

Versão em Português

ESCOPO E LIMITE DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NA ÁFRICA DO SUL: AVALIAÇÃO DE CASOS COM REFERÊNCIA ESPECÍFICA À JUSTICIABILIDADE DA SAÚDE

Charles Ngwena*

RESUMO

Este trabalho discute como as cortes sul-africanas têm interpretado e aplicado o artigo 27 da Constituição da África do Sul, que garante a todos o direito de acesso aos serviços de saúde, incluindo cuidados reprodutivos. A extensão da judicialização do artigo 27 é analisada, considerando a possibilidade de interpretação judicial e aplicação prática. Destaca-se a abrangência e os limites das competências constitucional e institucional dos tribunais para julgar uma ação relacionada ao direito à saúde. A judicialização deste direito na Constituição da África do Sul é investigada por meio de uma análise crítica de três casos decididos na Corte Constitucional do país: (1) *Soobramoney versus Secretaria de Saúde de KwaZulu-Natal*; (2) *Ministro da Saúde e Outros versus Campanha de Tratamento e Outros*; e (3) *Governo da República da África do Sul e Outros versus Grootboom e Outros*, tendo como pano de fundo a transformação do quadro constitucional sul-africano na era pós-apartheid.

Palavras-chave: Competência Constitucional; Competência Institucional; Direito à Saúde; Direitos Socioeconômicos; Justiciabilidade.

Introdução

O direito à saúde é uma das disposições da *Declaração de Direitos da Constituição da África do Sul* (Capítulo 2), que se manifesta em diferentes momentos da Carta Magna, sendo o artigo 27 sua maior expressão. De maneira semelhante

* Doutor em Direito, Free State University. Professor, Centro de Direitos Humanos, Universidade de Pretória. Pretória – África do Sul. E-mail: charles.ngwena@up.ac.za

Artigo recebido em: 13/03/2013. Aprovado em: 06/04/2013.

ao artigo 2º, parágrafo 1º. do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Pidesc),⁽¹⁾ o artigo 27 declara que:

1. Todos têm o direito a ter acesso a:

(a) **serviços de saúde, incluindo de saúde reprodutiva;**

(b) água e comida suficientes; e

(c) seguro social e, caso a pessoa não tenha condições de sustentar a si própria e a seus dependentes, tem direito à assistência social apropriada.

2. O Estado deve tomar medidas justas, dentro de sua disponibilidade de recursos, para alcançar a progressiva realização de cada um desses direitos.

3. A ninguém pode ser negado o tratamento médico de emergência.⁽²⁾

Este artigo tem como objetivo investigar a judicialização do direito à saúde na África do Sul pós-*apartheid*. O trabalho avalia criticamente as decisões e o pensamento dos tribunais em processos constitucionais envolvendo o direito à saúde. Enfatiza-se a extensão, bem como os limites da justicialibilidade do direito à saúde no contexto sul-africano. A discussão tem como base três casos julgados pela Corte Constitucional da África do Sul, a mais alta corte do país em matérias constitucionais.⁽³⁾ Dois dos casos estudados, *Soobramoney versus Secretária de Saúde de KwaZulu-Natal*⁽⁴⁾ (*Soobramoney*)⁽⁵⁾ e *Ministro da Saúde e Outros versus Campanha de Tratamento e Outros (TAC)*,⁽⁶⁾ tratam de processos diretamente relacionados com o direito à saúde. Já o terceiro caso, *Governo da República da África do Sul e Outros versus Grootboom e Outros (Grootboom)*,⁽⁷⁾ trata mais do direito à moradia do que do direito à saúde em si. Embora o caso *Grootboom* não esteja relacionado diretamente à saúde, a Corte Constitucional orientou sua decisão pela interpretação e aplicação dos direitos socioeconômicos segundo a constituição sul-africana. Por essa razão, *Grootboom* é um caso-guia para os tribunais inferiores em julgamentos que envolvem direitos socioeconômicos em geral, incluindo o direito à saúde.

Os conceitos de direito à saúde e justiciabilidade são centrais neste artigo e, por isso, é útil esclarecer o contexto no qual eles serão utilizados.

¹ INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. GA Res. 2200A (XXI), adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976.

² CONSTITUTION of the Republic of South Africa N. 108 of 1996 (hereinafter Constitution). Emphasis added. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2013.

³ Artigo 167, parágrafo 3º, inciso a. Constituição da República da África do Sul.

⁴ NOTA DO EDITOR: KwaZulu-Natal é uma província da África do Sul.

⁵ 1997 (6) BCLR 78 (Corte Constitucional).

⁶ 2002 (10) BCLR 1033 (Corte Constitucional).

⁷ 2000 (11) BCLR 1169 (Corte Constitucional).

I. Direito à saúde

Nos níveis doméstico e internacional, o “direito à saúde” não tem sido usado como um termo legal, mas como um atalho conveniente. Em discursos internacionais de direitos humanos, o “direito à saúde” pode ser compreendido a partir de um sentido mais amplo, que engloba não apenas o direito ao acesso a uma gama de facilidades, mercadorias e serviços, inclusive serviços de saúde, mas também como um direito aos determinantes sociais de saúde básicos como alimentação, moradia, água potável, saneamento, condições saudáveis de trabalho e meio ambiente seguro e livre de ameaças, como aquelas advindas do uso de agentes poluentes.⁽⁸⁾ No *Comentário Geral 14*, por exemplo, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) afirma que o “direito à saúde” (artigo 12 do Pacto) deve ser interpretado como um direito “inclusivo”, que engloba o acesso a serviços de saúde diferenciados, e também como um direito aos determinantes sociais de saúde.⁽⁹⁾ Neste artigo, contudo, o termo “direito à saúde” é usado em um sentido mais restrito como um direito legal de acesso aos serviços de saúde para a realização da saúde.

Por outro lado, ao se referir ao direito à saúde em um sentido mais estrito, outros termos como “direito a cuidados de saúde” ou “direito à proteção da saúde” também podem ser usados, para transmitir a noção de direito individual à proteção da saúde e à prestação de serviços de saúde, de acordo com os sistemas legais internacionais e domésticos.⁽¹⁰⁾ Além disso, admite-se que, independentemente da expressão utilizada para demonstrar a noção de direito a serviços para a realização da saúde, esta realização não pode, por si mesma, ser garantida.⁽¹¹⁾ O máximo que o Estado pode fazer é oferecer serviços diagnósticos, preventivos, curativos e de reabilitação para a promoção da saúde.⁽¹²⁾

II. Justiciabilidade

O conceito de justiciabilidade neste artigo denota essencialmente a competência constitucional dos tribunais para julgar um processo que obriga o Estado a oferecer serviços de saúde como um dever correlato ao direito tangível à saúde

⁸ SHINN, Carolynne. The right to the highest attainable standard of health: public health's opportunity to reframe human rights debate in the United States. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 1, p. 119, 1999.

⁹ COMMITTEE ON ESCR. *General Comment No 14, The right to the highest attainable standard of health (art 12 of the Covenant)* (22n Session 2000), UN Doc E.C 12/2000/4.

¹⁰ TOEBES, Brigit. Towards an improved understanding of the international human right to health. *Human Rights Quarterly*, v. 21, n. 3, p. 661-663, 1999.

¹¹ BUCHANAN, Allan. The right to a decent minimum of health care. *Philosophy and Public Affairs*, v. 13, n.1, p. 56, 1984.

¹² ROEMER, Ruth. The right to health care. In: FUENZALIDA-PUELMA, Hernán Luis; CONNOR, Susan Scholle (Eds.). *The right to health in the Americas: a comparative constitutional study*. Washington DC: PAHO, 1989. p 17-23; TOEBES, Brigit. op. cit., p. 662-663.

reclamado. Em um sentido restrito, a noção de justiciabilidade também implica a competência constitucional do tribunal em julgar um processo que envolva o direito à saúde. Mas, por que a justiciabilidade é um conceito importante quando se busca garantir o direito à saúde?

Algumas críticas destacam que a noção de direito à saúde não é algo passível de justificação, por duas razões. A primeira tem a ver com o conteúdo normativo do direito à saúde. No liberalismo tradicional, há uma confusão em relação aos direitos socioeconômicos. Afirma-se que, diferentemente dos direitos civis e políticos tradicionais, o direito à saúde é um direito socioeconômico cujos conteúdo e parâmetro não são facilmente determináveis.⁽¹³⁾ Argumenta-se que, mesmo que se esteja de acordo sobre a conveniência deste direito, ainda assim continua-se com a dificuldade de definir de maneira concreta ou tangível os direitos e obrigações subordinados.⁽¹⁴⁾ O raciocínio é que, muito mais do que os direitos civis e políticos, os direitos socioeconômicos tendem a ser nebulosos, de tal modo que os direitos individuais, assim como as obrigações do Estado, não são claros, exceto quando esses deveres são reduzidos a imparcialidade processual, como a obrigação de agir de maneira racional e justa, ou a um nível mínimo que não contribui de maneira significativa para a diminuição da pobreza.⁽¹⁵⁾ Essa crítica pode ser considerada como uma questão de conteúdo normativo.

A segunda crítica é mais uma posição contrária à justiciabilidade do direito à saúde e gira em torno menos da tangibilidade dos direitos socioeconômicos e mais da competência judicial em termos constitucionais e institucionais. Argumenta-se que déficits históricos dessas competências interagem em diferentes níveis e intensidades, tornando difícil, se não impossível, para os tribunais reivindicar as mesmas competências constitucionais e institucionais que têm para decidir sobre questões envolvendo os direitos civis e políticos, a fim de julgar casos sobre direitos socioeconômicos.

O problema relacionado à competência constitucional envolve a separação de poderes entre o Judiciário e o Executivo. O direito à saúde, como um direito socioeconômico, implica uma doutrina de separação de poderes que foi popularizada por *Montesquieu* no século 18.⁽¹⁶⁾ Ao tratar da justiciabilidade do direito à saúde, a questão da competência constitucional não tem a ver, de forma alguma, com o impacto dos direitos socioeconômicos na separação de poderes. É ponto pacífico que mesmo os direitos civis e políticos influenciam a separação

¹³ FELDMAN, David. *Civil liberties and human rights in England and Wales*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 902.

¹⁴ PUTA-CHEKWE, Chisanga; FLOOD, Nora. From division to integration: economic, social and cultural rights as basic human rights. In: MERALI, Isefahan; OOSTERVELD, Valerie (Eds.). *Giving meaning to economic, social and cultural rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2001. p. 41-43.

¹⁵ BUCHANAN, Allan. op. cit.

¹⁶ MONTESQUIEU. *The spirit of the laws 1748*. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/toc/modeng/public/MonLaws.html>>.

de poderes. As reivindicações de direitos civis e políticos que chegam às cortes podem ser tanto de direito como políticas, o que, constitucionalmente, se refere ao Executivo. Mais do que isso, quando se levanta um problema de ordem constitucional, o questionamento importante é se os direitos socioeconômicos não perturbam a doutrina de separação de poderes a tal ponto que o Judiciário começa a se envolver de maneira substancial no dia a dia da alocação de recursos, rivalizando, se não usurpando, a prerrogativa constitucional do Executivo. O que é constitucionalmente problemático sobre os direitos socioeconômicos é que eles implicam um comprometimento positivo e vinculante dos recursos do Estado em um grau muito maior do que os direitos políticos e civis. Em última análise, as obrigações impostas pelos direitos socioeconômicos envolvem o comprometimento de recursos financeiros, por parte do poder público, para atender a determinados direitos.

Quando se busca apoiar a separação de poderes em democracias liberais, os princípios políticos e constitucionais adjacentes são que o orçamento está subordinado ao controle democrático e à transparência. Consequentemente, em um sistema político democrático, seria ilegítimo para um órgão, que não é sujeito ao mesmo nível de fiscalização e controle do eleitorado, como o Judiciário, fazer valer sua própria visão do bem público em detrimento daquela do Poder Executivo. Em resumo, sem um mandato constitucional claro, as cortes estão em águas turbulentas quando julgam direitos socioeconômicos e, mesmo quando há um mandato constitucional, os tribunais devem ser contidos em relação a sua própria competência para não parecerem prontos a substituir o Executivo ou, pior ainda, a usurpar seu poder.⁽¹⁷⁾

Ao promover a competência institucional, também se afirma que, mesmo se houver competência constitucional, há o problema da policentralidade em lidar com ela.⁽¹⁸⁾ A questão é saber se os tribunais têm a habilidade, memória institucional e conhecimento para decidir sobre a alocação de recursos de serviços de saúde dentro do sistema de saúde e na relação entre este sistema e outras áreas. Dado o caráter contraditório de nossa forma de julgar, a tarefa do tribunal é a de pesar os argumentos apresentados pelos dois lados da disputa e então decidir em favor de um deles – o vencedor, que leva tudo. Mas, essa abordagem combina com os direitos socioeconômicos?

A realização dos direitos socioeconômicos, incluindo o direito à saúde, opõe-se a escolhas entre dois argumentos contrários. Em se tratando de distribuição de recursos na área da saúde, muitas vezes, o que se busca é a conciliação de variáveis que interagem entre si, e não a exclusão de um ou outro lado. Dentro

¹⁷ Observação feita pela Corte Constitucional sul-africana em *MINISTER of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (10) BCLR 1033 (Constitutional Court), que será discutida neste artigo.

¹⁸ FULLER, Lon Luvois. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.

do sistema de saúde, há escolhas difíceis a serem feitas, como, por exemplo, o tratamento de doenças crônicas ou agudas.⁽¹⁹⁾ E, fora do sistema, as opções devem buscar o equilíbrio entre o orçamento da saúde e os outros gastos sociais, como os recursos destinados à educação. O acadêmico norte-americano *Lon Fuller* fez uma afirmação que se tornou célebre ao tratar dos limites do Poder Judiciário na solução de temas policêntricos.⁽²⁰⁾ Usando a metáfora de uma teia de aranha, ele disse:

Devemos visualizar este tipo de situação, pensando em uma teia de aranha. Ao puxar um fio, distribui-se a tensão, dentro de um padrão complexo, para toda a teia. Aumentando a força desse puxão em duas vezes, a tensão ao redor de toda a rede não será simplesmente duplicada; será criado um novo e diferente modelo de tensões. Isso aconteceria, por exemplo, se o puxão com o dobro da força rompesse os fios mais fracos. Trata-se de uma situação “policêntrica”, por sua “alta centralidade” – cada fio cruzado é um centro distinto de distribuição de tensão.⁽²¹⁾

É claro que os direitos civis e políticos também implicam em situações policêntricas. Mas os direitos socioeconômicos, como o direito à saúde, são inerentemente policêntricos, ao ponto de fazerem do direito à saúde uma reivindicação bastante problemática dentro de um processo judicial.

Há argumentos contrários, é claro. Se é fato que, ao entrarem na jurisprudência moderna de direitos humanos, os direitos socioeconômicos levantaram questionamentos sobre a possibilidade de sua efetivação e sobre a capacidade dos tribunais em decidir sobre eles, ao longo dos anos, houve uma série de progressos conceituais e de interpretação, oriundos de diferentes partes interessadas no tema, como acadêmicos, tribunais e outras instituições.⁽²²⁾ Sim, os direitos socioeconômicos são uma segunda geração de direitos. Sim, eles não são tão juridicamente desenvolvidos, como os direitos civis e políticos, e seu conteúdo normativo não é muito claro. Mas, ao mesmo tempo, deve-se ter consciência de que, para um número crescente de jurisdições e para o discurso internacional de direitos humanos, os direitos socioeconômicos saíram da sua infância. A verdadeira questão é se, em um caso concreto, uma corte concorda judicialmente em ser questionada sobre um direito socioeconômico e se há vontade política, e da parte do Poder Judiciário, em efetivar os direitos socioeconômicos.

¹⁹ Observação feita pela Corte Constitucional sul-africana em *SOOBROMONEY v Minister of Health KwaZulu-Natal* (Soobramoney) 1997 (6) BCLR 78 (Constitutional Court), que será discutida neste artigo.

²⁰ FULLER, Lon Luvois. op. cit., p. 395.

²¹ Id., loc. cit.

²² LIEBENBERG, Sandra. *Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution*. Claremont: Juta, 2010. p. 83-86.

O trabalho realizado por especialistas em direito internacional – que culminou nos *Princípios de Limburg*,⁽²³⁾ em 1986, e nas *Recomendações de Maastricht*,⁽²⁴⁾ em 1997 – que teve como objetivos (1) esclarecer o conteúdo normativo do Pidesc e (2) estabelecer critérios para identificar as violações dos direitos socioeconômicos e as esferas nacionais apropriadas, é uma evidência do crescimento da jurisprudência de direitos socioeconômicos. A jurisprudência do CDESC, em especial a que decorre dos seus *Comentários Gerais*, tem contribuído significativamente para tornar mais clara e ressaltar a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos. Nesse sentido, o *Comentário Geral 14* é um marco importante.⁽²⁵⁾ Embora a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos permaneça em um terreno litigioso, o que está no caminho do reconhecimento e da implementação destes direitos não é mais a aceitação dessa justiciabilidade por parte do Judiciário, mas sim questões legais e políticas.

III. A experiência sul-africana com a justiciabilidade do direito à saúde: panorama

A África do Sul oferece uma jurisdição ideal para testar a justiciabilidade do direito à saúde por quatro motivos principais que se interligam: 1) o país tem uma constituição transformadora; 2) esta constituição tem um compromisso com a igualdade; 3) a importância que esta constituição atribui ao respeito à dignidade humana, visto como parte do respeito à igualdade; e 4) o reconhecimento explícito dos direitos socioeconômicos, incluindo o direito à saúde como direitos fundamentais aplicáveis.

A promulgação de uma nova constituição, marcando o fim do *apartheid* – um sistema brutal e injusto – e o nascimento de uma nova política, foi, em termos constitucionais, um grande salto. A nova constituição inscreveu, na política e na economia, uma cultura de direitos humanos, ao promover uma Declaração de Direitos, construída com base nos valores democráticos da dignidade humana, igualdade e liberdade, os quais o Estado tem a obrigação de respeitar, proteger, promover e efetivar.⁽²⁶⁾ Além disso, a constituição foi além da promessa liberal clássica de proteger as liberdades individuais contra a tirania do Estado, criando, como parte do reconhecimento da história de opressão, exclusão e relações humanas baseadas no ódio, um espaço

²³ LIMBURG Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. UN Document E.CN.4/1987/17, 1987. Os *Princípios Limburg* foram elaborados com o apoio da Comissão Internacional de Juristas.

²⁴ MAASTRICHT Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 20, n. p. 691-705, 1998. As *Recomendações de Maastricht* também foram elaboradas com o apoio da Comissão Internacional de Juristas.

²⁵ COMMITTEE ON ESCR. *General Comment No 14*, cit.

²⁶ Artigo 7º, § 2º, da Constituição sul-africana.

para um constitucionalismo transformador.⁽²⁷⁾ *Karl Klare* descreveu o constitucionalismo transformador da África do Sul como “um projeto de longo prazo de ratificação constitucional, interpretação e aplicação, empenhado em transformar as instituições políticas e sociais do país e as relações de poder na direção democrática, participativa e igualitária”.⁽²⁸⁾ A natureza transformadora da constituição sul-africana é um importante traço normativo deste documento, uma vez que propicia um contexto que permite interpretar os direitos socioeconômicos como direitos que se destinam a transcender a ideia liberal clássica de uma Declaração de Direitos como sendo um bastião contra o Estado, onde os direitos fundamentais são basicamente direitos de conter a ação do poder público, ao invés de serem direitos positivos que impõem deveres positivos.⁽²⁹⁾

A orientação pela igualdade da constituição da África do Sul se manifesta de diferentes maneiras, sendo uma delas a contextualização histórica da igualdade no universo constitucional. Para justificar o lugar da igualdade no novo regime constitucional, a Corte Constitucional afirmou que:

A constituição sul-africana é basicamente uma constituição igualitária. As leis máximas de outros países podem destacar seus princípios e direitos, mas, à luz de nossa história particular e de nossa visão de futuro, a constituição foi escrita tendo a igualdade como ponto central. A igualdade é o foco de nossa constituição e seu princípio organizador.⁽³⁰⁾

A mais importante manifestação da orientação pela igualdade da constituição sul-africana é a igualdade formal. O direito à igualdade, que tem sua mais clara expressão no artigo 9º, significa muito mais do que a simples garantia formal de igualdade e vai além do modelo aristotélico de tratamento igualitário. Ele engloba a imposição de obrigações positivas para o Estado de criar condições para que se alcance a igualdade de oportunidades e uma possível igualdade de realização. Na jurisprudência contemporânea da África do Sul, o termo igualdade tem um significado amplo na Constituição.⁽³¹⁾ Trata-se de um modelo

²⁷ KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998; MOSENEKE, Dikgang. The fourth bram fischer memorial lecture: transformative adjudication. *South African Journal on Human Rights*, v. 18, n. 3, p. 309-319, 2002; PIETERSE, Marius. What do we mean when we talk about transformative constitutionalism? *SA Public Law*, v. 20, n. 2, p. 156-166, 2005; LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, v. 22, n. 3, p. 351-360, 2006; ALBERTYN, Cathi. Substantive equality and transformation in South Africa. *South African Journal on Human Rights*, v. 23, n. 2, p. 253-276, 2007.

²⁸ KLARE, Karl. op. cit., p. 150.

²⁹ FREDMAN, Sandra. *Human rights transformed: positive rights and positive duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 10-13.

³⁰ PRESIDENT of the Republic of South Africa and Another v Hugo, 1997 (6) BCLR 708 (Constitutional Court), para. 74.

³¹ Ver, por exemplo, os pronunciamentos da Corte Constitucional nos seguintes casos: PRESIDENT of the Republic of South Africa and Another v Hugo, cit., para 41; NATIONAL Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 (1) SA 6 (Constitutional Court), para 60-62; CITY Council of Pretoria v Walker 1998 (3) BCLR 257 (Constitutional Court), para 46; MINISTER of Finance v Van Heerden 2004 (11) BCLR 1125 (CC) 2004 (6) SA 26 (Constitutional Court), para 26.

de igualdade no qual a principal premissa é derivada de um reconhecimento de que, nas circunstâncias históricas particulares da África do Sul, o padrão de desvantagens gerado e arraigado pelo colonialismo e pelo *apartheid* impôs obrigações legais ao Estado de reparar a desigualdade estrutural, remover as barreiras à igualdade significativa, promover a participação igualitária nas esferas social e econômica e garantir o pleno gozo dos direitos fundamentais inscritos na Declaração de Direitos. Se a lógica dos direitos socioeconômicos é a criação de um piso mínimo de bem-estar socioeconômico, então a igualdade substantiva é o seu sustentáculo fundamental, junto com o respeito à dignidade humana.

A compreensão do alcance da igualdade na constituição sul-africana ficaria incompleta sem o entendimento de como a Corte Constitucional forjou uma ligação entre o direito à igualdade do artigo 9º e o direito à dignidade humana do artigo 10 da constituição, que prevê que: “Toda a pessoa tem uma dignidade inerente e o direito de ter esta dignidade respeitada e protegida”. A dignidade humana, assim como a igualdade, opera como um valor difuso e como um direito na constituição. Enquanto a Corte Constitucional reconhece a dificuldade de dar um conteúdo tangível à noção de dignidade humana, ao mesmo tempo, em muitos casos, este tribunal tem sido bastante enfático ao afirmar que a dignidade humana está intrinsecamente entrelaçada com a igualdade.⁽³²⁾ A Corte tem destacado que o direito à dignidade humana é o reconhecimento de que todos os seres humanos têm valor intrínseco e nenhum vale mais do que outro. A igualdade na constituição sul-africana não tolera distinções que tratam as pessoas como cidadãos de “segunda classe”.⁽³³⁾ Consequentemente, cada ser humano tem o *mesmo* valor, respeito e consideração. Os direitos socioeconômicos afirmam a dignidade humana ao mitigarem as consequências da pobreza e da privação.⁽³⁴⁾

Antes da promulgação da constituição, debateu-se muito se os direitos socioeconômicos deveriam ser garantidos como parte da Declaração de Direitos. No fim, o desejo do Congresso Nacional Africano, o partido político majoritário, de ter uma Declaração de Direitos que refletisse a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos como parte da superação do legado do *apartheid*, prevaleceu e os direitos socioeconômicos foram integrados à Declaração. No caso *Grootboom*, que será discutido a seguir, a Corte Constitucional fez o seguinte pronunciamento sobre a lógica do Judiciário ao tratar de direitos socioeconômicos:

Nossa constituição defende tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais e econômicos. Todos os direitos presentes

³² Ver, por exemplo, os pronunciamentos da Corte Constitucional nos seguintes casos: *PRESIDENT of the Republic of South Africa and Another v Hugo*, cit., para 41; *HARKSEN v Lane NO and Others 1997 (11) BCLR 1489 (Constitutional Court)*, para 50; *CITY Council of Pretoria v Walker*, cit., para 81; *NATIONAL Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*, cit., para 120-129; *MINISTER of Finance v Van Heerden*, cit., para 116.

³³ *MINISTER of Finance v Van Heerden*, cit., para 116.

³⁴ *LIEBENBERG*, Sandra. The value of human dignity in interpreting socio-economic rights. *South African Journal on Human Rights*, v. 21, n. 1, p. 1-31, 2005.

em nossa Declaração de Direitos estão inter-relacionados e se apoiam mutuamente. Não há dúvida de que a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, os valores basilares de nossa sociedade, são negados àqueles que não têm alimentação, vestuário ou abrigo. Proporcionar direitos socioeconômicos para todos consequentemente permite que as pessoas gozem de outros direitos consagrados no Capítulo 2.⁽³⁵⁾

No caso *Khosa versus Minister for Social Development*,⁽³⁶⁾ a Corte Constitucional estabeleceu uma ligação entre os direitos socioeconômicos, igualdade e dignidade humana, sublinhando que, ao realizar os direitos fundamentais dos indivíduos presentes na constituição, os direitos socioeconômicos, à igualdade e à dignidade humana não são direitos atomísticos, ao contrário, eles estão inter-relacionados e fortalecem uns aos outros.⁽³⁷⁾ Como parte do compromisso de transformar o legado do *apartheid* e de alcançar a igualdade e a dignidade humana, os direitos socioeconômicos fazem parte da Declaração de Direitos da constituição, incluindo o artigo 27, que garante a todos o direito de acesso aos serviços de saúde.⁽³⁸⁾

IV. Os casos *Soobramoney*, *Grootboom* e *TAC*

Este artigo usa os julgamentos *Soobramoney*, *Grootboom* e *TAC* para testar a justiciabilidade do direito à saúde no direito sul-africano. Os casos estudados não são, de maneira alguma, os únicos relevantes, uma vez que há várias decisões que envolvem os direitos socioeconômicos. No entanto, como são considerados casos importantes, eles são bastante ilustrativos das possibilidades, bem como das limitações, da judicialização do direito à saúde.

1. *Soobramoney*

1.1. Fatos e decisão

O requerente, um homem de 41 anos, estava em estado crítico com insuficiência renal crônica e poderia morrer caso não recebesse um tratamento de diálise

³⁵ GOVERNMENT of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2000 (11) BCLR 1169 (Constitutional Court), para 26.

³⁶ KHOSA and Others: Mahlaule and Others v Minister for Social Development 2004 (6) BCLR 569 (Constitutional Court).

³⁷ Id. Ibid., paras 40-43.

³⁸ Além do acesso aos serviços de saúde, os outros direitos socioeconômicos são: direito a um meio ambiente que não apresente riscos à saúde ou ao bem-estar (artigo 24); direito à terra (artigo 30); direito à moradia adequada (artigo 26); direito a tratamento emergencial de saúde (artigo 27, §3; direito à alimentação suficiente (artigo 27, §1, b); direito à água suficiente (artigo 27, §1, b); direito à seguridade social (artigo 27, §1, c); direito da criança à nutrição básica, a abrigo, a serviços básicos de saúde, à educação (artigo 29, §1, a e b); direito de presidiários à acomodação adequada, alimentação, material de leitura e tratamento médico (artigo 35, §2, e).

renal. O requerente estava fazendo esse tratamento pelo sistema privado de saúde, mas seus recursos financeiros acabaram. Então, ele buscou o tratamento no centro de cuidados renais de um hospital público. Embora o centro oferecesse tal tratamento, seu pedido foi recusado por ele não cumprir os critérios médicos para a diálise.

Tais requisitos médicos foram estabelecidos de modo a conciliar os escassos recursos públicos para tratamentos de diálise renal com a demanda por esses cuidados, demanda essa muito superior à oferta, e funcionam como diretrizes para o centro de tratamento renal em questão. Esses critérios foram estabelecidos tendo como base as orientações nacionais elaboradas pelo Departamento de Saúde para os serviços estaduais de diálise renal. Os requisitos priorizam o tratamento para os pacientes com insuficiência renal aguda, que precisam da diálise no curto prazo, enquanto aguardam uma solução de longo prazo, como um transplante de rim ou outro tratamento adequado.

O requerente apresentava um quadro de doença renal irreversível e *não poderia*, no longo prazo, ser um candidato ao transplante de rim. Além disso, ele também sofria de uma doença isquêmica no coração, doença vascular periférica e era diabético. No ano anterior, ele havia sofrido um enfarte. O demandante realmente necessitava do tratamento de diálise por um longo período. Tal histórico médico excluiu o requerente dos critérios de elegibilidade para o tratamento de diálise no serviço público de saúde.

Então, o demandante apelou ao Tribunal Superior reivindicando uma ordem para anular a decisão do centro médico estatal, obrigando a instituição a oferecer a diálise renal. O caso já havia sido julgado em instâncias iniciais, mas o pedido foi indeferido. A reivindicação chegou ao ministro Combrink, do Tribunal Superior, como uma medida cautelar. Embora o requerente tenha levantado vários fundamentos em apoio ao seu pedido, no geral, ele sustentou que a decisão inicial violou o seu direito constitucional à vida e o direito de não ter recusado um tratamento médico de emergência, ambos garantidos pelos artigos 11 e 27, parágrafo 3º [27(3)], da constituição sul-africana, respectivamente.³⁹ Combrink recusou o pedido.

Tratando da aplicação do artigo 27(3), o juiz entendeu que ele não justificaria a assistência ao paciente por duas razões: (1) o dispositivo não pode ser interpretado em um vácuo, mas no contexto da limitação de recursos. Tratamento emergencial significa tratamento possível e disponível. O legislador não teria tido a intenção de impor o dever de oferecer cuidados independentemente dos custos e, nesse caso, o custo era um fator de proibição. Em segundo lugar (2), mesmo que o custo não fosse um item relevante, a doença crônica que acometia

³⁹ O requerente também argumentou que a recusa do tratamento foi injusta, discriminatória e uma infração de seu direito constitucional à dignidade humana e contrária aos artigos 9º e 10 da constituição.

o requerente não merecia um tratamento de urgência. Tratamento emergencial tem como foco uma doença súbita ou um trauma, mas não uma condição crônica presente por tantos anos e que teria alcançado um estágio que poderia causar a morte do paciente em poucos dias.

Em um julgamento unânime, a Corte Constitucional manteve a decisão com base nas mesmas razões levantadas pelo juiz Combrink. O ministro Chaskalson (então presidente da Corte) foi responsável pelo relatório e os ministros Madala e Sachs foram os revisores. Sobre a aplicação do artigo 27(3), Chaskalson afirmou que, embora o dispositivo pudesse abarcar um sentido mais amplo e incluir a cobertura de tratamento para doenças crônicas, com o objetivo de prolongar a vida, o artigo tem um sentido mais estreito, significando que o tratamento disponível deve ser usado em caso de uma doença inesperada, impossível de ser antecipada pelo paciente e para a qual ele não teve a oportunidade de se preparar adequadamente.⁽⁴⁰⁾ O artigo 27(3) foi elaborado para atender a uma catástrofe repentina que demanda atenção médica imediata. De acordo com Chaskalson, uma interpretação mais ampla seria insustentável, uma vez que tornaria mais difícil para o poder público cumprir com suas obrigações, de acordo com o artigo 27, parágrafos 1º e 2º, que obrigam o Estado a oferecer serviços de saúde para *todos* dentro dos recursos disponíveis. Se adotados, os argumentos do requerente teriam tido como consequência a priorização de um tratamento de saúde para uma doença terminal em detrimento de outras formas de cuidados. Isso reduziria os recursos disponíveis do Estado para outros propósitos, como a prevenção de doenças e o tratamento médico de pessoas sofrendo de males e enfermidades que não são fatais.⁽⁴¹⁾

Em relação ao argumento do direito à vida, Chaskalson destacou o julgamento indiano, *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity versus State of West Bengal*,⁽⁴²⁾ levantado pelo requerente. Nesse caso, vários hospitais se recusaram a atender ao paciente que tinha caído de um trem, sofrido um trauma e estava com hemorragia. Ostensivamente, era negado o atendimento ao paciente sob a alegação de que os hospitais estavam lotados, quando, na verdade, havia possibilidade de internação. A Suprema Corte da Índia entendeu que houve falha do hospital público em não atender ao doente em tempo e que essa falha foi uma violação ao seu direito à vida, de acordo com o artigo 21 da constituição indiana. Para o juiz sul-africano, o paciente indiano necessitava precisamente de um atendimento de emergência, o que não era o caso no julgamento em questão, uma vez que o doente sofria de uma condição crônica. Além disso, Chaskalson afirmou que, uma vez que a constituição sul-africana, diferentemente do documento indiano, contenha provisões específicas que tratam do acesso aos cuidados de saúde, o caso em questão deveria ter como base a aplicação do artigo 27 e não a busca de inferências no artigo 11.⁽⁴³⁾

⁴⁰ SOOBAMONEY v Minister of Health KwaZulu-Natal, cit., paras 13-18.

⁴¹ Id. Ibid., para 19.

⁴² (1996) AIR SC 2426.

⁴³ SOOBAMONEY v Minister of Health KwaZulu-Natal, cit., para 15.

Em resumo, Chaskalson defendeu que se basear nos artigos 11 e 27(3) foi um erro. O mais apropriado teria sido utilizar o artigo 27, parágrafos 1º e 2º. Esses dispositivos preveem que todos têm direito de acesso aos serviços de saúde. No entanto, as obrigações impostas pela constituição ao Estado necessariamente dependem de recursos correspondentes, como evidenciado pela limitação expressa no parágrafo 2º do artigo 27. Alocações de recursos de saúde envolvem escolhas administrativas, as quais, por sua vez, implicam difíceis decisões que devem ser tomadas na esfera política. Um tribunal seria lento demais para interferir em decisões racionais tomadas de boa-fé por parte dos órgãos políticos e autoridades médicas responsáveis por gerenciar tais assuntos.⁽⁴⁴⁾ De acordo com a Corte Constitucional, esse foi um caso em que, como o juiz de primeira instância argumentou, não havia fundos disponíveis para atender às necessidades de um paciente que estava fora dos critérios médicos definidos pelo centro de tratamento.

Em suas revisões, os juízes Madala e Sachs seguiram o relator Chaskalson e concordaram que o artigo 27(3) não poderia ser usado como fundamento para o tratamento de um paciente com doença crônica. Embora ambos os magistrados, diferentemente de Chaskalson, tivessem destacado a relevância do argumento do direito à vida (artigo 11), eles, no entanto, concluíram que, quando os recursos são escassos e a demanda supera a oferta, esse direito seria necessariamente limitado. De acordo com Sachs, quando se requer o uso de recursos artificiais para o prolongamento da vida, trágicas escolhas médicas devem ser feitas.⁽⁴⁵⁾ Além disso, os tribunais não são o local apropriado para resolver os problemas de agonias pessoais e de escolhas médicas basilares.⁽⁴⁶⁾ Madala foi além ao afirmar que, embora a constituição garanta muitos direitos, alguns deles podem ser considerados mais como aspirações do que como direitos *stricto sensu* em virtude de sua intangibilidade.⁽⁴⁷⁾

1.2. Análise

Mesmo considerando que os direitos socioeconômicos, incluindo o direito à saúde, estão inscritos na Declaração de Direitos da constituição sul-africana, a abordagem da Corte Constitucional no julgamento *Soobramoney*, de maneira paradoxal, parece transformá-lo em um caso *a favor* dos defensores do argumento de que os tribunais não têm competência constitucional e institucional para decidir sobre a alocação de recursos da saúde. A deficiência não está no desfecho do caso; a decisão foi correta, dada a escassez predominante de recursos para oferecer um tratamento prolongado, quando o setor público de saúde tem capacidade para atender apenas 30% da demanda por esse tipo de

⁴⁴ SOOBramONEY v Minister of Health KwaZulu-Natal, cit., para 29.

⁴⁵ Id. Ibid., para 57.

⁴⁶ Id. Ibid., para 58.

⁴⁷ Id. Ibid., para 42.

tratamento. Sob as diretrizes definidas pelo centro estatal de cuidados renais a prioridade é atender aos pacientes candidatos a um transplante renal e que não necessitam de diálise ao longo da vida. Nesse caso, o requerente sofria de uma doença renal crônica. Por conta de seu histórico médico e de seu prognóstico, ele não era um candidato a um transplante e precisava de um tratamento vitalício.

O erro no caso *Soobramoney* reside no fato de que a Corte Constitucional pareceu enxergar um papel excessivamente limitado para os tribunais em decisões sobre a alocação de recursos de saúde e sobre a proteção dos direitos socioeconômicos em geral. A corte pareceu tomar como ponto de partida que, uma vez que o Estado declare que os recursos não estão disponíveis, essa afirmação limite *per se* a realização do direito de acesso aos serviços procurados. A abordagem do tribunal tem a consequência nefasta de fazer com que os direitos socioeconômicos dependam de informações do Poder Executivo, mais do que da decisão do Judiciário.⁽⁴⁸⁾ Não há indicação no acórdão de que o tribunal estaria de fato interessado em investigar se o poder público estaria priorizando devidamente a realização do direito requerido, disponibilizando recursos que *deveriam* estar disponíveis, e utilizando estes recursos de forma eficaz. Pareceu suficiente que o centro público prestador do serviço “tocasse o sino de recursos apertados”.⁽⁴⁹⁾

A tarefa da Corte pareceu estar limitada a conduzir uma revisão judicial, no sentido tradicional, atendo-se mais à forma do que ao conteúdo da decisão, de maneira a assegurar que a decisão fosse tomada sem viés, após uma reflexão sobre todos os fatores relevantes e a exclusão de fatores alheios à causa – o chamado teste de racionalidade. Finalmente, o que está destinado a ser um direito justificável pode, sem querer, ser reduzido ao *status* de um princípio diretivo que é mais uma exortação do que um imperativo. A sugestão do juiz Madala, por exemplo, de que os direitos socioeconômicos sejam compreendidos mais como aspiração do que como direitos legais sustenta essa inferência.⁽⁵⁰⁾ Além disso, o que falta ao caso *Soobramoney* é uma abordagem sistemática da determinação do direito socioeconômico e uma articulação clara do conteúdo normativo do direito a serviços de saúde.

O caso *Soobramoney* não abarca todas as diretrizes que poderiam ser seguidas para a interpretação dos direitos socioeconômicos de modo a iluminar e a “africanizar” a jurisprudência e também de modo a orientar as cortes das instâncias menores, com uma jurisdição para julgar assuntos constitucionais. A Corte não considerou como o direito à saúde, ou o direito de acesso aos serviços de saúde, foi interpretado nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em particular, o tribunal falhou em não fazer uso da jurisprudência criada pelo

⁴⁸ MOLLENDORF, Darrel. Reasoning about resources: *Soobramoney* and the future of economic rights claims. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 2, p. 332, 1998.

⁴⁹ R v Cambridge Health Authority, ex Pb (a minor) (QBD) 25 BMLR 5, 17, per Laws J.

⁵⁰ SOOBRAMONEY v Minister of Health KwaZulu-Natal, cit., para 42.

CDESC. Assim, embora a decisão tenha sido correta, a Corte Constitucional ficou aquém dos avanços em direção a um panorama jurídico mais completo da justiciabilidade dos direitos socioeconômicos.

2. *Grootboom*

2.1. Fatos e decisão

Os requerentes ficaram desabrigados em consequência de terem sido despejados de ocupações ilegais em terras demarcadas pelo Estado, que seriam utilizadas para a construção de conjuntos habitacionais. Eles apelaram à Corte Constitucional requisitando que o Estado e seus órgãos administrativos providenciassem moradia adequada, com base nos artigos 26 e 28 da constituição. O artigo 26, parágrafo 1º, garante a todos o direito de acesso à moradia adequada, enquanto o artigo 28, parágrafo 1º, inciso c, entre outros pontos, garante o direito da criança a um abrigo. Os requerentes tiveram sucesso ao argumentarem com o artigo 28, mas não com o artigo 26. Já no recurso, a Corte Constitucional inverteu essa ordem. O tribunal entendeu que o Estado não cumpriu com suas obrigações junto aos requerentes, conforme o artigo 26, parágrafo 2º, o qual obriga o Estado a efetivar progressivamente, dentro dos recursos disponíveis, a realização do direito de acesso à moradia adequada, direito este garantido a todos pelo parágrafo 1º do mesmo artigo. O parágrafo 2º é análogo ao artigo 27, parágrafo 2º, que foi relevante no caso *Soobramoney*.

Ao chegar a essa conclusão, a Corte considerou a jurisprudência internacional de direitos humanos e criou uma leitura particular das disposições do Pidesc e de sua interpretação pelo CDESC. Aplicou-se o *Comentário Geral 3*, que explica o conteúdo normativo do artigo 2, parágrafo 1º do Pidesc e as obrigações do Estado.⁽⁵¹⁾ Em parte, foi com base na abordagem sistemática do CDESC neste *Comentário 3* que a Corte foi capaz de desmembrar o artigo 26, parágrafo 2º, em três itens principais: “racionalidade legislativa e outras medidas”; “realização progressiva do direito”; e “adequação aos recursos disponíveis”. O tribunal avaliou, passo a passo, o programa de moradia estatal, com base nesses três itens.

A Corte destacou que, embora o programa estatal de moradia fosse genuíno e louvável em vários aspectos, faltava-lhe equilíbrio e flexibilidade. O programa tendia a atender às necessidades de médio e longo prazo, mas era incapaz de dar uma resposta imediata, para as demandas de curto prazo.⁽⁵²⁾ Usando o *Comentário Geral 3*, a corte observou que, enquanto a aplicação do termo “progressiva realização” mostrava que não havia certeza de que o direito seria realizado imediatamente, ao mesmo tempo, isso não significava não fazer

⁵¹ COMMITTEE ON ESCR, *General Comment No 3, The nature of state obligations (Art. 2, Para. 1 of the Covenant)* 1990. Doc. No. E/1991/23.

⁵² Id. *Ibid.*, para 45.

nada. O Estado teria que agir, em termos legais, administrativos, operacionais e financeiros, para garantir que a acessibilidade fosse progressivamente facilitada.⁽⁵³⁾ A Corte concluiu que o Estado não estava cumprindo com suas obrigações impostas pelo artigo 26, parágrafo 2º, na medida em que não foi feita uma provisão para ajudar as pessoas em situação de emergência. O governo falhou em não desenvolver um quadro para a elaboração de um plano de trabalho organizado e coordenado. O tribunal enfatizou que um programa bem intencionado não passaria sob o crivo de um argumento constitucional se lhe faltasse razoabilidade. Sobre isso, a Corte afirmou que:

O Estado está sendo chamado a tomar medidas legislativas e em outras esferas. (...) O Estado é obrigado a agir para alcançar o resultado pretendido, e as medidas legislativas terão que ser, invariavelmente, apoiadas por políticas públicas apropriadas e bem direcionadas e por programas implementados pelo Poder Executivo. Essas políticas e programas devem ser razoáveis tanto na concepção como na implementação. (...) Um programa correto, que não é implementado de maneira lógica, não quer dizer que o Estado esteja cumprindo com suas obrigações.⁽⁵⁴⁾

O tribunal emitiu uma ordem declaratória que delimitou as deficiências do programa governamental e sugeriu, em vez de direcionar, medidas para minimizar as falhas. O documento não indicou, por exemplo, que tipo de abrigo o governo deveria construir, deixando essa decisão para o próprio Estado. A Corte elegeu a Comissão de Direitos Humanos da África do Sul para monitorar a implementação da ordem.

2.2. Análise

O que há de instrutivo no julgamento *Grootboom* não é tanto o resultado do caso, mas a abordagem da Corte Constitucional de determinar o direito à moradia, especialmente o papel da legislação internacional como uma colaboração simbiótica à interpretação constitucional. A leitura da Corte aqui, diferentemente do caso *Soobramoney*, afirma a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos. A abordagem completa e sistemática adotada pelo tribunal, nessa decisão, confirma que, uma vez que a constituição autoriza, os tribunais podem invocar não apenas a competência constitucional, mas igualmente a competência institucional para julgar as reivindicações de direitos socioeconômicos.

A Corte se recusou a conceber os direitos socioeconômicos como uma demanda para que o Estado atenda a “um mínimo de obrigações” de acordo com a jurisprudência do CDESC.⁽⁵⁵⁾ A racionalidade por trás do quórum mínimo é a de que, se o Estado tem carta branca para definir critérios, ele pode facilmente

⁵³ GOVERNMENT of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others, cit., para 45.

⁵⁴ Id. Ibid., para 42.

⁵⁵ Id. Ibid., paras 32-33; COMMITTEE ON ESCR, *General Comment No 3*, cit., para 10.

se proteger por trás de uma realização progressiva e fazer muito pouco para atender às necessidades de sobrevivência dos mais vulneráveis. Em termos práticos, a vantagem de obrigações mínimas é a de que, enquanto os direitos socioeconômicos são progressivamente realizáveis, há uma parte deles que é imediatamente realizável. Sem “fechar a porta”, a Corte Constitucional afirmou que são necessárias mais informações antes de decidir que existe esse quórum mínimo.

Ao rejeitar a ideia de obrigações mínimas por parte do Estado, o tribunal efetivamente admitiu o problema de competência institucional para decidir sobre direitos policêntricos.

Não é possível determinar o limite mínimo para a realização progressiva do direito de acesso à moradia adequada, sem primeiro identificar as necessidades e oportunidades para o gozo de tal direito, que variam de acordo com fatores como renda, desemprego, disponibilidade de terra e pobreza. As diferenças entre comunidades urbanas e rurais também vão determinar as necessidades e oportunidades para o gozo desse direito. Em última instância, as variações dependem da história econômica e social do país. Tudo isso ilustra a complexidade da tarefa de estabelecer um nível mínimo de obrigações para a progressiva realização do direito de acesso à moradia adequada, sem ter as informações apropriadas sobre as demandas e oportunidades para o gozo desse direito. O comitê (CDESC) desenvolveu o conceito de quórum mínimo após anos de análises de relatórios dos países. Esta Corte não tem informação comparável.⁽⁵⁶⁾

A relutância da Corte em estabelecer “um mínimo de obrigações”, ao mapear o conteúdo normativo dos direitos socioeconômicos, demonstra que o tribunal admite que, mesmo quando existe competência constitucional, ele restringe sua interferência nas situações onde falta competência institucional para decidir sobre reivindicações de direitos socioeconômicos.

3. TAC

3.1. Fatos e decisão

Os requerentes contestaram a decisão do governo de limitar a dispensação do medicamento nevirapina para apenas 18 locais-piloto (dois para cada uma das nove províncias do país), usado na prevenção da transmissão do vírus HIV de mãe para filho (prevenção da transmissão vertical – PTV). O principal argumento era de que o governo, ao não oferecer acesso universal à terapia antirretroviral no setor público de saúde, cometia uma série de violações aos

⁵⁶ GOVERNMENT of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others, cit., paras 32.

dispositivos constitucionais, incluindo o artigo 27, que garante a todos o direito de acesso aos serviços de saúde.

São duas as razões para o governo limitar a distribuição do medicamento. Primeira, há reservas quanto à segurança da nevirapina. O governo pretendia monitorar os efeitos colaterais da droga. Segunda, o governo pretendia estudar as implicações sociais, econômicas e na saúde pública de um programa nacional, com o objetivo de desenvolver e monitorar recursos humanos e materiais para disponibilizar um pacote de serviços de aconselhamento, teste em voluntárias e de acompanhamento, oferta de leite para a substituição do aleitamento do peito e de antibióticos e suplementos vitamínicos. Além disso, os locais-piloto foram escolhidos para atender aos propósitos de monitoramento da segurança do medicamento e de geração de informação para o desenvolvimento de capacidades para um programa de prevenção de mais qualidade que eventualmente seria estendido a todas as instituições públicas. No entanto, o governo não indicou quando o programa seria estendido aos hospitais e clínicas fora dos locais-piloto.

Os requerentes foram bem-sucedidos no Tribunal Superior e a Corte Constitucional apoiou a decisão deste Tribunal; porém, modificou a ordem. Aplicando os princípios que foram formulados no caso *Grootboom* para a determinação dos direitos socioeconômicos, a Corte sustentou que, enquanto o governo estaria em uma melhor posição para formular e implementar políticas relacionadas ao controle do HIV em relação ao Poder Judiciário, incluindo medidas de PVT, ele falhou em não adotar uma medida razoável para alcançar a realização progressiva do direito de acesso aos serviços de saúde, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo. A decisão de limitar a distribuição da nevirapina a 18 locais-piloto não foi justa e constituiu uma violação às obrigações do Estado, na medida em que se mostrou rígida e inflexível.⁽⁵⁷⁾ A política negou a mães e filhos, que não moravam nos locais-piloto, a oportunidade de receber uma droga com potencial para salvar vidas e que poderia ter sido administrada com os recursos disponíveis do Estado. Segundo a Corte, as razões dadas pelo governo para justificar a limitação da droga não distinguiram entre a necessidade de avaliar o programa e a necessidade de oferecer acesso aos serviços de saúde para aqueles que não vivem nos locais escolhidos.⁽⁵⁸⁾

A Corte também indicou, ainda que implicitamente, que teria chegado à mesma conclusão se a matéria tivesse sido analisada de acordo com as obrigações do Estado definidas pelo artigo 28⁽⁵⁹⁾ da constituição, que garante a toda criança o direito a serviços básicos de saúde. Na visão da Corte, a oferta de nevirapina para prevenir a transmissão do vírus HIV poderia ser considerada “essencial” para a criança. As necessidades das crianças eram “mais urgentes”. O direito conferido a elas pelo artigo 28 foi colocado em risco pela política rígida do

⁵⁷ MINISTER of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others, cit., para 95.

⁵⁸ Id. Ibid., paras 67-68.

⁵⁹ Id. Ibid., para 78.

Estado, que excluiu aquelas que não moravam nos locais-piloto de ter acesso ao medicamento.⁽⁶⁰⁾ Além disso, as crianças em questão, em geral, eram filhas de mães indigentes, que contam com os serviços do setor público de saúde, uma vez que não têm condições de arcar com os custos dos serviços privados.

Como forma de remediar a situação, a Corte Constitucional modificou a ordem do Tribunal Superior e, em essência, ordenou ao governo que, sem demora:

- removesse as restrições de distribuição do nevirapina para as instituições públicas de saúde fora dos locais-piloto;
- permitisse, facilitasse e apressasse o uso da nevirapina para PTV nas instituições públicas, quando o medicamento fosse indicado pelo médico da consulta, em consonância com a opinião do superintendente médico da instituição, e quando a mãe tivesse sido devidamente aconselhada; e
- planejasse, se necessário, o treinamento de pessoas para o aconselhamento sobre a PTV e atuação fora dos locais-piloto.

3.2. Análise

Enquanto a decisão era prescritiva, a Corte deixou para o governo a definição de critérios para adaptar os termos da decisão, caso surgissem métodos melhores de PTV. O remédio aplicado pela Corte Constitucional pareceu proporcional aos direitos e interesses reclamados. O artigo 38 da constituição dá poderes à Corte para garantir “alívio apropriado” quando um direito fundamental é infringido. O artigo 172 dá à Corte competência para declarar inválida qualquer lei ou conduta que seja inconsistente com a constituição e para promulgar qualquer ordem que seja “justa e igualitária”. A Corte poderia ter declarado que a escolha do governo por determinados locais-piloto violava os parágrafos 1º e 2º do artigo 27, mas sem, necessariamente, prescrever uma ordem especial para o governo. Porém, tal rumo não teria justificado de maneira suficiente que o que se estava reclamando não era apenas a proteção da saúde, mas também a proteção da vida. Foi correto, portanto, a Corte ter especificado o resultado que seria justo e igualitário, ou seja, não apenas o planejamento, como também a implementação de um programa universal de acesso ao medicamento nevirapina para a prevenção da transmissão direta do HIV, de mãe para filho. Esse foi um caso em que a Corte pareceu convencida de que nada menos do que uma medida direcionada poderia remediar a injustiça. Ao mesmo tempo, havia suficiente flexibilidade na decisão quando foi dada ao governo a possibilidade de substituir suas medidas pelas medidas da Corte, se estas fossem igualmente eficazes em atender à necessidade urgente de acesso à terapia antirretroviral para PTV.

⁶⁰ Id., loc. cit.

A abordagem da Corte pode ser criticada por parecer desalinhada com a tradicional doutrina de separação dos poderes. A decisão foi prescritiva de uma política e, em alguma extensão, com implicações orçamentárias. A decisão efetivamente correspondeu a uma intervenção de um poder não eleito (o Judiciário) em uma estratégia nacional, de um governo democrático, para o combate à AIDS e a uma invasão em assuntos econômicos e políticos que são tradicionalmente prerrogativas do Executivo. No entanto, a Corte observou a constituição, ao defender direitos socioeconômicos e, ao mesmo tempo, conferiu competência aos juízes em análises de matérias que têm implicações orçamentárias. A Corte Constitucional teve o cuidado de não parecer estar violando a doutrina de separação de poderes e reconheceu a posição superior do Executivo em questões políticas e de orçamento:

Deve-se ter em mente que, ao tratar de tais matérias, os tribunais não são equipados, do ponto de vista institucional, para fazer investigações políticas de abrangência... nem para decidir como deve ser aplicada a receita pública. Há muitas demandas em relação ao dinheiro público.⁽⁶¹⁾

Como no caso *Grootboom* e pelas mesmas razões, a Corte Constitucional recusou-se a ceder ao argumento do “quórum mínimo”.⁽⁶²⁾

Considerações finais

A justiciabilidade do direito à saúde deve ser compreendida como algo muito maior do que a simples inscrição deste direito na constituição. Um melhor entendimento da justiciabilidade do direito à saúde vem da apreciação de como os tribunais, com competência constitucional para decidir sobre esse direito, desenvolvem o requisito de competência institucional para julgar a matéria, dentro de um paradigma constitucional no qual a doutrina de separação de poderes é uma relação de pesos e contrapesos entre os órgãos do Estado. A Corte Constitucional sul-africana afirma, como deveria ser, a justiciabilidade do direito à saúde, que é claramente inscrita no texto constitucional. O tribunal começa agora a desenvolver sua competência institucional para julgar matérias de direito à saúde.

Embora o julgamento *Soobramoney* represente um início vacilante no desenvolvimento da competência institucional, o caso *TAC* representa uma promessa. Este caso se beneficiou da jurisprudência desenvolvida pela Corte no caso *Grootboom* e representa um marco positivo da disposição e capacidade da Corte Constitucional em transcender a retórica e proporcionar remédios tangíveis para as violações do direito à saúde. O caso *TAC* mostra que os tribunais devem determinar o direito à saúde mesmo quando há implicações orçamentárias. O

⁶¹ MINISTER of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others, cit., para 37.

⁶² Id., paras 34-35 and 39.

fato de que os direitos socioeconômicos irão quase sempre apresentar essas implicações limita, mais do que impede, sua justiciabilidade. Ao analisar o parágrafo 2º do artigo 27, o direito à saúde não é desprovido de sentido. Como suas contrapartes nos instrumentos internacionais de direitos humanos, ele impõe determinados deveres em um quadro que acomoda circunstâncias econômicas domésticas, orientações políticas e história. Grupos vulneráveis, incluindo mulheres, crianças, pessoas com deficiências e idosos devem ter prioridades.

Os casos apresentados mostram que a Corte Constitucional sul-africana mantém a cautela e, mesmo quando encontra violações aos direitos socioeconômicos, permanece consciente de suas limitações em termos de competências constitucional e institucional. Os tribunais ficam muito mais confortáveis emitindo decisões declaratórias e deixando, ao Poder Executivo, a responsabilidade de estabelecer critérios sobre como dispor dos recursos do país. Ao mesmo tempo, as limitações à competência institucional são verdadeiras. A rejeição ao quórum mínimo de obrigações nos casos *Grootboom* e *TAC* é uma manifestação ou conhecimento dos limites em relação a esse tema.

Referências

ALBERTYN, Cathi. Substantive equality and transformation in South Africa. *South African Journal on Human Rights*, v. 23, n. 2, p. 253-276, 2007.

BUCHANAN, Allan. The right to a decent minimum of health care. *Philosophy and Public Affairs*, v. 13, n.1, p. 55-78, 1984.

COMMITTEE ON ESCR, *General Comment No 3, The nature of state obligations (Art. 2, Para. 1 of the Covenant)* 1990. Doc. No. E/1991/23.

_____. *General Comment No 14, The right to the highest attainable standard of health (art 12 of the Covenant)* (22n Session 2000), UN Doc E.C 12/2000/4.

FELDMAN, David. *Civil liberties and human rights in England and Wales*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

FREDMAN, Sandra. *Human rights transformed: positive rights and positive duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FULLER, Lon Luvois. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.

INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. GA Res. 2200A (XXI), adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976.

KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, v. 22, n. 3, p. 351-360, 2006.

LIEBENBERG, Sandra. *Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution*. Claremont: Juta, 2010. p. 83-86.

LIEBENBERG, Sandra. The value of human dignity in interpreting socio-economic rights. *South African Journal on Human Rights*, v. 21, n. 1, p. 1-31, 2005.

LIMBURG Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. UN Document E.CN.4/1987/17, 1987.

MAASTRICHT Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 20, n. p. 691-705, 1998.

MOLLENDORF, Darrel. Reasoning about resources: Soobramoney and the future of economic rights claims. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 2, p. 327-333, 1998.

MONTESQUIEU. *The spirit of the laws* 1748. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/toc/modeng/public/MonLaws.html>>.

MOSENEKE, Dikgang. The fourth bram fischer memorial lecture: transformative adjudication. *South African Journal on Human Rights*, v. 18, n. 3, p. 309-319, 2002.

PIETERSE, Marius. What do we mean when we talk about transformative constitutionalism? *SA Public Law*, v. 20, n. 2, p. 156-166, 2005.

PUTA-CHEKWE, Chisanga; FLOOD, Nora. From division to integration: economic, social and cultural rights as basic human rights. In: MERALI, Isefahan; OOSTERVELD, Valerie (Eds.). *Giving meaning to economic, social and cultural rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2001. p. 39-51.

ROEMER, Ruth. The right to health care. In: FUENZALIDA-PUELMA, Hernán Luis; CONNOR, Susan Scholle (Eds.). *The right to health in the Americas: a comparative constitutional study*. Washington DC: PAHO, 1989. p. 17-23.

SHINN, Carolynne. The right to the highest attainable standard of health: public health's opportunity to reframe human rights debate in the United States. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 1, p. 114-133, 1999.

TOEBES, Brigit. Towards an improved understanding of the international human right to health. *Human Rights Quarterly*, v. 21, n. 3, p. 661-679, 1999.

Jurisprudência

CITY Council of Pretoria *versus* Walker 1998 (3) BCLR 257 (Constitutional Court).

GOVERNMENT of the Republic of South Africa and Others *versus* Grootboom and Others 2000 (11) BCLR 1169 (Constitutional Court).

HARKSEN *versus* Lane NO and Others 1997 (11) BCLR 1489 (Constitutional Court).

KHOSA and Others: Mahlaule and Others *versus* Minister for Social Development 2004 (6) BCLR 569 (Constitutional Court).

MINISTER of Finance *versus* Van Heerden 2004 (11) BCLR 1125 (CC) 2004 (6) SA 26 (Constitutional Court).

MINISTER of Health and Others *versus* Treatment Action Campaign and Others 2002 (10) BCLR 1033 (Constitutional Court).

NATIONAL Coalition for Gay and Lesbian Equality *versus* Minister of Justice 1999 (1) SA 6 (Constitutional Court).

PASCHIM Banga Khet Mazdoor Samity *versus* State of West Bengal AIR SC 2426.

PRESIDENT of the Republic of South Africa and Another *versus* Hugo, 1997 (6) BCLR 708 (Constitutional Court).

R *versus* Cambridge Health Authority, ex Pb (a minor) (QBD) 25 BMLR 5.

SOOBARAMONEY *versus* Minister of Health KwaZulu-Natal (Soobramoney) 1997 (6) BCLR 78 (Constitutional Court).