

VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS NA ÁREA DA SAÚDE: A DIFERENÇA ENTRE AS OBRIGAÇÕES MÍNIMAS E AS ESPERADAS

*VIOLATION OF STATE OBLIGATIONS IN THE HEALTH
AREA:*

*THE DIFFERENCE BETWEEN THE MINIMUM AND THE
EXPECTED OBLIGATIONS*

*Danilo de Oliveira*¹

UNISANTOS/SP

*Luciano Pereira de Souza*²

UNISANTOS/SP

*Marcelo Lamy*³

UNISANTA/SP

Resumo

Baseados na interpretação estabelecida pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os autores fazem uma reflexão crítica sobre o conteúdo do direito humano à saúde e sobre o conjunto variado de obrigações estatais na área de saúde de aplicação interna. A partir dessas reflexões, os autores estabelecem as diferenças e as diversas possibilidades de se caracterizar a violação das obrigações estatais mínimas e a violação das obrigações estatais esperadas, objetivo dessa investigação. O método utilizado para a coleta de informações foi o da pesquisa

¹ Mestrando em Direito (PUC-SP). Professor de Processo Civil e Coordenador do Núcleo de Orientação ao Desenvolvimento de TCC da Faculdade de Direito da Unisanta. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável.

² Doutorando em Direito Ambiental Internacional (Unisantos). Professor de Direito Penal e Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Unisanta. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável.

³ Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde e de Direito Civil da Faculdade de Direito da Unisanta. Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP).

documental e bibliográfica, para a análise dos dados, o da leitura analítica, sintópica e comparativa.

Palavras-chaves

Direito à saúde. Políticas Públicas. Fatores determinantes da saúde. Obrigações básicas.

Abstract

Based on the interpretation established by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the authors make a critical reflection on the content of the human right to health and on the varied set of state obligations in the health area of internal application. From these reflections, the authors establish the differences and the many possibilities of characterizing the violation of the minimum state obligations and the violation of the expected state obligations, the objective of this investigation. The method used to collect information was the documentary and bibliographic research; and, for the data analysis, the analytical, comparative and syntopic reading.

Keywords

Right to health. Public policy. Determinants of health. Basic obligations.

INTRODUÇÃO

Nos anos 60, a sociedade internacional, em certa sintonia, chegou à conclusão de que a realização dos direitos humanos tinha de passar a trilhar dois caminhos, pois há direitos humanos (os civis e políticos) que admitem o posicionamento radical de exigir o cumprimento imediato e há direitos humanos (os econômicos, sociais e culturais) que demandam uma nova postura, a da realização gradativa, ascendente ou continuada.

A partir de então, uma revolucionária revisão de conceitos tornou-se necessária. Foi preciso repensar instrumentais tradicionais do direito, tais como: a classificação das obrigações internacionais entre vinculantes e não-vinculantes, a classificação dos instrumentos internacionais entre *hard law* ou *soft law*, a superação da expectativa de saber exatamente o que é cada direito (pois alguns direitos passaram a ser compreendidos como de conteúdo evolutivo) etc.

Esse processo foi impulsionado em 1966, com a celebração do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

(doravante PIDESC), mas ganhou outra velocidade quando foi constituído em 1985 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante CDESC).

O CDESC é o órgão das Nações Unidas que monitora e avalia o cumprimento do PIDESC. Foi criado pelo Conselho Econômico e Social em 1985 para desempenhar as funções atribuídas ao Conselho na parte IV do pacto. Depois de analisar cada um dos relatórios encaminhados pelos Estados, emite *observações finais*, pelas quais apresenta suas preocupações e recomendações para cada Estado (como previsto nos artigos 16 e ss. do PIDESC). Ademais, desde 1988, passou a emitir *observações gerais*, para com elas explicitar sua interpretação das disposições do pacto (ancorado no artigo 23 do PIDESC). Ao desvelar sua interpretação, apresenta também uma série de recomendações para todos os Estados.

Ambas as modalidades de recomendação (as individuais encaminhadas para cada Estado e as gerais) tem efeitos vinculantes. As individuais porque são respostas a violações do pacto e carregam a sua força vinculante. As gerais porque podem ser consideradas interpretações autênticas dos tratados; além disso, porque os Estados membros de uma organização internacional têm de se submeter às normas gerais da própria organização (LAMY, 2014, 60-62).

As recomendações emitidas pelo CDESC não são, portanto, mera instigação a agir de determinada forma. Os Estados que ratificaram o PIDESC expressamente concordaram que essas recomendações são medidas voltadas a assegurar as suas obrigações (art. 23).

Pelo princípio geral da boa-fé, os Estados que livremente aceitaram essas obrigações, perdem a liberdade de agir diferentemente.

Em virtude do princípio da boa-fé, foi reconhecido pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (C. 568. XLIV, 6 de agosto de 2013, considerando 3) que um Estado que subscreve e ratifica um tratado internacional, especialmente se se trata de direitos humanos, tem a obrigação de realizar seus melhores

esforços para aplicar as recomendações do órgão de proteção (FURFARO, 2014, 84).

Somente sob esse prisma ingressaremos em uma sociedade internacional em que “los organismos internacionales se tomen con seriedad y hasta sus últimas consecuencias los textos internacionales de derechos humanos” (CARBONELL, 2013, 13).

De 1989 à 2016, o CDESC emitiu 23 Observações Gerais (doravante OG): OG n. 1/1989 sobre os relatórios dos Estados; OG n. 2/1990 sobre as medidas internacionais de assistência técnica; OG n. 3/1990 sobre a índole das obrigações estatais; OG n. 4/1991 sobre a moradia adequada; OG n. 5/1994 sobre as pessoas com deficiência; OG n. 6/1995 sobre os direitos dos idosos; OG n. 7/1997 sobre o despejo forçado; OG n. 8/1997 sobre as sanções econômicas; OG n. 9/1998 sobre a aplicação interna do pacto; OG n. 10/1998 sobre as instituições nacionais de direitos humanos; OG n. 11/1999 sobre o ensino primário; OG n. 12/1999 sobre a alimentação adequada; OG n. 13/1999 sobre o direito à educação; OG n. 14/2000 sobre o direito à saúde; OG n. 15/2002 sobre o direito à água; OG n. 16/2005 sobre a igualdade de gênero; OG n. 17/2005 sobre os direitos autorais; OG n. 18/2006 sobre o direito ao trabalho; OG n. 19/2008 sobre o direito à seguridade social; OG n. 20/2009 sobre a não discriminação; OG n. 21/2009 sobre o direito à cultura; OG n. 22/2016 sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva; OG n. 23/2016 sobre o direito às condições de trabalho.

Todas essas observações são muito relevantes. No entanto, na presente pesquisa dedicamo-nos a avaliar e reconstruir criticamente o que fora consolidado pela Observação Geral n. 14/2000 (doravante OG14), observando logicamente, quando necessário, o construto alcançado pelas outras observações.

Ademais, vê-se que a OG14 passou a ser o efetivo norte de avaliação das obrigações estatais de saúde. O que pode ser observado nas duas ocasiões em que o Estado brasileiro apresentou o seu relatório (em 2001 e em 2008) pois seguiu de alguma forma a estrutura da recomendação, nas duas ocasiões em que o CDESC entregou suas Observações Finais para o Brasil (em 2003 e 2009) e

na singular ocasião, em 2011, em que o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW/C/49/D/2008) julgou o Brasil pela violação dos direitos à saúde da mulher antes e após o parto.

Faz-se, portanto, no presente texto, o relato de nossa percepção crítica do que pode ser considerado como conteúdo do direito humano à saúde, para, a partir desse pressuposto, observar quais as obrigações estatais correspondentes. Ultrapassados esses dois desafios, reconstrói-se como pode restar configurada a violação das obrigações estatais mínimas e das obrigações esperadas. Nosso mister resume-se, em outras palavras, em organizar didática e logicamente o que pode ser considerado violação das obrigações estatais, superando o que nos parece essencial: certa imprecisão na definição dos conjuntos de obrigações mínimas e de obrigações esperadas.

Ressalva se faça a que a reflexão aqui estabelecida cinge-se ao âmbito do direito internacional universal, ao que fora construído a partir do labor da Organização das Nações Unidas, deixam-se de lado todas as construções estabelecidas pelo direito internacional regional, notadamente as instituídas no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Ademais, que o objetivo central desse texto é explicitar nossa compreensão crítica do PIDESC e da OG14.

1. CONCRETUDE ATUAL DO DIREITO HUMANO À SAÚDE

Desde a constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que ocorreu em 22 de julho de 1946 (na qual o Brasil ingressou em 2 de junho de 1948), foi reconhecido que o direito ao gozo máximo de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano (§2º do preâmbulo). E que a saúde deve ser compreendida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente como a ausência de doenças ou enfermidades (§1º do preâmbulo).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948, foi mais específica ainda, pois, ao declarar que toda

pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar para si e para sua família saúde e bem-estar, explicitou que esse direito inclui os direitos à alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis (art. XXV, 1)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais (PIDESC), de 19 de dezembro de 1966 (incorporado na ordem jurídica brasileira pelo Decreto Legislativo 226 de 12 de dezembro de 1991, e pelo Decreto Executivo 591 de 6 de julho 1992), em primeiro plano, voltou a reconhecer que toda pessoa tem o direito a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida (art. 11).

Mas o PIDESC foi mais além, pois desdobrou em mais detalhes as várias facetas do direito ao “mais elevado nível possível de saúde” (expressão do art. 12, 1), no parágrafo 2º do artigo 12, ao falar de seu contraponto, das obrigações estatais.

Observe-se apenas de passagem que nos parece adequada a interpretação do “possível” que leva em conta a capacidade (inclusive econômica) e o conhecimento do Estado parte somada a assistência internacional, pois isso explica o porquê de a cooperação internacional ter sido explicitada no §1º do artigo 11 (TORRONTEGUY, 2010, 89)

O direito à saúde já era compreendido como um direito ao desfrute de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para alcançar o mais alto nível possível de saúde (§9 da OG14). Um direito que abarcava a atenção primária à saúde (prestada nas comunidades para enfermidades comuns), a atenção secundária à saúde (prestada em estabelecimentos de saúde para enfermidades graves relativamente comuns) e a atenção terciária à saúde (prestada em centros especializados por profissionais especializados, para enfermidades que requerem esse aporte). E um direito que também abarcava o cuidado com os fatores determinantes da saúde (§11 da OG14).

Mas, a partir do PIDESC, o direito à saúde passou a exigir (§§ 14 a 17 da OG14):

- Medidas para melhorar a saúde infantil e materna, serviços de saúde sexual, inclusive de planificação familiar, atenção anterior e posterior ao parto, serviços obstétricos de urgência (decorrências lógicas do art. 12, 2, a: “A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças”).
- Medidas preventivas com relação aos acidentes laborais e às enfermidades profissionais; fornecimento adequado de água potável, criação de condições de saneamento básico, redução da exposição da população a substâncias nocivas tais como radiação e substâncias químicas nocivas ou a outros fatores ambientais prejudiciais; moradia adequada; condições de trabalho higiênicas e seguras; fornecimento adequado de alimentos que resultem em uma nutrição apropriada; dissuasão do uso excessivo do álcool e do tabaco e do consumo de drogas (decorrências lógicas do art. 12, 2, b: “A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente”)
- Programas de prevenção e educação que guardam relação com o comportamento, tais como os relacionados às enfermidades de transmissão sexual, em particular da AIDS, que promovam os fatores sociais determinantes da boa saúde relacionados à segurança ambiental, ao desenvolvimento econômico e a igualdade de gênero; criação de um sistema de atenção médica urgente em casos de acidentes, epidemias e perigos análogos para a saúde, assim como a prestação de socorro em casos de desastre e de ajuda humanitária em situações de emergência; esforço individual e coletivo dos Estados para incorporar as tecnologias pertinentes; melhora da vigilância epidemiológica, a começar pela reunião de dados sobre essas situações; execução e ampliação de programas de vacinação e outras estratégias de luta contra as enfermidades infecciosas (decorrências lógicas do art. 12, 2, c: “A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças”).

- Acesso igual e oportuno aos serviços de saúde preventivos, curativos e de reabilitação, assim como à educação em matéria de saúde; tratamento apropriado de enfermidades, afecções, lesões e deficiências frequentes, preferencialmente nas comunidades; fornecimento de medicamentos essenciais; tratamento e atenção apropriados para a saúde mental; melhora e fomento da participação da população na prestação dos serviços médicos preventivos e curativos, na organização do setor da saúde e de seguros, nas decisões públicas relativas à saúde (decorrências lógicas do art. 12, 2, d: “A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”).

Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, segundo o CDESC, há de ser estudado conspurcando as seguintes características essenciais que os tornam reais: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e de boa qualidade (§12 da OG14).

No âmbito da *disponibilidade*, cada Estado deverá contar com um número de programas, estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde coerente com o nível de desenvolvimento do próprio Estado. Devendo atenção especial à disponibilidade de água potável, de saneamento básico, de estabelecimentos de saúde, de profissionais da saúde e de medicamento essenciais.

No âmbito da *acessibilidade*, há que se dar atenção a quatro dimensões: à não-discriminação (aos mais vulneráveis e marginalizados da população), à acessibilidade física (distância geográfica dos serviços e fatores determinantes e adaptação arquitetônica), à acessibilidade econômica (ao alcance de todos) e ao acesso à informação relacionada com a saúde.

No âmbito da *aceitabilidade*, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser respeitosos com a cultura das pessoas, das minorias, dos povos ou comunidades, sensíveis às questões de gênero e aos ciclos de vida.

No âmbito da *qualidade*, há que se garantir profissionais qualificados, medicamentos e equipamentos apropriados –

aprovados e em bom estado, bem como em condições sanitárias adequadas.

2. DELIMITAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS

2.1 Das obrigações estatais mínimas

OBRIGAÇÃO DE ADOTAR MEDIDAS

Os Estados parte do PIDESC, de um ponto de vista geral, comprometeram-se a adotar todas as medidas apropriadas e possíveis, até o máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar o progresso continuado dos direitos econômicos, sociais e culturais, com vistas ao pleno exercício dos mesmos (art. 2, 1). Em inglês, a expressão “adotar medidas” corresponde à expressão “to take steps”, o que revela melhor o compromisso de dar passos gradativos ao pleno exercício. Na versão francesa, a expressão é “s’engage à agir”, o que revela a necessidade de o Estado envolver-se, engajar-se, comprometer-se à atuar na direção do pleno exercício. Os Estados assumiram, enfim, uma obrigação de comportamento: o de comprometerem-se a tomar medidas gradativas para a plena realização desses direitos.

A realização progressiva significa que os Estados têm a obrigação concreta e constante de avançar da forma mais expedita e da maneira mais eficaz que seja possível (§31 da OG14). Assim como significa que não são permitidas quaisquer medidas deliberadamente regressivas (§32 da OG14).

OBRIGAÇÕES DE RESULTADO IMEDIATO

De outro lado, os Estados assumiram obrigações de resultado imediato: a de adotar medidas, dar passos, engajar-se (§30 da OG14); a de garantir que esses direitos possam ser exercidos sem o risco da discriminação por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (art. 2, 2); assim como a de

determinar em que medida garantirão os direitos econômicos do PIDESC àqueles que não sejam os seus nacionais (art. 2, 3).

OBRIGAÇÕES BÁSICAS

Nesse contexto, o de dar passos gradativos e ao mesmo tempo assegurar algo imediatamente, desde a Observação Geral n. 3, emitida em 1990, o CDESC estatuiu que todo Estado parte, tem a obrigação de assegurar pelo menos os níveis essenciais de cada um desses direitos (tal como um passo inicial).

Na Declaração Alma-Ata de 1978 e especialmente no Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento de 1994, desenvolveu-se uma orientação quanto ao conteúdo do essencial que decorre do artigo 12 do PIDESC.

Partindo dessa orientação, o CDESC, na Observação Geral n. 14/2000, passou a considerar “obrigações básicas” ou “mínimo essencial” o cumprimento das seguintes obrigações:

- a) garantir o direito de acesso aos estabelecimentos, bens e serviços de saúde de maneira não-discriminatória, especialmente para os grupos vulneráveis ou marginalizados;
- b) assegurar o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura e que garanta ninguém padecer de fome;
- c) garantir o acesso a um lar, uma moradia que conte com as condições básicas de saneamento e com o fornecimento de água potável;
- d) facilitar os medicamentos essenciais que figuram no programa de medicamentos essenciais da OMS;
- e) velar por uma distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde;
- f) adotar e aplicar uma estratégia e um plano de ação nacional de saúde pública – elaborado e revisto periodicamente de maneira transparente e com participação popular – para fazer frente às preocupações sanitárias da população, que estabeleça indicadores e bases de referência que permitam vigiar os progressos.

Pode-se observar que a “obrigação de adotar medidas” e as “obrigações de resultado imediato” foram incluídas no rol de obrigações básicas – nas alíneas “F” e nas alíneas “a” e “P”, respectivamente – exceto a de determinar os direitos econômicos dos estrangeiros.

Ademais, que o conteúdo inserido nas alíneas “b” e “c” são reflexo da ruptura estabelecida pela Declaração de Alma-Ata que forjou a proposta de um desenvolvimento com ênfase no social, que incitou a discussão ainda presente dos “fatores determinantes da saúde” (VILLAR, 2007, 10)

Na Observação Geral n. 3, de 1990, restava inserida parte da obrigação básica da alínea “F” (que aparecerá mais adiante no item violações das obrigações de cumprir) de uma forma muito especial: mesmo diante da falta de recursos, nenhum Estado pode furtar-se da obrigação de vigiar a medida de realização do direito à saúde em sua jurisdição (§11 da OG3).

De qualquer forma, definiu-se o mínimo. Aquilo que a teoria constitucional identificou a partir de Peter Haberle como o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2.2. Das obrigações estatais mínimas e esperadas

Para que se atingisse ainda maior concretude ao conteúdo das obrigações estatais, o CDESC, na Observação Geral n. 14, foi mais além: identificou um conjunto mais amplo de obrigações que o Estado deve progressivamente assumir ou realizar.

Algumas dessas explicitações não deixam de ser concretudes das próprias obrigações básicas. Outras são concretudes que fazem o Estado sair do mínimo, aproximar-se do esperado.

O CDESC não faz essa distinção, mas os autores desse trabalho estão seguros de que esse passo lógico tem de ser dado.

OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR

As obrigações de respeitar exigem que os Estados se abstenham de ingerir-se direta ou indiretamente no desfrute do direito à saúde.

Do ponto de vista negativo, das obrigações de não-fazer que explicitam facetas do mínimo, o Estado deve abster-se de:

- a) denegar ou limitar o acesso equitativo de todas as pessoas aos serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos, inclusive aos presos, aos integrantes das minorias, aos solicitantes de asilo ou aos imigrantes ilegais;
- b) impor práticas discriminatórias como política de Estado;
- c) impor práticas discriminatórias relacionadas com o estado de saúde e com as necessidades da mulher;
- d) limitar o acesso aos anticoncepcionais ou a outros meios de manter a saúde sexual e reprodutiva;
- e) censurar, ocultar ou desvirtuar intencionalmente a informação relacionada com a saúde, inclusive sobre a educação sexual;
- f) impedir a participação do povo em assuntos relacionados com a saúde;
- g) limitar o acesso aos serviços de saúde como medida punitiva, por exemplo, durante conflitos.

Ainda do ponto de vista negativo, das obrigações de não-fazer que explicitam facetas do esperado, o Estado deve abster-se de:

- a) proibir ou impedir os cuidados preventivos;
- b) proibir ou impedir as práticas curativas e as medicinas tradicionais;
- c) comercializar medicamentos perigosos;
- d) aplicar tratamentos médicos coercitivos, salvo em casos excepcionais para o tratamento de doenças mentais ou a prevenção de enfermidades transmissíveis e a luta contra elas;
- e) contaminar ilegalmente a atmosfera, a água e a terra;
- f) utilizar ou testar armas nucleares, biológicas ou químicas se, como resultado, liberam substâncias nocivas para a saúde do ser humano.

OBRIGAÇÕES DE PROTEGER

As obrigações de proteger requerem que os Estados adotem medidas para impedir que terceiros interfiram na aplicação das garantias prevista no artigo 12 do PIDESC.

Do ponto de vista positivo, das obrigações de fazer que explicitam facetas do mínimo, o Estado deve:

- a) adotar leis ou outras medidas para velar pelo acesso equitativo à saúde e aos serviços de saúde proporcionados por terceiros;
- b) velar para que a privatização do setor da saúde não represente uma ameaça para a disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e boa qualidade dos serviços de atenção à saúde;
- c) velar para que as práticas sociais ou tradicionais nocivas não afetem o acesso à atenção e posterior ao parto, nem ao planejamento familiar;
- d) adotar medidas para proteger a todos os grupos vulneráveis ou marginalizados da sociedade, em particular às mulheres, às crianças, aos adolescentes e aos idosos, tendo em conta a violência de gênero;
- e) velar para que terceiros não limitem o acesso das pessoas à informação e aos serviços de saúde.

Do ponto de vista positivo, das obrigações de fazer que explicitam facetas do esperado, o Estado deve:

- a) controlar a comercialização de equipamentos médicos e medicamentos;
- b) assegurar que os profissionais que atuam na saúde reúnam condições necessárias de educação, experiência e ética;
- c) impedir que terceiros induzam a mulher a submeter-se a práticas tradicionais, como a da mutilação de órgãos genitais.

OBRIGAÇÕES DE CUMPRIR

As obrigações de cumprir requerem que os Estados adotem medidas apropriadas de caráter legislativo, administrativo,

orçamentário, judicial ou de outra índole para dar plena efetividade ao direito da saúde:

- a) reconheçam suficientemente o direito à saúde em seus sistemas políticos e ordenamentos jurídicos, de preferência mediante leis;
- b) adotem uma política nacional de saúde acompanhada de um plano detalhado para o exercício do direito à saúde;
- c) garantam a atenção à saúde, estabelecendo programas de imunização contra as principais enfermidades infecciosas;
- d) velem pelo acesso igual de todos aos fatores determinantes básicos da saúde, como os alimentos nutritivos e saudáveis e água potável, serviços básicos de saneamento básico, moradia e condições de vida adequadas;
- e) proporcionem serviços de saúde sexual e reprodutiva, inclusive para a maternidade segura, sobretudo nas zonas rurais;
- f) velem pela apropriada formação de profissionais que atuem na saúde, a existência de um número suficiente de hospitais, clínicas e outros centros de saúde, assim como pela promoção e o apoio a criação de instituições que prestem assessoramento e serviços de saúde mental, tendo em conta a distribuição equitativa destas;
- g) estabeleçam um sistema seguro de saúde público, privado ou misto que seja acessível a todos;
- h) fomentem as investigações médicas e a educação em matéria de saúde;
- i) organizem campanhas de informação, em particular ao que se refere à AIDS, à saúde sexual e reprodutiva, às práticas tradicionais, à violência doméstica, ao consumo excessivo do álcool, ao uso indevido do tabaco, de psicotrópicos e de outras substâncias nocivas;
- j) adotem medidas contra a contaminação do meio ambiente e os perigos das enfermidades profissionais, assim como contra qualquer ameaça epidemiológica;
- k) formulem e apliquem políticas nacionais para reduzir e suprimir a contaminação do ar, da água e do solo, inclusive contra a contaminação causada por metais pesados como o chumbo procedente da gasolina;

- l) formulem, apliquem e revisem periodicamente uma política nacional coerente destinada a reduzir ao mínimo os riscos de acidentes laborais e enfermidades profissionais;
- m) formulem uma política nacional coerente em matéria de seguridade no emprego e serviços de saúde.

Por fim, o CDESC destaca a necessidade de que os Estados, ao cumprir sua obrigação de promover: *facilitem* que os particulares e as comunidades disfrutem do direito à saúde; *proporcionem* um direito específico para as pessoas ou grupos que não estejam em condições de exercer por si mesmos esse direito; *promovam* os fatores que contribuem com resultados positivos na saúde (como a pesquisa e a informação), os serviços apropriados para grupos vulneráveis ou marginalizados, a informação relacionada às formas de viver e alimentar-se saudáveis e às práticas tradicionais nocivas, a autonomia para as pessoas, com conhecimento de causa, decidirem-se em questões de saúde (§37 da OG14).

3. DA CARACTERIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO

3.1. VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES BÁSICAS

A violação das obrigações estatais fica caracterizada de maneira objetiva, pois não se aceita inclusive justificativa, se o Estado parte do PIDESC não cumprir suas obrigações básicas de comportamento ou de resultado imediato: “um Estado Parte não pode nunca, em nenhuma circunstância, justificar seu descumprimento das obrigações básicas” (§47 da OG14)

3.2. VIOLAÇÃO POR OMISSÃO

A violação das obrigações estatais resta configurada se o Estado parte do PIDESC não se mover genericamente: “não adotar medidas apropriadas para dar plena efetividade ao direito universal de disfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental”; ou não se mover para instituir uma política nacional de

saúde no emprego: “não contar com uma política nacional sobre a seguridade e a saúde no emprego ou serviços de saúde no emprego”; ou não agir para impor o cumprimento das leis nesse campo: “não fazer cumprir as leis pertinentes” (§49 da OG14).

Da mesma forma, resta configurada a violação se um Estado adotar comportamento contraditório à obrigação assumida de máximo esforço: “Um Estado que não esteja disposto a utilizar o máximo dos recursos de que disponha para dar efetividade ao direito à saúde viola as obrigações” (§47 da OG14).

3.2.1. Violações por omissão das obrigações de proteger

As violações às obrigações de proteger ou de impedir que terceiros lesem ao direito da saúde restam configuradas pela omissão, pelo fato de o Estado não adotar as medidas necessárias para a proteção do direito da saúde, dentro de sua jurisdição.

Exemplificando, o CDESC indica as seguintes hipóteses não-exaustivas (§51 da OG14):

- a) não regular as atividades de particulares, grupos e empresas que atuem na área da saúde para impedir as violações ao direito de saúde dos demais;
- b) não proteger aos consumidores contra as práticas prejudiciais para a saúde;
- c) não proteger aos trabalhadores contra as práticas prejudiciais para a saúde;
- d) não dissuadir a produção, a comercialização e o consumo de tabaco, drogas e outras substâncias nocivas;
- e) não proteger as mulheres contra a violência, e não processar os autores da mesma;
- f) não dissuadir as práticas médicas ou tradicionais prejudiciais à saúde;
- g) não promulgar leis (ou não as fazer serem obedecidas) que visem impedir a contaminação da água, do ar e do solo por indústrias extrativistas e manufatureiras.

Observe-se que estas violações podem recair tanto no âmbito das obrigações mínimas de proteger, quanto no das obrigações esperadas de proteger.

3.3. VIOLAÇÃO POR AÇÃO

Caracteriza-se também a violação pela adoção de medidas regressivas: “A adoção de quaisquer medidas regressivas que sejam incompatíveis com as obrigações básicas no referente ao direito à saúde [...] constitui uma violação” (§48 da OG14).

3.3.1. Violações por ação das obrigações de respeitar

As violações às obrigações de respeitar ou de abster-se resta configurada pela ação, pelo fato de o Estado agir de forma que contradiga suas obrigações, utilizando-se de qualquer instrumento: leis, práticas ou por políticas públicas.

Exemplificando, o CDESC indica as seguintes hipóteses não-exaustivas (§50 da OG14):

- a) impedir o acesso aos estabelecimentos, bens e serviços de saúde a determinadas pessoas ou grupos em função de alguma discriminação jurídica ou de fato;
- b) ocultar ou tergiversar deliberadamente qualquer informação fundamental para a proteção da saúde ou para o tratamento;
- c) suspender legislação, promulgar leis ou adotar práticas ou políticas que afetem o desfrute de qualquer dos componentes do direito da saúde;
- d) não ter em conta, ao celebrar acordos bilaterais ou multilaterais com Estados, organizações ou empresas, suas obrigações legais com relação à saúde.

A mesma observação anterior convém repetir: estas violações podem recair tanto no âmbito das obrigações mínimas, quanto no das obrigações esperadas.

3.4. VIOLAÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE CUMPRIR

As violações das obrigações de cumprir (relacionadas ao dever de progressividade) restam configuradas pela não adoção das medidas necessárias e possíveis para dar os passos esperados em direção à plena realização do direito à saúde.

Exemplificando, o CDESC indica as seguintes hipóteses não-exaustivas (§52 da OG14):

- a) não adoção ou não aplicação de uma política nacional que vise garantir o direito de saúde para todos;
- b) consignar gastos insuficientes ou distribuí-los inadequadamente, especialmente quando impeçam o desfrute do direito à saúde pelos vulneráveis e marginalizados;
- c) não vigiar ou fiscalizar o progresso do direito à saúde no plano nacional, ancorados em indicadores e bases de referência;
- d) não adotar medidas para reduzir a distribuição não equitativa de estabelecimentos, bens e serviços de saúde;
- e) não adotar o enfoque da saúde baseada na perspectiva de gênero;
- f) não reduzir as taxas de mortalidade infantil e materna.

CONCLUSÕES

O direito à saúde – direito humano e fundamental ao bem-estar físico, mental e social – pode ser compreendido, portanto, como um direito revestido de extrema complexidade, pois inclui tanto o acesso aos serviços (de promoção, de proteção, de recuperação, de reabilitação ou paliativos) e aos produtos (medicamentos e equipamentos) de saúde, como também às condições essenciais e determinantes da saúde (água potável, saneamento, alimentação e moradia adequadas, condições saudáveis de trabalho e meio ambiente, informação e educação). Ostenta tanto uma dimensão individual (o direito subjetivo a todo seu objeto), como uma dimensão coletiva, pública ou social (a qual corresponde, em especial, o dever estatal de instituir políticas públicas de saúde).

As obrigações estatais de aplicação interna com relação à saúde dividem-se em obrigações mínimas, essenciais ou básicas inescusáveis (não-discriminação, alimentação segura, saneamento básico, água potável, medicamentos essenciais, equidade geográfica e implementar uma política pública) e em obrigações esperadas (cujo foco é o pleno desenvolvimento do direito).

Quando o CDESC aponta as obrigações de respeitar, de proteger e de promover, há que tomar um cuidado especial. Uma parte dessas obrigações são concretizações das obrigações mínimas e outra das obrigações esperadas. A não distinção desses subconjuntos pode levar a uma interpretação errada das obrigações inescusáveis e escusáveis. O conjunto das obrigações inescusáveis abarca as obrigações básicas, as obrigações mínimas de respeitar e as obrigações mínimas de proteger.

A simples constatação do não cumprimento do conjunto amplificado das obrigações básicas (levando em conta as obrigações de respeitar e de proteger mínimas), ou de uma medida regressiva intencional caracteriza a violação. Da mesma forma, a caracterização é muito simples pela ausência de uma política nacional de saúde no emprego. De outra forma, as manifestações estatais de que não fará nada ou de que não se esforçará para utilizar o máximo de recursos disponíveis caracteriza violação.

As obrigações esperadas exigem prova mais acurada. A prova de que o Estado sozinho ou em cooperação tinha condições econômicas e técnicas de fazer melhor e não o fez.

Nas duas Observações Finais (respostas e julgamento aos relatórios apresentados pelo Brasil) e no caso julgado pela CEDAW ficaram constatadas uma série de violações de obrigações básicas, mínimas e esperadas do Estado brasileiro, redundando em um conjunto amplo de recomendações de cumprimento imediato e de cumprimento progressivo. Esses documentos ajudam-nos a enxergar a pragmaticidade da identificação das obrigações básicas e também das mínimas. Quando o CDESC se refere ao conjunto essencial (básicas e mínimas), suas recomendações são diversas: ou estão revestidas do pedido ações imediatas, ou de uma recomendação enérgica, ou de um pedido de maior rigor.

Referências

- CARBONELL, José & CARBONELL, Miguel. El derecho a la salud: una propuesta para México. México: UNAM, 2013.
- FURFARO, Lautaro. El derecho a la salud en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. AIZENBERG, Marisa (org.). Estudios acerca del Derecho de la Salud. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- HABERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Tradução: Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- LAMY, Marcelo. Valor Jurídico das Resoluções, Declarações e Recomendações Internacionais. Caderno de Relações Internacionais, vol. 5, n. 9, jul-dez. 2014.
- TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional. (Tese de doutorado). São Paulo: USP, 2010.
- VILLAR, Eugenio. Los Determinantes Sociales de Salud y la lucha por la equidad en salud: desafíos para el estado y la sociedad civil. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 7-13, dec. 2007.