

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BACHARELADO EM DIREITO

ANA PAULA DE JESUS SOUZA

**PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS**

Aracaju/SE

2016

ANA PAULA DE JESUS SOUZA

**PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como um dos pré-requisitos para
obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Me. Augusto César Leite de Resende

Aracaju/SE

2016

Mayatakkk

ANA PAULA DE JESUS SOUZA

**PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como um dos pré-requisitos para
obtenção de grau de bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Augusto César Leite de Resende
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Dr. Cleverton Barros de Lima
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, com amor e gratidão

AGRADECIMENTOS

Gratidão, certamente é o sentimento que melhor defina esse momento. Hoje, meu coração se alegra com essa vitória e só tenho a agradecer a todos que contribuíram para essa conquista.

Primeiramente, agradeço a Deus que foi e sempre será a minha fortaleza, a minha fonte inesgotável de amor. A minha mãe, meu alicerce, por todo o amor e compreensão. Ao meu pai, *in memoriam*, que mesmo ausente fisicamente, é o meu maior exemplo, essa vitória é de vocês.

A minha família, por todo incentivo e amor, e a todos os amigos aos quais tive o prazer de conviver durante essa incrível jornada.

Por fim, Agradeço ao meu orientador Augusto César Leite de Resende, por toda complacência e compreensão.

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.” (Hannah Arendt).

RESUMO

O cerne ideológico do presente estudo tem o condão de promover uma análise sobre o direito à saúde, previsto e idealizado pela Constituição Federal de 1988, buscando compreender quais os meios de tutela dos direitos humanos e fundamentais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A pesquisa promove uma análise sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos, com o fulcro em examinar os aspectos centrais e as características destes direitos. Haja vista que a saúde, além de uma fundamental, prevista e codificada na Constituição Brasileira, também é considerada como norma de Direitos Humanos de cunho universal, previsto na seara internacional. No Sistema Interamericano, a proteção à saúde é prevista no Protocolo Adicional à Convenção Americana, em seu art. 10, ao qual aduz o acesso direto à saúde por meio de políticas públicas que visem o acesso universal e igualitário, com o condão de proteger e recuperar a saúde de todos os cidadãos. A tutela da saúde no contexto internacional é feita por meio da Comissão Interamericana, órgão precípua do Sistema Interamericano, responsável pela fiscalização direta de violações contra Direito Humanos, e bem como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional e autônomo, com a dupla finalidade, a consultiva e a jurisdicional. Destarte, objetiva-se no presente estudo analisar os mecanismos de proteção da saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando a ausência de previsão legal da saúde na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: constituição. saúde. direitos humanos. sistema interamericano. proteção. dignidade humana.

ABSTRACT

The ideological core of this study has the power to promote an analysis of the right to health, planned and designed by the Federal Constitution of 1988, seeking to understand what remedies available human and fundamental rights in the Inter-American Human Rights System. Research promotes an analysis of the historical evolution of human rights, with the fulcrum to examine the central aspects and well with the characteristics of these rights. Considering that health, as well as a fundamental, planned and codified in the Brazilian Constitution, is also considered as the standard of human rights of universal nature, provided for in internacional.No inter-harvest, health protection is provided for in the Additional Protocol to the Convention American, in its art. 10, which adds direct access to health care through public policies aimed at universal and equal access, with the power to protect and restore the health of all citizens. The protection of health in the international context is made by the Inter-American Commission preciput organ of the inter-responsible for the direct supervision of violations of Human Rights, and as well as the Inter-American Court of Human Rights, court and autonomous, with the dual purpose the advisory and judicial. Thus, the objective in the present study to analyze the health protection mechanisms before the Inter-American Court of Human Rights, considering the lack of legal health provision in the American Convention on Human Rights.

Keywords: constitution. health. human rights. inter-american system. protection. human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SAÚDE E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	13
2.1 Direito à Saúde Como Norma Social/ Fundamental	15
2.2 Eficácia e Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal	16
2.3 Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial	18
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	22
3.1 Gerações dos Direitos Humanos.....	26
3.2 Conceito de Direitos Humanos.....	28
3.3 Características dos Direitos Humanos	29
3.3.1 Indivisibilidade dos direitos humanos	30
3.3.2 Indisponibilidade dos direitos humanos	32
4 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DIREITOS HUMANOS	33
4.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	34
4.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos	37
5 PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A SUA EFICÁCIA PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.	39
5.1 Direito à Vida e sua relação direta com à Saúde.....	43
5.2 Tutela da Saúde Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ...	47
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traduz em seu bojo aspectos essenciais para o real desenvolvimento social e individual de todos os cidadãos, a Carta Maior de 1988, denominada pela doutrina, como uma constituição democrática, traduz de forma expressa e ampla o acesso direto à saúde. A norma prevista em seu art. 196 ensina que a saúde é um dever de todos com o fulcro de reduzir e promover um acesso universal e igualitário para toda a sociedade, o dispositivo constitucional tem um caráter democrático e institui um olhar social e humanitário em torno do planejamento estatal para a construção de políticas públicas a fim de garantir um acesso direto e universal do direito à saúde.

Nesse toar, é necessário compreender que o Direito à saúde encontra-se expresso na Constituição Federal, sendo uma norma autoaplicável e de alcance direto de todos, ao qual encontra-se intrinsecamente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Destarte, diante da sua disposição normativa observa-se que o direito à saúde deve ser observado sobre o prisma da igualdade, devendo ser ofertado sem distinções econômicas ou sociais, e bem como, com observância no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao qual garante respeito e integridade na efetivação dos direitos fundamentais.

Apesar da clareza normativa e de sua aplicabilidade direta e integral, o direito à saúde prescinde a aplicabilidade por meio do poder público, sendo indispensáveis as ações concretas, por meio de políticas públicas, para sua real efetivação. As políticas públicas direcionadas à saúde são conceituadas como de caráter essencial e substancial, no que tange a prioridade de recursos orçamentários, assim, a doutrina definiu e conceituou como a Reserva do Possível, a limitação orçamentária que os entes políticos devem observar para efetivar o direito à saúde e como Mínimo Existencial, a garantia legal a essencialidade do direito e a importância da sua efetivação.

Não obstante todos os conceitos doutrinários da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, o acesso à saúde no Brasil tem sofrido algumas restrições diante ausência de ações concretas para a concretização de políticas públicas. Diante disso, além da sua exposição direta na Constituição, a saúde também encontra guarita no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Haja vista a necessidade

de proteção não só no plano nacional mas também na seara internacional.

Nesse sentido, a análise da evolução histórica dos Direitos Humanos denota, de forma clara, quais os fatores contribuíram significativamente para a codificação dos direitos humanos, haja vista que, na antiguidade, os direitos humanos eram considerados naturais, com enfoque no direito natural, ou seja, não eram determinantes as questões da sociedade à época, considerava-se que os direitos humanos tinham seus fundamentos num direito inerente ao ser humano.

Ao longo dos anos, o mundo notou a necessidade de serem criados mecanismos jurídicos de proteção aos direitos humanos, passando a construir uma ideia positivista dos Direitos Humanos.

Desse modo, em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um consolidado de cunho universal, com objetivo de resguardar direitos humanos básicos, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana. Diante da importância do referido documento, os Direitos Humanos passaram a ser classificados por gerações, considerando os de primeira geração, aqueles que apregoavam o não intervencionismo estatal, os de segunda geração, defendia as ações positivas por parte do Estado, com vista a promover a dignidade da pessoa humana, e os de terceira geração, destinados a fomentar a fraternidade e solidariedade, com o fulcro e resguardar direitos de conteúdo coletivo.

É importante frisar que os direitos humanos são dotados de inúmeras características indispensáveis para sua concretização. Algumas destas características merecem destaque, como a Universalidade, que assegura a proteção dos direitos humanos para todos os indivíduos, sem distinções de raça, cor ou religião, dispondo que todo ser humano tem o direito de ter a sua dignidade protegida. A Indivisibilidade é também uma característica central, considerando que todos os direitos humanos possuem uma relação de igualdade, sem nenhuma relação de hierarquia entre estes.

Ante o exposto, diante de grandes impasses enfrentados pelo mundo, como o estopim da primeira guerra mundial, os direitos humanos passaram por um grande enfraquecimento teórico, tornando-se ainda mais fanado com o início da segunda guerra mundial, diante das suas drásticas e progressivas consequências. Destarte, com o desfecho da última grande guerra, notou-se a urgência em idealizar mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Desse modo, surgiu o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, objetivando promover os direitos

humanos e prevenir atentados diretos à garantias mínimas. O referido sistema é composto por subsistemas, sendo ligado a Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens e a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e bem como ao sistema da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo Adicional à Convenção Americana.

Destarte, com fulcro em garantir a tutela os direitos humanos, em 1959, fora criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela fiscalização dos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), tratado responsável em consagrar a proteção internacional dos direitos humanos indispensáveis para uma vida digna.

A comissão possui poderes para formular recomendações aos Estados-parte que violarem os ditames dispostos na Convenção Americana e possuem ainda a função consultiva, ao qual se perfaz por meio de consultas dos Estados membros da Convenção Americana. Ademais, o sistema interamericano também possui um órgão jurisdicional e autônomo, intitulado de Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte tem como objeto central a sua dupla função, a consultiva, concretizada através de emissão de pareceres de cunho interpretativo e jurisdicional, nos casos de graves violações aos direitos humanos, podendo à Corte analisar as demandas contenciosas seguindo ritos processuais típicos, com observância de garantias mínimas como o contraditório e a ampla defesa.

Assim, o enfoque central da presente pesquisa se perfaz através de um método dialético, por meio do confronto de teses e com análise na tutela da saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que mesmo que a consagração da saúde esteja prevista somente no art. 10º do Protocolo Adicional à Convenção Americana, no qual trata, de forma detalhada, de todos os direitos sociais, econômicos e culturais. Nota-se que, com base na indivisibilidade, os direitos humanos possuem uma relação direta de interdependência e complementaridade, assim, havendo violação direta a preceitos como à vida, à integridade pessoal ou qualquer outro preceito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos é possível requisitar a tutela jurisdicional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fulcro em sanar violações a este direito tão singular.

Desse modo, o presente estudo tem como objetivo central analisar a proteção do direito à saúde e a sua eficácia perante o sistema interamericano de

direitos humanos, com fulcro nas seguintes questões norteadoras: Qual a importância da saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Quais os mecanismos legais para a requisição da tutela jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a proteção da saúde?

O presente estudo contará com três capítulos. O primeiro analisará a previsibilidade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e sua eficácia no âmbito jurídico, com fulcro em compreender a magnitude deste direito na seara nacional. O segundo capítulo promoverá uma análise histórica dos direitos humanos, tratando da suas diversas fases e expondo as suas principais características e conceitos, com análise crítica sobre as suas gerações. Analisando ainda a conceituação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua composição, e, bem como, a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos. O terceiro capítulo disporá sobre a proteção da saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o enfoque sobre os mecanismos de fiscalização da Comissão Interamericana, com análise da indivisibilidade dos Direitos Humanos e a interdependência entre a vida e a saúde. Por fim, será feito uma análise da tutela jurisdicional perante a Corte Interamericana com vistas a compreender quais os mecanismos de proteção jurisdicional do direito social/fundamental da saúde.

2 SAÚDE E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A magnitude da saúde é de inegável essencialidade para vida de todo ser humano, apesar da sua notória relevância, o conceito de saúde ainda passa por diversas e constantes mutações. A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946 definiu o conceito de saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”, a referida conceituação, apesar de ser construída por órgão destinado a promover discussões sobre o tema, no âmbito jurídico, a referida conceituação encontra-se ultrapassada, haja vista que a doutrina afirma que a definição não abrange a condição de todos os seres humanos, e que a saúde não se compreende apenas com a ausência de doenças, esta se traduz de algo mais complexo, esse tipo de definição um tanto objetiva, não parece aceitável para uma condição tão subjetiva, atualmente, o conceito passou a analisar os aspectos subjetivos de cada ser humano. Nesse toar, José Afonso da Silva (2006, p. 767), *in verbis*:

O QUE É “SAÚDE” ?. Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente santário saudável.

A análise da saúde, com um olhar subjetivo, retrata uma maior cautela diante da fundamentalidade deste direito, sendo necessário compreender a saúde com a evolução do ser humano em observância aos novos conceitos ideológicos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre tantas, a elevação do direito à saúde como norma fundamental. O propósito dessa promoção foi salientar a importância da saúde no âmbito jurídico, pois, sabe-se que, inexplicavelmente, saúde não era considerada como uma norma de abrangência fundamental, as constituições anteriores a de 1988 tratava a saúde apenas no aspecto preventivo, preocupando-se apenas com questões genéricas sobre a proteção à saúde, assim, com a promulgação da referida Constituição a saúde passou a ser resguardada como uma norma essencial e fundamental para a vida do ser humano.

A primeira constituição a reconhecer a saúde como norma fundamental foi a Constituição Italiana, que referendou a proteção a saúde com o direito do indivíduo e de interesse da coletividade, sendo a pioneira para que outras nações observassem

a magnitude do direito à saúde.

A Constituição brasileira prevê em seu art. 6º a saúde como o direito social e ainda dispõe de forma mais detalhada a sua definição e consecução em seu art. 196 e seguintes do Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A construção evolutiva do direito à saúde como direito social denota a insurgência do Estado em expor de forma objetiva o direito saúde como normal basilar para vida e dignidade de qualquer ser humano, com fulcro em assegurar o dever do Estado em promover a prevenção e o reparo da saúde de qualquer cidadão, não obstante o patamar de direito social, o constituinte ainda expôs mecanismos claros e direitos de efetivação da saúde em seu art. 196, *in literis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De fato, a previsão do referido artigo corrobora de forma mais contundente a relevância de meios de proteção ao direito à saúde. Aduz José Afonso da Silva (2006, p.786), *in verbis*:

A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula “saúde é direito de todos”, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo “todos”, que é signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes- aliás, a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde -, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula “a saúde é dever do Estado”, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta.

É notório que a previsão constitucional traduz um norte de quais as ferramentas necessárias para a proteção a saúde em todos os aspectos, expondo com minuciosos e importantes detalhes para a guarita da saúde, assim, diante a sua elevada relevância, o constituinte buscou traduzir a sistematicamente o papel do Estado na efetivação do direito à saúde.

Destarte, para que haja a real e efetiva concretização do direito à saúde é necessário que se saiba quais os mecanismos necessários para a sua efetivação, a Constituição Federal também dispõe de meios de execução deste direito tão essencial, em seu art. 197 afirma, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A amplitude das ações concretas referentes à saúde foram interligados através do exposto no art. 197, ou seja, a execução dos mecanismos para a efetivação da saúde é de competência do Poder Público, com o dever de fiscalizar e controlar diretamente a sua execução, dispondo ainda a possibilidade de delegação dessa competência para terceiros, que podem ser caracterizadas como entidades públicas ou paraestatais autônomas e bem como as pessoas jurídicas de direito privado, sinalizando uma espécie de proteção ampla deste direito, expondo que, não obstante a concretização da saúde ser de competência originária do poder público, a repartição poderá ser possível com intuito de ampliar a execução dos serviços relacionados à saúde e proteger a dignidade de toda a população.

Nesse toar, em análise concreta dos conceitos mencionados, percebe-se que a previsão expressa da saúde na Constituição Federal traduz um caráter preventivo, com políticas públicas referentes à prevenção de doenças e outros agravos e bem como o reparativo, com intuito de tutelar a dignidade do ser em estado de enfermidade. A análise de princípios como a Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia foi de grande essencialidade para construção teórica destes conceitos previstos no corpo constitucional.

2.1 Direito à Saúde Como Norma Social/ Fundamental

A Constituição Federal propaga no enunciado do seu art. 6^a uma série de direitos de cunho prestacional, que visam afiançar garantias mínimas para todos os cidadãos, com prestações materiais indispensáveis para uma vida digna, com vistas a promover a dignidade da pessoa humana. A inserção da saúde no título VII da Constituição Federal denota sua grande importância, no âmbito jurídico-político.

Não obstante a disposição do art. 6^a e sua imponência, o direito à saúde é

dotado de uma grandiosa fundamentalidade, sendo a inegável a sua importância, tanto no âmbito prestacional com na sua essencialidade.

Para, Sarlet (2008, n.p) os direitos sociais traduzem direitos positivos, prestações diretas por parte do Estado, e, bem como, direitos negativos, aos quais estabelecem direitos de defesa, não intervencionismo estatal ou ações negativas.

Destarte, alguns direitos sociais são dotados de grande fundamentalidade, sendo considerados direitos sociais/fundamentais, haja vista o conteúdo de notória magnitude concentrado em sua norma

Nessa ótica, Sarlet (2008, n.p):

Para além das observações que já indicam (mesmo que ainda não em toda a sua extensão) a complexidade e diversidade dos direitos sociais, é preciso, ainda que sumariamente, investir na discussão a respeito da própria fundamentalidade dos direitos sociais, ressaltando que também nesta esfera não há como adotar tese manifestamente divorciada do direito constitucional positivo brasileiro. Para este efeito, lembre-se que a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.

Ademais, verifica-se que dupla fundamentalidade (formal e material) encontra-se sedimentada no direito à saúde, tendo em vista a necessidade de anteparo jurídico e social e bem como a disposição expressa na Constituição Federal.

2.2 Eficácia e Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal

As normas inseridas no corpo Constitucional são dotadas de diferentes amplitudes, e eficácia e aplicabilidade, haja vista que umas das classificações da Constituição de 1988 é a sua forma prolixa, tendo como centro a discussão de

inúmeras matérias com diferentes conteúdos, assim, as normas constitucionais são dotadas de eficácia distintas.

As normas operativas traduzem uma natural eficácia direta e imediata, não dependendo de atuação estatal futura para sua efetividade, são dotadas de total integralidade desde o momento da sua criação, já as normas programáticas são dotadas de uma série de comandos que necessitam de uma atuação concreta para a sua efetivação.

Nesse sentido, preleciona o professor Gilmar Mendes, (2010, p.93):

Dizem-se operativos os preceitos que são dotados de eficácia imediata ou, pelo menos, de eficácia não dependente de condições institucionais ou de fato; e programático, a seu turno, os que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional.

Destarte, apesar do Direito à Saúde ser contemplado como um direito fundamental de eficácia imediata, sendo a sua aplicabilidade de forma plena, conforme o art. 5º, § 1º da Constituição, desse modo, a eficácia das normas constitucionais dependem de algumas ações concretas do poder público, sendo considerada assim uma norma de conteúdo programática. Em sentido amplo, o direito à saúde aduz a necessidade de consecução de medidas para proteção do direito à vida, como as organizações de instituições, serviços e ações direcionadas e em sentido estrito, o referido direito impõe a obrigatoriedade de fornecimento de materiais e serviço para os todos os cidadãos.

O art. 196 da Constituição Federal define que o direito à saúde precisa ser efetivada por meios de políticas públicas, assim, apesar da sua fundamentalidade vê-se que há uma exigência para efetivar a sua aplicabilidade.

A teoria tripartite promove uma reflexão da eficácia das normas constitucionais, sendo normas de eficácia plena, aquelas dotadas de eficácia direta, imediata e integral, sendo que o seu conteúdo não necessita de auxílio ou suplementação normativa para a sua efetividade, já as normas de eficácia contida ou contíveis, são de eficácia direta e imediata, todavia, não são dotadas de integralidade, havendo possibilidade de limitações por meio legal, e as normas de eficácia limitadas, não obstante a serem dotadas de eficácia, haja vista que todas as normas constitucionais possuem eficácia positiva, não produzem efeitos até que

sejam efetivadas por meio de uma regulamentação legal ou implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, assevera Paulo Tavares (2007, p.5):

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas imbuídas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo de qualquer legislação posterior para a sua completa executoriedade. Ao passo que aquelas de eficácia contida, não obstante possuírem aplicabilidade direta e imediata, não têm a sua integralidade garantida, já que sujeitas a certas limitações impostas pela legislação infraconstitucional; sendo que as normas de eficácia limitada são todas aquelas que não produzem, a partir do início de sua vigência, todos os seus efeitos substanciais, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de normatizá-las, visando sua operatividade.

Destarte, a promoção do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal presume ações concretas do poder público, havendo discricionariedade da administração pública para efetivá-las. Assim, não obstante a necessidade de implementação de políticas públicas, a referida norma é revestida de integralidade, sendo dotada de conteúdo programático e eficácia plena.

Diante do exposto, a doutrina majoritária afirma que normas fundamentais, como a saúde tem força normativa própria, com total eficácia, devendo o poder público promover os meios e finalidades para a concretização dessas normas constitucionais de caráter fundamental.

Não obstante a imposição direta para a efetivação da saúde, a constituição é omissa quanto aos seus meios de efetivação das normas constitucionais referentes ao tema em questão, somente impõe ao Estado o dever de concretizar políticas públicas, de forma discricionária. As prestações positivas são de competência originária do poder público, todavia, tal fato não isenta a execução dessas condutas por pessoas jurídicas de direito privado e ou por pessoa física. A constituição permite a assistência à saúde por meio de iniciativa privada, mediante contratos públicos ou convênios, com intuito em promover a assistência a saúde e resguardar a dignidade humana.

2.3 Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

O direito à saúde propaga a necessidade direta de consecução de medidas para a sua proteção, como as organizações de instituições, serviços e ações direcionadas, e entre outros meios, o referido direito traduz a necessidade de

fornecimento de materiais e serviço para os cidadãos titulares desse direito. Todavia, não obstante a clareza do dispositivo constitucional, as normas de conteúdo programático, como a saúde, não podem coagir ao Estado a promover serviços que exorbitem da sua esfera econômica se o mesmo não dispõe destes recursos direitos para a concretização, devem-se observar quais os parâmetros e disponibilidade financeira do Estado sem deixar de analisar os direitos fundamentais que cada indivíduo possui. Destarte, a garantia do mínimo existencial e da reserva do possível garantem meios obrigatórios para a concretização desses direitos, levando em conta a realidade econômica e financeira do país.

A efetivação da saúde, na sua fase executória depende de ações concretas de entes estatais ou órgãos previstos na Constituição Federal, assim, diante do impasse de como concretizar tais ações, surge o princípio da Reserva do Possível, que foi propagado no cerne de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no ano de 1972 onde se discutiu quais os parâmetros para dispor de recursos públicos, tendo como análise a razoabilidade, o conteúdo da referida decisão pugnou pela análise dos interesses coletivos em prol do princípio da Reserva do Possível (NOVELINO, 2015, p.521).

Com efeito, percebe-se que, não obstante a clareza do dispositivo constitucional, a concretização da saúde depende exclusivamente de disponibilidade financeira de cada ente federativo, haja vista se tratar de direitos fundamentais de cunho positivo, que exigem prestatividade estatal. Destarte, a ingerência da Reserva do Possível se insere como uma limitação fática para a execução dos direitos fundamentais de cunho prestacional que e dependem de medidas financeiras.

Percebe-se que, o princípio da Reserva do Possível limita a prestação econômica-financeira dos entes federativos, haja vista que se torna completamente inviável que o Estado promova ações concretas à todos os indivíduos, de forma demasiada, é necessário compreender que os limites financeiros com base na razoabilidade.

Para Novelino (2015), a Reserva do Possível dispõe de uma tríplice dimensão, a) a disponibilidade fática, ao qual se insere como o poder econômico financeiro do Estado, tendo em vista que, por vezes, os entes passam por escassez de recursos, o que acarreta uma série de prejuízos aos cidadãos que dependem da atividade prestacional do Estado, tornando-se bastante onerosa, o que pode se tornar um verdadeiro impasse para implementação destes direitos

fundamentais/sociais, b) a disponibilidade jurídica, estando estritamente ligada a disposição de recursos que foram autorizados pelo poder judiciário, levando em conta o orçamento do Estado, e por fim, c) a razoabilidade e proporcionalidade, com a análise estrita destes princípios, observa-se que para que se possa exigir medidas diretas é necessário que haja observância no orçamento estatal e bem com nos interesses coletivos, haja vista que o Estado deve tutelar o interesse comum.

A tríplice dimensão assegura que a prestação dos direitos fundamentais de conteúdo prestacionais, sejam efetivados de acordo com a realidade econômica de cada Ente Federativo, com fulcro de dispor dos recursos públicos de forma sistemática, com observância dos fatores limitadores em prol da coletividade.

O Mínimo Existencial consiste na priorização da prestação dos direitos sociais fundamentais de cunho prestacional. A primeira discussão também sobre o tema foi no Tribunal Federal Administrativo de 1953, na Alemanha, onde a análise das questões relacionadas a prestatividade estatal deveriam ser fundadas com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Consoante Novelino (2015), o mínimo existencial é um “conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis”, nesse sentido, os direitos fundamentais que se relacionam estritamente com a dignidade da pessoa humana com fulcro em assegurar garantias mínimas aos cidadãos devem ser implementados com maior primor.

Destarte, leciona Torres (1989, p.35):

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.

Nesse espeque, o mínimo existencial deve ser compreendido como garantias com conceitos mutáveis, que se alteram de acordo com os anseios de cada indivíduo, levando em consideração a cultura, sociedade e todos os fatores extrínsecos.

Consoante, Sarlet (2008, n.p), o mínimo existencial não deve ser confundido com o mínimo vital, pois, não obstante a sua importância, o mínimo vital se caracteriza como a garantia de vida humana, de uma forma estrita, sem analisar os fatores extrínsecos, com dignidade, bem estar e entre outros, já o mínimo existencial

impõe a observância de todos os fatores que reverberam na plenitude de uma vida digna.

Notadamente, o mínimo existencial tem o condão de assegurar a concretização de direitos sociais que refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, não obstante a sua relevância, a doutrina não é uníssona em afirmar que há real garantia que para tais direitos não sejam invocados o princípio da reserva do possível.

Nesse toar, Novelino (2015, p.523-524):

De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro lado, há quem atribua caráter absoluto ao mínimo existencial, não o sujeitando à reserva do possível.

A controvérsia doutrinária acerca da matéria conduz uma análise sobre a essencialidade de poder contar com o mínimo existencial para garantir a prestação de direitos sociais ligados a uma vida condigna e a sua barreira fática por meio da Reserva do Possível onde se é necessário verificar as limitações econômicas e financeiras de cada ente federativo tendo como escora a proporcionalidade e a razoabilidade.

De modo contrário, assevera Hachem, Bacellar Filho (2013, p. 228):

Independentemente da inexistência de qualquer lei disciplinadora dos direitos econômicos e sociais, é inquestionável a necessidade de inserir na esfera de aplicabilidade imediata o mínimo existencial, o qual se tornou o mínimo denominador comum da doutrina brasileira em matéria de justiciabilidade de direitos fundamentais sociais. As prestações estatais positivas destinadas à satisfação de direitos fundamentais sociais que integrem o mínimo existencial serão sempre exigíveis perante o Judiciário por meio de qualquer instrumento processual, de forma definitiva, e independentemente de regulamentação legislativa, previsão orçamentária, disponibilidade financeira ou existência de estrutura organizacional do Poder Público para atendê-las.

Destarte, não obstante a limitações da Reserva do Possível, constata-se que os direitos sociais e fundamentais que objetivem a promoção da dignidade humana podem ser requeridos através do poder judiciário de forma abrangente, haja vista a indisponibilidade destes direitos.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A análise construtiva dos Direitos Humanos perpassa por diversas fases e roteiros. Nos primórdios, os primeiros indícios históricos dos Direitos Humanos foram compreendidos no período entre os séculos VII e II a.C. Os principais pensadores a tratarem de assuntos interligados aos Direitos Humanos foram Buda, na região da Índia, Confúcio na China e Zaratrusta, na Pérsia, todos adotavam preceitos com fundamento no amor e respeito ao próximo (RAMOS, 2014, n.p).

Inicialmente, os Direitos Humanos eram dotados de um conteúdo essencialmente jusnaturalista, assim, eram considerados como direitos humanos, os direitos naturais e inerentes a dignidade humana, preexistentes ao surgimento do ser humano. Nesse sentido:

O traço marcante da corrente jusnaturalista (de origem religiosa ou contratualista) de direitos humanos é o seu *cunho metafísico*, pois se funda na existência de um direito preexistente ao direito produzido pelo homem, oriundo de Deus (escola de direito natural de razão divina) ou da natureza inerente do ser humano (escola de direito natural moderno). Consequentemente, o ser humano é titular de direitos que devem ser assegurados pelo Estado em virtude tão somente de sua *condição humana*, mesmo em sobreposição às leis estatais. (RAMOS, n.p, 2014).

Destarte, esses direitos tinham como característica central a imutabilidade, o que significa a inexistência de mudanças de concepções ao longo do tempo, essa condição acarretou grandiosos percalços ao longo do tempo, haja vista que toda a sociedade vive uma constante mutação ideológica, que se altera ao longo do tempo. Assim sendo, o cerne dos direitos humanos passou a ser considerado ultrapassado e inviável para suprir as necessidades e resguardar os direitos da população à época. Ao longo dos anos, os teóricos observaram a necessidade do direito se adequar a realidade fática e ideológica de cada Estado, tendo em vista o enfraquecimento ideológico da doutrina jusnaturalista e a eclosão do positivismo. Desse modo, com o surgimento de novas concepções e grandiosas guerras, viu-se a insuficiência de uma sociedade ter como fundamento ideológico um direito fundado em metafísica e no direito natural.

À época, soava um pouco agressivo à crítica a construção evolutiva do jusnaturalismo, todavia, ao longo dos anos, constatou-se a necessidade de se adequar o direito às necessidades da sociedade.

Os primeiros traços codificados sobre Direitos Humanos foram observados

no Egito, com a Codificação de Menes (3100-2850 a. C), ao qual reconhecia direitos individuais, outro documento importante foi o famigerado Código de *Hammurabi*, escrito na Suméria Antiga, sendo considerado um documento pioneiro em encriptar traços de Direitos Humanos, como o direito à vida, honra e propriedade, estendendo esses direitos a todos os indivíduos sem distinção social, o que foi considerado um grande avanço, levando em conta a realidade fática da sociedade à época. Nesse sentido, após estes avanços, surgiram outros documentos de grande relevância, como a declaração de boa governança, editada por Ciro II, conhecido com o *Cilindro de Ciro*, com o fulcro em promover uma boa convivência social, o referido documento germinou novas concepções à época, gerando bons reflexos para a concretização dos Direitos Humanos (RAMOS, 2014, n.p)..

A codificação dos direitos considerados como naturais significou um grande avanço para o fortalecimento dos Direitos Humanos, haja vista que diante dos novos anseios, a sociedade já não considerava suficientes as concepções naturais para resoluções de conflitos.

Os primeiros documentos que trataram dos Direitos Humanos de forma enfática foram a Magna Carta Inglesa, ou Carta Magna das Liberdades ou Concórdia (1215), pensada pelo Rei João Sem-Terra e os barões da época, com fulcro em promover liberdades e garantias individuais, sendo um documento de essencial relevância para a promoção dos Direitos Humanos. A Declaração de Virgínia, promulgada em 1776, nos Estados Unidos, também elevou importantes direitos, com vista a promover os direitos humanos, como a elevação do princípio da igualdade que assegura que “todos os homens são iguais perante a lei”. Outro relevante marco foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada na França, em 1789, todos esses documentos foram determinantes para a ascensão dos Direitos Humanos (PIRES, 2009, p.13)

Consoante ensina, Hunt (2009, p.23):

A igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam uma expressão política direta pela primeira vez na Declaração da Independência americana de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Embora se referisse aos "antigos direitos e liberdades" estabelecidos pela lei inglesa e derivados da história inglesa, a Bill of Rights inglesa de 1689 não declarava a igualdade, a universalidade ou o caráter natural dos direitos.

Nota-se que a construção histórica dos direitos humanos e a idealização da Declaração de Virgínia e a Declaração Francesa contribuíram substancialmente para universalização dos Direitos Humanos e a proteção direta da dignidade da pessoa humana.

A concepção ideológica construída ao longo dos anos foi crucial para o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em 1948, sendo o primeiro documento a consolidar diversos Direitos Humanos, foi um documento de notório cunho significativo para a história dos Direitos Humanos.

Assim ensina Comparato (2011, p.238):

Seja como for, a Declaração, retomando as ideias da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização dessas ideias em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

Nesse toar, percebe-se que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu com intuito de fortalecer a proteção dos Direitos Humanos, assegurando a tutela da dignidade da pessoa humana, o respeito às ideologias, liberdades individuais e dentre outros direitos de grandiosa essencialidade. Todos os seus artigos propõem um resguardo direto à dignidade da pessoa humana.

Consoante, Ramos (2014, n.p), a Dignidade da Pessoa Humana, diante da sua notória amplitude e relevância, foi inserida no preâmbulo da Declaração Universal, dispondo o seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Assim, nota-se que o cerne da referida declaração é a proteção mínima dos direitos interligados à dignidade humana, haja vista a necessidade de resguardar direitos essenciais para uma vida com as mínimas condições de dignidade.

Nesse sentido, leciona Piovesan (2014, p.210):

A declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para titularidade de direitos. A

universalização dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporado por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passariam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Destarte, é cristalino que a Declaração revolucionou ao dispor de um conteúdo tão minimalista com a finalidade de promover a proteção integral dos direitos essenciais, dotados de notória importância, e bem como a proteção de direitos sociais, econômicos, culturais, civis e políticos.

Destarte, ensina Ramos (2014, n.p):

Para sistematizar o estudo das fases anteriores rumo à consagração dos direitos humanos, usamos a própria Declaração Universal de 1948, para estabelecer os seguintes parâmetros de análise das contribuições do passado à atual teoria geral dos direitos humanos: 1) o indicativo do respeito à dignidade humana e igualdade entre os seres humanos; 2) o reconhecimento de direitos fundado na própria existência humana; 3) o reconhecimento da superioridade normativa mesmo em face do Poder do Estado e, finalmente, 4) o reconhecimento de direitos voltados ao mínimo existencial.

Não obstante a centralidade de o documento ser a proteção da dignidade e igualdade de direitos, outra característica relevante da declaração foi a sua imposição normativa, apesar de alguns doutrinadores questionarem sua força normativa jurídica, haja vista não ser considerado um tratado, mas sim uma resolução, a Declaração é dotada de imperatividade e seus preceitos devem ser respeitados por todos os Estados. Desse modo, mesmo que a Declaração Universal não tenha status jurídico de tratado internacional, ainda assim, possui uma força jurídica imperiosa, considerando-se que, conforme dispõe os arts. 1º e 55 da Carta das Nações Unidas os Estados devem se compromissar em zelar pela real efetivação dos Direitos Humanos, (PIOVESAN, p.219).

Nesse toar, observa-se que a passagem histórica e evolutiva dos Direitos Humanos teve um grande caminho até a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Com efeito, constata-se que o surgimento da declaração impôs princípios e valores que marcaram a história da humanidade de forma integral e próspera para todos os cidadãos, considerando que a imperatividade dos Direitos previstos na declaração são considerados de cunho internacional, o que presume o reconhecimento universal. (PIOVESAN, 2014, p. 221).

Em vista disso, compreende-se que a Declaração tem produzido grandes efeitos na esfera internacional, mesmo que não seja de uma forma tão visível, tendo em vista que a sua força imperiosa tem o condão de sinalizar como reprovável a conduta de um Estado que viola a Declaração Universal de Direitos Humanos.

3.1 Gerações dos Direitos Humanos

Ante o exposto, denota-se que a evolução histórica dos Direitos Humanos perpassou por diversos períodos, aos quais foram se alterando ao longo dos anos, assim, diante das inovações sociais, os direitos humanos passaram a ser classificados de acordo com a sua geração.

Não obstante a sua classificação ter sido adotada pela maioria da doutrina, tal classificação parece ser dotada de falhas terminológicas.

Nesse sentido:

A expressão “geração de direitos” é inadequada porque transmite a falsa ideia de substituição gradativa de uma geração por outra, quando em verdade os novos direitos não substituem e nem fazem desaparecer os direitos anteriormente positivados. (RESENDE, 2015, p.77).

Assim, apesar da falha terminológica, os Direitos Humanos são considerados como direitos de primeira, segunda e terceira geração/dimensão. Alguns doutrinadores ainda sinalizam a existência de direitos de quatro e também cinco gerações. Os direitos de primeira geração têm como marco histórico as revoluções liberais do século XVIII e são considerados direitos de prestações negativas, pregando o não intervencionismo do Estado e a promoção de garantias individuais mínimas, tendo como cerne ideológico o direito à liberdade.

Vejam os:

Por isso, os direitos fundamentais de primeira dimensão são chamados de direitos de defesa, direitos de liberdade negativa ou de *status negativus* porque asseguram às pessoas direitos e liberdades cujos exercícios não podem ser abusivamente obstaculizados pelo Estado, ou seja, impõe ao Estado uma obrigação de não fazer, de não interferência, de não intromissão na esfera de liberdade do indivíduo, limitando, assim, o âmbito de atuação estatal. (RESENDE, 2015, p.81).

Portanto, os direitos de primeira dimensão asseguram apenas a liberdade individual de cada ser, não havendo nenhuma prestação estatal, apenas visam

limitar a intervenção do Estado na vida do indivíduo, com vistas a favorecer a liberdade individual de cada ser humano.

Os direitos de segunda geração/dimensão surgiram diante de marcos históricos como a Revolução Industrial e primeira Guerra Mundial, com fulcro em promover ações concretas do Estado para todos os cidadãos

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora indispensável para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, *por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo*. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para assegurar uma condição material mínima de sobrevivência.(RAMOS, 2014, n.p).

É notório que o cerne dos direitos de segunda geração dimensão/geração é a prestação positiva do Estado, com promoção de políticas públicas em benefício da população. Nesse sentido, busca-se uma prestação material do Estado e não mais somente a garantia de direitos naturais inerentes à dignidade humana, mas sim a garantia de direito sociais, como saúde, educação e outras ações concretas que possibilitem a garantia de uma vida digna. Consideram-se os direitos de terceira geração/dimensão os denominados como direitos de fraternidade ou solidariedade, são aqueles que visam à proteção do bem estar coletivo, visando resguardar direitos como, por exemplo, ao um meio ambiente equilibrado.

Após o surgimento dos direitos de primeira geração, onde se tutelava o não intervencionismo estatal e as liberdades individuais e os de segunda geração, onde se pregava a ação direta do estado com atividade prestacional, através de políticas públicas, notaram-se a necessidade de se pensar na proteção dos direitos de cunho coletivo, que não se destinassem apenas a uma determinada classe ou sociedade, mas sim, para todos. São os direitos que necessitam da atuação de todos os cidadãos haja vista que só é possível a proteção integral dos direitos transindividuais e coletivos com a partição de todos os indivíduos, levando em conta a sua imponência.

No âmbito internacional, os direitos de terceira dimensão abrangem o direito ao desenvolvimento, a propriedade, à paz, proteção em tempos de guerra, proteção a autodeterminação dos povos ou qualquer conflito armado, já na seara nacional os

referidos direitos compreendem como a defesa ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio artístico, histórico e cultural e bem como a todos os direitos transindividuais (SARMENTO, 2011, p.9).

3.2 Conceito de Direitos Humanos

Diante dos acontecimentos históricos, alguns teóricos tentaram denominar um conceito básico para o que seria os direitos humanos, pois, diante da sua amplitude, diversos termos eram utilizados para indicar a presença dos direitos humanos, como, “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e entres outros, todos com o mesmo propósito, buscar a tutela da dignidade humana. Assim, com fim da última grande guerra e o uso indiscriminado de expressões referentes aos direitos humanos, viu-se a urgência e se conceituar o objeto dos direitos humanos. (RESENDE, 2015, p.57).

Ao passo da evolução histórica, notou-se a impropriedade terminológica de alguns conceitos sobre Direitos Humanos. A definição de “direito natural”, presume que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, independente de condições sociais ou políticas do indivíduo, todavia, a definição parece uma pouco ultrapassada, considerando que os direitos humanos estão cada vez mais fundados no positivismo e na construção de direitos. A definição de “direitos do homem” também é dotado de fissuras terminológicas, haja vista que remete a uma ideia jusnaturalista, onde os “direitos do homem” poderia presumir uma certa preferência em direitos para indivíduos do sexo masculino, considerando a concepção à época da sua criação. (RAMOS, 2014, n.p).

Diante das confusões terminológicas, é necessário se compreender as diferenças básicas entre os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos”. É cristalino que ambos projetam a proteção direta à dignidade humana, com fulcro em resguardar garantias mínimas de cada ser humano.

Malgrado, os direitos humanos e direitos fundamentais não possuem o mesmo significado, sendo expressões díspares, tendo em vista que os direitos fundamentais se concretizam na esfera nacional, através da positivação nas Constituições de cada país, já os “direitos humanos” materializam-se no plano internacional, por meio de tratados ou convenções internacionais, ou seja, os “direitos humanos” têm o seu fundamento no plano constitucional e os “direitos

humanos” na esfera internacional. (RESENDE, p. 59, 2015). Nesse toar, os direitos humanos objetivam a resguardar a dignidade humana, com fulcro em promover a garantia de direitos e garantias individuais e coletivas do indivíduo, sendo positivado na será internacional por meio de tratados ou convenções.

3.3 Características dos Direitos Humanos

Os direitos humanos são dotados de múltiplas características que corroboram a sua importância e reconhecimento no plano nacional e internacional.

Um das principais características dos Direitos Humanos é a sua Universalidade, que ensina que os direitos humanos são destinados a todos os seres humanos, sem distinção de raça, cor ou religião, ou seja, corroborando a idéia de que os referidos direitos passaram a ser dotados de aplicabilidade universal em todos os países, não se destinando apenas à países com um grande desenvolvimento econômico e social, sendo destinado à todos os cidadãos, sem haver distinção entre os destinatários do direito.

Com o surgimento de acontecimentos históricos com o Nazismo, na Alemanha, e a imposição do totalitarismo, houve uma total ruptura dos direitos humanos, haja vista que o Estado Alemão pregava preceitos funestos aos direitos humanos, preceitos estes previstos em lei, o que provocou grandiosas consequências para a história da humanidade, considerando que as normas germânicas só consideravam detentores dos direitos humanos os descendentes da raça ariana. Destarte, nota-se que os direitos humanos não tinham um cunho universal, pois não eram destinados a todos os indivíduos. (RAMOS, 2014, n.p).

Desse modo, viu-se que os Direitos Humanos rogavam por uma proteção Universal com fulcro e tutelar os direitos fundamentais inerentes ao ser humanos.

À propósito:

Tal universalidade dos direitos humanos fundamenta-se nas premissas da igualdade em dignidade e valor de todos os seres humanos, sem discriminação. Tal noção é totalmente incompatível com as doutrinas e práticas de uma pretensa superioridade fundada em raça, religião, sexo ou qualquer outro elemento. A universalidade dos direitos implica também que a humanidade reconhece os valores comuns e as nações têm direitos essenciais à sua própria existência e à sua identidade, as quais fazem parte do patrimônio comum da humanidade. A universalidade, a dignidade, a identidade e a não-discriminação são conceitos centrais em matéria de direitos humanos, à medida em que se aplicam a todos os campos.(MBAYA,

1995, n.p)

A Universalidade ficou ainda mais evidente com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, ao qual expôs de clara e direta a proteção integral dos direitos do homem, corroborando a abrangência direta dos direitos humanos no corpo do seu texto, aduzindo que a igualdade de direitos é condição inerente à qualidade de ser humano, sendo considerado de cunho internacional e universal.

3.3.1 Indivisibilidade dos direitos humanos

É notória a importância de todos os Direitos Humanos, mesmo com as suas ramificações e diferentes objetivos, os referidos direitos têm um condão de se interligarem e são considerados indivisíveis para a doutrina e jurisprudência, haja vista o seu valor fundado na dignidade da pessoa humana.

Ao passo que os Direitos Humanos avançavam viu-se a necessidade de se impor a Indivisibilidade destes direitos, considerando que na seara do sistema interamericano de direitos humanos, os direitos civis e políticos tinham uma maior amplitude no âmbito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo em vista que, por vezes, a proteção aos direitos civis e políticos eram resguardado de forma ampla na Convenção e apenas o art.26 preceituava sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, a referida disposição se manteve até o surgimento do famigerado Protocolo de San Salvador. (RESENDE, 2015, p. 67).

A catalogação definida para os Direitos Humanos na Convenção Americana de Direitos Humanos provocou uma espécie de segregação dos direitos econômico, culturais e entre outros, tendo em vista que, quando o legislador determina um maior espaço para tratar dos direitos civis e políticos, presume uma maior relevância para estes direitos, o que nem sempre se perfaz verdadeiro, pois, todos os direitos humanos são interligados e se complementam de forma direta, não havendo distinção e ou maior relevância entre um ou outro.

Com análise da problemática em questão, a primeira conferência a dispor de forma clara sobre a Indivisibilidade dos Direitos Humanos, foi a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã no ano de 1968, na qual fulcrou a que importância de todos os direitos e sintetizou a impossibilidade de se exercer os direitos civis e políticos sem análise dos direitos econômicos, sociais e culturais.

(RESENDE, 2015, p. 67).

Consoante Indira Bastos Marrul (2002, n.p):

Além disso, com a Conferência de Teerã, os princípios da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos foram afirmados e puseram um final “teórico” à visão compartimentada dos direitos humanos. Os oitenta e quatro (84) países reunidos nessa Conferência ao adotarem a Proclamação de Teerã, em seu parágrafo 13, afirmaram que: “Uma vez que os direitos humanos e As liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível”.

A referida conferência evidenciou a indivisibilidade e pôs fim a segregação dos direitos humanos, haja vista que os Direitos Humanos não podem ser divididos em determinadas classes, pois, são autônomos e independentes, dotados de isônomica relevância no âmbito internacional. Nesse sentido, não o que se falar em sobreposição de direitos, bastando ver que todos os Direitos Humanos possuem a sua importância e todos se complementam.

Assim, vejamos;

Os direitos humanos são indissociáveis e qualquer distinção implica a negação dos próprios direitos humanos, motivo pelo qual a concretização dos direitos econômico, sociais e culturais deve ser, com fulcro na indivisibilidade dos direitos humanos, efetivada pelos Estados conjuntamente com os direitos civis e políticos, sendo, em caso de omissão estatal, direitos acionáveis e exigíveis no âmbito dos sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos, em especial nos sistema interamericano. (RESENDE, 2015, p.68)

Destarte, ante o exposto, percebe-se a importância em se compreender os direitos humanos de forma indivisível e igualitária, com análise na interdependência e complementaridade.

Com efeito, a interdependência também se perfaz uma grandiosa característica dos direitos humanos. A interdependência compreende a máxima de que todos os direitos humanos têm o seu objetivo de promover a dignidade da pessoa humana, com vista a garantir a proteção nos direitos e garantias de cada ser humano, sendo necessária a junção de todos os direitos humanos sem distinção de nenhum destes, haja vista a natureza mútua dos direitos humanos. (RAMOS, 2014, n.p).

3.3.2 Indisponibilidade dos direitos humanos

A indisponibilidade traduz a essencialidade dos direitos humanos, tendo em vista que são direitos fundados na dignidade da pessoa humana e de cunho fundamental, não podendo dispor destes direitos ou renunciá-los, haja vista a sua centralidade na dignidade humana.

Nesse toar, leciona Augusto César (2015, p. 70):

Com efeito, partindo-se da premissa de que a afirmação dos direitos humanos baseia-se na proteção da dignidade e na condição humana, considerando que a dignidade é atributo inerente ao ser humano e que toda pessoa é um fim de si mesma, não podendo ser, por essa razão, reduzida ou tratada a mero objeto ou instrumento, deve-se concluir que o indivíduo não poderá, portanto, renunciar e dispor de certo direitos humanos, sem os quais fatalmente será reduzido a mero objeto e retirada a sua condição humana.

É cristalino que a característica da indisponibilidade é de grande valia, levando em conta que o cerne dos direitos humanos é fundado na dignidade da pessoa humana, assim, não seria possível dispor de direitos inerentes à qualidade do ser humano, compreendendo-se através da condição de ser humano. Ademais, saliente-se que a indisponibilidade não tem nada em comum com o não exercício dos direitos humanos, pois, pode-se muito bem não exercer um direito fundamental, todavia, o que não se é possível é dispor ou renunciar dos direitos humanos.

4 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DIREITOS HUMANOS

Após o estopim da segunda guerra mundial e as suas consequências trágicas, o mundo se viu-se obrigado a promover conselhos e instrumento jurídicos afim de tentar a reparar os fragmentos maléficos da última grande guerra.

O Sistema Interamericano é composto por importantes diplomas normativos, dotados de integral eficácia e aplicabilidade, no qual se impõem ante a omissão estatal em casos de grave violação aos direitos humanos. O referido sistema é gerido por dois subsistemas, o primeiro, ligado à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e bem como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens e o segundo, ligado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com efeito, após a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948, em Bogotá, Colômbia, fora criado um órgão cuja finalidade era resguardar os direitos fundamentais fundados na dignidade humana, surgindo assim a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo um marco inicial de proteção internacional dos direitos humanos, fundado o sistema interamericano (RESENDE, 2015, p. 122).

Ademais, nota-se que o Sistema Interamericano objetiva salvaguardar os direitos fundamentais não tutelados pelos Estados, considerando que o conteúdo destes direitos não podem ser hostilizados, independentes de raça, cor ou credo, todos os direitos fundamentais devem ser protegidos e podem ser tutelados também através do sistema interamericano de direitos humanos.

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos a Convenção Americana de Direitos Humanos possui uma grandiosa relevância. Conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, referendada em 1969, contando com 25 estados-partes. O referido pacto foi criado com vistas a tutelar direitos essenciais para uma vida digna, tratando de diversos direitos. Nesse sentido, ensina Flávia Piovesan (2014, p. 332):

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário,

o direito à privacidade, o direito à expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

É cristalina a relevância da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que o seu cerne ideológico engloba diversos direitos que devem ser resguardado de forma integral por todos os países signatários.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não dispôs sobre os direitos sociais, culturais ou econômicos, tratando apenas em seu art. 26 da necessidade de edição de medidas legislativas para a concretização destes direitos. Diante disso, em 1988 surgiu o Protocolo Adicional à Convenção, também conhecido com Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em 1999 e tratou de forma específica dos direitos sociais, culturais e econômicos. (PIOVESAN, 2014, p. 333).

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi referenda no Brasil no ano de 1992, através do decreto 687/1992, ao qual corroborou ainda mais a tutela dos direitos humanos, sendo incorporado de forma constitucional, com fulcro no art. 5 parágrafo 2º da Constituição Federal que acentua “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Nesse sentido, é evidente que a Convenção Americana de Direitos Humanos tutela direitos e garantias individuais, sendo assim a sua aplicabilidade é direta e integral, sem necessidade de expedição de decretos pelo chefe do executivo brasileiro.

Destarte, ante o contexto apresentado percebe-se que a finalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é dispor sobre diversos direitos por meio de seus diplomas normativos, com vista a promover a sua proteção com abrangência internacional, não se limitando apenas a determinada sociedade ou contexto social, mais sim, abarcando todos os Estados-parte que tenham como fundamento nacional a proteção dos Direitos Humanos.

4.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão que integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto por 7 (sete) membros eleitos através da Assembléia Geral, com mandato de quatro anos. A comissão é uma entidade autônoma, criada no ano de 1959, em Santiago, no Chile, por meio de uma resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações

Exteriores. O objetivo central da Comissão é a proteção dos direitos humanos dos Estados-partes localizado na América.(RESENDE, 2015, p. 126).

O fundamento central da Comissão é salvaguardar os direitos humanos, todavia, a referida entidade também possui legitimidade para requisitar informações aos Estados-partes, bem como fazer recomendações nos casos em que haja latente violação aos direitos humanos, podendo realizar estudos sobre casos concretos que necessitem de melhor análise, e submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2014, p. 335).

Inúmeras são as competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, todas dotadas de grandiosa importância no âmbito internacional, haja vista que a Comissão se faz presente ante as omissões estatais que violem os direitos humanos. Assim, o Estado que se compromete a cumprir os acordos internacionais são obrigados a honrar os seus compromissos, tendo em vista que a fiscalização da Comissão é feita de forma direta e muito cautelosa.

A Comissão também possui legitimidade para receber solicitações de entidade governamentais, grupos de indivíduos ou tão-somente de um único indivíduo, quando houver notificação de grave violação dos Direitos Humanos por meio dos Estados-parte. A solicitação é feita através de petição, devendo ser respeitado alguns requisitos de admissibilidade, o primeiro é o prévio esgotamento dos recursos internos, ou seja, é necessário que não se tenha mais recursos disponíveis para resguardar o direito fundamental violado, não sendo possível que o legitimado ativo imprete uma petição sem antes requerer a tutela jurisdicional nacional. O segundo requisito é ausência de litispendência internacional, nesse sentido, não pode haver outra problemática sendo tutelada no âmbito internacional. (PIOVESAN, 2014, p. 337, 338).

Ante o exposto, assim dispõe o art. 46 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:
 - a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
 - b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
 - c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional;
 - ed. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que

submeter a petição.

Não obstante a determinação expressa, a referida Convenção também excetua alguns casos em que não haja legislação interna que resguarde o devido processo legal no país violador dos direitos humanos, ou, bem como, quando houver empecilho para o acesso aos recursos, algum tipo de impedimento para acessá-los, ou ainda quando persistir uma demora injustificada das decisões destes recursos.

Constata-se que a previsão da segunda parte do art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos possibilitou que todos os indivíduos lesados tenham o acesso direto a comissão, haja vista que, por vezes, os Estados não promovem diligências necessárias para a apreciação de alguns casos em concretos e tal inércia poderia causar um grande empecilho para que o indivíduo ou a organização não governamental tivessem acesso à comissão. Assim, a Convenção prevê hipóteses em que os Entes ou indivíduos possam provocar a Comissão Interamericana à análise de algumas matérias de cunho essencial para dignidade humana.

Após o recebimento da petição, a Comissão analisará os requisitos de admissibilidade mencionados e iniciará uma análise minuciosa sobre o caso em concreto, inexistindo os requisitos de admissibilidade, o caso é arquivado, subsistindo a questão, será submetida à parte contrária para o exercício do contraditório. Inicialmente a Comissão buscará solucionar a lide de forma pacífica, havendo êxito, a Comissão formulará um informe que será noticiado para as partes e encaminhado para a Secretaria da Organização dos Estados Americanos, onde será publicado o resultado do acordo entre as partes. Não sendo exitoso o acordo, a Comissão produzirá um relatório expondo todos os fatos e motivos, analisando se houve violação à Convenção, sendo afirmativo, a Comissão enviará o referido relatório para o Estado-parte que terá o prazo de 3 (três) meses para cumprir as recomendações, haja vista que a natureza do relatório é compulsória. (PIOVESAN, 2014, p. 340).

Consoante dispõe o art. 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ultrapassado o prazo inicial de 3 (três) meses e não sendo cumprida as recomendações expressas, ou não sendo submetida a questão a Corte Internacional de Justiça, a Comissão poderá, por maioria absoluta do membros, emitir um segundo informe com novas opiniões sobre o caso em concreto. Após a análise em concreto, não logrando êxito a demanda será encaminhada a Corte

Interamericana de Direitos Humanos.

4.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A corte interamericana de direitos humanos é um órgão jurisdicional autônomo composta por sete juízes, possuindo o objetivo resguardar os preceitos dispostos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e solucionar controvérsias.

Consoante Augusto César Leite de Resende (2015, p.134):

A Corte tem competência consultiva, relativa à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, e competência jurisdicional, de caráter contencioso, para julgamentos de casos de violação de direitos humanos consagrados na Convenção Americana.

Nesse toar, percebe-se que a Corte possui uma dupla finalidade, haja vista o seu caráter consultivo, onde são analisados e interpretado questões referentes a violação da Convenção, com a análise de casos concretos e o caráter jurisdicional, atuando, na forma do art. 62 da Convenção Americana, considerando que somente os Estados-parte se submeterão a competência contenciosa da corte.

É importante mencionar que só se é possível submeter um caso à Corte Internacional por meio do Estado-parte ou da Comissão Interamericana, não estando prevista a possibilidade de um indivíduo impor um caso à corte, todavia, com as substanciais alterações promovidas pela Corte no ano de 2001 se discutiram a possibilidade dos indivíduos e as ONGs submeterem os seus fatos de forma autônoma perante a Corte, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2014, p. 347).

Ademais, as demandas da Corte de cunho contencioso são submetidas à análise após a recomendação do primeiro parecer técnico da Comissão Interamericana, conforme dispõe o seu art.51, havendo aceitação a Comissão emitirá um segundo relatório e após disso a demanda será submetida à Corte.

O rito processual designado na Corte possui características semelhantes ao Código de Processo Civil Brasileiro, possuindo fase postulatória, probatória e decisória. Havendo aceitação pela Corte, sendo preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, será iniciada a fase contenciosa com a notificação do caso ao

Presidente, Juízes do Tribunal, Estado-parte e a Comissão, sendo notificadas no prazo de dois meses, com possibilidade de se apresentar petições, resguardando o contraditório e a ampla defesa e todos os direitos de provas. Ademais, ultrapassado o prazo de dois meses ou sendo confesso o Estado-parte, à Corte terá a função de produzir uma sentença de cunho internacional. (RESENDE, 2015, p. 136).

Destarte, havendo convencimento imaculado sobre a veracidade dos fatos, à Corte poderá determinar a promoção de medidas reparatórias para vítimas e sendo possível a imposição de indenização justa as vítimas na forma do art. 63 da Convenção Americana. Podendo ser impostas diversas medidas, não só de cunho reparatório, mas também imposição de implementação de políticas públicas, ou até mesmo reparações de conteúdo simbólico, com fulcro de proteger e restaurar a dignidade humana.

5 PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A SUA EFICÁCIA PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Nota-se que a proteção à saúde transcende as barreiras do Estado nacional, haja vista a internacionalização dos Direitos Humanos, que elevou-se no período pós segunda guerra mundial com o surgimento de diversos tratados referentes ao tema, com vista a reerguer os direitos humanos, considerando os frutos vergonhosos da grande última guerra. Assim, os direitos fundamentais fulcrados na dignidade da pessoa humana podem ser tutelados não só no âmbito nacional, mas também na esfera internacional.

Malgrado a Constituição Federal de 1988 ser uma carta democrática, com o cerne fundado na proteção do ser humano e dispor de forma clara e abrangente sobre a saúde, conforme dispõe os seus artigos 6º e 196º, o processo de internacionalização dos tratados internacionais sugere a possibilidade de se requisitar a análise de direitos fundamentais que houverem sido violados pelo Estado-parte perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

. O processo de internacionalização dos Direitos Humanos não suprime a soberania nacional ou muito menos reduz a responsabilidade do Estado-parte promover ações negativas e positivas a fim de tutelar de direitos fundamentais. O propósito da internacionalização é apenas reforçar a garantia de proteção dos direitos humanos com o propósito de universalizar estes direitos.

Um exemplo claro do processo de internacionalização dos Direitos Humanos, foi o surgimento da Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, o qual dispõe que na sua essência os direitos humanos teriam o caráter universal, haja vista que os direitos humanos não foram criados para uma classe determinada, mas sim para todos, sem qualquer distinção de raça, cor, ou credo. No mesmo diploma houve uma elevação da Indivisibilidade dos Direitos Humanos, com fulcro em assegurar que todos os direitos humanos possuíssem o mesmo grau de importância na seara do sistema interamericano.

No Brasil, a Carta Maior prevê a possibilidade de incorporação dos tratados internacionais, destacando uma maior relevância para os tratados que dispõe sobre direitos humanos, considerando que com o advento da emenda Constitucional 45, de 2004, os referidos tratados aprovados, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros terão status de norma constitucional, a referida previsão

denota uma grandiosa preocupação em promover os direitos humanos considerando a importância destes direitos. Ademais, o art.5^a em seu parágrafo 1^o ainda dispõe que as normas que definem direitos e garantias individuais possuem aplicabilidade imediata no território brasileiro. Assim, nota-se que Constituição Federal traduz de forma singular as prerrogativas e normas que tratem de direitos humanos. Não obstante a cautela que a Carta Maior traduz, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos busca assegurar de forma mais universal os direitos essenciais à construção da dignidade humana.

O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos traduz uma espécie de aparato de proteção aos direitos humanos, expressando um “constitucionalismo regional”. Tendo em vista que a Convenção Americana traduz uma espécie de “código latino-americano de direitos humanos”, sendo acolhida por 25 Estados-partes, expressando o seu caráter universal, objetivando resguardar os direitos humanos na região latino-americana. Ante o exposto, percebe-se que somente os Estados-parte estão submetidos aos preceitos escritos na Convenção Americana, com fulcro no princípio da boa-fé o Estado que se dispõe a ratificar um tratado não pode, subsequentemente, reclamar o não cumprimento de alguma de suas cláusulas, considerando a característica da bilateralidade. (PIOVESAN, p.9).

É cristalino a amplitude dos direitos fundamentais previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, tais como, a vida, liberdade, honra, dignidade e dentre outros, todavia, no referido diploma, não houve uma explanação minimalista sobre os direitos sociais, culturais e econômicos. Assim, constata-se que o direito à saúde não foi pomenorizado na Convenção. Após a necessidade de se tratar de forma específica dos direitos sociais, culturais e econômicos nasceu o Protocolo Adicional à Convenção, intitulado com Protocolo de San Salvador, passando a vigor em 1999.

O Protocolo de San Salvador dispôs de forma minuciosa sobre a saúde, o que traduziu um importante marco para a história da humanidade, tendo em vista a essencialidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sabe-se que a magnitude da saúde é inquestionável, assim, nada mais adequado que o sistema interamericano traduzisse da forma detalhada a sua proteção no âmbito internacional, pois, a sua omissão gramatical poderia, de fato, causar um sentimento de descuido com um direito tão vultoso. Com a vigência do referido protocolo as restou ainda mais reforçado a característica da universalidade dos direitos humanos.

Assim traduz o art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de San Salvador):

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.

Conforme pode-se observar, o Protocolo de San Salvador assegurou o caráter universal para a saúde, acentuando que toda pessoa tem direito à saúde, destacando que à saúde não é destinada apenas a uma classe desprovida de recursos financeiros, ou a determinada parte da população, o que se dispõe é que a saúde é destinada à todos, sem distinções sociais ou culturais, baseando-se na universalidade dos direitos humanos. Ainda se imprime que a saúde é um bem público, sendo destinado à todos e prioritariamente de responsabilidade do Estado, ente responsável por promover políticas públicas de execução da saúde. O diploma impõe os meios de execução de políticas de promoção à saúde, como a assistência médica a toda a comunidade, com vistas a favorecer um atendimento igualitário à todas as classes, com o acesso direito à saúde.

A tutela no Sistema Interamericano também traduz o enfoque de algumas políticas públicas como a prevenção de doenças infecciosas e a prevenção de doenças que possam causar epidemias. Percebe-se que o diploma demonstrou cautela na sua execução, determinando ações concretas de proteção à saúde. Para além das ações de cunho reparatório, o protocolo imprimiu a necessidade de políticas educacionais de prevenção da saúde, denotando dessa maneira, um olhar prudente no que tange as ações preventivas. Por fim, sinalizou a necessidade de cautela com a população exposta a situações de riscos, pois, não obstante o caráter universal dos direitos humanos, a população que vive nestas situações necessitam de um cuidado mais presente, considerando a ausência, muitas vezes, de

informações, recursos ou discernimento sobre os seus direitos.

Malgrado a imponência ao tratar do direito à saúde perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sabe-se da dificuldade de muitos Estados-parte em executar todas as medidas determinadas no Protocolo de San Salvador. Assim, o sistema interamericano prevê possibilidade de se assegurar a concretização destes direitos através de denúncias de indivíduos e organizações não governamentais com o objetivo de impor a execução de políticas públicas que promovam a concretização do direito humano suscitado.

Desse modo, no Sistema Interamericano, a comissão interamericana de direitos humanos tem a sua base em resguardar e fiscalizar os direitos humanos, a fim de consubstanciar a finalidade destes direitos.

Assim, vejamos:

A ação internacional tem também auxiliado a publicidade/visibilidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, o que tem permitido avanços e progressos na proteção dos direitos humanos. Vale dizer, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificações a respeito de sua prática, o que tem contribuído para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas. Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais. (PIOVESAN, p.21).

É de se notar, ante o caráter bilateral das relações do sistema interamericano, que os Estados estão obrigados a cumprir as determinações da comissão interamericana de direitos humanos. Todavia, não se pode generalizar a boa-fé de todos os entes, assim, havendo omissões ou violações constantes, a comissão pode impor recomendações, conforme tratado no capítulo anterior, ou até mesmo encaminhar a problemática a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar das consequências legais, o Estado pode sofrer uma repressão moral por parte da comissão, o que pode maleficar de forma latente as relações diplomáticas com outros países e com a comissão interamericana.

Destarte, a proteção da saúde no sistema interamericano de direitos humanos impede que o Estado seja omissor na promoção dos direitos humanos,

impondo que os entes assegurem os parâmetros mínimos de proteção à dignidade, com vistas a obstar possíveis retrocessos ou violações e promover a evolução desse direito, com o fundamento na dignidade da pessoa humana.(PIOVESAN, p.24).

5.1 Direito à Vida e sua relação direta com à Saúde.

A Constituição Federal de 1988 contempla de forma imponente o direito à vida e sua proteção, elevando ao caráter fundamental e assegurando de forma exclusiva a sua destinação. O art. 5º da Carta Brasileira dispõe “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Nota-se que o direito à vida foi impresso no caput do artigo mais robusto da Constituição, de fato, não poderia ser diferente, tendo em vista o caráter essencial e indisponível deste direito.

Assim leciona José Afonso da Silva (2005, p. 196):

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art.5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Verifica-se que a consubstanciação do direito à vida se perfaz por meio de vários fatores, o que se compreende não apenas por meios de ações positivas. O direito à vida possui uma maior amplitude, sendo caracterizado em duas acepções. A acepção negativa é verificada através do não intervencionismo, confere o direito de permanecer vivo sem interferências do Estado ou de qualquer indivíduo. Um exemplo claro, disposto na Constituição sobre o aspecto negativo, é a proibição de pena de morte prevista no art. 5º, XLVII, “a”.

No que tange a acepção positiva, verifica-se a necessidade de possibilitar o acesso as mínimas condições de bens e utilidades essenciais para a manutenção

de uma vida digna, a acepção positiva não se limita a garantia do mínimo existencial, tal ação depende de algo mais amplo, levando em consideração as necessidades fundamentais para se manter uma vida com dignidade. Compreende também a implementação de políticas públicas estatais que promovam a vida e a dignidade humana. (NOVELINO, 2015, p. 363).

Nesse toar, observa-se que o direito à vida compreende inúmeros fatores, numa concepção lúdica, o direito à vida seria uma espécie de junção de vários objetos centrais, todavia, todas as peças objetivam unicamente a real efetivação deste direito. Para a concretização do direito à vida é necessário se analisar o seu aspecto objetivo, tendo em vista que o referido direito se dispõe de forma universal, sendo conferido para todos os cidadãos, brasileiros ou estrangeiros residente ou não no país.

Não obstante a disposição constitucional brasileira, a Convenção Americana de Direitos Humanos consagrou o direito à vida de forma minimalista, tratando em sua boa parte de acepções negativas de não intervenção do Estado ou de particulares em face da vida de qualquer ser humano. A Convenção enfatizou de forma mais abrangente a proibição de pena de morte, vedações a arbitrariedades, garantias a grupos vulneráveis e possibilidade de requerer a anistia, indulto ou comutação de penas.

Ademais, assim dispõe o art.4º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 4. Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Apesar da maioria das disposições sobre o direito à vida na Convenção Americana serem no aspecto negativo, o inciso 1º, do supracitado artigo, afirma que toda pessoa tem o direito de ter a sua vida respeitada, a disposição traduz de forma velada grandes aspectos positivos, basta ver que para a efetivação de uma vida digna se é necessário a implementação de políticas públicas estatais e a disposição de bens e utilidades essenciais. Levando em conta que se torna inimaginável que um indivíduo tenha a vida respeitada se, por exemplo, lhe é negado o acesso direto à saúde.

A constituição de uma vida digna perpassa por diversos questionamentos, considerando que a centralidade do conceito de dignidade se afigure de forma subjetiva para cada indivíduo. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2010, p. 443-444,) aduz:

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única o direito de existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos ocidentais que marcam a existência de cada pessoa.

Destarte, a concepção do conceito de uma vida digna transita por diferentes acepções, todas objetivando a promoção da dignidade comum, acentuando o caráter da universalidade dos direitos humanos, dispendo não ser razoável impor um conceito de dignidade subjetivo, levando em conta os aspectos culturais ou sociais, a dignidade é uma construção mais complexa. Observa-se que a dignidade, apesar de algo tão subjetivo e peculiar, deve ser considerada, para a promoção do direito à vida, como os fatores essenciais e indispensáveis para a consecução de uma vida digna, levando em conta a universalidade dos direitos, considerando que todos os direitos humanos são internacionalizados e universais, sendo conferido à todos sem distinção de cultura, opção religiosa ou classe social.

Sobre o conceito de dignidade, aduz Ingo Wolfgang (2006, p. 60):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,

além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Constata-se que os fatores que contribuem para uma vida digna são distintos de acordo com a sociedade em que vive o destinatário do direito, todavia, a essência do direito à vida se contempla em dispor de garantias mínimas para uma vida digna, sendo fatores essenciais para todos os cidadãos, sem distinção social, com base na universalidade. Assim, o que se protege são os direitos negativos e positivos que possam desqualificar o direito à vida, a proibição da pena de morte, como exemplo, é um fator universal, tendo em conta que nenhum cidadão merece ter a sua vida ceifada pelo Estado como resposta a execução de um crime. Do mesmo modo, qualquer indivíduo que tenha a negatória de um acesso direto a um medicamento ou um leito hospitalar tem o seu direito à vida violado, independente do país ao qual se encontre o destinatário.

Por esse ângulo, é notório que o direito à vida relaciona-se diretamente com o direito à saúde, considerando que um depende diretamente do outro. Analisa-se que quando existe uma violação ao direito à saúde, tais como, a negatória de fornecimento de medicamentos ou com ausência de políticas públicas preventivas, se viola diretamente à vida, acentuando o caráter da interdependência, levando em conta a complementaridade destes direitos.

Com análise da indivisibilidade dos direitos humanos, percebe-se também a presença destas características entre estes direitos, pois, sabe-se que, os direitos humanos não possuem uma maior importância entre um ou outro, todos possuem a mesma carga de imperatividade e relevância, haja vista que a violação de qualquer um destes direitos pode acarretar as mesmas consequências jurídicas para a parte violadora ou omissa.

Assim ensina Augusto César Leite de Resende (2015, p. 68):

Os direitos humanos são indissociáveis e qualquer distinção implica a negação dos próprios direitos humanos, motivo pelo qual a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser, com fulcro na indivisibilidade dos direitos humanos, efetivada pelos Estados conjuntamente com os direitos civis e políticos, sendo, em caso de omissão estatal, direitos acionáveis e exigíveis no âmbito dos sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos, em especial no sistema interamericano.

Não obstante a presença da indivisibilidade, é cristalino a importância da

saúde, sendo dotada de grande fundamentalidade na vida de todos os cidadãos. Notadamente, a proteção da saúde depende de inúmeras ações estatais com fulcro em promover o acesso a hospitais, unidades básicas de saúde, ações preventivas contra endemias e até mesmo o direito a aquisição de medicamentos. As referidas ações estatais, por vezes, não são executadas de forma satisfatória, por imensuráveis motivos, acontece que, a saúde não espera, não se pode aguardar a execução de novas políticas públicas para quem precisa urgentemente de ações reparatórias de saúde.

Nesse toar, a ausência de ações concretas pode comprometer em linha reta o direito à vida, haja vista a relação de interdependência entre a vida e a saúde.

É necessário compreender que a proteção à saúde necessita de todos os meios de guarita, seja na esfera nacional ou internacional, considerando a sua universalidade. A própria Carta Maior prevê a proteção à saúde a brasileiros e estrangeiros, corroborando a o caráter universal dos direitos humanos. Assim, presume-se que a proteção á saúde no sistema interamericano tem o condão de robustecer a necessidade de toda a sociedade ter uma vida salutar, tendo com norte a proteção à saúde através da promoção de garantias mínimas. Nesse espeque, considera-se que se o direito à vida fosse simbolizado por um mosaico, com diversas partes e peculiaridades, à saúde seria parte fundamental desse objeto.

5.2 Tutela da Saúde Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

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

Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os

casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. **A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção** que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial. **(grifo nosso)**.

Assim, a Corte possui competência para conhecer a de todos os casos de violação de Direitos Humanos que se encontrem positivados na Convenção, tendo todos os Estados-parte, legitimidade para suscitar o caso perante a corte.

A Corte Interamericana de Direitos humanos, já enfrentou diversos casos de violação de Direitos Humanos, tendo proferido 242 decisões na sua seara contenciosa, sendo 29 relativas a decisões sobre exceções preliminares, 144 sentenças que analisaram o mérito, ou seja, a violação ou não de direitos humanos, 24 decisões de cunho reparatório, 2 decisões que versaram sobre cumprimentos de recomendações e 43 sentenças que trataram de diversos temas, como análise interpretativa dos casos e entre outros. (PIOVESAN, 2013, p. 349).

Nesse toar, verifica-se que a Corte tem uma atuação bastante significativa, haja vista a vasta jurisprudência que a Corte possui na resolução de casos emblemáticos de diferentes países da América.

No âmbito internacional, alguns casos impostos à Corte merecem destaque, como o Caso “Velasquez Rodriguez”, ao qual foi o primeiro caso decidido pela Corte Interamericana, no ano de 1989. O famoso caso tratava de desaparecimento misterioso de pessoas, por agentes na ditadura militar, com o referido desaparecimento, em Honduras, no ano de 1981, a Comissão obrigou o Estado de Honduras a indenização por danos morais as famílias dos desaparecidos e bem como impôs agilidade nas investigações, a fim de punir os responsáveis.

Outro caso emblemático, foi a censura do filme conhecido como a “Última Tentação de Cristo”, no qual a Constituição Chilena, em seu art. 19 era contrária o conteúdo disposto no filme, assim, a Corte decidiu que o art.19 da Carta Chilena violava diretamente os artigos 12 e 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, contrariando princípios da liberdade de expressão e liberdade de

consciência. Com base no exposto, a Corte impôs a alteração do art. 19 da Constituição Chilena, com fulcro e resguardar a liberdade de expressão e a censura prévia, com a decisão, a Constituição promoveu a referida alteração. (RAMOS, 2014, n.p).

Outro caso de bastante relevância foi o Massacre de Ituango contra a Colômbia, onde a Corte Interamericana obrigou o Estado da Colômbia a cumprir determinações, ante a omissão do Estado com ataques armados promovidos por grupos paramilitares da Autodefesa Unida da Colômbia (AUC) em face do Município de Ituango, ao qual gerou uma grande violação aos direitos civis e políticos, com o assassinato de indivíduos inocentes e a imposição de mudança forçada da população, diante do grande pânico causado na localidade, a Corte então condenou o Estado da Colômbia a responsabilidade dos ataques, tendo em vista a morosidade do julgamento dos executores. (PIOVESAN, 2013, p. 361).

Convém ainda mencionar um *leading case entre Atala Riffo y niñas e o Chile*, sendo o primeiro caso que a Corte enfrentou que tinha como objeto a violação a diversidade sexual. A decisão, proferida em 24 de fevereiro de 2012 condenou o Estado do Chile por compreender a violação direta ao art.1º, parágrafo 1º e o seu art. 14, haja vista as ofensas sofridas pela família de Karen Atala por conta, exclusivamente, da sua orientação sexual. A gravidade do caso mostrou-se latente à época, considerando que o Estado decidiu que a custódia das três filhas da Sra. Karen Atala deveria ser repassada para o seu genitor, levando em conta que após o divórcio, a vítima passou a conviver com uma pessoa do mesmo sexo. A corte entendeu que, no caso em tela, houve violação ao princípio da igualdade e da proibição da discriminação, considerando que a escolha sexual não pode ser causa para a violação da sua dignidade. Assegurou ainda a proteção de orientação sexual com base no disposto no art. 1º da Convenção Americana, levando em conta a sua amplitude. (PIOVESAN, 2013, p.362).

É notória a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos considerando que a sua jurisprudência perpassa por diversos temas e enfoques, o que denota a cautela da Corte em assegurar a garantia dos direitos previstos na Convenção Interamericana.

Não obstante a cautela da Corte em resguardar a garantia dos direitos humanos, insta mencionar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não abarcou todos os direitos fundamentais essenciais para o ser humano, haja vista que

os direitos sociais, econômicos e culturais não foram dispostos de forma ampla na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sabe-se que o Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de San Salvador), dispôs de forma aprimorada sobre todos os direitos sociais, econômicos e culturais, não contemplados na Convenção Americana. A referida previsão foi considerada como um momento de grandiosa relevância para a história do Sistema Interamericano, considerando a importâncias dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O Protocolo de San Salvador dispôs em seu art. 10 sobre a proteção à saúde e suas formas de execução, assegurando que “Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”. A referida disposição elevou à proteção à saúde a um nível internacional, assegurando o seu resguardo na seara do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Salienta-se ainda que o Protocolo de San Salvador aduziu em seu art. 1º a necessidade dos Estados adotarem medidas necessárias para a proteção dos direitos previsto no citado protocolo, determinando a necessidade de cooperação entre os Estados-parte, levando em conta os recursos disponíveis de cada Ente, com fulcro a melhor promover os direitos humanos. Insta mencionar que o objeto do referido artigo funda-se no princípio da progressividade, que leva em conta a destinação de recursos para fins de resguardar os direitos humanos. Assim, vejamos:

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

Ante o exposto, verifica-se que os direitos inseridos no Protocolo de San Salvador devem ser efetivados de forma plena, tendo em vista que todo o conteúdo inserido no tratado se impõe de forma imperiosa para os Estados-parte. Nesse

enfoque, constata-se que República Federativa do Brasil, como Estado-parte do Protocolo de San Salvador tem o dever de assegurar todos os direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, a saúde, deve-se garantir à toda população mecanismos para a concretização real da saúde.

A fundamentalidade do direito à saúde tem o seu âmbito de proteção no âmbito nacional e bem como internacional, deste modo, nota-se que é dever direto do Estado promover mecanismo de concretizações da saúde, haja vista o seu caráter essencial que deve ser respeitado. Destarte, a saúde deve ser estruturada por meio de políticas públicas que assegurem a execução do mínimo existencial, ou seja, deve-se garantir um amparo mínimo para a concretização deste direito tão indispensável.

Além das prestações positivas, como a concretização de políticas públicas preventivas, investimentos em hospital, unidades básicas de saúde e continuidade no fornecimento de medicamentos essenciais, o Estado não pode ser omissos diante dos casos de graves violações aos direitos humanos, sem observar quais os motivos determinantes que acarretaram as omissões na seara da saúde.

Registre-se que qualquer das violações apontadas podem ser analisadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela análise de atentados contra a Convenção Americana e bem como o Protocolo de San Salvador, tendo competência para emitir relatórios sobre o caso em concreto.

É importante salientar que, como roga o art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, caso haja violação a direitos sociais, econômicos e culturais previsto no Protocolo de San Salvador não se é possível submeter os casos a crivo da Corte Interamericana por meio do sistema de petições, desse modo, os referidos direitos previsto no Protocolo de San Salvador não se submetem diretamente a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exceto os direitos à liberdade sindical, educação e livre associação, conforme dispõe o art. 196 do referido Protocolo. (RESENDE, 2015, 143).

Nota-se que, o art. 62 do Protocolo assegura a jurisdição contenciosa somente aos direitos previstos na Convenção Americana, não englobando o Protocolo Adicional à Convenção, apesar da sua também superior importância.

Inicialmente, a previsão no art. 62 parece excluir a tutela jurisdicional aos direitos sociais, econômicos e culturais. Todavia, diante da importância desses direitos e com base na indivisibilidade dos direitos humanos, pode-se utilizar de outros mecanismos para que o direito à saúde, por exemplo, seja levado à tutela jurisdicional

internacional nos casos de latente atentado aos Direitos Humanos.

Com efeito, a indivisibilidade roga que todos os direitos humanos possuem a mesma relevância e abrangência no mundo jurídico, não havendo distinção entre estes direitos, haja vista que todos os direitos humanos buscam a promoção da dignidade humana e, portanto, não havendo superioridade entre qualquer direito humano. A indivisibilidade busca assegurar, no contexto de valoração, a igualdade entre todos os direitos fundamentais à dignidade humana, considerando a relação de interdependência dos direitos humanos. Nesse toar, percebe-se que os direitos humanos se complementam, haja vista a relação de interdependência de todos os direitos humanos.

Destarte, com fulcro no caráter da Indivisibilidade pode-se requerer a tutela jurisdicional perante a Corte Interamericana por via reflexa ou indireta, considerando que com a violação indireta de qualquer direito previsto na Convenção Americana, tem-se a possibilidade de obter a tutela jurisdicional para a proteção à saúde perante a corte. Nesse sentido, mesmo que inexista a possibilidade de se tutelar diretamente perante a Corte casos de violação à saúde, é plenamente possível que, por meio de uma violação indireta de direitos dispostos na Convenção se obtenha a tutela internacional da saúde. Destacando-se a possibilidade de violação a direitos que se interligam diretamente com a saúde, como a vida, direito à integridade pessoal e a proteção à honra e a dignidade.

Nessa acepção, é cristalino que a saúde interliga-se diretamente com o direito à vida, haja vista a relação de complementaridade entre ambos. Sendo assim, havendo omissão, no que tange a ausência de implementação de políticas públicas da saúde, ocorre uma transgressão, em linha reta, o direito à vida. A proteção da saúde tem o condão único e exclusivamente de proteger a vida do indivíduo, basta ver que a ausência de um medicamento essencial para uma classe destituída de recursos financeiros pode ofender diretamente o direito à vida destas pessoas. Do mesmo modo, a ausência de uma máquina de radioterapia, indispensável para o tratamento de portadores de enfermidades, pode ocasionar uma ruptura direta ao direito à vida. É translúcido a grandiosidade da saúde, e, portanto, a garantia de uma tutela jurisdicional internacional tem o condão de corroborar para a defesa deste direito tão primordial.

Diante do exposto, verifica-se que é plenamente possível que, os casos de violação a Saúde sejam tutelados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,

sendo possível que a República Federativa do Brasil venha a ser condenada a promover ações concretas destinadas à promoção da saúde no país, e, bem como a reparar possíveis lesões a dignidade de qualquer brasileiro ou estrangeiro residente do país, considerando a incontestável violação ao direito à vida.

Um fato emblemático para história dos Direitos Humanos no Brasil que sintetiza bem a tutela internacional, foi o caso Damião Ximenes Lopes, onde buscou-se a proteção internacional perante à corte, diante da obscura morte do cidadão Damião Ximenes, logo após ter passado três dias internado num hospital psiquiátrico. Registre-se que foi o primeiro caso em que a Corte enfrentou um caso sobre saúde mental, com violação direta ao direito à vida, à integridade física e à proteção judicial da vítima, sendo a primeira condenação sofrida pela República Federativa do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A sentença proferida pela Corte teve um condão reparatório, considerando que determinou que o Estado promovesse um processo investigatório, observando a duração razoável do processo, com vistas a punir os responsáveis pelo fato, determinando que houvesse uma publicação dos fatos narrados na sentença internacional no diário oficial de grande circulação, impôs a necessidade de que fosse desenvolvido um programa de formação e capacitação para os médicos, psiquiatras e psicólogos e bem como de todas as pessoas ligadas ao atendimento da saúde mental, e estipulou a reparação material para os familiares da vítima, no prazo de um ano e bem como a reparação pela custas judiciais na seara nacional e também na internacional. Não obstante todo conteúdo já mencionada, a sentença ainda sinalizou que fiscalização do cumprimento das obrigações determinadas, impondo a apresentação, no prazo de 1 (um) ano, sobre as medidas concretizadas.(PIOVESAN, 2013, p. 361-362).

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

Note-se que o conceito de reparação no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos é amplo porque compreende, além da obrigação de indenização econômica às vítimas, as sentenças condenatórias internacionais que incluem reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação e

as chamadas “medidas de não repetição”, que podem envolver a implementação ou alterações de políticas públicas, a realização de ações administrativas concretas, mudanças da legislação interna e da jurisprudência pacificada até mesmo na corte Suprema do país. (RESENDE, 2015, p. 246).

Diante do exposto, é importante sinalizar que a tutela da saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos é plenamente possível, considerando que saúde está intrinsecamente ligada ao direito à vida, haja vista o caráter indivisível dos Direitos Humanos. Destarte, a proteção no âmbito internacional tem o condão de resguardar a dignidade humana, objeto central dos direitos humanos, e, bem como determinar a promoção de políticas públicas destinadas a concretização do direito à saúde de forma integral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, nota-se que a proteção internacional da saúde perante o Sistema Interamericano mostra-se plenamente possível, tendo em vista o caráter fundamental da saúde. Constata-se que o resguardo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o órgão responsável pela fiscalização de cumprimento das normas dispostas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é indiscutivelmente abrangente, haja vista que o referido órgão tem o condão de zelar pela proteção da saúde de forma ampla e universal, e bem como de todos os Direitos Humanos previstos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Malgrado o direito à saúde não se encontrar positivado na Convenção Americana de Direitos Humanos, o mesmo encontra-se disposto no art.10 do Protocolo Adicional à Convenção, o famigerado Protocolo de San Salvador, o qual dispõe, de modo amplo, sobre a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito internacional. Assim, com o advento do Protocolo de San Salvador o direito à saúde angariou uma maior proteção no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com efeito, constata-se que, no que tange à proteção jurídica e contenciosa, a proteção da saúde não é inteiramente ampla, haja vista que, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo de cunho contencioso, não incluiu dentro do seu sistema de petições, os direitos sociais, econômicos e culturais previstos no Protocolo de San Salvador, considerando que somente os direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos se submetem ao crivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exceto os direitos à livre associação sindical, à liberdade sindical e à educação.

Apesar da limitação expressa no art.62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, diante da essencialidade da saúde, nota-se a plena possibilidade de submeter os casos de violação à saúde, perante a Corte Americana de Direitos Humanos. Tendo em vista que, diante da sua majestosa significância, com fulcro na indivisibilidade dos direitos humanos, qualquer violação aos direitos humanos que atinjam, mesmo que indiretamente, alguns dos direitos previstos na Convenção Americana, legitima o resguardo direto da saúde perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo, percebe-se que, havendo violação fulminante da saúde, conseqüentemente, há uma transgressão indireta aos direitos previstos na Convenção, tais como: à vida, integridade pessoal, à honra, à dignidade e entre outros. Assim, com base na Indivisibilidade, pode-se concluir que a saúde encontra-se fielmente interligada ao direito à vida, garantindo assim, por via reflexa, a proteção jurídica e contenciosa da Saúde perante Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 set. 2016.

_____. DECRETO n. Nº 3.321, de 20 de out. de 2016. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. "protocolo de são salvador"**. Brasília, dez. 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____.DECRETO n. Nº 678, de 22 de out. de 2016. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, nov. 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos Direitos Humanos**. 7º ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

Declaração universal dos direitos humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016

HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HUNT , Lynn. **A invenção dos direitos humanos: Uma história** . São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/lhaiddh.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

JÚNIOR, Lier Pires Ferreira; Vauthier, Paulo Emílio. **Direitos humanos e direito internacional**. 1º. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MARRUL, Indira Bastos. **O fortalecimento da indivisibilidade dos direitos humanos no sistema interamericano: efetiva garantia para o direito à educação**. 2002. Revista IIDH, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06835-2.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo.2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. São Paulo, 2002. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_justicializacao_sip_oea.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. São Paulo. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<http://lelivros.me/book/baixar-livro-curso-de-direitos-humanos-andre-de-carvalho-ramos-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em 15 set. 2016.

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

RICHARD MBAYA, Etienne. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Instituto de Teoria Geral de Direito, do Estado e de Filosofia Política e do Instituto de Direito Público Internacional e de Direito Público de Estrangeiros, São Paulo, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141997000200003>. Acesso em: 23 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista Doutrina TRF4., Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em: 10.out.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. Porto Alegre. 2006.

SARMENTO, George. **As Gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade**. 2008. Universidade Federal de Alagoas. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, Paulo César. **A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo estado contra sua plena efetividade na área dos**

medicamentos excepcionais. 2007. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15867-15868-1-PB.pdf>>.
Acesso em: 06 set. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. “**O mínimo existencial e os direitos fundamentais**”, in:
Revista de Direito Administrativo, nº 177. (1989).