

Sueli Gandolfi Dallari

Caros leitores,

Muito temos falado da crescente tendência à aproximação entre as normas sanitárias dos diferentes Estados. Já constatamos aqui mesmo, neste espaço, a existência de normas internacionais, que são interiorizadas em constituições nacionais; de regras jurídicas semelhantes originadas de diversos movimentos sociais em diferentes Estados; e, ainda, do uso de normas internacionais por administrações nacionais. Verificamos, também, o crescente prestígio do neoconstitucionalismo no mundo jurídico, fazendo com que a supremacia da pessoa humana na escala dos valores encontre confirmação na realidade – o que ampliou sobremaneira a procura do Judiciário, que passou a ser socialmente visto como o garantidor de direitos. Agora quero examinar alguns casos que concretizam tais constatações, cuidando especificamente da atuação do Judiciário frente à demanda popular de garantia do direito à saúde, tanto na Índia como na África do Sul, na Colômbia e no Brasil.

A Corte Constitucional da Colômbia, na já clássica decisão de julho de 2008 conduzida pelo relator Manuel José Cepeda Espinosa, orientou o perfazimento do conceito de direito à saúde, tomando como referência fundamental o direito internacional pactuado (parte de um anexo da sentença), mas também uma declaração de associação profissional de âmbito internacional e princípios constitucionais. Com efeito, realizando um amplo apanhado de decisões anteriores para julgar um acumulado de pedidos de tutela, o ilustre magistrado propôs – e foi acompanhado por seus colegas – determinar que os órgãos responsáveis pela regulação do sistema de saúde adotem as medidas adequadas. Isso porque a Corte Constitucional seguia recebendo vários casos em que se invocava a proteção do direito à saúde, cuja solução já havia sido clara e reiteradamente afirmada em sua jurisprudência, o que revelava a existência de problemas gerais graves e recorrentes no sistema de proteção ao direito à saúde.

A partir da afirmação do princípio da dignidade humana como base para a garantia do direito fundamental à saúde, a decisão colombiana lembra que a jurisprudência evoluiu no sentido de passar a proteger esse direito como um direito fundamental autônomo. Para tanto, houve o recurso reiterado às observações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais acerca do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, considerando que os Estados assumiram a obrigação de respeitar, proteger e garantir os direitos ali expressos. Especial referência foi feita à Observação n. 14, que afirma o direito de todos ao gozo do nível mais alto possível de saúde. O mesmo Pacto foi invocado, também, para referendar a obrigação de garantir o exercício do direito à saúde sem qualquer tipo de discriminação, inclusive por situação econômica. E, para justificar a prioridade a ser dada à criança, vários outros documentos internacionais foram citados (Convenção dos Direitos das Crianças, Declaração dos

Direitos das Crianças, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração Universal de Direitos Humanos). Ainda no campo dos princípios, a decisão em comento reafirma que tanto o princípio da integralidade quanto o princípio *pro homine* continuam a servir de base para a interpretação dos Planos Obrigatórios de Saúde (POS). E, cuidando do direito à informação no marco do direito à saúde, ela esclarece que, entre as facetas desse direito à informação, encontra-se o direito de receber informação sobre os direitos e os deveres de cada um dos atores do sistema de saúde. Usa, então, a Declaração de Lisboa, da Associação Médica Mundial (adotada na 34ª Assembleia, em 1981).

Em 16 de fevereiro de 2015 foi aprovada a Lei n. 1.751, que tem por objeto “garantir o direito fundamental à saúde, regulá-lo e estabelecer seus mecanismos de proteção” (artigo 1º). Essa norma adota todas as referências internacionais já reguladas e referidas na jurisprudência emblemática acima citada e o princípio da supremacia da pessoa humana – tão caro ao neoconstitucionalismo, mas, sobretudo, ao movimento pelos direitos humanos –, além de enfatizar a necessária participação popular na definição e implementação das políticas de saúde, cuja adoção decorre também da experiência internacional. Assim, por exemplo, a saúde é declarada um direito fundamental autônomo (artigo 1º); afirma-se o direito de todos ao gozo do mais alto nível de saúde possível (artigo 6º, alínea “g”), sem qualquer tipo de discriminação, inclusive econômica (artigo 6º, alínea “c”, e artigo 8º); é estabelecida a proeminência do princípio da integralidade e *pro homine* na interpretação desse direito (artigo 8º e artigo 6º, alínea “b”); são esclarecidos os direitos e os deveres de todos os envolvidos no sistema (artigo 10); e a extensão do direito à saúde ao direito das pessoas de participar das decisões adotadas pelos agentes do sistema de saúde que as afetem ou interessem (artigo 12).

O movimento foi interessante na Índia, onde tradicionalmente as regras internacionais relativas a direitos não podem ser aplicadas sem a devida legislação doméstica. Entendem os ativistas de defesa do direito à saúde que – especialmente em virtude do paradigma desenvolvimentista adotado, da dimensão social e do apoio ao crescimento do setor privado – a única saída é tornar esse direito autônomo, tal qual o direito à vida, inserido no artigo 21 da Constituição de 1950 em vigor¹. Ao contrário do que se passa com os direitos civis e políticos, a maior parte dos direitos econômicos, sociais e culturais não foi expressamente incorporada na Constituição, que apenas apela para que o Estado trabalhe por esses direitos por meio do processo de governança². Em suma, é evidente que nem a Constituição nem as leis locais dão

¹Ver, por exemplo, DUGGAL, R. Right to health and health care: theoretical perspective. In: DESAI, M.; MAHABAL, K. B. *Health care case law in India*. Dongri, Mumbai: Centre for Enquiry into Health and Allied Themes (CEHAT); India Centre for Human Rights & Law (ICHRL), 2007.

²Artigo 37. “As provisões contidas nesta parte não devem ser garantidas por qualquer corte, mas os princípios aqui enunciados são, entretanto, fundamentais na governança do país e deve ser responsabilidade do Estado aplicá-los ao processo legislativo”.

à saúde ou ao cuidado de saúde o estatuto de direito. Mesmo assim, há decisões da Corte Suprema ou das Cortes Superiores garantindo cuidados de saúde ou direito à saúde como um direito, e outras incidentalmente evocadas pela Corte Suprema afirmando que “as garantias constitucionais devem ser interpretadas como incorporando as normas internacionais no sentido de preencher as lacunas existentes ou ampliar o escopo do conteúdo das garantias constitucionais”³. Por outro lado, a Índia ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 10 de abril de 1979, obrigando-se, portanto, a adotar medidas para garantir a saúde e os cuidados de saúde como direitos. Assim, apesar de serem usadas muitas vezes apenas como uma simples referência evocativa, como as demais regras internacionais, servindo de “inspiração” para as Cortes⁴, as normas internacionais vêm desempenhando papel importante para sustentar as demandas em saúde, que buscam alargar a compreensão do direito à vida, afirmado na Constituição.

Em relação à África do Sul, existe evidência de que os anteprojetos da Constituição foram inspirados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ainda que o país não o tenha ratificado. Em seu método de interpretação da Constituição, a Corte Constitucional tem considerado as disposições internacionais – vinculantes ou não –, embora relute em suplantiar a barreira por ela mesma imposta de empregar a legislação administrativa como fundamento de suas decisões. Esse tratamento cauteloso tem sido capaz de, respeitando a separação de poderes, realizar a visão transformadora da Constituição⁵. A confirmação constitucional de que os direitos socioeconômicos são justiciáveis e o desenvolvimento da razoabilidade como critério para controlar as obrigações estatais têm sustentado a argumentação de advogados tanto na arena doméstica quanto na internacional. Especificamente em decisões envolvendo o direito à saúde⁶, a Corte Constitucional interpretou o direito de modo a assegurar ação razoável do Estado para a realização progressiva do direito, considerando os recursos disponíveis. E afirmou que a razoabilidade envolve a noção de que a um organismo público deve ser dado espaço adequado para determinar

³VERMA, J. S. The law and public health: the foundations. In: VELIATH, A. (Ed.) *Using the law for public health*. New Delhi: HRLN, 2012. p. 3.

⁴NARIMAN, F. Economic social and cultural rights and the role of lawyers. *ICJ Review*, n. 55, 1995.

⁵MBAZIRA, C. *Litigating socio-economic rights in South Africa: a choice between corrective and distributive justice*. Cape Town: ABC Press; Pretoria University Law Press, 2009.

⁶Os casos Soobramoney e Treatment Action Campaign. O primeiro diz respeito a um doente que teve recusado o acesso à diálise por uma política que o excluía do acesso em razão dos escassos recursos do hospital. A Corte decidiu que ela só interferiria se a decisão do hospital fosse irracional ou de má-fé. A Corte acrescentou também que, ao contrário dos órgãos políticos, ela não tinha capacidade institucional para se engajar nos angustiantes problemas das escolhas. No caso da Treatment Action Campaign, a Corte acrescentou que, para um programa respeitar os requisitos constitucionais de razoabilidade, seu conteúdo deve ser adequadamente tornado público. Aqui também ela se opôs à injunção, afirmando que “o governo sempre respeitou e executou as ordens desta Corte”, não havendo “razão para acreditar que ele não fará isso”. Ver também NGWENA, Charles. Escopo e limite da judicialização do direito constitucional à saúde na África do Sul: avaliação de casos com referência específica à justiciabilidade da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 43-87, out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63991>>. Acesso em: 18 Jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v14i2p43-87>.

o melhor caminho para preencher o mandamento constitucional. Ela julgou que ambas as subseções do artigo 27 devem ser lidas em conjunto, pois o que se requer é que o Estado realize o direito mencionado⁷. Esse comportamento mostra tanto a força das normas internacionais quanto a dos princípios que estão sendo aplicados na jurisprudência da Corte em face da reivindicação do direito à saúde.

No Brasil, a jurisprudência a respeito do direito à saúde tem enfatizado certa compreensão do neoconstitucionalismo. Convém notar que esse direito ganhou foro constitucional em 1988 e que, já em 2002, chegavam ao Supremo Tribunal Federal (STF) algumas demandas por medicamentos (sobretudo para HIV e doenças raras), que foram decididas especialmente a partir do voto do ministro Celso de Mello. A mais alta Corte firma o entendimento⁸ de que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas”; que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”; que “o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional insequente”; que “o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República”; que, “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”; que “incide sobre o Poder Público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover medidas que, fundamentadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve a Constituição da República”. Em suma, enfatiza o eminente julgador que, “mais do que a simples posituação dos direitos sociais, recai sobre o Estado inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir às pessoas que tenham acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição”.

Cerca de 10 anos após firmado esse entendimento, o então ministro presidente Gilmar Mendes convocou uma audiência pública para debater a questão. Ela se realizou em quatro seções entre abril e maio de 2009. Referindo-se a suas conclusões, o Pleno do STF decidiu por unanimidade nos termos do ministro relator, procurando

⁷Art. 27. (1) Todos têm direito ao acesso a serviços de saúde, incluindo cuidados reprodutivos; suficiente comida e água; e segurança social, incluindo, caso sejam incapazes de se autossustentar e [sustentar] seus dependentes, a adequada assistência social. (2) O Estado deve tomar razoáveis medidas legislativas e outras, com os recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos. (3) A ninguém será recusado o tratamento médico de emergência. SOUTH AFRICAN GOVERNMENT. *The Constitution of the Republic of South Africa*. Disponível em: <<http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>>. Acesso em: 18 jun. 2015. (Tradução da autora).

⁸RE nº 232.335-1 Rio Grande do Sul; AGRG no RE nº 271.286-8 Rio Grande do Sul; RE nº 198.265-9 Rio Grande do Sul.

estabelecer parâmetros para a solução judicial das demandas sobre acesso à saúde⁹. Assim, afirma-se que “há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde” e que “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize.” Em consequência, “a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso”, pois se espera do Poder Judiciário “apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”. No caso, entretanto, de não haver política de saúde específica com relação ao pedido judicial individualmente formulado, outros elementos devem ser verificados, como a existência de vedação legal para a concessão da ação ou do objeto demandado, a decisão político-administrativa contrária a tal concessão ou a simples omissão legislativa ou administrativa. Descendo a mais pormenores, o STF afirmou “a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso” e assegurou também que, no caso de tratamento experimental, o SUS não pode ser obrigado a custear a participação de pacientes em testes clínicos da indústria farmacêutica, devendo esta continuar fornecendo o medicamento para o paciente mesmo após o término dos testes clínicos. O Supremo Tribunal Federal considerou também que “a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar”¹⁰.

A necessidade brasileira de esclarecer – colocando claros limites à compreensão de que não haver um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize – decorreu da verificação empírica de que a grande maioria das decisões judiciais vem concedendo todo e qualquer medicamento/tratamento com base na afirmação constitucional do direito à saúde, sem considerar a eventual existência da respectiva política pública¹¹. E hoje ainda se verifica a existência do

⁹Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 175 (Ceará).

¹⁰Para mais argumentos, ver: TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. A saúde nas barras da Justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 242-236, 2010. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i2p244-236>.

¹¹Vide, por exemplo, o artigo de *Ildelisa Cabral e Laura Ferreira de Rezende*, analisando as demandas judiciais individuais para o fornecimento de medicamentos pelo município de São João da Boa Vista, entre 2009 e 2012, publicado neste número de nossa *Revista*. CABRAL, Ildelisa; REZENDE, Laura Ferreira. Análise das ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos em São João da Boa Vista. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, mar./jun. 2015, p. 59-77. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p59-77>.

mesmo comportamento jurisprudencial, quase sem modificações derivadas da referida audiência pública¹². Em suma, é ainda bastante frequente a afirmação de que “caracterizada a impossibilidade do autor de arcar com os custos do tratamento da enfermidade que lhe acomete, seu custeio pelo poder público, nos termos indicados pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, é medida que se impõe, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material”. Prestigia-se, portanto, a força vinculante da Constituição – como ensinou com brilhantismo *Canotilho*¹³ –, sua supremacia no sistema das fontes de direito, sua eficácia ou aplicação direta ao caso concreto, em perfeita sintonia com o novo constitucionalismo, de amplitude praticamente universal, com base nos direitos humanos, que implica um verdadeiro “panconstitucionalismo”¹⁴.

O exame da atuação de Judiciários diferentes, como podem ser aqueles da Colômbia e da Índia, ou da África do Sul e do Brasil, atesta que, efetivamente, em matéria de direito à saúde, existe clara tendência de empregar normas internacionais ou estrangeiras e os princípios derivados da aceitação da teoria dos direitos humanos e do neoconstitucionalismo na fundamentação de suas decisões. Isso leva a uma espécie de convergência regulatória prática, que vem sendo naturalmente implementada nesse campo.

Prezados leitores, não quero encerrar esta conversa inicial sem antes insistir no convite para que nos ajudem a fazer uma *Revista de Direito Sanitário* ainda melhor. Reforço o pedido para que nos enviem seus artigos, resenhas ou comentários a um trabalho forense, ou ainda suas sugestões de temas para debate e nomes de eventuais debatedores. Não deixem de contribuir! A qualidade da *Revista de Direito Sanitário* depende, também, da participação de seus leitores.

Sueli Gandolfi Dallari

Editora Científica

¹²Apenas a título de exemplo, em maio de 2015, veja-se, no STF: ARE 878212, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 05/05/2015 e ARE 883182, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/05/2015; no STJ: AgRg no AREsp 664.926/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015 e AgRg no REsp 1233603/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 05/05/2015; em Tribunais de Justiça dos estados, TJPE, Agravo 362865-3 0000138-49.2008.8.17.0450 Rel. Antenor Cardoso Soares Junior, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 12/05/2015 e TJSC, Agravo em Apelação Cível n. 2015.011344-4, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Jaime Ramos, julgado em 07-05-2015; em Tribunais Regionais Federais, AC 0000155-64.2012.4.01.3800 / MG, Rel. Des. Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 p.998 de 15/05/2015 e AC 0000639-51.2008.4.01.3305 / BA, Rel. Des. Néviton Guedes, Quinta Turma, e-DJF1 p.2020 de 08/05/2015)

¹³CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

¹⁴Expressão de Elisabeth Zoller. VERPEAUX, M. (Dir.). *Code civil et constitutions*. Paris: Economica, 2005.

Sueli Gandolfi Dallari

Dear readers,

Much has been said about the increasing tendency toward the consonance of health norms in different states. In this very space, we have encountered instances of international norms incorporated into national constitutions; of similar legal regulations originating from different social movements in different states; and additionally, of the use of international norms by national administrations. We have also encountered an increase in the prestige of neo-constitutionalism in the legal world. Therefore, the supremacy of humans in the values scale is confirmed in reality. This has boosted appeals to the judiciary, which came to be socially seen as a guarantor of rights. Now, I would like to examine a few cases in which I have concretized such findings, specifically noting the actions of the judiciary regarding popular demand for the guarantee of the right to health in India, South Africa, Colombia, and Brazil.

The Constitutional Court of Colombia, in its now classic decision of July 2008 passed by Justice Manuel José Cepeda Espinosa, oriented the make up of the concept of the right to health, taking, as a fundamental reference, not only the agreed upon international law (a part of an annex of the opinion) but also as a reference the declaration of a professional association based on an international scope and constitutional principles. Certainly, using a collection of previously-made decisions to rule a batch of petitions, the honorable magistrate proposed—and was backed by his colleagues—determining that the agencies responsible for regulating the health system should adopt the appropriate measures. That was due to the Constitutional Court having received several cases requesting the protection of the right to health, the solution to which had already been clear and stated repeatedly in their jurisprudence. This revealed the existence of serious and recurrent general problems in the protection of the right to the health system.

Based on the statement of the principle of human dignity as a foundation for the guarantee of the fundamental right to health, the Colombian decision reminds us that jurisprudence has evolved in terms of amounting to protect this right as autonomous fundamental. To this end, there has been a repeated appeal to the observations from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, considering that states undertake the obligation of respecting, protecting, and guaranteeing the rights expressed therein. A special reference was made to Observation no. 14, which states the universal right to the enjoyment of the highest attainable standard of health. The same Covenant was also invoked to endorse the obligation of guaranteeing the exercise of the right to health that is free of any type of discrimination, including economic situation. Moreover, to justify the priority given to children, several other international documents were cited (the Convention on the Rights

of the Child, the Declaration of the Rights of the Child, the International Covenant on Civil and Political Rights, the American Convention on Human Rights, and the Universal Declaration of Human Rights). Additionally, in the field of principles, the decision in question reaffirms that both the principle of integrality and the principle of *pro homine* still serve as a basis for the interpretation of Mandatory Health Insurance Plans (Plan Obligatorio de Salud – POS). Furthermore, concerning the right to information within the scope of the right to health, it is clarified that amidst the different aspects of this right to information lies the right to receive information on the rights and duties of each actor in the health system. Thus, the Declaration of Lisbon by the World Medical Association (adopted at the 34th Assembly, 1981) is used.

On February 16, 2015, Law no. 1751 was approved. Its aim is to “guarantee the fundamental right to health, to regulate it, and to establish its mechanisms of protection” (Article 1). This norm adopts all of the international references as yet regulated and referred to in the emblematic above-mentioned jurisprudence and the principle of human supremacy—so dear to neo-constitutionalism but, above all, to the human rights movement—besides emphasizing the necessary popular participation in the definition and implementation of health policies, the adoption of which also derives from the international experience. Thus, for instance, health is declared an autonomous fundamental human right (Article 1); the universal right to the enjoyment of the highest attainable standard of health is stated (Article 6, clause “g”), free of any discrimination, including economic (Article 6, clause “c” and Article 8); the prominence of the principle of integrality and *pro homine* is established in the interpretation of this right (Article 8 and Article 6, clause “b”); the rights and duties of all involved in the system are clarified (Article 10); and the extension of the right to health to the right of people to participate in the decisions adopted by health system agents that may affect or interest them (Article 12).

The movement was interesting in India, where, traditionally, international rules concerning rights cannot be applied without the due domestic legislation. Activists defending the right to health understand—particularly in virtue of the developmentalist paradigm adopted, the social dimension, and support for the growth of the private sector—that the only solution is to make this right autonomous, such as the right to life, included in Article 21 in the 1950 Constitution in effect¹. Contrary to what happens in civil and political rights, most economic, social, and cultural rights have not been expressly incorporated into the Constitution, which only requires that the state work for these rights through the governmental process².

¹See, for instance, DUGGAL, R. Right to health and health care: theoretical perspective. In: DESAI, M.; MAHABAL, K. B. *Health care case law in India*. Dongri, Mumbai: Centre for Enquiry into Health and Allied Themes (CEHAT); India Centre for Human Rights & Law (ICHRL), 2007.

²Article 37. “The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country, and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.”

In brief, it is evident that neither the Constitution nor local laws give health or health care the status of a right. Nevertheless, there are decisions of the Supreme Court or Supreme Courts guaranteeing health care or the right to health as a right, and others incidentally evoked by the Supreme Court stating that “constitutional guarantees must be so interpreted as to incorporate therein the international norms for the purpose of filling in gaps or increasing the scope of the content of constitutional guarantees.”³ However, on April 10, 1979, India ratified the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, thus making it mandatory to adopt measures to guarantee health and health care as rights. Therefore, although they—and other international rules—are often used simply as an evocative reference, serving as “inspiration” for the Courts⁴, international norms have taken on an important role in supporting health demands, which seek to broaden understanding of the right to life, as stated in the Constitution.

In relation to South Africa, there is evidence that the draft projects of the Constitution were inspired by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, though the country has not ratified it as yet. In its method of interpreting the Constitution, the Constitutional Court has been considering the international provisions—whether binding or non-binding—despite their reluctance to supersede the barrier imposed by the court concerning employing administrative legislation as the basis of its decisions. This cautious treatment, carefully considering the separation of powers, has been able to conduct a transforming view of the Constitution⁵. The constitutional confirmation that socioeconomic rights are justiciable and the development of reasonability as a criterion to control state obligations have supported attorneys’ arguments both domestically and internationally. Specifically in decisions that involve the right to health⁶, the Constitutional Court has interpreted the right in such a way so as to ensure reasonable actions from the state for the benefit of the progressive realization of the right, considering the resources available. They have also affirmed that reasonability involves the notion that a public organization

³VERMA, J. S. The law and public health: the foundations. In: VELIATH, A. (Ed.) *Using the law for public health*. New Delhi: HRLN, 2012. p. 3.

⁴NARIMAN, F. Economic social and cultural rights and the role of lawyers. *ICJ Review*, n. 55, 1995.

⁵MBAZIRA, C. *Litigating socio-economic rights in South Africa: a choice between corrective and distributive justice*. Cape Town: ABC Press; Pretoria University Law Press, 2009.

⁶The Soobramoney and Treatment Action Campaign cases. The former concerns a sick person whose access to dialysis was denied due to a policy that excluded that access by reason of the hospital’s scarce resources. The Court decided that they would only interfere if the hospital’s decision were irrational in bad faith. The Court added that, unlike political organizations, they did not have the institutional capability to engage in distressful choice-related problems. In the Treatment Action Campaign case, the Court added that, in order for a program to fulfill the constitutional requirements of reasonability, its content must be adequately made public. In this case, they were also opposed to the injunction, stating that “the government has always respected and executed orders of this Court,” and that there was “no reason to believe that it will not do so.” See also NGWENA, Charles. Escopo e limite da judicialização do direito constitucional à saúde na África do Sul: avaliação de casos com referência específica à justiciabilidade da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 43-87, out. 2013. Available at: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63991>>. Accessed: June 18, 2015. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v14i2p43-87>.

must be given adequate leeway in order to determine the best procedure to perform the constitutional ruling. They have ruled that all sub-clauses in Article 27 must be read jointly because what is required is that the state carries out the right mentioned⁷. This behavior shows both the strength of international norms and the principle being applied in the Court's jurisprudence, concerning the claim to the right to health.

In Brazil, the jurisprudence regarding the right to health emphasizes a certain comprehension of neo-constitutionalism. It should be noted that this right gained constitutional status in 1988 and that as early as 2002, the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF) considered cases of demands for drugs (mainly for HIV and rare diseases), which were decided especially through the vote of Justice Celso de Mello. The highest Court endorses the understanding⁸ that “the public right regarding health is an unalienable legal prerogative guaranteed to people in general”; that “the right to health represents a constitutional consequence which is inseparable from the right to life”; that “the programmatic character of the ruling under Article 196 in the Constitution should not be converted into an inconsequential constitutional promise”; that “judicial recognition of the legal validity of programs that distribute drugs free of charge to people who are unable to pay for them actualizes the fundamental precepts of the Constitution of the Republic”; that “between protecting the inviolability of the right to life and to health and enforcing a financial and secondary interest of the state, ethical and legal reasons impose one single option to the judge: that which favors the unwavering respect for human life and health”; that “the Public Authority undertakes the critical obligation of making health provisions effective, and it is accountable for promoting measures that, based on due public policies, aim to endow and concretize that which is prescribed by the Constitution of the Republic.” In brief, the eminent judge emphasizes that, “more than a mere assertion of social rights, the State is tied to a permanent institutional bond that consists of granting legitimate effectiveness to such basic prerogatives, allowing people to gain access to an organized system of guarantees that is instrumentally bound to the realization, on behalf of governmental entities, of the task imposed by the Constitution itself.”

Approximately 10 years after the signing of this settlement, the then Chief Justice Gilmar Mendes held a public hearing in order to debate the issue. It took place in four sessions between April and May 2009. In reference to its conclusions, the STF unanimously agreed with the reporting minister's opinion of the Chief Justice, seeking

⁷ Art. 27.1. Everyone has the right to have access to health care services, including reproductive health care; sufficient food and water; and social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights. 3. No one may be refused emergency medical treatment. SOUTH AFRICAN GOVERNMENT. *The Constitution of the Republic of South Africa*. Available at: <<http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>>. Accessed: June 18, 2015.

⁸RE no. 232.335-1 (Extraordinary Appeal) Rio Grande do Sul; AGRG in RE no. 271.286-8 (Regiment Appeal in Extraordinary Appeal) Rio Grande do Sul; RE no. 198.265-9 (Extraordinary Appeal) Rio Grande do Sul.

to establish parameters for the legal solution of demands concerning access to health⁹. Thus, it is stated that “there is a public right regarding public policies for health promotion, protection, and recuperation” and that “there is no absolute right to each and every procedure necessary for the protection, promotion, and reclamation of health, outside of the existence of a public policy that may concretize it.” As a consequence, “the legal guarantee of providing health to an individual, *prima facie*, is conditioned to non-fulfillment of the functioning of the Brazilian National Public Health System (Sistema Único de Saúde – SUS); certainly, this should always be demonstrated and based clearly and concretely, case by case,” because what is expected of the Judicial Branch is “solely the legal determination of the effective fulfillment of existing public policies.” However, in the case of there not being a specific health policy regarding individually-formulated legal petitions, other elements must be verified, such as the existence of legal prohibitions against the concession of the demanded action or object, the political and administrative decision opposed to such concession, or simply legal or administrative omissions. Furthermore, the STF has stated “the possibility of the Judicial Branch or even of the Administration itself ruling that measures other than those funded by the SUS must be provided to a private person who, due to specific reasons concerning their organism, proves that the treatment offered is not efficient in their case,” and has also ensured that, in the case of experimental treatments, the SUS is free from the obligation of funding the participation of patients in clinical tests for the pharmaceutical industry, which is responsible for the continuing provision of drugs even after the conclusion of the clinical tests. The Federal Supreme Court also considered that “administrative omission in the treatment of certain pathologies may be the object of judicial review, both in individual or collective lawsuits. However, it is imperative that there be an investigative proceeding, providing ample evidence, which may develop into an obstacle to the granting of injunctive relief.”¹⁰

The Brazilian imperative to clarify—by setting clear limits to the understanding of there not being an absolute right to each and every procedure needed in health, regardless of the existence of a public policy that mandates it—originated in the empirical finding that the significant majority of judicial decisions has been granting each and every drug/treatment based on the constitutional statement of the right to health, without considering the eventual existence of a respective public policy¹¹. To this day, the same jurisprudential behavior still occurs, almost unchanged

⁹Regiment Appeal in the Suspension of Interim Relief no. 175 (Ceará).

¹⁰ For further arguments, see: TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. A saúde nas barras da Justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 242-236, 2010. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i2p244-236>.

¹¹ See, for instance, the article by *Ildelisa Cabral* and *Laura Ferreira de Rezende*, which analyses individual legal demands for the provision of drugs in the town of São João da Boa Vista between 2009 and 2012, published in this issue of our *Revista*. CABRAL, Ildelisa; REZENDE, Laura Ferreira. Análise das ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos em São João da Boa Vista. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, mar./jun. 2015, p. 59-77. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p59-77>.

by the public hearing cited above¹². In short, it is still often affirmed that “once the impossibility of the plaintiff to afford treatment for an illness is determined, funding by the public authority, under the terms indicated by the physician responsible for their monitoring, is a measure to be enforced, thus, allowing the exercise of the patient’s right to life, to health, and to medical care as a fundamental guarantee secured by our Constitution, overriding any other interest of political and/or material nature.” Therefore, the binding power of the Constitution is honored—as brilliantly taught by *Canotilho*¹³—as well as its supremacy in the system of the sources of law and its efficiency or direct application to concrete cases, in perfect tune with the new constitutionalism of a practically universal amplitude, based on human rights, which implies a true “pan constitutionalism.”¹⁴

The examination of the action of different Courts, such as in Colombia and India or in South Africa and Brazil, attests to the fact that, effectively, concerning the right to health, there is a clear tendency to employ international or foreign norms and the principles based on the acceptance of human rights theory and on neo-constitutionalism in basing their decisions. This gives rise to a type of practical regulatory convergence, which is being implemented naturally in this field.

Dear readers, I would not want to close this initial discussion without first insisting on inviting you to contribute toward making our *Revista de Direito Sanitário* even better. I emphasize the request for you to send us your articles, reviews, or comments on forensic work, or even your suggestions on subjects for debate and names of possible debaters. Please contribute! The quality of the *Journal of Health Law (Revista de Direito Sanitário)* also depends on the participation of its readers.

Sueli Gandolfi Dallari
Scientific Editor

¹²In the interest of examples, in May 2015, see STF: ARE 878212 (Special Appeal Bill), Reporting Minister Marco Aurélio, judged 05/05/2015, and ARE 883182 (Special Appeal Bill), Reporting Minister Cármen Lúcia, judged 05/08/2015; at STJ: AgRg in AREsp 664.926/PR (Regiment Appeal in Special Appeal Bill), Reporting Minister Humberto Martins, Second Division, judged 05/12/2015, and AgRg in REsp 1233603/RS (Regiment Appeal in Special Appeal), Reporting Minister Napoleão Nunes Maia Filho, First Division, judged 05/05/2015; in State Justice Courts, Pernambuco Court of Justice (TJPE) Appeal 362865-3 0000138-49.2008.8.17.0450, reporter Antenor Cardoso Soares Junior, 3rd Chamber of Public Law (3ª Câmara de Direito Público), judged 05/12/2015, and Santa Catarina Court of Justice (TJSC), Civil Appeal no. 2015.011344-4, in Campo Belo do Sul, Reporting Judge Jaime Ramos, judged 05/07/2015; in Federal Regional Courts, AC 0000155-64.2012.4.01.3800 (Civil Appeal) / Minas Gerais, Reporting Judge Kassio Nunes Marques, Sixth Division, e-DJF1 p.998 of 05/15/2015 and AC 0000639-51.2008.4.01.3305 (Civil Appeal) / Bahia, Reporting Judge Néviton Guedes, Fifth Division, e-DJF1 p.2020 of 05/08/2015).

¹³CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

¹⁴Expression by Elisabeth Zoller in VERPEAUX, M. (Dir.). *Code civil et constitutions*. Paris: Economica, 2005.