

## TRABALHOS FORENSES / CASE STUDIES

### O DIREITO SOCIAL À SAÚDE - ANÁLISE DE DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

*SOCIAL RIGHT TO HEALTH – CONSIDERATIONS ON A  
JUDGEMENT OF THE HUMAN RIGHTS EUROPEAN COURT*

---

*Fernanda Pereira Zhouri<sup>(\*)</sup>*

#### **RESUMO**

O presente estudo tem por base a análise de um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O caso em questão refere-se a uma cidadã de Uganda que, estando ilegal no Reino Unido, pretende continuar residindo em Londres para tratamento de AIDS. Trata-se do caso *N. v. United Kingdom*, o qual foi julgado em 2008; pronunciou-se pela não violação do Art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), com base no entendimento de que no presente caso não há risco de exposição da requerente a um tratamento desumano ou degradante.

#### **Palavras-chave:**

AIDS; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

#### **ABSTRACT**

The present study is based on the analysis of a judgment of the European Court of Human Rights. The case refers to a citizen of Uganda who, being illegal in the UK, plans to continue living in London for treatment of AIDS. This is the case *N. v. United Kingdom*, which was tried in 2008, ruled by non-violation of

---

(\*) Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (Portugal); Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP/MG). Advogada; Assessora Jurídica na Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG – Brasil. E-mail: <fezhouri@yahoo.com.br>. Texto recebido em 27.01.11. Revisado em 10.05.11. Nova revisão em 20.07.11. Aprovado em 31.07.11

Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR), based on the understanding that in this case there is no risk of exposure of the applicant to inhuman treatment or degrading treatment

**Keywords:**

AIDS; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights.

### **I. FATOS DO CASO**

A Sra. N., nacional de Uganda, chegou ao Reino Unido em março de 1998, aos 23 anos, com um nome falso, passando a residir em Londres. Tendo em vista que estava com sua saúde debilitada, deu entrada em um hospital e foi diagnosticada como HIV positivo. Naquela época, sua contagem de CD4 era de 10 (células CD4 são leucócitos que organizam a resposta do sistema imunológico aos vírus); a contagem de uma pessoa saudável é de 500. Em agosto do mesmo ano, a paciente desenvolveu uma forma de câncer denominado Sarcoma de Karposi, quando iniciou um processo de quimioterapia.

Em 2002, após anos de tratamento com drogas antirretrovirais e frequente monitoramento de sua doença, as condições de saúde da Sra. N. começaram a melhorar e a sua contagem de CD4 passou para 414. Em 2005, quando a House of Lords examinou o caso, o CD4 da paciente já estava em 414. No Reino Unido, assim como na maioria dos países desenvolvidos, o tratamento de AIDS é realizado por meio de terapia antirretroviral. Uma pesquisa realizada em Uganda, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), constatou que aproximadamente apenas metade dos doentes recebem a terapia antirretroviral de que necessitam<sup>1</sup>. No país, foram feitas tentativas para reduzir a dependência de medicação importada, incluindo a produção local de drogas genéricas. Entretanto, como na maioria das nações africanas, a disponibilidade de drogas antirretroviral é limitada por recursos financeiros e por problemas na infraestrutura dos cuidados de saúde que exigem administração eficaz.

Em 1998 foi solicitado asilo em nome da requerente por parte dos seus procuradores, sob a alegação de que ela tinha sido maltratada e violada pelo *National Resistance Movement*, por causa de sua associação com a *Lord's Resistance Army - LRA*<sup>2</sup>. Estes afirmaram que a Sra. N. temia por sua vida e

---

(1) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Progresso no acesso global à terapia do HIV Antirretroviral, 2006. p. 9,11 e 72.

(2) LRA: trata-se de uma rebelião armada contra o Governo de Uganda, tida como terrorista pelos Estados Unidos, acusada de violação aos direitos humanos.

segurança se retornasse a Uganda. Em 2001 o Secretário de Estado negou o pedido de asilo recusando o argumento de que as autoridades de Uganda estariam interessadas na requerente. A violação ao Art. 3º da Convenção também foi rejeitada e o Secretário de Estado afirmou que o tratamento de AIDS em Uganda era comparável a outros países africanos e que as drogas antivirais eram acessíveis naquele país a preços subvencionados. Em 2002 houve apelação por parte da requerente à Corte Europeia dos Direitos do Homem e novamente foi refutado o pedido de asilo. Porém, foi aceita a apelação no que se refere ao Art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).<sup>3</sup> Considerou-se o argumento de que existiam circunstâncias excepcionais para que o pedido de asilo fosse concedido, como, por exemplo, a prova de que o retorno ao país reduziria a expectativa de vida ou submeteria a pessoa a um sofrimento físico e mental.

## II. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Para que se analise a fundamentação do caso apresentado faz-se necessária a remissão a um precedente pelo qual a decisão se balizou. Trata-se do caso *D. vs. United Kingdom*, que também se referiu à necessidade de um tratamento de AIDS de um cidadão na iminência de ser expulso do Reino Unido. No caso D., quando a Corte examinou a questão, o CD4 do requerente estava abaixo de 10, ele tinha sofrido danos irreparáveis em seu sistema imunológico e seus prognósticos não eram bons. O perigo de morte era iminente. Havia evidências de que o tratamento do qual o paciente necessitava não estaria disponível em seu país e de que não haveria familiares em St. Kitts para cuidar dele.

Desde o caso D., a Corte tem aplicado os princípios de que: a) estrangeiros que estão sujeitos à expulsão não podem, em princípio, reivindicar nenhum direito de permanecerem no território do Estado, a fim de continuar a obter proveito médico, social ou dos outros auxílios proporcionados pelo Estado com a expulsão. b) O fato de que a remoção possa causar redução na expectativa de vida da requerente não é suficiente para que haja violação ao Art. 3º. c) A decisão de remover um estrangeiro que esteja sofrendo de grave doença física ou mental para um país no qual as facilidades no tratamento da doença são inferiores àquelas do país de expulsão pode dar motivo à violação do Art. 3º, mas somente em casos excepcionais que resultem em tratamento desumano.

O Tribunal não nega o fato de que possa haver casos excepcionais nos quais questões humanitárias devem ser consideradas. Porém considera que deverá manter como parâmetro o caso *D. vs. United Kingdom* e aplicar estes parâmetros na jurisprudência seguinte, posto que nesses casos o dano futuro alegado emanaria

---

(3) Art. 3º: "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes".

não dos atos ou omissões intencionais de autoridades públicas, mas de doenças naturais e falta de suficientes recursos pra tratar destas no país de recepção.

No caso ora analisado, o entendimento predominante do Tribunal foi o de que a requerente não preenchia os requisitos firmados desde o precedente, o caso *D. vs. United Kingdom*, pois, quando o seu caso foi analisado as suas condições de saúde eram boas e havia possibilidades de tratamento em Uganda, onde tem familiares. Os julgadores entenderam que o fato de que a requerente poderia ter dificuldade de acesso ao tratamento em Uganda não é suficiente para justificar a aplicação do Art. 3º, de acordo com os princípios determinados no caso precedente.

Os fundamentos preponderantes na decisão foram no sentido de que, embora muitos dos direitos que constam na Convenção tenham implicações econômicas e sociais, na sua essência, é direcionada para a proteção de direitos civis e políticos<sup>4</sup>. Além disso, argumentaram que é inerente a toda convenção uma busca por um contrapeso justo entre as demandas do interesse geral da comunidade e as exigências da proteção dos direitos individuais fundamentais. Fundamentaram que os avanços no campo da ciência médica, juntamente com as diferenças econômicas e sociais entre os países, refletem consideravelmente no nível de tratamento disponível em Uganda e no Reino Unido e, ainda, consideraram que o Art. 3º da CEDH não coloca como uma obrigação ao Estado aliviar parte de tais disparidades através da provisão de cuidados médicos livres e ilimitados a todos os estrangeiros que não tenham o direito de permanecer dentro de sua jurisdição, o que implicaria uma carga demasiado grande para os Estados. No entendimento predominante dos julgadores, a violação ao Art. 3º, onde está a essência da reclamação, foi a necessidade de recursos em Uganda em contraste com o Reino Unido. Afirmaram que, apesar do apelo humanitário ao caso e da pressão sofrida por eles, não se poderia ignorar a necessidade de avaliação do caso concreto, passando por um teste legal avalizado.

Outro argumento utilizado na fundamentação da não violação Art. 3º foi o de que o alargamento da interpretação deste artigo poderia fazer com que todos os cidadãos nas mesmas condições da requerente tivessem o direito de asilo até que se disponibilizassem os mesmos padrões de tratamento médico no país de origem destes cidadãos para o tratamento de HIV como o que está disponível na Europa, o que poderia levar ao risco de existir número excessivo de pessoas portadoras do HIV com esperança de que poderiam permanecer indefinidamente no Reino Unido para se beneficiar dos recursos médicos disponíveis neste país. Isso resultaria num comprometimento irresponsável de recursos, e questionou-se se os países signatários da convenção concordariam com isso.

O argumento dos votos divergentes baseou-se no fato de possíveis dificuldades de acesso da requerente ao tratamento de saúde em Uganda. Destacaram

---

(4) *Airey v. Ireland*, julgamento de 9 outubro 1979, série A, n. 32, § 26

que não eram da opinião de que esse caso fosse sobre direitos econômicos e sociais, mas, um caso que se referia a um núcleo fundamental de direitos civis fundamentais garantidos pela Convenção no Art. 3º.

O Tribunal entendeu que o direito pleiteado pela cidadã de Uganda, apesar de ter-se travestido de um pedido de asilo, na realidade referia-se a um direito à saúde, direito social, direito a prestações, direito não abarcado pela CEDH. Discutiu-se na fundamentação da decisão se a interpretação da CEDH poderia ser estendida aos direitos sociais, ou se deveria ser restringida aos direitos, liberdades e garantias; nesse aspecto, o entendimento majoritário foi no sentido de que a CEDH não abrangia direitos sociais ou prestacionais. Por 14 (quatorze) votos a três o Tribunal entendeu que não houve nenhuma violação ao Art. 3º da Convenção, e que, portanto, a cidadã de Uganda deveria retornar ao seu país de origem, no qual deveria continuar o tratamento.

### III. LEGISLAÇÃO APLICADA

A legislação aplicada ao caso é o Art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>5</sup>. Art. 3º “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

Discute-se no acórdão a respeito da finalidade dos direitos assegurados na Convenção, ou seja, se são “direitos, liberdades ou garantias” ou direitos “econômicos, sociais e culturais”. Segundo *Vital Moreira*<sup>6</sup>, a CEDH versa apenas sobre os direitos civis e políticos e, nessa esteira, os direitos de segunda e terceira geração estariam excluídos. Os direitos sociais, de acordo com o autor, estão previstos na Carta Social Europeia de 1961. Ainda segundo este autor, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é a primeira declaração internacional de direitos fundamentais que congloba todas as gerações e tipos de direitos, superando a dicotomia tradicional que ressalta a dualidade dos dois pactos das Nações Unidas, de 1966: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Segundo *Loureiro*<sup>7</sup>, a CEDH procurou assegurar a tutela dos bens fundamentais na linha clássica dos direitos de liberdade. A dimensão promocional ficou a cargo da Carta Social Europeia. Do ponto de vista da normatização, um lugar

---

(5) Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>>. Acesso em: 15mar 2009.

(6) VITAL, Moreira. A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Européia (UE). *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 697-735.

(7) LOUREIRO, João Carlos Simões. *Bioconstituição Mundial, Bioconstituição Européia: (im) possibilidades? Constituição e Biomedicina*. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. Coimbra, 2003. pg. 539.

fundamental cabe ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Trata-se de afirmar fontes internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais que se traduzem, desde logo, em um conjunto de obrigações a cargo dos Estados-membros. Este pacto, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pretendeu dar efetividade à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esta serviu de inspiração às demais declarações e, inclusive, à CEDH. Nesse sentido, o espírito da declaração é o de que os direitos de segunda geração são responsabilidade de cada Estado, são direitos que devem ser convertidos internamente de acordo com a realidade de cada Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração.

No caso em análise, o que se questiona é se houve violação ao Art. 3º da CEDH, posto que, ao retornar a Uganda, a paciente poderia sofrer tratamento desumano e degradante porque possivelmente não conseguiria ter acesso ao tratamento de saúde do qual necessitaria.

Entende-se que a CEDH abrange alguns direitos que têm características de direitos sociais, porém a densificação legislativa do conteúdo destes direitos é tarefa de cada Estado. Afirma-se que a aceitação desse tipo de pretensão de um cidadão em face de outro Estado pode levar ao entendimento de que os cidadãos podem escolher onde desejam fazer os seus tratamentos de saúde, como se isso fosse uma escolha do cidadão, uma liberalidade, e não uma escolha política, condicionada a fatores sociais e econômicos e culturais, que variam de acordo com o nível de desenvolvimento de cada Estado.

Conforme *Vieira de Andrade*<sup>8</sup>, o legislador democrático há de dispor de um poder de conformação para estabelecer autonomamente a forma, a medida e o grau em que concretiza as imposições constitucionais respectivas; a não ser assim, a função legislativa degradar-se-ia em mera função executiva da constituição e correr-se-ia o risco de ficar sujeita a um “governo de juízes”.

*Ventura*<sup>9</sup> afirma que o direito à saúde como dimensão de prestações estaduais atribui aos Estados uma margem de apreciação, que seria o espaço de mediação conformadora ou densificadora dos poderes públicos (legislador); trata-se de um campo de concretização de opções políticas, no quadro da gestão de recursos disponíveis.

O problema, no caso concreto em análise, reside em saber se o mínimo de direito à saúde para garantir a dignidade da pessoa humana no Reino Unido será o mesmo mínimo de direito à saúde que garantirá a dignidade da pessoa humana em Uganda. Como determinar o mínimo exigido para a dignidade da pessoa humana, tendo em vista realidades socioeconômicas tão díspares?

---

(8) ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.172.

(9) VENTURA, Catarina Sampaio. O Direito à saúde Internacionalmente Conformado: Uma perspectiva de Direitos Humanos. *Lex Medicinæ*, ano 2, n.4, p. 54, 2005.

A nacional de Uganda, apesar de ter requerido o asilo, que lhe foi negado, pretende de outra maneira ter acesso aos serviços de saúde do Reino Unido. O tratamento de saúde do qual necessita não se refere a cuidados urgentes; a paciente terá que conviver com uma doença que é crônica e necessitará, portanto, de tratamento e acompanhamento pelo resto de sua vida. Desta feita, o que ela deseja é ter acesso ao serviço nacional de saúde naquele Estado.

Na esteira do entendimento predominante, a CEDH, ao firmar um catálogo de direitos, não abrangeu a categoria de direitos econômicos, sociais e culturais, e não o fez porque isso ficou a cargo da Carta Social Europeia de 1961. Entende-se que até mesmo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, instrumento que abrange as duas categorias de direitos, declara que cabe aos Estados implementar os direitos assegurados. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem também encarregou aos Estados a garantia dos direitos nela previstos.

De acordo com *Hierro*<sup>10</sup>, os pactos sobre Direitos Humanos de 1966 consolidaram a divisão histórica de direitos humanos em direitos civis e políticos (historicamente chamados de direitos de primeira geração) e os direitos econômicos, sociais e culturais, chamados de segunda geração; esta consolidação está ligada ao contexto ideológico da guerra fria. Naquele contexto, para o pensamento liberal, os direitos de primeira geração seriam os autênticos direitos universais, absolutos, contra todos; seriam também definitivos, pois seu mero enunciado define seu conteúdo, direitos imediatamente eficazes e justiciáveis<sup>11</sup>. Para o pensamento socialista, direitos autênticos eram os direitos de segunda geração, pois eram direitos propriamente universais, direitos substantivos, uma vez que sua satisfação poderia liberar cada indivíduo da alienação<sup>12</sup>. Direitos primários, porque quando satisfeitos os cidadãos poderiam desfrutar dos direitos individuais que eram, portanto, derivados.

Essas duas linhas, ao considerarem autêntica determinada categoria de direitos, desprezavam a outra categoria. Essa divisão parece constituir um problema, posto que no desenlace da guerra fria a questão reduziu-se em saber se os direitos sociais são ou não autênticos direitos. Para *Hierro*, a diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais a respeito de sua justiciabilidade não está restrita à ideia de que os direitos individuais não requerem a intermediação

---

(10) HIERRO, Liborio L. Los Derechos Económico-sociales y el Principio de Igualdad en la Teoría de Los Derechos de Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, p. 249-271, 2007.

(11) Id. *Ibid.* Frente aos direitos sociais, relativos, frente a um Estado determinado, cujo conteúdo não estaria estabelecido em um mero enunciado, mas requeria certa forma institucional e a eficácia dependia de meios custosos perante o próprio Estado, direitos que só seriam justiciáveis na medida em que o legislador estabelecesse ações concretas de proteção.

(12) Direitos imediatos, que deveriam ser satisfeitos imediatamente pela organização política. Os direitos individuais, portanto, não fariam sentido para aqueles que nada tivessem. Os direitos individuais para serem alcançados dependiam da mediação dos direitos sociais.

do legislador e os direitos sociais a requerem. A diferença é a de que a mediação legislativa para configurar os direitos individuais já estava, em grande parte, satisfeita na tradição jurídica ocidental (vida, propriedade, liberdade de comércio, honra etc.); essa legislação foi atualizada mediante sua generalização formal e sua sistematização no período das revoluções burguesas. A mediação legislativa para a configuração de direitos sociais se inicia básica e timidamente no século XX e ainda está em construção.

Portanto, *Hierro* não considera que há uma diferença entre ambas as categorias de direitos; afirma, por outro lado, que ambas se complementam. No caso do direito à vida, por exemplo, este é dependente do direito à saúde, o que reafirma que as categorias de direitos se complementam e se relacionam de uma maneira que uma depende da outra. No entanto, não foi esse o entendimento adotado na decisão; a interpretação que os julgadores fazem do Art. 3º revela claramente uma visão distante da apresentada por *Hierro*, ao considerarem que direitos sociais não foram abarcados pela Convenção.

*Hierro* afirma que o direito à saúde deve ser obtido através de uma relação social; trata-se do direito de um cidadão perante o seu Estado. O espírito da carta de 1948 que serviu de inspiração às demais é o de que os direitos de segunda geração são responsabilidade de cada Estado, são direitos que devem ser convertidos internamente, de acordo com a realidade de cada Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração, justamente porque aqueles carecem de densificação do conteúdo normativo, por serem mais indeterminados.

*Vieira de Andrade*<sup>13</sup> afirma que, pelo fato de os direitos sociais serem reconhecidos como objetivos políticos a serem realizados pelos Estados, na medida do possível, não se encontra nesses instrumentos internacionais remédios jurisdicionais que permitam o acesso direto dos cidadãos a uma justiça internacional semelhante à que tutela os direitos, liberdades e garantias.

De acordo com o entendimento predominante na decisão em análise, o melhor caminho para se resolver esse tipo de questão seria concentrar os esforços para que os fabricantes das drogas para o tratamento de HIV recebam auxílios dos Estados a fim de fazer com que os medicamentos necessários sejam cada vez mais disponíveis nos países do terceiro mundo, onde há ainda muito sofrimento advindo do flagelo implacável de HIV/AIDS.

Veja-se que pugnam por uma solução política, moderada, diferente da postura observada nos tribunais brasileiros a respeito do direito à saúde, os quais têm uma postura extremamente ativista; muitas vezes, ao julgar esses casos, sequer consideram a existência das políticas públicas de saúde, exercendo um papel que seria a princípio do legislador ou até mesmo do executor.

---

(13) ANDRADE, op. cit., p.177.



O Art. 3º da CEDH reza que ninguém poderá ser submetido a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Essa afirmação incube aos Estados-membros da Convenção a obrigação de assegurar que, ao extraditar um estrangeiro, este não será submetido, no país de recepção, a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes<sup>14</sup>.

Nesse sentido, não se pode entender que através desse dispositivo tem-se a intenção de que Uganda ofereça aos seus cidadãos os mesmos níveis de acesso aos serviços de saúde do Reino Unido, mas que este país, ao ter de escolher entre extraditar ou não um indivíduo, avalie se naquele caso específico haverá submissão a pena ou tratamento desumano e degradante; em caso positivo, haverá violação ao Art. 3º da CEDH e, neste caso, deve-se assegurar o direito da paciente de permanecer no Reino Unido.

O Reino Unido teme que uma decisão no sentido de garantir o tratamento de saúde à cidadã de Uganda dê vazão a diversos outros pedidos de permanência em seu território para tratamento de saúde. No entanto, os casos devem ser analisados de acordo com sua estrita individualidade.

A opção pelo respeito aos precedentes e o argumento de que um julgamento no sentido de se permitir a permanência da cidadã no Reino Unido abrirá portas para novos pedidos macula a verdadeira ofensa ao Art. 3º da CEDH, pois é muito provável que a cidadã, ao retornar ao seu país, não consiga manter o mesmo tratamento para a manutenção do estado de saúde de que goza no Reino Unido, restando, dessa forma, claramente demonstrada a afronta ao Art. 3º da CEDH.

No entanto, apesar dessa demonstração de afronta, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pugnou por manter a decisão do caso de acordo com os precedentes e considerou que não haverá um tratamento desumano ou degradante se a cidadã de Uganda retornar ao seu país, pois lá o tratamento oferecido é o mesmo, a despeito de se terem informações a respeito das dificuldades de acesso aos tratamentos de saúde em Uganda. Os julgadores afirmaram que as melhores soluções para estes casos devem se dar através de acordos políticos.

Todavia, apesar de os julgadores afirmarem a necessidade de que cada caso seja julgado de acordo com sua individualidade, a justificativa para a negativa do pedido pautou-se em argumentos que visaram ao coletivo, pois salientaram que uma decisão em sentido positivo poderia gerar outros pedidos semelhantes, o que poderia gerar uma carga demasiado pesada para ser suportada pelo Reino Unido.

No entanto, ao levar em conta argumentos de cunho coletivo, os julgadores deixaram de observar a individualidade da situação da cidadã de Uganda, que, tendo que retornar ao seu país, certamente não obterá os mesmos níveis de acesso a tratamento que tinha no Reino Unido.

---

(14) Ver decisão da Corte Europeia dos Direitos do Homem neste sentido: *Application n. 14038/88, Case of Soering v. The United Kingdom*.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de ser vasta a discussão em torno da justiciabilidade ou não do direito à saúde, de se tratar ou não de um direito subjetivo, diferentemente de outros países, como Portugal, por exemplo, em que há uma diferenciação de regime entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos sociais e culturais, a Constituição brasileira de 1988 não faz esta diferenciação e adota um regime só para ambas as categorias (direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais), que são tratadas como direitos fundamentais, subjetivos e, portanto, justiciáveis. No Brasil, observa-se uma evolução da jurisprudência no sentido de que o Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas quando estas são ineficientes ou inexistentes.

Pode-se observar, através do caso estudado, que o direito social à saúde não foi considerado como um direito subjetivo pleno. Observa-se, desta feita, que o direito à saúde como um direito social, carecedor de concretização legislativa por parte dos Estados, ao ser transposto à esfera supraestatal, encontra barreiras que se referem ao nível de desenvolvimento socioeconômico de cada país e a outros aspectos, dentre os quais podem-se destacar os culturais e até mesmo o entendimento adotado pela comunidade jurídica.

Há uma tendência para o discurso de que assuntos que são de cunho político devem ser tratados nesse âmbito, pois envolvem aspectos coletivos e não somente de um indivíduo que pleiteia seu direito no Judiciário; afirma-se que dessa forma poder-se-iam estar causando desigualdades de tratamento entre os cidadãos. Questiona-se se uma cidadã de Uganda tem direito a ter acesso aos mesmos níveis de tratamento oferecido no Reino Unido em seu país. Certamente, cuida-se de realidades culturais e socioeconômicas distintas.

Porém, o Tribunal entende que a resolução de casos isolados na Justiça pode abrir precedentes para que outros cidadãos de Uganda tenham os mesmos anseios de buscar tratamento de saúde no Reino Unido. Pugnam, portanto, por uma solução política para a questão.

Faz-se necessária, assim, uma reflexão sobre os caminhos que os direitos sociais estão tomando na sociedade contemporânea. A garantia destes direitos depende sim de opções políticas; sabe-se que direitos sociais têm custos altos e que é óbvio que há diferenças na garantia do direito entre as diversas realidades socioeconômicas, diferenças estas que podem existir não somente entre países, mas também entre regiões de um mesmo país. Questiona-se, entretanto, até que ponto o Poder Judiciário tem condições de amenizar tais disparidades através de decisões judiciais e qual o limite para que a interferência nas políticas não gere ainda maiores desigualdades.

Um caminho a ser apontado é o da análise dos casos individuais diante de necessidades coletivas, a partir de um caso concreto, como este que foi

analisado; pode-se constatar que parte da população de Uganda está tendo dificuldades de acesso aos serviços de saúde para tratamento de AIDS. Verificar as principais dificuldades e tentar propor acordos políticos que possam beneficiar uma coletividade seria uma boa contribuição do Poder Judiciário não somente para essa cidadã que necessita do tratamento, mas também para todos os que se encontram na mesma situação.

Não se pode garantir, somente através do Poder Judiciário, que os cidadãos de Uganda tenham as mesmas condições de acesso aos serviços de saúde aos quais os cidadãos do Reino Unido têm, considerando que a efetivação desses direitos sociais, como a saúde, depende da evolução política, social e econômica de cada Estado.

Entretanto, os países mais desenvolvidos não podem fechar os olhos para essas questões, até mesmo porque, como visto no caso em análise, são afetados por elas constantemente, levando-se em consideração a ordem global na qual a sociedade contemporânea se encontra. Desta feita, diálogos políticos fazem-se necessários e a negativa de um pedido individual, ou o sacrifício de um direito, não podem ser utilizados para se justificar o receio de países desenvolvidos de terem que arcar com a dificuldade de acesso aos direitos sociais de países menos desenvolvidos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>> Acesso em: 25 mar. 2009.

HIERRO, Liborio L. Los Derechos Económico-sociales y el Principio de Igualdad en la Teoría de Los Derechos de Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, p. 249-271, 2007.

LOUREIRO, João Carlos Simões. *Bioconstituição Mundial, Bioconstituição Européia: (im)possibilidades?* Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. Dissertação (Doutoramento) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

LOUREIRO, João Carlos Simões. Sida e Discriminação social – Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado. Uma perspectiva Jurídico-Constitucional. *Lex Medicinæ*, ano 2, n. 3. p. 9-54, 2005.

LOUREIRO, João Carlos Simões. O direito à (proteção da) saúde, In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário de seu nascimento*. Vol. II, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 657-692.

MOREIRA, Vital. *A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Européia (UE)*. Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 697-735.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 737-767.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A mentalidade alargada da justiça (Têmis)*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2007. Vol. LXXXIII. p. 33-64.

SILVA, Jorge Pereira. Os Direitos sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Direito e Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. XV, t. 2, p 131-154, 2001.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=26565/05&sessionid=23733767&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

VENTURA, Catarina Sampaio. O Direito à saúde Internacionalmente Conformado: Uma perspectiva de Direitos Humanos. *Lex Medicinæ*, ano 2, n. 4, p. 54, 2005.