

SAÚDE E DIREITO INTERNACIONAL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A TARDIA AFIRMAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

HEALTH AND INTERNATIONAL LAW: SOME REFLECTIONS ON THE BELATED ASSERTION OF A FUNDAMENTAL RIGHT

Stefania Negri*

RESUMO

Enunciado pela primeira vez na Constituição da Organização Mundial da Saúde e sucessivamente proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, o direito à saúde tardou mais de meio século para afirmar-se como direito fundamental internacionalmente protegido. As razões jurídicas da afirmação tardia do direito à saúde no plano internacional são múltiplas, mas entre os principais fatores do atraso pode-se seguramente assinalar a menor tutela garantida aos direitos sociais, o respeito àqueles civis e políticos, a vagueza e a falta de concordância das definições utilizadas nas convenções internacionais, a forma genérica das obrigações jurídicas daqueles decorrentes e a carência de eficazes remédios internacionais. Estes fatores constituíram elementos de crítica que somente agora foram em parte superados, permitindo-se ao direito à saúde a assunção a um perfil mais alto no ordenamento internacional. Graças, sobretudo, à atividade da OMS e das Nações Unidas, a prática internacional do último decênio registrou uma positiva inversão de tendências na direção da afirmação do direito à saúde como valor fundamental da comunidade internacional. A evolução do direito internacional em direção a uma tutela do direito à saúde mais eficaz em setores sempre mais vastos e numerosos, juntamente com a contribuição que a jurisprudência internacional forneceu e continua a fazê-lo aos fins da sua interpretação evolutiva, constituem elementos essenciais para um reconhecimento universal do direito à saúde como direito fundamental inderrogável.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à saúde. Direito fundamental. Direito internacional.

ABSTRACT

First announced in the Constituição da Organização Mundial de Saúde (Constitution of the World Health Organization) and subsequently proclaimed in the Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Universal Declaration of Human Rights of the United Nations), the right to health took half a century to assert itself as a fundamental right that is internationally protected. The legal grounds of the late assertion of the right to health at the international level are manifold, but among the main factors of the delay there can be distinguished the little protection guaranteed to social rights, disrespect for those civil and political rights, the vagueness and lack of reliability of definitions used in international conventions, the generic form of legal obligations arising from those, and the lack of effective international medications. These factors constitute critical elements that have only recently been partly overcome, allowing the right to health to assume a higher profile in the international hierarchy. Thanks, above all, to the activity of the OMS (WHO) and the Nações Unidas (United Nations), the international practice of the last decade registered a positive trend reversal in the direction of affirming the right to health as a fundamental value of the international community. The evolution of international law towards a more efficient protection of the right to health in increasingly larger and more numerous sectors, along with the contribution that international jurisprudence has provided and will continue to provide for the purposes of its evolutionary interpretation, are key elements for the universal recognition of the right to health as an inalienable and fundamental right.

KEYWORDS

Right to health. Fundamental right. International law.

* Professora Associada de Direito Internacional. Faculdade de Direito. Universidade de Salerno. Dipartimento di Studi Internazionali

Correspondência

Università degli Studi di Salerno – Via Ponte Don Melillo, 84084 – Fisciano (SA) – Itália
E-mail: snegri@unisa.it

INTRODUÇÃO

Depois da Segunda Guerra Mundial, o ordenamento internacional passou a considerar o direito à saúde como um direito humano fundamental. Esse foi enunciado pela primeira vez em 1946, no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde que afirmou o direito fundamental ao gozo “do mais alto padrão de saúde”, entendido como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples ausência de doença ou enfermidade”.

Em 1948, o direito à saúde foi incluído no catálogo de direitos fundamentais proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25) e pela Declaração Americana sobre os Direitos e os Deveres do Homem, adotada pela Conferência Internacional dos Estados Americanos (art. 11). Essas duas declarações se referiam ao direito individual sobre o acesso aos fatores “determinantes da saúde” (alimento, água potável, vestuário, habitação, condições saudáveis de vida e ambiente, assistência primária à saúde). Todavia, enquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos se conectava ao direito e a um teor de vida suficiente para garantir saúde e bem-estar, a Declaração Americana sobre os Direitos e os Deveres do Homem exaltava a essência social e solidária, insistindo sobre o direito a beneficiar, com medidas sanitárias e sociais adequadas, a preservação da saúde, proporcional aos recursos disponíveis e públicos da comunidade.

Assim, solenemente proclamado em forma (infelizmente apenas) programática, o direito à saúde teve que esperar por cerca de dois décadas que a sua definitiva consagração como direito fundamental encontrasse acolhida em um ato internacional produtivo de obrigações jurídicas vinculantes. De fato, ausente na Convenção Europeia sobre a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de

1950, esse foi compreendido entre os direitos garantidos pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966 (art. 12). Não obstante o impasse que resultou no retardamento de uma década na sua oficialização, o pacto representou um primeiro passo importante na direção da proteção internacional da saúde humana.

Ao Pacto, seguiu-se a conclusão de um número relevante de acordos regionais ou setoriais contendo normas colocadas para a tutela do direito à saúde: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, em vigor desde 1989 (arts. 10-12, 14); a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, em vigor desde 1986 (art. 16); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, em vigor somente desde 1999 (art. 10); a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, em vigor desde 1990 (art. 24); a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, de 1990, em vigor desde 2003 (arts. 28, 43, 45); a Carta Social Europeia, de 1996, em vigor desde 1999 (ponto 11); a Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, de 1997, em vigor desde 1999 (art. 03); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (art. 35), que somente com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa foi integrada ao direito primário europeu e tornou-se vinculante para os estados-membros da União Europeia; por fim, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, em vigor desde 2008 (art. 25).

Embora tais acordos tutelem o direito à saúde por meio da imposição de obrigações jurídicas específicas a cargo dos estados-parte, isso levou cerca de meio século para restar con-

solidado como direito fundamental, e somente no último decênio, graças, sobretudo, à atividade das Nações Unidas e da OMS, assumiu um perfil mais alto no ordenamento internacional. Que se trate de um direito fundamental cuja afirmação retardou em se impor fica evidenciado com sinais bastante claros: em primeiro lugar, a circunstância de que todos os documentos da ONU mais significativos foram emanados em tempos muito recentes, aí se incluindo em particular o Comentário Geral do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o art. 12 do Pacto. O direito ao mais elevado padrão de saúde possível (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000), e as poucas resoluções de caráter geral adotadas pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Direitos Humanos (2003), que são até mesmo sucessivas (em particular, a Resolução nº 58/173, (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007). Em segundo lugar, a decisão da Comissão dos Direitos do Homem da ONU de nomear, em 2002 um relator especial sobre o direito à saúde (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002). Em terceiro lugar, a confirmação do que já foi dito, a conclusão expressa do primeiro Relator Especial Paul Hunt, no seu primeiro Relatório de 2003, no qual ele afirmava claramente a necessidade de consolidar o *status* do direito à saúde como direito humano fundamental.

As razões da afirmação tardia do direito à saúde como direito fundamental

Para compreender as razões da afirmação tardia do direito à saúde como direito fundamental internacionalmente protegido, é oportuno parar para analisar brevemente alguns fatores que, mais que outros, incidiram negativamente: a) a *sedes materiae* a esse reservada nas convenções sobre os direitos humanos;

b) a vagueza e a diversidade das definições utilizadas nos acordos internacionais e, em alguns casos, a generalização das obrigações estatais destes decorrentes; c) a falta de tutela expressa nas convenções regionais mais importantes dotadas de mecanismos de controle e de órgãos judiciários acessíveis aos indivíduos – em particular a Convenção Europeia dos Direitos dos Homens e a Americana de 1969 – e, por conseguinte, a carência de remédios jurisdicionais internacionais eficazes.

O direito à saúde como direito social: um direito *minoris generis*?

O primeiro ponto sobre o qual é necessário refletir é a própria natureza do direito à saúde. Enquanto direito social, pertence a uma categoria de direitos que foi por muito tempo marginal e considerada não jurídica em diversos ordenamentos internos. Basta pensar que, ainda nos anos 2000, na sentença nº 37, de 31 de outubro de 2000, a Corte Constitucional da Hungria negava ao direito à saúde um *status* de direito fundamental e reconhecia somente a existência, em nível constitucional, de um perfil obrigatório do Estado. Aqui se deve acrescentar que aos direitos sociais não foi reconhecido o mesmo peso dos direitos civis e políticos nem mesmo no plano internacional, prova então que foi a escolha, operada seja em nível universal ou regional, de trair o conceito de indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais disciplinando a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais em um tratado diferente daquele dedicado aos direitos civis e políticos. Tal foi a solução encontrada pela ONU com a adoção de dois distintos Pactos. Na Europa, com a adoção da Carta Social Europeia, que complementa a Convenção Europeia; em âmbito de Américas, com a adoção de um Protocolo Adicional à Convenção Americana.

Trata-se, de outro modo, de uma categoria de direitos cuja atuação está sujeita ao princípio da realização progressiva, condição que a deixa substancialmente subordinada à disponibilidade de recursos econômicos estatais e, assim, destinada a sucumbir nos países mais pobres e naqueles que têm por característica privilegiar objetivos políticos ou sociais diferentes. Como é notório, uma insuficiente apropriação de fundos a favor das políticas sociais e sanitárias prejudica significativamente a plena realização do direito à saúde: o condicionamento que deriva de eventuais restrições financeiras ocorreu explicitamente em consideração, mesmo nos atos internacionais pertinentes, a ponto que os organismos internacionais competentes não puderam fazer menos de ter de reconhecer.

Sobre isso, o problema real que se está tentando evidenciar é que eventuais escolhas políticas não favoráveis aos investimentos no setor da saúde pública restam sem discussão no plano internacional em virtude dos princípios de não ingerência nos assuntos internos dos estados e do princípio de soberania sobre os recursos econômicos e estatais. Não por acaso, então, o fato de que muitas vezes os governos que violam as obrigações internacionais vigentes em matéria de tutela da saúde invoquem como justificativa a falta de financiamentos adequados. Todavia, esta prática não equivale a legitimar o Estado para operar escolhas, sobretudo, arbitrárias. Neste ponto, o Comitê pelos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais esclareceu, no Comentário Geral nº 3 sobre a natureza das obrigações dos estados-parte do Pacto (Pacto pelos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1996) que, mesmo em situação de comprovada dificuldade econômica (e independentemente das causas que a geraram), os estados são obrigados a empregar da melhor forma os recursos disponíveis a fim de garantir o mais amplo gozo do direito à saúde

e de respeitar, em qualquer caso, o dever de assegurar um padrão mínimo e inderrogável de tutela da saúde humana. Na mesma linha deste ordenamento, algumas Cortes Supremas afirmaram que o princípio pelo qual o Estado não pode aduzir dificuldades econômicas para fugir à responsabilidade de garantir o cuidado médico indispensável e os serviços sanitários de urgência (Índia. Corte Suprema, 1996, caso *Pashim Banga Khet Mazdoor Samity c. Estado da Bengala*), ou para contornar um núcleo inderrogável de direitos coligados à tutela da saúde, que incidem no respeito da dignidade humana. Nesta segunda direção, pronunciou-se também a Corte Constitucional Italiana, afirmando que

O direito aos tratamentos sanitários para a tutela da saúde é “garantido a cada pessoa como um direito constitucionalmente condicionado à atuação que o legislador dá através do balanço do interesse tutelado do qual o direito com outros interesses constitucionalmente protegidos”... balanço que entre outros deve ter presente os limites objetivos que o legislador encontra em relação aos recursos organizacionais e financeiros de que dispõe, restando salvo, em cada caso, aquele “núcleo irredutível do direito à saúde protegido pela Constituição como âmbito inviolável da dignidade humana” [...] o qual impõe o impedimento a possibilitar a constituição de situações sem tutela (ITÁLIA, 2000).

A exigência de esclarecer o significado e o alcance do direito à saúde e o conteúdo das respectivas obrigações estatais segundo o Direito Internacional

O segundo elemento de crítica é dado pela vagueza e pela falta de unidade das definições usadas nos acordos internacionais para traçar

os contornos do direito à saúde, que, em alguns casos, acompanha também o tratamento genérico das obrigações estatais deste decorrentes. A exigência de esclarecer o significado de “direito à saúde” é sempre codividido com a doutrina e a ONU. A definição proposta pela OMS – que genericamente refere o pleno gozo de um estado de completo bem-estar físico e mental – é retomada quase textualmente em numerosos acordos internacionais. Esta definição parece aos juristas mais rigorosos muito vaga e *técnica* para poder constituir a base jurídica sobre a qual se constrói um direito assim tão amplo e complexo. O mesmo relator especial da ONU individualizou entre os objetivos principais de seu mandato uma maior pontualidade na definição do conteúdo e do alcance do direito à saúde a fim de promovê-lo como direito humano fundamental.

A atividade interpretativa para tal fim é necessária e contribuiu de maneira significativa para os Comentários Gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e para os Relatórios do Relator Especial e dos *experts* independentes da ONU, que constituem uma útil fonte de reconhecimento da prática mais significativa na matéria.

Em particular, o comentário geral sobre o art. 12 do Pacto oferece uma chave de leitura do direito à saúde coerente com o desenvolvimento do direito e da prática interna e internacional. Afirmando que o direito à saúde é um “direito humano fundamental indispensável ao exercício dos outros direitos humanos”, o Comitê assinalou que o direito à saúde não equivale ao “direito de não estar doente”, mas se concretiza de fato em uma série de direitos e liberdades: a liberdade de controlar o próprio estado de saúde, o direito de receber tratamento médico apropriado e tempestivo, o direito de ter acesso a um serviço sanitário nacional que garanta oportunidades iguais

para todos, a liberdade de rejeitar tratamentos médicos ou experimentos não consensuais. O Comitê também evidenciou que para o gozo mais elevado do estado de bem-estar físico e mental igualmente concorre toda uma série de fatores socioeconômicos, mais que biológicos, e que, portanto, o direito à saúde se consubstancia seja no direito de ter acesso a estruturas, bens e serviços sanitários que consentem a realização das melhores condições de saúde, no direito de ter acesso aos assim chamados determinantes fundamentais da saúde.

Ainda o Relator Especial da ONU ilustrou, no relatório de 2003, os pontos essenciais do “conteúdo jurisprudencial” do direito à saúde, distinguindo entre exercício de liberdade (liberdade de não se submeter a um tratamento obrigatório ou a uma experiência) e a titularidade de direitos (do direito mais geral a um sistema sanitário que assegure igualdade de tratamento e não-discriminação aos direitos mais específicos, como os direitos de maternidade, de saúde sexual e reprodutiva, o direito a um ambiente natural saudável, o direito a um ambiente de trabalho seguro, o direito à prevenção e ao controle das doenças, o direito de acesso aos medicamentos, o direito de acesso à água potável). Com base na jurisprudência analisada, o Relator Especial chegou enfim a uma definição sintética do direito à saúde, entendido como “direito a um sistema sanitário efetivo e integrado, que inclui os tratamentos médicos e os determinantes da saúde, que responde às prioridades nacionais e locais e é acessível a todos”. Deve-se esclarecer, todavia, que esta fórmula mais sintética indica somente o conteúdo mínimo do direito e não exaure seu real alcance. De fato, a noção de direito à saúde enriquece de novos conteúdos em paralelo com a evolução do conceito mesmo de saúde humana que é essencialmente fluido e suscetível de novos ajustes.

Nesta perspectiva, é importante assinalar a que ponto, por meio da interpretação evolutiva das normas convencionais que tutelam o direito à saúde, também a jurisprudência internacional, ao par daquela nacional, tenha contribuído para fazer emergir ulteriores e mais específicos perfis: a Corte Europeia de Direitos do Homem, por exemplo, afirmou o direito a ser protegido da poluição atmosférica e acústica (*Powell e Rayner X Reino Unido*, sentença de 21 de fevereiro de 1990; *López Ostra X Espanha*, sentença de 09 de dezembro de 1994; *Guerra et al. X Itália*, sentença de 19 de fevereiro de 1998; *Moreno Gómez X Espanha*, sentença de 16 de novembro de 2004; *Fadeyeva X Rússia*, sentença de 9 de junho de 2005; *Ledyayeva et al. X Rússia*, sentença de 26 de outubro de 2006), o direito à informação em matéria de riscos para saúde (*Guerra et al X Itália*, cit.; *Roche X Reino Unido*, sentença de 19 de outubro de 2005), até mesmo o direito de recorrer ao aborto terapêutico quando a saúde da gestante esteja em perigo (*Tysiac X Polônia*, sentença de 20 de março de 2007); a Corte de Justiça Comunitária, por sua vez emanou uma série de decisões muito significativas em matéria de segurança alimentar (UNIÃO EUROPEIA).

Da mesma forma, houve exigência de esclarecimento quanto às definições dos conteúdos obrigatórios estatais correspondentes às normas internacionais que tutelam o direito à saúde, sobretudo levando-se em consideração que somente alguns dos acordos mencionados fornecem uma exemplificação. Neste sentido, deve-se recordar que o parágrafo segundo do art. 12 do Pacto – que se refere a medidas que o Estado deve adotar para dar plena atuação ao direito – enuncia substancialmente obrigações de resultado, deixando ampla discricionariedade no momento da adoção das medidas específicas necessárias para obtenção dos objetivos individuados (a redução da taxa de mortalidade

infantil; a melhora das condições de salubridade do ambiente e das atividades industriais; a prevenção, a cura e o controle das doenças endêmicas e epidêmicas; a garantia do acesso para todos à assistência e aos cuidados médicos necessários em casos de doenças).

O Comitê interpretou o art.12 do Pacto à luz do art. 2º, que impõe aos estados-parte uma obrigação geral de resultado (por exemplo, prever a adoção das medidas necessárias para realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais), mas reconduz à mesma norma obrigações de eficácia imediata – não subordinada à disponibilidade de recursos econômicos – que consistem, sobretudo, no dever do Estado de garantir igualdade de tratamento e não discriminação no exercício dos direitos protegidos, e de proceder rapidamente e de maneira eficaz para adoção de medidas concretas e pontuais.

Posteriormente, o Comitê individualizou quais as obrigações específicas de tutela do direito à saúde: os deveres de «respeitar, proteger e cumprir» e, por esse, encontrou o núcleo essencial das obrigações jurídicas reconduzíveis ao art. 12 do Pacto.

“A obrigação de respeitar” concretiza-se no dever de abster-se de cumprir atividades finalizadas e a interferir diretamente ou indiretamente com o aproveitamento do direito de aplicar normas ou práticas discriminatórias, de praticar tratamentos obrigatórios (salvo nas hipóteses taxativas de curar doenças mentais e da prevenção e controle de doenças transmissíveis), de contaminar ilegalmente o ar, a água e o solo (através do exercício de atividade poluidora ou nociva, o saneamento de dejetos tóxicos, o uso ou a experimentação de armas químicas, nucleares ou biológicas). Tais obrigações se concretizam também na proibição de limitar o acesso aos cuidados médicos como sanção punitiva, como, por exemplo, em tem-

po de guerra, em violação do direito internacional humanitário.

“A obrigação de proteger” comporta seja a obrigação de exercitar um controle sobre as interferências e as atividades potencialmente lesivas conduzidas por terceiros (por exemplo, em termos de comercialização de produtos sanitários e farmacêuticos não seguros ou de limitado acesso às informações médicas e aos serviços sanitários), seja o dever de garantir acesso igualitário aos serviços médicos fornecidos por terceiros em caso de privatização.

“A obrigação de cumprir” tem uma tríplice argumentação, vez que implica o dever de facilitar, o dever de disponibilizar e o dever de promover (*facilitate, provide and promote*). Tal implica a adoção em nível nacional de adequadas medidas legislativas, administrativas, financeiras, jurisdicionais, promocionais e de outro tipo, compreendidas no garantir a plena realização do direito e o acesso a determinantes da saúde. Comporta também a obrigação de adotar uma política sanitária nacional e um relativo programa de ação que dão plena atuação ao direito, como uma particular atenção para as problemáticas relativas aos grupos mais vulneráveis, a obrigação de fornecer assistência sanitária e infraestrutura sanitária pública, a obrigação de promover a pesquisa médica e instrução sanitária, campanhas informativas e consultores sobre o problema de saúde pública ligada à AIDS, ao abuso do álcool e de drogas e aos comportamentos de risco.

Ainda para uma melhor compreensão do que é abarcado pelo direito à saúde no plano internacional, o Comitê reconstruiu e delimitou também as seguintes obrigações: respeitar o desfrute do direito à saúde nas outras jurisdições, contribuir à sua promoção e proteção (seja em fase de negociação ou de execução dos acordos internacionais), ajudar na orientação das ações das organizações internacionais

para que a sua atividade seja compatível com a tutela do direito à saúde, solicitar às instituições financeiras internacionais (como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial) que promovam uma maior atenção para tutela da saúde como condição para concessão de empréstimos internacionais. O Comitê salienta, ainda, que os estados deveriam prestar, na medida máxima possível, assistência médica humanitária em favor dos países pobres e das minorias particularmente vulneráveis em caso de desastres naturais e crises humanitárias.

Por fim, o Comitê estigmatizou a adoção de medidas de *embargo* que rendem impossíveis ao Estado contra o qual são diretamente ligados o fornecimento de fármacos e de equipamentos médicos, e na mesma ótica, condenou a ameaça e o uso de restrições ao acesso a tais bens como meio de pressão política e econômica.

A carência de adequados remédios jurisdicionais internacionais

O terceiro elemento de crítica individualizado diz respeito ao problema do controle jurisdicional sobre o respeito das obrigações internacionais em matéria de tutela da saúde e a inadequação dos relativos remédios individuais.

Nos Comentários Gerais sobre o art. 12 do Pacto, o Comitê da ONU afirmou que a cada vítima (seja indivíduo ou grupo) da violação de um direito tutelado por um tratado deveria ser garantido um remédio efetivo, jurisdicional ou de outro tipo, e o direito a uma reparação adequada. O Comitê, portanto, individualizou na garantia de poder levar ao judiciário os direitos protegidos do Pacto um elemento crucial que oriente os estados na escolha dos meios de execução mais eficazes através dos quais tornar efetivos tais direitos.

Os remédios a que o Comitê faz referência deveriam existir e ser acessíveis seja no plano

estatal ou no internacional. Os remédios internacionais, ainda que subsidiários em respeito aos estatais, representam atualmente a mais grave lacuna do regime de tutela internacional do direito à saúde. O Protocolo opcional ao Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que reconhece aos indivíduos a possibilidade de submeter uma comunicação ao exame do Comitê, foi adotado somente no fim do mês de dezembro de 2008 e ainda não foi ratificado por nenhum dos estados firmatários.

Sempre sobre o plano universal é possível como alternativa recorrer aos órgãos de controle instituídos por algumas das convenções sobre os direitos humanos que incluem no catálogo dos direitos tutelados também aquele à saúde, ou direitos a esses relacionados (por exemplo, o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial; o Comitê para Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres; o Comitê para os Trabalhadores Migrantes e, em alguns aspectos, o Comitê dos Direitos Humanos). Tais órgãos exercitam normalmente funções quase jurisdicionais em que a vítima da violação pode ter acesso depois de ter exaurido as vias de recurso interno. Os procedimentos de recursos perante os comitês mencionados podem a qualquer modo completar ou tornar mais eficazes mecanismos de controle baseados somente sobre funções de monitoramento do grau de execução das obrigações relevantes oriundas de Tratados. Uma outra alternativa possível consistiria em recorrer aos procedimentos de recurso ao Conselho de Direitos Humanos da ONU que, tendo porte universal, cobrem também as situações de violação do direito à saúde que se possam verificar em qualquer país, mesmo que aquele não seja parte contraente de qualquer convenção sobre os direitos humanos. Todavia, a eficácia dos remédios indicados é com certeza inferior àquela de um verdadeiro e próprio recurso jurisdicional.

A situação não melhora nem mesmo no plano regional, considerando-se a escassa adesão ao Protocolo Adicional à Carta Social Europeia e a implícita exclusão do direito à saúde da competência da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e eventualmente àquela jurisdicional da Corte. Nos termos do art. 19, §6º do Protocolo adicional à Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001).

No mesmo sentido, coloca-se a consideração para a incompetência *ratione materiae* da Corte Europeia de Direitos Humanos, que não conseguiu declarar irreversíveis os recursos individuais fundamentados na violação do direito à saúde, já que este não é expressamente tutelado na Convenção de Roma (*Fiorenza X Itália*, decisão de 28 de novembro de 2000; *Pastorino et al. X Itália*, decisão de 11 de julho de 2006). Questões relativas à tutela da saúde humana foram objetos de considerações pela Corte de Estrasburgo somente na presença de uma ligação possível com a violação de um direito expressamente garantido pela Convenção, em particular com o direito ao respeito da vida privada e familiar previsto no art. 8º, que segundo a jurisprudência consolidada pela Corte absorve no próprio âmbito de aplicação mesmo ligada à saúde dos recorrentes. A Corte de fato repeliu que a noção de vida privada se estenda às questões ligadas à integridade moral e física dos indivíduos, à participação nas escolhas terapêuticas individuais e ao respeito do princípio do consenso informado, ao acesso às informações que consistam em uma avaliação adequada dos riscos sanitários a que os indivíduos estejam expostos, a tutela dos produtos nocivos produzidos sobre a saúde humana, da atividade industrial que produzem emissões poluentes superiores aos níveis máximos de segurança. (ver, por exemplo, *Herczegfalvy X Áustria*, sentença de 24 de setembro de 1992; *Raninen*

X Finlândia, sentença de 16 de dezembro de 1997; *Botta X Itália*, sentença de 24 de fevereiro de 1998; *Pretty X Reino Unido*, sentença de 29 de abril de 2002; *Y.F. X Turquia*, sentença de 22 de julho de 2003; *M.C. X Bulgária*, sentença de 04 de dezembro de 2003; *Marie-Thérèse Trocellier X França*, decisão de 05 de outubro de 2006). Somente em casos esporádicos, a Corte afirmou um nexo entre direito à saúde e direito à vida, qualificando como violação da Convenção a falta de adoção de medidas de proteção de indivíduos sujeitos à jurisdição do Estado frente a uma atividade que coloca em sério perigo a saúde humana (em matéria de risco sanitário resultante de aterros e outras instalações de armazenamento de resíduos perigosos ver *Öneryildiz X Turquia*, sentença de 30 de novembro de 2004; em matéria de responsabilidade do Estado por atos e omissões do pessoal médico que trabalha em hospitais públicos, ver *Tarariyeva X Rússia*, sentença de 14 de dezembro de 2006).

Considerada a carência de remédios jurisdicionais internacionais à tutela das vítimas da violação do direito à saúde, ficam estas obrigadas a utilizar-se das vias de recurso estatal. Enquanto algumas instituições nacionais e iniciativas da sociedade civil possam concorrer na defesa do direito à saúde (as associações de defesa dos consumidores e dos doentes, os comitês para os direitos humanos, os tribunais dos doentes), o papel central cabe aos juízes nacionais. Além de ter de garantir a aplicação e o respeito das normas internas para tutela do direito à saúde, estes são tidos também a vigiar sobre o respeito das obrigações internacionais vigentes em matéria, podendo aceitar as violações através de referências diretas às pertinentes normas de pactos/tratados. Esta função de accertamento é particularmente importante nos ordenamentos nos quais às normas internacionais sobre direitos humanos é reconhecida

direta aplicabilidade e naqueles em que o direito internacional aproveita de uma posição de *primacy*, que legitima até mesmo um juiz nacional a não aplicar a norma interna contrária. Todavia, somente uma adequada consciência e uma pontual aplicação por parte do juiz nacional das disposições convencionais para a tutela do direito à saúde rendem os remédios jurisdicionais nacionais realmente eficazes.

CONCLUSÃO

Não obstante os problemas evidenciados, a prática internacional do último decênio evidencia uma positiva inversão da tendência na direção de uma mais sólida afirmação do direito à saúde como direito fundamental internacionalmente protegido.

O direito internacional definitivamente reconheceu um papel significativo desempenhado pelo direito à saúde como direito essencial e imprescindível aos fins da tutela da vida e da dignidade humana, valores basilares de cada comunidade humana, que são plenamente divididos também na comunidade internacional. Também nos últimos anos, a jurisprudência internacional ofereceu uma contribuição importante à melhor definição do alcance do direito à saúde e a sua interpretação evolutiva, em paralelo com a contínua evolução e ampliação do conceito de saúde humana.

Graças ao empenho de numerosas organizações internacionais e ONGs, o direito à saúde é hoje suficientemente tutelado e aplicado de maneira sistemática, mas é evidente o necessário ulterior esforço por parte de todos os atores da comunidade internacional (estatais e não) até que este direito fundamental obtenha um reconhecimento universal também no plano substancial, além daquele no plano normativo.

Para esse importante objetivo são chamados a contribuir todos os estados-parte do Pacto da

ONU, para cada um dos quais o art. 12 é fonte “da obrigação de resguardar o direito à saúde de todos os membros da comunidade internacional”, tratando-se de uma obrigação *erga omnes*, em que os ditos estados são vinculados frente à “inteira população global”. Ver opinião contrária do Juiz Weeramantry anexa ao parecer consultivo emitido em 1996 pela Corte Internacional de Justiça sobre a *Legalidade do uso das armas nucleares* (THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1996).

REFERÊNCIAS

- CHAPMAN, A.R. Core. Obligations Related to the Right to Health. In: CHAPMAN, A.R. **Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights**. Antwerpen: Intersentia, 2002. p.185-215.
- CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/pt/International_Conference_of_American_States> Acesso em: 05 abr.2010.
- COOMANS, A.P.M. **Justiciability of Economic and Social Rights: experiences from Domestic Systems**. Antwerpen:Oxford: Intersentia, 2006.
- CONSELHO DA EUROPA. **Carta Social Europeia, 1996**: em vigor desde 1999. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/163.htm>> Acesso em: 15 mar. 2010.
- CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E A BIOMEDICINA, 1997- em vigor desde 1999. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>> Acesso em:13 abr. 2010.
- DUPUY, R. The Right to Health as a Human Right. Le droit à la santé en tant que droit de l'homme. In: WORKSHOP: The Hague Academy of International Law and the United Nations University, Alphen aan den Rijn:Sijthoff & Noordhoff, 1979.
- EIDE A., BARTH EIDE W. **The Right to Health**. Leiden: Nijhoff, 2006.
- GOSTIN L. **Public Health Law: Power, Duty, Restraint**. Berkeley: University of California Press, 2008.
- HARRINGTON, J.; STUTTAFORD, M. **The Right to Health**. New York: Routledge, 2010.
- HENDRIKS A. The Right to Health in National and International Jurisprudence. **European Journal of Health Law**, 1998, 389-408.
- HUNT, Paul. **Relatório do Relator Especial sobre o direito de todos gozarem do padrão de saúde física e mental o mais elevado possível**. Doc. n. E/CN.4/2003/58, 2003.
- HUNGRIA. Corte Constitucional da Republica. **Sentença nº 37 de 31 de out. de 2000**. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.lb.hu/english/index.html>> Acesso em:21 maio 2010.
- ÍNDIA. Corte Suprema. 1996. Disponível em: <<http://www.supremecourtfindia.nic.in/>> Acesso em: 03 maio 2010.
- ITÁLIA. Corte Constitucional da República. **Sentença n. 509**, de 13 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do>> Acesso em: 18 maio 2010.
- THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Confl ict [Advisory Opinion]. **I. C.J. Reports** 1996, p.66.
- KINNEY, E.D. The International Human Right to Health. **Indiana Law Review**, p. 1457-1475, 2001.
- LEARY, V.A. “The Right to Health in International Human Rights Law”. **Health and Human Rights: An International Journal**, 1994. p. 24-56.
- MARKS, S.P. **Comparative Studies and the Right to Health**. Cambridge-London: Harvard University Press, 2010.
- NEGRI, S. Emergenze sanitarie e diritto internazionale: il paradigma salute–diritti umani e la strategia globale di lotta alle pandemie ed al bioterrorismo. In: SCRITTI in onore di Vincenzo Starace. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008. p. 571-605.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assem-

bleia Geral. Comissão dos Direitos do Homem. **Resolução n. 2002/31**, 2002. Disponível em: <<http://ap.ohchr.org/Documents/mainec.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2010

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. **Resolução n. 58/173**, de 22 de dez. 2003. Disponível em: <<http://ap.ohchr.org/Documents/mainec.aspx>>. Acesso em: 19 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. **Resolução n. 6/29**, de 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://ap.ohchr.org/Documents/mainec.aspx>>. Acesso em: 10 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê **Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1985. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/abc/onu/comites_economicos.htm> Acesso em: 14 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>> Acesso em: 03 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 02 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, 1990**. Adaptada pela Resolução 45/158, de 18 de Dezembro de 1990, da Assembleia Geral (em vigor a 1 de Julho de 2003). Disponível em: <http://gfph.dpi.europe.org/droit%20homme/ConventionInfo/Manual_PT/AD8POR.pdf> Acesso em: 02 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com De-**

ficiência, 2006 – em vigor desde 2008. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/convencao.php>> Acesso em: 11 abr.2010

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotada pela resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/desc.html>> Acesso em: 19 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 10 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotada pela resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. **Comentário Geral n. 14**, Doc. n. E/C.12/2000.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria De Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), 1988**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/comissao.htm>> Acesso em: 03 abr. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos – Protocolo adicional à Convenção Americana. **Caso 12.249**, Informe n. 29/01, 07 de mar. 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá em 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>> Acesso em: 15 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos**. Disponível em: <http://www.lgdh.org/carta_africana_

- dos_direitos_do_h.htm> Acesso em: 05 maio 2010.
- RIEDEL, E. The International Protection of the Right to Health. In: WOLFRUM, R. et al. (Ed.). **Encyclopedia of Public International Law**. Heidelberg: Max Planck, 2008.
- RIGAUX F. The right to health, a fundamental human right? In: DIRITTI individuali e giustizia internazionale. Milano: Giuffrè, 2009.
- ROBINSON M.; CLAPHAM A. **Realizing the Right to Health**: Swiss Human Rights Book. Zurich: Rüffer & Rub, 2009.
- SEPULVEDA, M. **The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Antwerpen: Intersentia, 2003.
- TOEBES, B.C.A. The Right to Health. In: EIDE, A. **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001.
- TOEBES, B.C.A. **The Right to Health as a Human Right in International Law**. Antwerpen: Intersentia, 1999.
- UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais**, 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 13 jun. 2010.
- UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia sobre a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 1950**. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo/cesdh.html>> Acesso em: 20 maio 2010.
- UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/> Acesso em: 27 maio 2010.

Recebido em: 10/08/2010

Aprovado em: 22/10/2010