, por um lado, a Comissão Interamericana assim o entendeu em várias oportunidades e, por outro, a própria Corte IDH reconheceu explicitamente a justiciabilidade do artigo 26 da Convenção Americana em 2009²¹.

108. Em conclusão, a mais de vinte e cinco anos de contínua evolução da jurisprudência interamericana é legítimo –e razoável pelo caminho da hermenêutica e a argumentação convencional – outorgar pleno conteúdo normativo ao artigo 26 do Pacto de San José, em consonância e congruência com o corpus juris interamericano em sua integralidade. Este caminho permitirá interpretações dinâmicas à altura de nosso tempo, que poderiam conduzir para uma efetividade plena, real, direta e transparente de todos os direitos, sejam civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem hierarquia e categorizações que menosprezem sua realização, como se depreende do Preâmbulo da Convenção Americana, cujo espírito e ideal permeiam o Sistema Interamericano em seu conjunto.

22. Passados quase 46 anos desde a assinatura da Convenção Americana e 27 anos desde a adoção do Protocolo de San Salvador, é necessário dar passos com maior clareza para a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais e ambientais tendo em vista os avanços do direito internacional dos direitos humanos²² e atendendo aos claros avanços dos Estados parte da Convenção Americana. Sobre este último destaque em particular a Carta Social das Américas em 2012 e muito em particular a recente Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, aprovada em 15 de junho de 2015. Para efeito, o artigo 36²³

²¹ Cf. *Caso Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, *supra*, pars. 99-103.

²² Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, subscrito pelo Equador.

²³ Artigo 36. Sistema de petições individuais. Qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados membros da Organização dos Estados Americanos pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação de algum dos artigos da presente Convenção por um Estado Parte. / Para a aplicação do previsto no presente artigo será levada em consideração a natureza progressiva da vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais, objeto de proteção da presente Convenção. / Além disso, todo Estado Parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou de adesão à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da

desta Convenção dispõe a possibilidade de que opere o sistema de petições individuais em relação aos direitos previstos na referida Convenção, os quais incluem, entre outros, o direito à previdência social (artigo 17), direito ao trabalho (artigo 18), direito à saúde (artigo 19), e direito à moradia (artigo 24). Como pode-se observar, este passo adotado por vários Estados parte da OEA evidencia uma tendência cada vez majoritária para a plena justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

23. Por todos os argumentos expostos neste Voto, esta interpretação hermenêutica não menospreza a legitimidade da Corte. Essa legitimidade tampouco diminuiu ao serem adotados critérios jurisprudenciais que tinham menos base normativa, como ocorreu ao declarar a existência de certos direitos inominados não previstos convencionalmente²⁴. Pelo contrário, a interpretação sistemática, integral e evolutiva, alicerçada na base normativa prevista no artigo 26 da Convenção Americana e em suas relações com os artigos 1.1 e 2 desta normativa, sob a ideia de que este artigo deve possuir

Comissão Interamericana de Direitos Humanos para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte ocorreu em violações dos direitos humanos estabelecidos na presente Convenção. No referido caso, serão aplicadas todas as normas de procedimento pertinentes contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. / [...] Todo Estado Parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória e de pleno direito e sem acordo especial a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da presente Convenção. No referido caso, serão aplicadas todas as normas de procedimento pertinentes contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²⁴ Assim por exemplo, no *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, a Corte IDH interpretou o “direito à consulta prévia, livre e informada” das comunidades e povos indígenas e tribais no reconhecimento dos direitos à cultura própria ou identidade cultural, reconhecidos no Convenção 169 da OIT. No *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, a Corte IDH estabeleceu a obrigação especial de garantir o “direito à vida cultural” das crianças indígenas. Além disso, no *Caso do Massacre de Dos Erres Vs. Guatemala*, para analisar a responsabilidade do Estado em relação aos direitos ao nome (artigo 18), à família (artigo 17) e à criança (artigo 19, da Convenção Americana), a Corte IDH considerou que o direito de toda pessoa a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família faz parte, implicitamente, do direito à proteção à família e da criança. Em sentido similar, no *Caso Gelman Vs. Uruguai*, a Corte IDH aplicou o denominado “direito à identidade” (o qual não se encontra expressamente contemplado na Convenção Americana) sobre a base do disposto no artigo 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece que tal direito compreende, entre outros, o direito à nacionalidade, ao nome e às relações familiares. No *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, o Tribunal Interamericano declarou violado o “direito a conhecer a verdade” (direito não previsto de maneira autônoma na Convenção Americana). Por outra parte, no *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador*, a Corte complementou sua jurisprudência em relação ao direito à propriedade privada contemplado no artigo 21 da Convenção ao se referir aos artigos 13 e 14 do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra de 1949, relativo à proteção das vítimas de conflitos armados sem caráter internacional, de 8 de junho de 1977. Posteriormente, no *Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia*, o Tribunal Interamericano interpretou os alcances do mesmo artigo 21 utilizando tratados distintos à Convenção Americana. Dessa forma, se referiu à Norma 7 de Direito Humanitário Consuetudinário, relativo à distinção entre bens de caráter civil e objetivos militares, e o artigo 4.2.g do Protocolo II, a respeito do ato de pilhagem, para preencher de conteúdo o direito à propriedade privada previsto no artigo 21 da Convenção Americana.

Como se pode apreciar destes exemplos da jurisprudência interamericana, foi uma prática reiterada da Corte IDH utilizar distintos instrumentos e fontes internacionais mais além do Pacto de San José para definir os conteúdos e inclusive ampliar os alcances dos direitos previstos na Convenção Americana e determinar as obrigações dos Estados, no entanto os referidos instrumentos e fontes internacionais fazem parte de um muito compreensivo *corpus juris* internacional na matéria, e também utilizando o Protocolo de San Salvador. A possibilidade de utilizar o Protocolo de San Salvador para dar conteúdo e alcances aos direitos econômicos, sociais e culturais derivados do artigo 26 da Convenção Americana em relação às obrigações gerais previstas nos artigos 1 e 2 desta é viável conforme vem utilizando-o o Tribunal Interamericano para dotar de conteúdo a muitos direitos convencionais utilizando distintos tratados e fontes distintas do Pacto de San José. Assim, poderia ser utilizado também o Pacto de San José, junto com outros instrumentos internacionais, para estabelecer o conteúdo e alcances do direito à saúde protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana.

efeito útil pois não foi derogado, outorgam plena legitimação a este Tribunal Interamericano a dar passos mais decididos para a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas assim se leva em consideração a tragédia diária associada à negação sistemática destes direitos nos países das Américas.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Juiz

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário

06/2017.