

Walter Claudius Rothenburg

DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Simples assim

Prefácio de
INGO WOLFGANG SARLET

2ª edição

Revista e atualizada

2025

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

4

DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE

Analisemos cada um dos direitos sociais expressamente referidos no art. 6º da Constituição da República. Valho-me desse critério de Direito positivo, fundado na opção do Poder Constituinte, que foi complementada mais de uma vez pelo Poder de Reforma da Constituição: em 2000, a Emenda Constitucional 26 acrescentou o direito à moradia; em 2010, a Emenda Constitucional 64 acrescentou o direito à alimentação e, em 2015, a Emenda Constitucional 90 acrescentou o direito ao transporte. Trata-se de um critério seguro, porém artificial e arbitrário, pois outros direitos – como o direito à cultura (expressamente previsto em outro lugar da Constituição, os arts. 215 e 216) e o direito ao esporte (art. 217) – são usualmente qualificados de sociais e bem poderiam figurar no art. 6º. Busquei apenas um suporte para exemplos, pois a ideia que preside este estudo é de que os direitos sociais não se distinguem dos demais direitos fundamentais.

4.1. DIREITO À EDUCAÇÃO (ENSINO)¹

Referido em primeiro lugar pelo art. 6º da Constituição brasileira e retomado analiticamente nos arts. 205 a 214, o direito à educação possibilita que se abram os espíritos por meio da instrução, da informação e do fomento à crítica, conferindo assim condições de autonomia aos indivíduos e grupos – inclusive para que possam manter e difundir seus valores² –, bem como estímulo para a cooperação social.³ A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos salienta que “a educação é o principal veículo através do qual crianças e adultos económica e socialmente marginalizados podem sair da pobreza e obter meios para participar plenamente na sua comunidade”.⁴ Numa interessante retrospectiva baseada no conceito de cidadania, Marshall destaca que o direito à educação tem como objetivo moldar o futuro adulto e, portanto, deveria ser visto não como o direito de a criança ir à escola, mas como o direito do cidadão adulto de ter sido educado.⁵

De tão importante, o direito à educação é reconhecido com frequência como direito fundamental, ao lado dos direitos clássicos de acento liberal e individual. Talvez tenha sido ele, sob a modalidade de “direito à instrução pública”, o primeiro direito social a ser plasmado nas Constituições europeias da primeira metade do século XIX, notadamente na Constituição holandesa de 1814.⁶ Atualmente, por exemplo, a Constituição

1 A Constituição brasileira não é rigorosa no uso dos termos. Consideramos educação o gênero (TOLEDO, 2015a, p. 134-138) e ensino o modo institucional de aprendizado.

2 DEAN (2015, p. 103).

3 HOLMES; SUNSTEIN (1999, p. 212). Com relação à emancipação das mulheres no século XVIII, veja-se WOLLSTONECRAFT ([1792] 2016).

4 BALDÉ (2017, p. 126).

5 MARSHALL (1950, p. 25).

6 Constituição da Holanda, de 1814, art. 226, conforme HERRERA (2009, p. 47).

da Índia (1949) prevê o direito à educação na Parte III (“direitos fundamentais”)⁷ e contém disposições específicas sobre o direito à educação das minorias como “direitos culturais e educacionais”⁸; a construção judicial da Corte Suprema indiana afirmou que a “educação livre e obrigatória para pessoas entre 6-14 anos representa um direito fundamental” (Baxi)⁹. A Constituição da Suíça (1999) arrola entre os direitos fundamentais o “direito ao ensino básico suficiente e gratuito”.¹⁰ Também a Constituição da Irlanda (1937, com sucessivas alterações) estabelece, dentre os direitos fundamentais, que o Estado providencie educação primária gratuita, conquanto assegure aos pais o direito de educar seus filhos em casa ou em escolas privadas.¹¹

No âmbito internacional, o direito ao ensino (educação) é estabelecido no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como um direito de toda pessoa, sendo que “a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”, bem como “deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.¹² Mais especificamente, o Pacto determina que o ensino primário seja obrigatório e gratuito.¹³

7 Constituição da Índia, art. 21A.

8 Constituição da Índia, art. 29 e 30.

9 BAXI (2011, p. 332).

10 Constituição da Suíça, art. 19.

11 Constituição da Irlanda, art. 42.

12 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 13.

13 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 13 e 14.

O direito à educação foi incorporado em 1966 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (que enfatiza os direitos civis e políticos), ao invés de sê-lo à Carta Social Europeia.¹⁴

A inter-relação do ensino com outros direitos fundamentais é muito importante. Uma pessoa bem informada e com capacidade crítica é vital à participação política, conforme destacado por Amartya Sen: “como a participação requer conhecimentos e um grau de instrução básico, negar a oportunidade da educação escolar a qualquer grupo – por exemplo, às meninas – é imediatamente contrário às condições fundamentais da liberdade participativa”.¹⁵ O ensino fundamental (primário) obrigatório influencia na redução do trabalho infantil¹⁶; no Brasil, o trabalho é permitido apenas a partir dos 16 anos (ou 14 na condição de aprendiz).¹⁷

O caráter complexo do direito à educação dificulta sua categorização¹⁸ e contempla uma importante dimensão prestacional, segundo a qual o Estado ou a iniciativa privada devem fornecer esse direito. A Constituição brasileira preceitua expressamente que a educação tanto pode ser prestada sob forma de serviço público – e, nessa medida, a educação tem de ser pública –, quanto pode ser ofertada como atividade econômica – e, nessa medida, não precisa ser pública –,¹⁹ mas será sempre da maior relevância, por consistir em um direito fundamental.

Ao mesmo tempo, no entanto, há um dever de abstenção em relação a obstáculos ou intromissões indevidas, que marca a dimensão defensiva do direito à educação, à qual se remete a Constituição brasileira

14 DEAN (2015, p. 103).

15 SEN (2000, p. 48).

16 STEINER; ALSTON (2000, p. 301).

17 Constituição brasileira, art. 7º, XXXIII.

18 GAVARA DE CARA (2010, p. 25).

19 Constituição brasileira, art. 206, III, art. 208 e art. 209.

ao estabelecer, dentre os princípios do ensino, a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, bem como o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.²⁰ A propósito, Marçal Justen Filho adverte com o exemplo de que “[n]ão se admite que a educação seja desenvolvida de modo a inculcar no educando determinada e específica ideologia política”.²¹ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite o ensino doméstico (“homeschooling”), embora condicionado à regulamentação legal.²²

Roberto Mangabeira Unger afirma que cabe aos “direitos excluídos dos riscos da política de curto prazo (...) proteger o povo contra inseguranças extremas, inclusive os riscos de opressão pública e privada”, bem como oferecer-lhe condições “culturais e econômicas” para que todos possam realizar suas expectativas, a revelar uma faceta defensiva (liberal) e uma faceta prestacional (social). Arremata Unger que “[a]lguns direitos, como o acesso à educação inicial e contínua, fazem parte de ambos os aspectos das imunidades fundamentais”.²³

Até nos Estados Unidos da América existem dispositivos constitucionais estaduais como o de Nova Iorque, a determinar que “o legislador zelará pela manutenção e apoio de um sistema de escolas públicas gratuitas, para que todas as crianças deste Estado possam ser educadas”.²⁴ A Corte Suprema federal norte-americana assegurou, em 1982, o direito à educação pública e gratuita no Estado do Texas a crianças que estavam

20 P. T. G. SILVA (2012, p. 191).

21 JUSTEN FILHO (2014, p. 187).

22 Recurso Extraordinário 888.815/RS (redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 12/09/2018).

23 UNGER (2004, p. 202).

24 Constituição de Nova Iorque, art. IX (1) (BOTELHO, 2015, p. 197, nota 812).

ilegalmente no país, pois foi declarada inconstitucional lei estadual que lhes vedava o acesso às escolas distritais. Ainda que o fundamento invocado tenha sido a discriminação indevida, trata-se de afirmação do “direito social” à educação.²⁵ Ressalte-se, todavia, que a Corte Suprema havia disposto expressamente, em 1973, que, segundo a Constituição federal estadunidense, a educação não era um direito fundamental²⁶; Chemerinsky critica essa decisão: “Obviamente que a educação está inextricavelmente relacionada ao exercício de direitos constitucionais como a liberdade de expressão e o voto. Se a América algum dia tornar-se uma sociedade mais igual, será por meio da educação.”²⁷

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem decisões incisivas especialmente quanto ao ensino fundamental²⁸, que é obrigatório e gratuito nos termos do art. 208, I, da Constituição. A Corte determinou a disponibilização de vagas em creches e escolas (reconhecendo que essa dimensão do ensino compõe o mínimo existencial)²⁹, assim como de professores³⁰. Em relação à educação inclusiva, determinou a contratação de professores especializados na linguagem de sinais (LIBRAS) para o ensino adequado

25 *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982). SUNSTEIN (2004, p. 150-151).

26 Todavia, advertem Steiner e Alston (2000, p. 283) que o direito à educação é reconhecido por diversos Estados-membros em suas Constituições.

27 CHEMERINSKY (2014, p. 140 e 142); A referência é ao caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*. Veja-se ainda ELY (1997, p. 80-81 e 245).

28 CAMPOS (2014, p. 330-331).

29 Supremo Tribunal Federal, AgRg RE 436.996-6/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22/11/2005; AgRg RE 410.715-5/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22/11/2005; AgRg RE 595.595-8/SC, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28/04/2009; AgRg RE 592.075-6/SPC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19/05/2009; AgRg RE Ag 639.337/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23/08/2011. Veja-se SARLET; FIGUEIREDO (2008, p. 23, nota de rodapé).

30 Supremo Tribunal Federal, AgRg RE 594.018-7/RJ, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23/06/2009.

de pessoas com deficiência auditiva³¹ e afirmou a vedação a que escolas privadas cobrassem valores adicionais de alunos com deficiência.³² A propósito, apontam Richard Pae Kim e José Roberto Rus Perez o alcance do controle judicial em relação a políticas públicas na área da educação, “podendo nessas situações excepcionais o Poder Judiciário determinar a sua execução por meio de decisões mandamentais e substitutivas em face da inescusável omissão do Poder Público”.³³

Embora o direito à educação tenha sido positivado na Constituição brasileira “por meio de três diferentes estratégias” (como um dever do Estado; como um direito de todos, ou seja, como um direito público subjetivo, e como “uma garantia institucional pela vinculação de verbas orçamentárias a despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino”: Nunes Júnior)³⁴, essas diversas fórmulas textuais reconduzem-se ao direito subjetivo de aplicação imediata, conforme é próprio do regime dos direitos fundamentais em geral. Isso assegura a possibilidade de reivindicação judicial³⁵, do que dá mostras a referida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Normas de cunho mais institucional reforçam o caráter de direito fundamental do direito à educação, estabelecido com autonomia no art. 6º e no art. 205 da Constituição brasileira. Mas, mesmo que não existissem essas previsões autônomas, seria possível extrair um direito fundamental a partir daquelas normas de cunho institucional, inclusive por força da cláusula expansiva segundo a qual “[o]s direitos e garantias

31 Supremo Tribunal Federal, ARE 860.979 AgR/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14/04/2015; ALMEIDA (2017, p. 173).

32 Supremo Tribunal Federal, ADI 5.357/DF, rel. Min. Edson Fachin, 09/06/2016.

33 KIM; PEREZ (2013, p. 730).

34 NUNES JÚNIOR (2009, p. 77).

35 NUNES JÚNIOR (2009, p. 88 e 124-126); P. T. G. SILVA (2012, p. 189).

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.³⁶

Nessa linha, é enfática a previsão da Constituição, como garantia institucional do direito à educação, de aplicação, por parte de todos os entes da federação, de percentuais mínimos da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212)³⁷, bem como da sanção de intervenção federativa se os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios descumprirem tal aplicação³⁸.

O direito à educação é mais do que um direito social: é um direito fundamental em toda sua extensão e intensidade.

4.2. DIREITO À SAÚDE

A saúde, conforme consta do preâmbulo da constituição da Organização Mundial da Saúde (1946), “é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos”.³⁹ Assim, o direito à saúde “engloba tanto cuidados de saúde, como fatores determinantes de saúde”, de acordo com as Diretrizes e Princípios sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotados pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 2011.⁴⁰ A Constituição brasileira dá conta de todas essas dimensões ao aludir à promoção, proteção e recuperação da saúde.⁴¹

36 Constituição brasileira, art. 5º, § 2º.

37 Constituição brasileira, art. 212.

38 Constituição brasileira, art. 34, VII, “e”, e art. 35, III. Veja-se: ROTHENBURG (2010, p. 174-175); NUNES JÚNIOR (2009, p. 88 e 143-144).

39 WEICHERT (2004, p. 122); SARLET; FIGUEIREDO (2008, p. 42).

40 BALDÉ (2017, p. 124-125).

41 Constituição brasileira, art. 196. Veja-se SARLET; FIGUEIREDO (2008, p. 41).

Embora o direito à saúde esteja previsto como direito social (por exemplo, nas Constituições da Itália, de Portugal, da Espanha⁴² e do Brasil), é evidente sua relação com o direito fundamental individual à vida⁴³ e sua vinculação estreita à dignidade. Thiago dos Santos Acca aponta que esse apelo potencial da saúde – que tende a implicar “sofrimento, desgaste emocional e proximidade com a morte” – faz com que os juristas se sensibilizem “quando a realidade é mais comovente” e extraiam “proteções advindas originariamente (diretamente) do texto constitucional”.⁴⁴ A interdependência do direito fundamental à saúde relaciona-o ainda a outros, tais como “privacidade, moradia, trabalho, alimentação” (Sarlet; Figueiredo)⁴⁵ e meio ambiente.

No plano internacional, há uma ilustração da interconexão do direito à saúde com outros direitos em relação à epidemia de Ebola na África ocidental, que foi considerada uma ameaça à paz e à segurança mundiais quando, “[e]m setembro de 2014, o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) criou a primeira missão sanitária de urgência da história..., com o beneplácito do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral”, lembra Deisy Ventura, para advertir que esse episódio de securitização da saúde global provocou o efeito adverso de ameaças a direitos fundamentais, visto que “[e]pisódios de discriminação de migrantes africanos foram relatados em diversos países”.⁴⁶ Essa autora relata ainda que, até 2016, a Organização Mundial da Saúde (OMS) havia, por quatro vezes, declarado “Emergência de Saúde

42 Constituição da Itália, art. 32; Constituição de Portugal, art. 64º; Constituição da Espanha, art. 43 (WEICHERT, 2004, p. 125).

43 SCARPA (2021, p. 283).

44 ACCA (2013, p. 137-138).

45 SARLET; FIGUEIREDO (2008, p. 39).

46 VENTURA (2016).

Pública de Importância Internacional (*ESPII*)”⁴⁷: em relação à gripe A (H1N1), em abril de 2009; em relação ao poliovírus e “ao risco de propagação ampliado por conflitos armados, em especial na Síria, cujos serviços de vacinação estão gravemente comprometidos”, em maio de 2014; em relação ao Ebola, em agosto de 2014; em relação ao vírus da Zika no Brasil e sua associação a transtornos neurológicos e malformações congênitas, em fevereiro de 2016.⁴⁸

No início de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou emergência de saúde pública de importância internacional por causa da pandemia de Covid-19 (coronavírus). Na sequência, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução 01/2020, de 10/04/2020, intitulada “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”, em que o direito à saúde é compreendido “como direito autônomo, não apenas como um adjetivo do direito à vida” (Ventura; Aith).⁴⁹ O direito à saúde talvez seja precursor da paulatina autonomia conferida aos direitos sociais pelo sistema interamericano (inclusive pela Corte Interamericana).⁵⁰ Em meados de 2024, a Comissão Interamericana, por exemplo, instou os Estados Unidos da América a “redobrar seus esforços para garantir os direitos à saúde reprodutiva das mulheres”, por causa de uma decisão judicial (a Corte Suprema “eliminou o direito de acessar serviços de saúde relacionados ao

47 A emergência de saúde pública de importância internacional está prevista no Regulamento Sanitário Internacional (OMS, 2005), aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 395/2009 e promulgado apenas pelo Decreto 10.212, de 30/01/2020, já durante a crise sanitária da Covid-19 (coronavírus).

48 VENTURA, *ibid.*

49 VENTURA; AITH, 2020.

50 FERRER MAC-GREGOR (2017, p. 65-66). Quanto à saúde sexual e reprodutiva, é citado o Caso *I. V. vs. Bolívia*, de 2016.

aborto”, no caso *Dobbs vs. WHO*); essa afirmação do direito à saúde no âmbito internacional apresentou uma intersecção de gênero.⁵¹

A partir da constatação de que as grandes questões de saúde pública já não estão mais confinadas ao âmbito interno dos Estados⁵², afirma-se um Direito Internacional Sanitário como área específica do Direito Internacional, constituído pelo “arcabouço jurídico-político” relacionado à saúde pública, de origem internacional, “dotado de uma principiologia e de novos instrumentos que lhe confirmam poder de sanção” (Ventura).⁵³

No plano institucional, destaca-se a Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma das mais tradicionais e importantes instituições da ONU e que tem como peculiaridade a competência para adotar regulamentos com possibilidade de incorporação automática, ou seja, “caso o Estado não aja deliberadamente contra um regulamento, formulando reservas ou recusando-o expressamente no prazo estabelecido pela notificação, esse ato normativo entrará em vigor para todos os Estados-membros no momento em que for notificada sua adoção pela Assembleia [Mundial da Saúde]” (Ventura).⁵⁴

As diversas facetas de um direito fundamental estão presentes no direito à saúde. Ele se apresenta como um direito “negativo” (de defesa), no sentido de que a saúde de alguém não seja colocada em perigo (“um direito à proteção da saúde... [que] resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores particulares”: (Sarlet;

51 CIDH. Disponível em: “<https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2024/147.asp>”. Acesso em: 2 nov. 2024.

52 VENTURA (2003, p. 262).

53 VENTURA (2003, p. 261 e 279).

54 VENTURA (2003, p. 265).

Figueiredo)⁵⁵, mas também no direito de negar-se a tratamento a que não se queira submeter⁵⁶. Ele também se apresenta como um direito “positivo” (prestacional), no sentido de obter um tratamento adequado⁵⁷, e como um direito de participação, em que paciente e terapeuta deliberam juntos acerca do tratamento.

No Brasil, é detalhada e avançada a disciplina constitucional do tema.⁵⁸ O acesso universal, igualitário (veja-se que a Constituição sequer condiciona o direito à saúde à nacionalidade, pois o estende a “todos”)⁵⁹ e integral às ações e serviços de saúde é entendido em princípio como gratuidade. Não é essa, porém, uma decorrência necessária da universalidade e igualdade de acesso, mas uma tendência encampada pelo sistema único de saúde pública (SUS).⁶⁰ Deve haver reembolso quando os pacientes provierem de planos privados.⁶¹ Marlon Weichert adverte para o risco de se transformar “o dever do Poder Público de prestar serviços integrais em um dispensador de produtos e prestações desconexas, atentando contra os preceitos também constitucionais que exigem uma atenção coletiva, equitativa e isonômica aos cidadãos”.⁶² Um dos critérios para a obtenção gratuita, em determinadas circunstâncias, pode ser a hipossuficiência.⁶³

55 SARLET; FIGUEIREDO (2008, p. 41).

56 WEICHERT (2004, p. 181).

57 ZAGREBELSKY; MARCENÒ; PALLANTE (2014, p. 237).

58 Constituição brasileira, art. 196 a 200; SCARPA (2021, p. 267).

59 SARLET; FIGUEIREDO (2008, p. 39-40); SCARPA (2021, p. 291).

60 *Ibid.*, p. 44-45.

61 WEICHERT (2004, p. 161-163). Lei 9.656/1998, art. 32: “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.”

62 WEICHERT (2010).

63 SCARPA (2021, p. 315-317).

O acesso universal e igualitário, como dever do Estado, implica uma responsabilidade solidária dos diversos entes da federação (União, Estados e Distrito Federal, Municípios).⁶⁴ A Constituição brasileira oferece garantias institucionais semelhantes às do direito à educação: a determinação de aplicação mínima, por parte de todos os entes da federação, de recursos financeiros “em ações e serviços públicos de saúde”⁶⁵, bem como a previsão de causa de intervenção em caso de não aplicação.⁶⁶⁻⁶⁷

O direito à saúde é um dos mais judicializados em nosso país. Mas também na Itália a judicialização do direito à saúde levou, por exemplo, à facilitação do acesso das mulheres a contraceptivos. Lá, esse direito fundamental inclui programas de ressonância magnética no exame de câncer, conforme aponta Hunt.⁶⁸

O Poder Judiciário e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm sido generosos na garantia do direito à saúde enquanto direito subjetivo⁶⁹, assegurando vagas em hospitais⁷⁰, o fornecimento de

64 Supremo Tribunal Federal, RE 195.192/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22/02/2000. Em 23/05/2019, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.” (RE 855.178/SE, redator para o acórdão Min. Edson Fachin).

65 Constituição brasileira, art. 198, §§ 2º e 3º.

66 Constituição brasileira, art. 34, VII, “e”, e art. 35, III.

67 ROTHENBURG (2010, p. 174-175); NUNES JÚNIOR (2009, p. 143-144); P. T. G. SILVA (2012, p. 180).

68 HUNT (2017, p. 21).

69 NUNES JÚNIOR (2009, p. 127-129); PANSIERI (2012, p. 118).

70 Supremo Tribunal Federal, AgRg AI 527.135/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26/06/2012.

medicamentos⁷¹, a realização de procedimentos⁷² etc. Inclusive as obrigações dos planos de saúde privados e a responsabilidade médica têm sido objeto de atenção judicial. Eventualmente, a falta de critérios conduz a excessos judiciais⁷³, como a determinação de que o Estado viabilize medicamentos e procedimentos não avalizados pela comunidade científica e pelas autoridades competentes, a concessão de produtos e serviços independentemente da condição econômica do paciente, a contemplação dos interesses da indústria farmacêutica⁷⁴. Embora o contexto orçamentário nem sempre seja avaliado de modo global e adequado, a fim de verificar se é suficiente a alocação de recursos, em comparação a outras despesas, e se tais recursos são aplicados com eficiência, os recursos financeiros comprometidos com a satisfação das determinações judiciais revelam-se significativos.

Na França, o Conselho de Estado reconheceu em 1996, ainda que excepcionalmente, que o “direito à proteção da saúde” pode assumir as características de um autêntico direito subjetivo, ao “proibir a deportação de um estrangeiro em situação irregular diante do perigo que ela significava para sua saúde”.⁷⁵

71 Supremo Tribunal Federal, AgRg RE 242.859-3/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 29/06/1999; AgRg AI 238.328-0/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16/11/1999; AgRg RE 271.286-8/RS, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/09/2000; AgRg RE 273.042-4/RS, rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 28/08/2001; AgRg RE 393.175-0/RS, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/12/2006; AgRg RE 534.908-0/PE, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 11/12/2007.

72 Supremo Tribunal Federal, RE 368.564/DF, redator p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgamento em 13/04/2011.

73 CAMPOS (2014, p. 331); ACCA (2019, p. 65-66).

74 QUINTAS (2016, p. 37-38). Vejam-se os acordos federativos relacionados à repartição de competências, nos termos do Tema 1234 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante 60).

75 HERRERA (2009, p. 83).

Na jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul, menciona-se o caso *TAC*, em que se impôs ao Governo que não restringisse a distribuição de medicamentos às mulheres grávidas soropositivas (portadoras do vírus HIV), pois o objetivo era evitar a contaminação dos recém-nascidos.⁷⁶

Na Índia, a Corte Suprema decidiu, em 1996, em favor da pretensão a tratamento de saúde por parte de uma pessoa que se ferira gravemente ao cair de um trem e que tentara obter atendimento público por seis vezes sem sucesso, sempre sob a alegação de que os hospitais não tinham condições adequadas ou leitos disponíveis. A pessoa acabou tendo de arcar com o tratamento em hospital privado. O Governo local foi condenado a pagar-lhe uma indenização pelos prejuízos sofridos e foi instado a formular uma política de cuidados médicos primários com referência específica ao tratamento de pacientes durante uma emergência. Embora a decisão tenha se baseado no art. 21 da Constituição indiana, que consagra o direito fundamental à vida, a Corte entendeu que estava incluída a obrigação de proporcionar, em tempo, o tratamento médico necessário para preservar a vida humana.⁷⁷

Em âmbito internacional, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos reconheceu expressamente a possibilidade de acionamento judicial do direito à saúde e considerou que o governo da Nigéria, ao facilitar e tolerar atividades de companhias petrolíferas, não cumpriu seu

76 *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 05/07/2002. Todavia, Cass R. Sunstein (2004, p. 211) não vê aí o reconhecimento de direito subjetivo dos indivíduos. Veja-se também BILCHITZ (2017, p. 220 e s.) e BOTELHO (2015, p. 183-184).

77 *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity & Ors v. State of West Bengal & Anor*: <<<https://www.escri-net.org/caselaw/2006/paschim-banga-khet-mazdoor-samity-ors-v-state-west-bengal-anor-cited-1996-air-sc-2426>>>. Acesso em 24/10/2017; STEINER; ALSTON (2000, p. 295).

dever de proteção em relação aos “problemas de saúde que pudessem advir da prática de tais atividades para o povo Ogoni”.⁷⁸

Em 2019, a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos apreciou um caso que envolvia um grupo de trabalhadores de uma empresa (laboratório) que foram contaminados por chumbo quando realizavam a análise química de amostras para determinar o teor de ouro e outros metais. O grupo acusava o Estado do Mali de não haver adotado as providências necessárias à proteção do direito a gozar dos mais altos padrões de saúde atingíveis.⁷⁹ Embora fosse um caso de direito à saúde, a Corte não o admitiu pela razão procedimental de que não haviam sido esgotados os meios jurisdicionais internos.⁸⁰

Como direito fundamental, o direito à saúde incide também nas relações entre particulares. Cibele G. Mateus elenca algumas situações, como a dos planos privados de saúde, que estão obrigados a oferecer uma cobertura mínima (a autora refere-se à inadmissível exclusão do tratamento da AIDS) – o que aponta para o respeito ao conteúdo mínimo do direito fundamental e ao mínimo existencial – e devem atender à proibição de retrocesso quando, durante a relação contratual, pretenderem oferecer a seus clientes uma cobertura menor ou pior; é citada também a restrição ao fumo (tabaco) que os particulares têm de observar em relação a outras pessoas.⁸¹

A importância e abrangência do direito à saúde acentuam a impertinência de sua qualificação estreita como direito social apenas.

78 BALDÉ (2017, p. 125); referência ao caso *Serac vs. Nigéria*.

79 A pretensão fundou-se os artigos 16 e 24 da Carta Africana e no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

80 Caso nº 42/2016 (*Collectif des Anciens Traillleurs du Laboratoire ALS X República do Mali*), julgamento em 28/03/2019. <<[http://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/222Ruling%20\(Jurisdiction%20-%20Admissibility\)%20in%20the%20Matter%20of%20ALS%20V.pdf](http://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/222Ruling%20(Jurisdiction%20-%20Admissibility)%20in%20the%20Matter%20of%20ALS%20V.pdf)>>. Acesso em 26 mai 2019.

81 MATEUS (2008, p. 138-152).