



#### JORGE CONTESSE

Jorge Contesse é pesquisador do Centro de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales, em Santiago, Chile. Atualmente, é Crowley Fellow em direito internacional dos direitos humanos, na Fordham Law School, em Nova York. Além de suas atividades acadêmicas, foi consultor da Fundação Ford, do Centro de Estudos de Justiça das Américas, do International Council on Human Rights Policy e da Human Rights Watch. É licenciado em direito pela Universidade Diego Portales. É advogado, mestre em direito e candidato a doutor em direito, pela Yale Law School.

Endereço: República 105, Santiago, Chile

e-mail: [jorge.contesse@udp.cl](mailto:jorge.contesse@udp.cl)



#### DOMINGO LOVERA PARMO

Domingo Lovera Parmo, é Diretor de Pesquisas do Centro de Direitos Humanos, Universidade Diego Portales ([www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl)), e professor da Escola de Direito da mesma universidade. É licenciado em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Diego Portales, Chile (2002) e mestre em direito pela Columbia University, Estados Unidos (2007, Human Rights Fellow).

Endereço: Universidad Diego Portales,

Facultad de Derecho República 105, Santiago, Chile

e-mail: [domingo.lovera@udp.cl](mailto:domingo.lovera@udp.cl)

#### RESUMO

Este trabalho apresenta algumas idéias relativas ao impacto que as decisões judiciais causam no sistema político. Diferentemente do que se costuma destacar do trabalho dos tribunais em matéria de direitos sociais, quando se põem em relevo os padrões e formas em que os tribunais os concebem para satisfazer as demandas de justiciabilidade desses direitos, os autores – que se centram no caso chileno – mostram como o litígio estratégico pode causar, apesar de resultados judiciais adversos, um impacto positivo na satisfação dos direitos sociais. Esse impacto depende mais da sensatez do sistema político para levar em conta a situação desesperada em que se encontram muitos de seus cidadãos, ou o temor da pressão política, do que das possibilidades que oferecem as grandes declarações provenientes dos tribunais.

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia Soares.

#### PALAVRAS-CHAVE

Tribunais – Direitos sociais – Direito à saúde – HIV/AIDS – Litígio de interesse público – Chile



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em [www.surjournal.org](http://www.surjournal.org).

# ACESSO A TRATAMENTO MÉDICO PARA PESSOAS VIVENDO COM HIV/AIDS: ÊXITOS SEM VITÓRIA NO CHILE

Jorge Contesse e Domingo Lovera Parmo

## 1. Introdução

Acesso à saúde e tribunais de justiça formam um par nada estranho. Experiências em todo o mundo, das quais as da África do Sul e da Índia são as mais conhecidas, nos ensinam como os tribunais de justiça têm sido atores fundamentais na realização do conteúdo normativo dos direitos sociais. Organizações da sociedade civil têm sabido utilizar o Poder Judiciário para promover a satisfação de seus direitos, algo que o sistema político simplesmente ignorou fazer, não obstante o estabelecido em tratados internacionais que esses Estados soberanamente assinaram.<sup>1</sup> Em geral, trata-se de grupos minoritários de um ponto de vista político – ou seja, grupos que encontram fortes entraves para que suas demandas sejam satisfeitas pelo “processo político” – e que optam por dar as costas a esse processo, preferindo os tribunais. Mas também ocorre o caso de grupos de pessoas que, sem ser necessariamente minoritários (com efeito, muitos desses grupos estão altamente organizados), têm seus direitos sociais insatisfeitos. Tal é o foco de nosso trabalho.

Entre esses grupos, temos pessoas vivendo com HIV/AIDS e suas demandas de acesso e cobertura por tratamento médico adequado. Parte importante dessas demandas foram levadas adiante por meio de estratégias de litígio de interesse público, talvez animadas pela experiência realizada nos Estados Unidos pela NAACP.<sup>2</sup> No caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, por exemplo, a Corte Suprema americana declarou a inconstitucionalidade da segregação escolar. Essas estratégias, como se sabe, procuram defender nos tribunais demandas às quais

---

Ver as notas deste texto a partir da página 164.

o processo político simplesmente (e às vezes, deliberadamente) não dá ouvidos; ou então demandas frente as quais o processo político nunca se colocou.

Essa estratégia não está livre de críticas. Como se observou com insistência, recorrer aos tribunais, brandindo a Constituição em prejuízo das demais disposições legais, para obter a satisfação das demandas de setores marginalizados ou de demandas que se entendem não justiciáveis, normalmente relativas à atribuição e re-atribuição de recursos financeiros, coloca um desafio importante para nossas formas de governo. A discussão em torno dessas estratégias de litígio centrou-se na correspondência que existiria entre tribunais e democracia. Assim, os países que tiveram tribunais mais ativos na satisfação de direitos sociais abriram um terreno fértil para a discussão sobre o papel dos tribunais frente a esse tipo de conflito. A pergunta que ronda com frequência é: que papel devem desempenhar os tribunais resolvendo essas demandas? E se têm um papel a desempenhar – como assumimos neste trabalho –, até onde devem chegar exercendo sua jurisdição? Basta que declarem a inconstitucionalidade das leis e dos programas de assistência quando violam a Constituição, ou devem forçar as legislaturas a aprovar planos de assistência (com o conseqüente reordenamento dos recursos fiscais)? E se optam por esta última solução, devem os tribunais imiscuir-se no projeto desses planos, por exemplo, monitorando o trabalho de ministérios e parlamentos? Trata-se de perguntas que receberam grande atenção na literatura comparada e que, cabe assinalar, ultrapassam em muito o objetivo deste trabalho. Nossa intenção nestas páginas é mais limitada: interessa-nos mostrar como é possível obter êxitos mesmo perdendo (judicialmente) os casos. Por meio do litígio é possível “incentivar” o processo político para que este receba e dê resposta às demandas dos grupos marginalizados, e para que dê resposta e discuta como se satisfazem demandas que, analisadas em um contexto legal específico, podem não ser simplesmente reclamadas em tribunais.

Tal é o contexto que apresenta o caso chileno: com uma Constituição redigida por especialistas designados pela Junta Militar de Governo e revisada, em última instância, pelo próprio Pinochet, o Chile – aluno exemplar em matéria de livre comércio – entrega a satisfação de direitos sociais, como a saúde e a educação, a um sistema em que os particulares têm o papel principal, cabendo ao Estado um papel apenas subsidiário, tal como quiseram Pinochet e seus associados.<sup>3</sup> Os casos sobre HIV/AIDS mostram de que maneira um sistema político resistente a atender certas demandas se vê de repente forçado por decisões judiciais que nem sequer reconhecem a existência de direitos a dar cabimento a esses reclamos, colaborando, mesmo sem sabê-lo, para fortalecer o regime de direitos e tornar assim mais robusta e inclusiva a democracia.

O plano deste artigo é o seguinte. Na primeira seção, analisamos rapidamente a situação dos direitos sociais no sistema constitucional e legal chileno (2). Embora eles sejam reconhecidos na Constituição, ficam à margem

da satisfação por meio da ação constitucional de proteção (equivalente ao amparo em outros países latino-americanos). Em seguida, relatamos os casos levados aos tribunais chilenos por pessoas vivendo com HIV/AIDS, as decisões judiciais sobre esses casos, e o impacto político que finalmente produziram anos de litígio (3). Trata-se de uma relação detalhada das estratégias de litígio utilizadas, e da resposta judicial a elas – como dissemos, negando a procedência dessas ações. Junto à resposta judicial, analisamos o impacto político dessas ações, e como esses casos redundaram eventualmente na postulação do governo chileno ao Fundo Global das Nações Unidas, com a colaboração das mesmas organizações que, em sede local, apontaram o Estado como responsável por suas omissões. No final, apresentamos algumas conclusões (4).

## **2. Direitos sociais no Chile: privatizando a proteção social**

No Capítulo III da Constituição chilena, intitulado “Dos Direitos e Deveres Constitucionais”, convivem direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>4</sup> Enquanto os primeiros se encontram protegidos por uma ação judicial específica, chamada no jargão constitucional chileno de “recurso de proteção”,<sup>5</sup> os direitos sociais são excluídos dela.<sup>6</sup> O “recurso de proteção” permite que as pessoas ameaçadas, perturbadas ou privadas no exercício legítimo de seus direitos (civis e políticos), sem importar de onde provenha esse ato (do Estado ou de outros particulares), e sem importar se se trata de uma ação ou de uma omissão que causa o agravo, recorram aos tribunais em busca de remédio judicial.<sup>7</sup>

Há várias razões que explicam porque os direitos sociais se encontram, apesar de reconhecidos pela Constituição, excluídos dessa proteção de emergência.<sup>8</sup> Em primeiro lugar, a Comissão encarregada de redigir os rascunhos da Constituição de 1980 – denominada “Comissão de Estudos para a Nova Constituição” (CENC) – entendia os direitos sociais de acordo com tese mais tradicional, isto é, como direitos positivos. Acolhia a idéia de que se tratava de uma categoria de direitos opostos aos denominados negativos – que seriam os civis e políticos – e cuja implementação requeria exclusivamente a intervenção governamental por meio da atribuição de recursos.<sup>9</sup> E isso era precisamente o que se queria apagar do mapa constitucional chileno: um Estado provedor de serviços sociais. Assim, por exemplo, um destacado constitucionalista chileno e membro da CENC, enquanto discutia o âmbito e alcance do “recurso de proteção”, observou que para que um direito mereça proteção “deve ser uma garantia à qual se tenha acesso pelo simples fato de viver neste território e que não dependa das prestações que deve subministrar o Estado”.<sup>10</sup>

Como sustentaram vários autores, existe uma falsa dicotomia entre direitos negativos – os civis e políticos – e direitos positivos – os sociais. Em praticamente

todos os direitos é possível encontrar necessidades de prestação social, sem importar se se trata de um chamado direito civil e político ou social. Assim, por exemplo, o direito de propriedade, que costuma ser apresentado como paradigma dos direitos civis e políticos, requer necessariamente ações positivas por parte do Estado para sua garantia, como é o estabelecimento de registros de propriedade; o mesmo ocorre com o direito ao devido processo, o qual, se não existir uma estrutura judicial que reúna certas características, não pode se entender como devidamente satisfeito.<sup>11</sup> Contudo, na doutrina e, conforme mostramos mais adiante, também na jurisprudência constitucional chilena, ainda persiste a idéia de que os direitos sociais são inteiramente distintos dos “verdadeiros” direitos e, conseqüentemente, não podem ser objeto de tutela judicial.

A segunda razão contra o reconhecimento dos direitos sociais se deve ao momento particular em que a CENC trabalhava as versões preliminares da Constituição. Naquela ocasião, seus membros, em especial os revisores finais do projeto – a Junta Militar, com Pinochet à frente – desconfiavam da cidadania e da política. Para eles, a “excessiva democracia” do início dos anos 70 havia sido a razão do fracasso do projeto popular de Salvador Allende. Nesse contexto, uma cidadania demasiado ativa e atenta à forma em que se projetavam e implementavam as políticas públicas constituía uma ameaça.<sup>12</sup> Pinochet via o Congresso, órgão que havia fechado depois de tomar o poder, como um espaço aberto à demagogia e ao populismo,<sup>13</sup> razão que mais tarde fundamentaria sua particular versão de “freios e contrapesos”: uma democracia “protegida”, que incluiria senadores nomeados, senadores vitalícios, um Conselho de Segurança com ampla participação das Forças Armadas e – sem dúvida, o legado mais duro de derrubar – um sistema eleitoral que altera a vontade popular, forçando a formação de duas coalizões políticas e deixando sem representação as vozes minoritárias.<sup>14</sup> Por isso, não é de estranhar que os direitos sociais tenham sido e continuem sendo entendidos, como mostra a vigência das concepções constitucionais da ditadura, como aspirações em vez de direitos.

Se, no conceito dos fundadores de nossa “democracia protegida”, os direitos sociais eram manifestações da política estatal, é evidente que se buscava evitar entregar aos cidadãos algum papel em sua discussão e implementação. E isso se obtinha, em parte, evitando dotar de justiciabilidade esses direitos por meio da ação constitucional de proteção.

A prática constitucional, uma vez recuperada a democracia, não apresenta um cenário melhor. Após a volta à democracia, instala-se uma visão “tecnocrática” dos direitos sociais, cuja satisfação fica entregue a programas impulsionados de maneira centralizada pela administração do Estado, a qual, embora em alguns casos abrace a noção de direitos para explicar essas iniciativas, na prática não consegue “empoderar” as pessoas às quais se dirigem esses programas.<sup>15</sup> Desse modo, os direitos sociais continuam relegados no espectro

constitucional, com um papel preponderante para o setor privado que administra prestações em saúde e previdência social, e com um Estado que, tal como observou o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, não parece entender bem de que trata a realização dos direitos sociais.<sup>16</sup> Não obstante, aconteceram nesse contexto algumas experiências que desfazem a lógica, até então sempre presente, de que as políticas públicas são projetadas e implementadas “desde cima”, e de ausência de diálogo entre atores institucionais e sociais. O litígio e a posterior aliança entre a sociedade civil e o Estado para dar cobertura universal a pessoas vivendo com HIV/AIDS talvez constitua a mais notória dessas experiências, a qual mostra, em algum sentido, como muitas vezes não basta bater nas portas para gerar esse diálogo.

### **3. O caso chileno: êxitos sem vitória?**

Durante os anos 80, a sociedade civil chilena pôs entre parênteses suas demandas particulares, sobrepondo o objetivo comum e urgente de derrubar a ditadura de Pinochet. Quando finalmente se alcançou esse objetivo, as demandas específicas de grupos da sociedade civil começaram a aparecer no espaço público.<sup>17</sup> Assim, em meados dos anos 90, diversas organizações da sociedade civil passaram a traçar agendas temáticas a favor de minorias usualmente discriminadas. Um dos setores que participou de maneira mais organizada desse processo foi o de pessoas vivendo com HIV/AIDS, as quais reclamavam (e reclamam ainda) maior atenção por parte do Estado. Somado à ignorância da população, causada, entre outras razões, pela falta de campanhas educativas e de informação sobre as características do vírus, as pessoas vivendo com o vírus da imunodeficiência humana se transformaram em um dos setores vulneráveis que cobrava visibilidade. Parte da estratégia com que essa minoria forçou o Estado a atender suas demandas, chegando a ajudar o Estado na formulação de políticas públicas sobre HIV/AIDS, foram os casos apresentados perante os tribunais de justiça e que desafiavam as concepções constitucionais prevalecentes.

A seguir, relatamos esses casos. Na primeira seção revisamos o argumento legal e constitucional de suas reclamações, a saber: enquanto o Estado não proovesse acesso ao tratamento médico a todos os indivíduos, o governo chileno estaria violando seus direitos constitucionais.<sup>18</sup> Na segunda seção, mostramos o impacto que esses casos tiveram no processo político.

#### ***A. Os casos sobre HIV/AIDS nos tribunais***

Entre 1999 e 2001, surgiram vários casos de pessoas de escassos recursos que exigiam do Estado a provisão gratuita de medicamentos para tratar a enfermidade.<sup>19</sup> Diante do silêncio dos poderes políticos – Legislativo e Executivo

–, os cidadãos decidiram tentar a sorte no Judiciário. Na época, o tratamento custava aproximadamente mil dólares, e à impossibilidade material de financiá-lo devia acrescentar-se muitas vezes o custo social que implicava deixar de ser um portador anônimo do vírus, ficando exposto ao estigma e à discriminação que no mundo existe contra as pessoas que vivem com HIV/AIDS.

Nos três anos de batalhas judiciais, as ações apresentadas foram “recursos de proteção”. Em 1999, foram apresentados três recursos solicitando aos tribunais que declarassem que o Estado incorria em responsabilidade por falta de serviço ao não prover medicamentos.<sup>20</sup> Junto com isso, se aduzia a violação do direito à vida que a Constituição assegura a todas as pessoas no Chile.<sup>21</sup> De acordo com a forma como o “recurso de proteção” se encontra configurado, conforme observamos antes, o direito à saúde não se encontra protegido pela Constituição. A Corte de Apelações, tribunal que conhece em primeira instância essas ações, por meio de um procedimento *sui generis* de admissibilidade que a Corte Suprema criou no início dos anos 90, declarou a improcedência da ação.<sup>22</sup> Sem entrar no mérito do assunto, a Corte declarou que o recurso era inadmissível por tratar-se de um assunto “que extrapola[va] as margens do procedimento de proteção”.<sup>23</sup> Assim, sem possibilidade de reverter o exame de admissibilidade, os apelantes viram simplesmente suas possibilidades de viver se esfumarem. Foi preciso que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interviesse, mediante uma solicitação de medidas cautelares,<sup>24</sup> para que o Estado chileno aceitasse proporcionar a terapia tripla aos demandantes. Apesar disso, os medicamentos não chegaram com a urgência necessária e um dos peticionários faleceu, enquanto outro, desesperado, optou por suicidar-se. Somente um deles pôde controlar o avanço da enfermidade e reverter a situação aguda em que se encontrava.

Um ano mais tarde, 24 pessoas voltaram a buscar o reconhecimento legal de seu direito de receber tratamento integral e gratuito para HIV/AIDS. O segundo grupo de casos foi apresentado sob consideração da própria “jurisprudência” dos tribunais chilenos.<sup>25</sup> Resolvendo uma série de casos que envolviam o direito à vida, os tribunais haviam indicado que esse direito era “absoluto”.<sup>26</sup> Dentro desse contexto, os apelantes argumentavam que, assim como o haviam reconhecido os tribunais, o direito à vida é absoluto e, por conseguinte, gera responsabilidades não somente negativas para o Estado, mas também positivas. Além disso, era incluído um argumento baseado em um desconhecido decreto supremo, baixado pelo governo militar do general Pinochet em 1984, que obrigava explicitamente todos os serviços de saúde a dar tratamento integral e gratuito aos pacientes com enfermidades de transmissão sexual, entre elas, o HIV/AIDS.<sup>27</sup> Em uma cultura altamente formalista, pensava-se que, agora sim, diante de uma norma clara e precisa, os tribunais dariam lugar à petição. A isso se somava a ampla cobertura que a imprensa deu aos

casos em 1999, o que permitiu que mais pessoas decidissem levar seus casos até os tribunais, gerando conseqüentemente maior sensibilidade social para o problema.

No entanto, os tribunais fecharam novamente a possibilidade aos demandantes. Para o tribunal que examinou o caso em primeira instância, não se tratava de um assunto que envolvesse a proteção do direito humano à vida, mas de uma questão sobre proteção da saúde; e, ao não estar o direito à saúde amparado pelo recurso de proteção, a demanda devia ser recusada. Como entendia que se tratava de um caso de direito à saúde, o tribunal invocou um contexto de recursos econômicos limitados – como havia argumentado o Estado – que, em seu conceito, justificava negar a admissibilidade da ação a fim de não intervir na decisão que compete a organismos técnicos da Administração (quanto investir, em que investir e como fazê-lo). Mas junto com esse argumento que, embora discutível, não repugna à razoabilidade que se espera dos tribunais de justiça, a corte observou que a ameaça à vida que os apelantes reclamavam não provinha do Estado e do limitado acesso a tratamentos médicos, mas “da enfermidade de que, lamentavelmente, padecem [os apelantes] [...] sem que possa estimar como [arbitrárias e ilegais] as omissões que se atribuem aos Serviços de Saúde e ao Ministério respectivo”.<sup>28</sup> Dessa maneira, o tribunal dizia o óbvio: a ameaça à vida provém da enfermidade mortal de que padecem os demandantes, mas ao ser interpelado para que pusesse em marcha os mecanismos institucionais de proteção das pessoas, preferiu olhar para o lado. Cabia ao Executivo, e não ao Judiciário, decidir sobre a melhor maneira de destinar fundos para esse problema que, parecia sugerir a sentença, os próprios apelantes haviam procurado. Ademais, e o que significava uma espécie de limitação à procedência dessas ações para a defesa de grupos de pessoas, o tribunal estimou que não se podia apresentar o recurso de proteção como ação coletiva, ou de classe, a favor de um número indeterminado de pessoas em proteção de interesses difusos.<sup>29</sup> A Corte Suprema confirmou essa decisão e, novamente, os demandantes tiveram de apelar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Um ano depois da apresentação perante o organismo internacional, cinco dos 24 apelantes já haviam falecido.

Em 2001, foi apresentado um novo recurso de proteção a favor de três pessoas com alto grau de avanço do vírus. Argumentava-se, uma vez mais, que a falta de provisão de medicamentos por parte dos serviços de saúde provocava o risco de morte dos apelantes e que era uma obrigação constitucional e legal do Estado dar a devida proteção a essas pessoas. O papel que os meios de comunicação cumpriram nessas campanhas também foi muito relevante: deram cobertura aos fatos, permitindo que a sociedade chilena se inteirasse do drama humano daqueles que viviam com HIV/AIDS e, conseqüentemente, do dever social que para com eles tinham o Estado e a comunidade. Foi nesse contexto

que veio a primeira (e única) vitória judicial. A Corte de Apelações de Santiago, mesmo tribunal que havia negado por dois anos consecutivos as ações, mas dessa vez através de uma câmara distinta, considerou que se tratava de um caso de direito à vida, não de saúde, e que as alegações do Estado, no sentido de que não se podia fixar a designação de recursos fiscais por meio dos tribunais de justiça, eram improcedentes, uma vez que o direito humano à vida, tal como haviam sustentado anteriormente outros tribunais, “é um direito de caráter absoluto e à margem de toda possibilidade de negociação patrimonial”.<sup>30</sup> Pela primeira vez, os tribunais davam suporte àqueles que haviam visto todas as portas institucionais se fecharem, abrindo espaços para que os grupos vulneráveis e marginalizados da deliberação política sonhassem em apresentar suas demandas postergadas de reconhecimento e proteção.

A alegria, contudo, não durou muito. A Corte Suprema, atuando como tribunal de apelação, revogou a decisão, argumentando que não se tratava de um caso de direito à vida, mas de direito à saúde e, como tal, estava excluído da tutela de “proteção”. Não obstante o risco iminente de morte dos demandantes, confirmado por certificados médicos, a Corte manteve a linha de considerar esses casos como “fora das margens do recurso de proteção”. Sendo esse o caso, prosseguia a Corte, tratava-se de um assunto que “diz respeito às autoridades de saúde [encarregadas de] levar à prática as políticas de saúde projetadas e implementadas pela Administração do Estado de acordo com os meios de que disponha para eles e com outros parâmetros que não cabe elucidar por esta via”.<sup>31</sup> A Corte Suprema, então, naquilo que foi a doutrina central da sentença, declarou, primeiro, que existia uma clara dicotomia (e inclusive uma tensão) entre o direito à vida e o direito à saúde, e, em segundo lugar, que não era sua faculdade examinar a forma como o Executivo projetava e implementava suas políticas – neste caso, referentes à prevenção e à proteção do HIV/AIDS. Assim, ficava novamente sepultada a via judicial para os apelantes: as políticas públicas e o direito correm, disse a Corte Suprema, por trilhos separados.

Tratou-se de uma forma elegante de descartar o caso. Todavia, importou também em um novo motivo para se ter ainda mais dúvidas sobre quais são as verdadeiras razões que governam as decisões da Corte Suprema no momento de resolver casos envolvendo evidente interesse público.

### *B. Os casos na política*

O caso transcendeu os tribunais e, apesar da derrota na justiça, a causa das pessoas vivendo com HIV/AIDS estava instalada no debate público e o governo não podia desatender os reclamos como havia feito até então. Assim, as organizações da sociedade civil continuaram com sua pressão e, ajudadas pelos meios de comunicação e o debate acadêmico, que acompanhou atentamente o

comportamento dos diversos atores institucionais, persuadiram o governo a sentar junto e projetar políticas que permitissem corrigir os erros em que incorria o sistema público de saúde. Uma agenda sobre HIV/AIDS acordada entre atores sociais e institucionais tomou forma e, dessa maneira, criou-se *momentum* para que o Chile adotasse uma posição mais agressiva no combate dessa pandemia. O Estado, junto com organizações não-governamentais,<sup>32</sup> solicitou fundos concursáveis das Nações Unidas para financiar o acesso universal às terapias triplas, tal como ordenava a lei, a Constituição e, aparentemente, a moralidade social. Foi então que, “[no] terceiro trimestre de 2001, se iniciou um novo processo de melhoria [...] que permitiu incorporar novas pessoas a esquemas de associação tripla”.<sup>33</sup>

Conforme o documento citado, “esse aumento na cobertura de terapias triplas foi obtido a partir de um processo de negociações com as empresas farmacêuticas que conseguiu uma média de 50% de descontos nos preços dos medicamentos e o aumento do orçamento nacional para [pessoas vivendo com HIV/AIDS] de 33% para o ano de 2002”.<sup>34</sup> Mas essa é uma parte da história. Pois, junto com ela, as demandas que chegaram aos tribunais, a compilação que a imprensa fez das situações humanas por trás dos casos que, nos tribunais, não recebem mais do que um número de lista ou causa, e a negociação que ocorreu entre grupos de interesse e autoridades do Estado permitiram que as políticas públicas nessa área tomassem este e não outro caminho.

Vivo Positivo, por exemplo, uma ONG patrocinada pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales nas ações de proteção ajuizadas, terminou sendo um ator relevante no projeto e na implementação das (novas) políticas estatais voltadas a pessoas vivendo com HIV/AIDS. As ações judiciais abriram um novo cenário no qual “[nós, grupos de pessoas vivendo com HIV/AIDS, fomos recebidos] para dialogar com nossas [então] contrapartes mais imediatas, relacionadas com o Ministério de Saúde, isto é, a CONASIDA, os diretores de hospitais, os encarregados de programas HIV. [...] Antes não estávamos sentados à mesma mesa, nem sequer estávamos sentados”.<sup>35</sup>

Assim, essa ONG esteve a cargo de uma das seções do projeto chileno apresentado ao Fundo Global: a seção relativa à capacitação e ao desenvolvimento de condições necessárias para a integração social dos grupos de pessoas vivendo com HIV/AIDS.<sup>36</sup> Ademais, é interessante notar que a Vivo Positivo cumpriu um papel fundamental no “controle social” da execução do projeto chileno do Fundo Global. Por meio de consultorias técnicas, a Vivo Positivo se instalou nos hospitais com o fim de promover a participação de mulheres e, em meio a uma crise de provisão, se reuniu para trabalhar no projeto das políticas públicas com “todos os atores relevantes do processo de compra, distribuição e monitoramento dos tratamentos”.<sup>37</sup>

Não foi somente a Administração que sentiu o golpe. O Parlamento

também agiu, aprovando, no final de 2001, uma lei sobre HIV/AIDS<sup>38</sup> que estabelece que corresponde ao Ministério de Saúde “a direção e orientação técnica das políticas públicas na matéria”, isto é, “elaborar, executar e avaliar” essas políticas, com especial ênfase na prevenção da discriminação e no controle da “extensão dessa pandemia”.<sup>39</sup> O artigo 6º da lei coloca nas mãos do Estado o dever de “velar pela atenção das pessoas portadoras ou enfermas com o vírus”, e de criar políticas públicas adequadas.

A origem dessa regulamentação pode ter ao menos duas leituras. Em primeiro lugar, é possível pensar que a ênfase excessiva da lei no Executivo (através do Ministério de Saúde), como “o” promotor e programador das políticas públicas, impede que os tribunais, no futuro, possam novamente tentar forçar o Estado a dispor de recursos fiscais escassos. Haveria aqui um interesse de restringir o âmbito de ação dos tribunais em benefício das decisões políticas do Congresso e técnicas da Administração. Em segundo lugar, é possível pensar que essa lei tem sua origem no impacto que os casos geraram no sistema político, e que os parlamentares, genuinamente, decidiram resolver um assunto que antes haviam preferido (no mínimo) evitar.<sup>40</sup> Embora alguns parlamentares tenham levado alguns anos tentando promover legislação de prevenção e proteção do HIV/AIDS, a oportunidade criada por esse novo cenário – de ampla conscientização social – deu o impulso definitivo necessário para finalmente contar com uma lei especializada na matéria.<sup>41</sup>

Talvez haja um pouco de ambas as razões. Não obstante, uma leitura mais cuidadosa poderia inclinar a balança (levemente) para a segunda razão aqui sugerida. Isto é, há razões para acreditar que a aprovação da lei sobre HIV/AIDS respondeu a uma vontade genuína de assumir um “problema” que o Congresso, observando passivamente, havia deixado nas mãos dos tribunais e do Executivo. Assim, por exemplo, a lei estabelece para as instituições públicas de saúde a obrigação de oferecer aos beneficiários do sistema “as prestações de saúde que requeiram”,<sup>42</sup> agregando, em suas disposições transitórias, que as pessoas vivendo com HIV/AIDS serão beneficiárias de uma bonificação fiscal que equivalerá ao montante que tenham pago por direitos e impostos produto da importação de medicamentos caros.<sup>43</sup> Embora não estabeleça a entrega gratuita de medicamentos (que está coberta pela postulação chilena ao Fundo Global), trata-se sem dúvida de um avanço que – e queremos insistir nisso – não fossem os anos de litígio, talvez nunca tivesse ocorrido.

Nesta seção, quisemos demonstrar o impacto do litígio de pessoas vivendo com HIV/AIDS tanto sobre a Administração do Estado, como sobre o Parlamento. Isso responde a um duplo objetivo. De um lado, em termos descritivos, a idéia foi mostrar como é possível causar impacto no processo político por meio de uma estratégia de litígio de interesse público. Por outro lado, nossa intenção foi de chamar a atenção sobre como os regimes políticos e

de governo latino-americanos, marcados pelo que Carlos Nino chamou de “hiperpresidencialismo”, tendem a tornar mais complicada a defesa de demandas que se mantiveram à margem do debate público. O “golpe” que o litígio causa, ou procura causar, deve convencer a mais dois atores – atores que muitas vezes não estão dispostos ao diálogo institucional.<sup>44</sup>

#### 4. Conclusões: três lições sobre o impacto político do litígio

Várias são as lições que podem ser extraídas do litígio e da posterior negociação política em torno dos casos sobre acesso a medicamentos para pessoas vivendo com HIV/AIDS. A seguir, reconstruímos um pouco da história desses casos, em tom de conclusão: interessa-nos, sobretudo, destacar a importância da estratégia de apresentar casos que versam *prima facie* sobre a proteção do direito à saúde como proteção do direito à vida; a influência decisiva que a sociedade civil organizada pode exercer sobre os processos políticos e sociais; e como esse mesmo trabalho organizado é capaz de tirar o sistema político da letargia.

Em primeiro lugar, cabe destacar a estratégia persistente dos litigantes de apresentar seus casos de maneira diferente: enquanto os demandantes insistiam em que os casos sobre acesso a terapia tripla eram casos em que estava em jogo (o direito a) a vida dos apelantes, o governo e os tribunais sempre alegaram que se tratava de casos sobre direito à saúde. A razão para escolher um ou outro direito, como explicamos, tem a ver com as diversas possibilidades de êxito judicial que se inferem de uma e outra forma de entender os casos. Ao ser apresentada como uma questão que envolve o direito à vida, a ação constitucional de proteção é procedente e, ademais, pode apoiar-se em algumas sentenças prévias dos tribunais em que eles mostraram presteza para dotar esse direito de uma ampla proteção. Ao contrário, ao ser apresentada como um problema de direito à saúde, os tribunais podiam rapidamente descartar os casos, apoiados na tese que acompanhou a história constitucional chilena recente, isto é, que ao se tratar de um direito para cuja satisfação se exige atribuir recursos fiscais, não cabe à justiça, mas à Administração, decidir a maneira como esses (escassos) recursos serão redistribuídos.

O certo é que as posturas que se acreditam antagônicas respondem, antes de tudo, mais a estratégias de litígio do que a uma correta interpretação do que os direitos fundamentais exigem. Já dissemos que a divisão taxativa entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais é considerada superada na teoria dos direitos humanos. E isso não é somente produto de exercícios academicistas: parece ser senso comum compreender que se o Estado é negligente ao proteger a saúde das pessoas, mais cedo ou mais tarde serão geradas condições que colocarão em perigo a vida mesma dos cidadãos. Como vimos, a resposta dos tribunais chilenos (tal como a atuação dos litigantes) era extremadamente

formalista: importava no que a Constituição, a lei e, em especial, aquele decreto supremo diziam sobre as obrigações estatais, mais que os argumentos de mérito, que tinham a ver com a demanda desesperada que aquelas pessoas com HIV/AIDS articulavam para reclamar por sua existência. Visto em retrospectiva, parece um despropósito argüir inadmissibilidades, ou a inexistência de ações de proteção de interesses difusos, com o propósito de fechar a porta às reclamações que os cidadãos organizados fazem ao Estado.

A melhor prova de que o Poder Judiciário, se quer algo, pode fazê-lo, é a sentença pronunciada meses antes para proibir a distribuição da pílula do dia seguinte: os argumentos ali utilizados tinham plena cabida nos casos sobre HIV/AIDS, mas esta última situação, por razões que escapam às especulações deste trabalho, mas que não são difíceis de imaginar, parecia menos digna de atenção. O mesmo senso comum, mas dessa vez amplificado graças à atenção que os casos receberam na imprensa chilena, foi mais que suficiente para que o Estado entendesse que não era uma opção real se satisfazer com as sentenças que os tribunais haviam pronunciado. Era preciso fazer mais. Nesse sentido, embora os juizes não tenham porque ir contra o que dispõe a lei ou a Constituição, os casos narrados mostram de que maneira a realidade supera em muito o direito, tornando a divisão entre direito à vida e direito à saúde uma classificação obsoleta. Em lugar de ajudar a entender melhor as coisas, essa divisão só as complicou e, de passagem, tornou a vida dos apelantes pior do que já era. Em alguns casos, essa distinção serviu simplesmente para acabar com a vida de pessoas que viam no Poder Judiciário uma possibilidade de recuperar sua postergada e sofrida existência.

A segunda lição que se depreende dos casos sobre HIV/AIDS no Chile tem relação com o potencial que pode ter a sociedade civil quando atua organizadamente e, o que é mais importante, em aliança com atores institucionais. No começo, a organização não-governamental que promoveu as ações se postou “contra” o Estado, denunciando-o inclusive perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão frente à realidade de cidadãos que, não obstante estar amparados por direitos constitucionais e regulamentações administrativas, morriam em conseqüência da ação negligente do Estado. Os três anos seguidos de litígio puseram em diálogo, embora com resultados limitados, os diversos poderes do Estado com a sociedade civil, propondo variados argumentos políticos, legais e constitucionais. Todos esses argumentos redundaram em um fato sem precedentes: a postulação do Estado do Chile, em conjunto com uma organização da sociedade civil, a fundos das Nações Unidas para fazer frente ao problema de falta de acesso a medicamentos. O notável é que a mudança de estratégia, da confrontação para a franca colaboração, pode sugerir, em princípio, que é melhor tentar aproximações com o Estado. No entanto, não nos parece que seja possível tirar essa conclusão

sem olhar em detalhes o contexto do caso e suas características particulares. Em outras palavras, é difícil dizer com certeza qual teria sido o resultado, caso o Estado do Chile tivesse deixado de intervir em ao menos uma sentença favorável aos demandantes, reconhecendo com clareza a violação de seus direitos fundamentais. Contudo, a posição negociadora dos apelantes certamente se teria debilitado.

Finalmente, é interessante recordar que uma das principais razões apresentadas para criticar os tribunais que “levam os direitos sociais a sério” foi a de apontar que eles não devem intervir em funções que são próprias das autoridades com representação e legitimidade das quais, se argumenta, os tribunais carecem.<sup>45</sup> No fim das contas, a administração de medicamentos para pessoas vivendo com HIV/AIDS envolve quantias importantes de recursos fiscais que, se supõe, devem ser destinados a gastos somente depois de intensas e, às vezes, extensas, discussões políticas. O Parlamento e a Administração estão, primeiro, em condições técnicas de projetar essas políticas e, segundo, são esses órgãos e não outros nos quais se deposita a faculdade para discutir a forma e o momento em que os recursos (sempre escassos) devem ser utilizados. Embora o objeto deste trabalho escape à consideração detalhada de tais críticas,<sup>46</sup> parece necessário destacar a maneira em que o litígio organizado de interesse público é capaz de impactar o “processo político” que anos antes não dava ouvidos às demandas ou preferia entender que as demandas ali apresentadas eram simplesmente “não justiciáveis”.

Este impacto desejável, e acaso moralmente justificado, para aqueles cujas demandas não são ouvidas, como no caso das demandas de pessoas vivendo com HIV/AIDS, não requer apenas uma sociedade civil organizada. Necessita, além disso, de um sistema político que seja suficientemente sensato e sensível para perceber que tem em suas mãos um problema para resolver, qual seja, neste caso, o fato de que membros de sua comunidade morrem em decorrência de uma ação estatal inoportuna.<sup>47</sup>

Anos de litígio nos tribunais nacionais levaram a Administração a postular ao Fundo Global das Nações Unidas, e o Parlamento a promulgar uma lei especial sobre pessoas vivendo com HIV/AIDS, saindo assim o Estado de sua letargia e ouvindo os chilenos e, no fim, oferecendo resposta, embora em vários casos de maneira tardia, àqueles que constitucionalmente prometeu proteger, mas cujas demandas tantas vezes entrouvava. A luta por obter acesso a medicamentos para pessoas com uma enfermidade grave, que começou em âmbito judicial, foi adotando distintos caminhos, até finalmente sair vitoriosa pela ação, muitas vezes não deliberada, de atores institucionais e sociais que respondiam a suas próprias agendas e que, de forma notável, terminou coincidindo em um objetivo impossível de não se atender: dar proteção social a quem vive marginalizado do debate político e legal.

## NOTAS

---

1. Como é, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prescreve, em seu artigo 2.1, que “cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.
2. National Association for the Advancement of Colored People (Associação Nacional para o avanço das pessoas de cor).
3. Essa é a leitura que a doutrina constitucional chilena fez do artigo 4º, inciso 3º da Constituição, que dispõe que “o Estado reconhece e ampara os grupos intermediários através dos quais se organiza e estrutura a sociedade e lhes garante a adequada autonomia para cumprir seus próprios fins específicos”.
4. CHILE. *Constituição Política da República do Chile*, Santiago, 1980, Capítulo III.
5. O “recurso de proteção” é o equivalente ao amparo na Argentina, México ou Peru, à tutela na Colômbia, ou ao mandato de segurança, no Brasil.
6. CHILE. *Constituição Política da República do Chile*, Santiago, 1980, artigo 20 (estabelecendo quais são os direitos protegidos, e quais não). Embora os direitos sociais fiquem fora do alcance do recurso de proteção, esta ação judicial permite que uma faceta de tais direitos seja reclamável em sede judicial, a saber, a liberdade de escolher estabelecimentos educacionais para onde enviar os filhos, a liberdade de escolher o tipo de trabalho a realizar ou o acesso igualitário às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde: mas, se entende, na medida que estas se encontrem disponíveis.
7. Existe outra ação constitucional denominada “recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade”. Por meio dela, o Tribunal Constitucional pode declarar que uma lei é inaplicável para o caso concreto em que se pronuncia. Uma vez declarada a inaplicabilidade, o mesmo tribunal, de ofício ou a pedido de qualquer pessoa, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, excluindo-a do ordenamento jurídico.
8. Parte dessas idéias foi apresentada em LOVERA PARMO, D. *El Informe de Chile ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el Papel del Derecho*. Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, n. 1, 2005, p. 168-69.
9. Sobre a discussão acerca dos direitos sociais em cartas constitucionais, ver HARE, I. Social rights as fundamental rights. In: HEPPLE, B. (ed.). *Social and labour rights in a global context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 153; DAVIS, D. M. The case against the inclusion of socio-economic demands in a Bill of Rights except as directive principles. *South African Journal of Human Rights*, Johannesburg, v. 8, 1992, p. 475- 490.
10. CHILE. Actas de Sesiones Comisión Constituyente, reimpressas em SOTO, E. *El Recurso de Protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 508.
11. HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W. W. Norton & Co., 255 p., 1999, p.15.

12. O mesmo Pinochet havia “recomendado” aos redatores do projeto constitucional que diminuíssem o papel dos partidos políticos. MOULIAN, T. *Chile: Anatomía de un Mito*. Santiago: Lom Ediciones, 386 p., 1997, p. 242.

13. Ibid, p. 243.

14. A respeito, ver CONTESSE SINGH, J. *Dos Reflexiones sobre Diecisiete Años de Democracia*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 2007 (no prelo).

15. VER CONTESSE, J. & DELAMAZA, G. *Pobreza y Derechos Humanos: análisis de dos programas sociales*. Documento de Trabajo, Programa Ciudadanía y Gestión Pública, n. 15, Univ. de Los Lagos, Santiago, 2005.

16. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conselho Econômico e Social, Observações Finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Chile, 26 de nov. de 2004, E/C. 12/1/Add. 105 (Concluding Observations/Comments), par. 12, 19, 25, 26 e 28.

17. CONTESSE, op. cit.

18. Nos recursos se reclamou a violação de seus direitos à igualdade (não existia um procedimento claro acerca da forma como as pessoas teriam acesso aos tratamentos. Em alguns hospitais, o procedimento simplesmente era “o que chega primeiro uma vez que se abra uma vaga”) e à vida (o direito à vida não implica apenas obrigações negativas – não matar –, mas também deveres positivos – manter as condições de saúde que permitam um gozo da vida das pessoas).

19. As ações aqui relatadas foram patrocinadas pela Clínica de Interesse Público e Direitos Humanos da Universidade Diego Portales, em representação da organização Vivo Positivo. O que os demandantes solicitavam era que os serviços públicos de saúde lhes fornecessem a terapia tripla. Trata-se de uma combinação de medicamentos que permitem deter o avanço do HIV, principalmente por meio da inibição da protease. Como aponta um documento do Comitê Consultivo da AIDS, “a ação simultânea e sustentada da triterapia evita a criação de resistência, aumenta as defesas do organismo e permite que o vírus deixe de se reproduzir até torná-lo quase indetectável, o que significa que os pacientes podem manter-se mais tempo saudáveis e levar uma vida praticamente normal, sem risco de morte iminente”. COMITÊ CONSULTIVO DE AIDS. *Revista Chilena de Infectologia*, 1998, p. 183, citado em ZÚÑIGA, A. El interés público del derecho a la vida. In: GONZÁLEZ, F. (ed.). *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2002.

20. Em alguns casos, os serviços de saúde ficavam sem estoque de medicamentos e por isso, segundo os demandantes, o Estado não atuava diligentemente, organizando a entrega de medicamentos de modo inadequado.

21. Conforme dispõe o artigo 19, n. 1, inciso 1º da Constituição Política da República de Chile: “A Constituição assegura a todas as pessoas: 1. O direito à vida e à integridade física e psíquica da pessoa”.

22. O “recurso de proteção” foi originalmente concebido como uma ação informal. Seu propósito era permitir que qualquer pessoa tivesse acesso aos tribunais com o objetivo de exigir a proteção de seus direitos fundamentais. A Corte Suprema, no entanto, e sem que existisse delegação constitucional nesse sentido, estressada pela quantidade de recursos interpostos, decidiu estabelecer um procedimento de admissibilidade; uma declaração prévia por meio da qual os tribunais de apelação, sem fazer nenhum tipo de pronunciamento substantivo, devem determinar se a representação possui justificação

plausível. CHILE. *Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales*. Corte Suprema, 24 de jun. de 1992.

23. ZÚÑIGA, op. cit., p. 108.

24. Em casos de “extrema gravidade e urgência”, uma pessoa pode comparecer perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e solicitar que ela conceda medidas que protejam seus direitos fundamentais, quando o Estado do que ela é nacional não oferece tal proteção. Neste caso, como se sabe, o risco era vital. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José, Costa Rica, 7 a 22 de nov. de 1969, artigo 48.2.

25. Dizemos “jurisprudência”, assim entre aspas, pois no Chile não existe sistema de precedentes (*stare decisis*). Os argumentos contidos nas decisões judiciais, sejam do mesmo tribunal, sejam de tribunais superiores, possuem apenas uma força retórica, e por isso mesmo dependerão, em sua utilização, de quão receptivo seja o tribunal ao qual sejam apresentadas essas decisões anteriores. No caso particular do direito à vida, conforme dissemos, era possível extrair uma espécie de racionalidade de decisões anteriores de tribunais chilenos pronunciadas em casos sobre direito à vida, de características similares (o detalhe se explica na nota seguinte).

26. CHILE. *Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol nº. 167-84 (“[...] é de direito natural que o direito à vida, é o que temos a que ninguém atente contra a nossa, mas de nenhum modo consiste em que tenhamos domínio sobre nossa vida mesma, em virtude do qual pudéssemos destruí-la se quiséssemos, mas na faculdade de exigir dos outros, a inviolabilidade dela.”); CHILE. *Corte de Apelaciones de Santiago*, 30 de out. de 1991, Rol nº. 17.956 (“é dever imperativo das autoridades públicas velar pela saúde e pela vida das pessoas que formam sua sociedade. Isso não só supõe que o Estado deve abster-se de afetar a vida dos membros de sua comunidade, como implica também o dever de adotar medidas positivas de proteção, ‘princípios foram recolhidos pela legislação de menor hierarquia que a constitucional e, para tanto, suficiente é citar o Código Penal que em seu artigo 494 nº. 14 sanciona como ‘delito falta’ a circunstância de não socorrer ou auxiliar uma pessoa que se encontre ferida, maltratada ou em perigo de perecer, e em circunstâncias de que se encontre em despovoado.”); CHILE. *Corte de Apelaciones de Copiapó*, 24 de mar. de 1992, Rol nº. 3.569 e *Corte Suprema*, 27 de maio de 1992, Rol nº. 18.640 (“[...] a vida é garantida pela Constituição na medida que possa privar-se dela o indivíduo por agentes estranhos a ele, por um atentado de terceiros, resultando evidente que se encontrava o paciente seriamente ameaçado, pela atitude da recorrida, no direito à vida e integridade física e psíquica, uma vez que de permanecer nesta condição, se pode inferir a progressiva deterioração na saúde e um possível desenlace fatal se não se der o tratamento aconselhado por seu médico, arriscando-se desnecessariamente a vida do enfermo”); CHILE. *Corte de Apelaciones de Santiago*, 20 de out. de 1999, Rol nº. 3.618 (“[...] a negativa dos pais de repor o sangue perdido põe em grave perigo sua vida [do filho] e é ilegal porque priva da integridade física e da vida uma pessoa, o que se encontra garantido no nº. 1 do artigo 19 da Constituição”, ordenando, por isso, “que os médicos que têm a seu cargo o menor e que realizaram as intervenções cirúrgicas necessárias para restabelecer sua saúde, possam efetuar as transfusões de sangue e/ou hemoderivados que se estimem pertinentes”). Para uma análise dessas sentenças, ver GÓMEZ, G. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.

27. CHILE. Decreto Supremo n. 362. *Reglamento sobre doenças transmissíveis sexualmente*. Ministerio da Saúde, 7 de maio de 1984.

28. CHILE. *Corte de Apelaciones de Santiago*, 6 de nov. de 2000, Rol nº. 1.705, 1.825 e 1.905.
29. Embora a ação judicial tivesse um potencial para alcançar mais pessoas, ela não foi apresentada em nome de pessoas indeterminadas, mas em representação de 24 pessoas plenamente individualizadas. Novamente, a Corte, para negar o recurso, respondia a argumentos não expostos pelas partes.
30. A corte agregou que “estabelecer uma ordem de prioridade para que os portadores de [vírus de] imunodeficiência humana (HIV) tenham acesso ao tratamento farmacológico que lhes permitirá viver, baseado em razões técnicas, mas determinado no fim por razões econômicas, é jurídica e moralmente inaceitável, pois estabelece, necessariamente, uma discriminação arbitrária entre pessoas que se encontram em uma mesma situação”. CHILE, *Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de ago. de 2001, Rol nº. 3.025.
31. CHILE. *Corte Suprema*, 9 de out. de 2001, Rol nº. 2.186.
32. O projeto apresentado pelo Chile se realizou “através do Comitê País, equipe composta por representantes de Vivo Positivo, Conasida, Organização Pan-americana da Saúde e Universidade de Chile, que tem a propriedade e condução política do projeto Fundo Global-Chile”. Proyecto Fondo Global, componente fortalecimiento Sociedad Civil. *Revista Vivopositivo*, Santiago, ano 3, n. 9, 2003, p. 16.
33. CHILE. Comissão Nacional de AIDS/Ministério da Saúde. *Estrategia de Atención Integral a Personas que Viven con VIH/SIDA*. Santiago, p. 6. Disponível em: <<http://www.conasida.cl/docs/conasida/adinteg.pdf>>. Visitado em: 01 de dez. de 2007.
34. Ibid.
35. Haciendo Historia. *Revista Vivopositivo*, Santiago, n. 13, 2005, p. 17. Para um relato das ações judiciais empreendidas pela ONG, ver La Historia Juzgada (Movimiento de Personas Viviendo con VIH/SIDA). *Revista Vivopositivo*, Santiago, n. 13, 2005, p. 19.
36. El Proyecto Chileno. *Revista Vivopositivo*, Santiago, ano 3, n. 8, 2003, p. 20.
37. “Haciendo Historia”, op. cit.
38. CHILE. *Lei 19.779*, que estabelece normas relativas ao vírus da imunodeficiência humana e cria uma bonificação fiscal para doenças catastróficas, 14 de dez. de 2001.
39. *Lei 19.779*, op. cit., artigos 1º e 2º.
40. Este tipo de impacto, que queremos destacar, não é excepcional. Tal é o caso dos familiares de pessoas detidas e desaparecidas pela ditadura de Pinochet, os quais, após anos de trabalho e litígio nos tribunais conseguiram “impactar” os representantes políticos, que decidiram voltar-se para um assunto por muito tempo relegado. Assim, por exemplo, parlamentares do governo – com o respaldo dos da Oposição - declararam que as sentenças – em particular um delas, ditada no início de 2007 – constituem “um estímulo para que o Executivo e o Legislativo resolvam definitivamente o assunto da anistia no Chile [...] não podemos nos basear somente no critério dos juízes em matéria de anistia e prescrição dos crimes contra a humanidade. Hoje nos toca a nós e ao governo”. Fallo que rechazó la amnistía insta a parlamentarios a zanjar discusión. *La Nación*, Santiago, 15 de mar. de 2007, p. 5.

41. Vivo Positivo também participou do processo de formulação e promulgação desta lei. La historia Juzgada, op. cit.
42. *Lei 19.779*, op. cit., artigo 6º, inciso 2º. CHILE. *Lei 18.469*, que regula o exercício do direito constitucional à proteção da saúde e cria um regime de serviços de saúde, 23 de nov. de 1985.
43. Artigos transitórios 1 e 3 (este último estabelecendo as alocações fiscais com as quais se pagariam esses benefícios).
44. Alguma idéia, nesse sentido, e a propósito dos direitos sociais, foi sugerida por ABRAMOVICH, V. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 194-232, 2005, p. 213 (“Quando as normas constitucionais ou legais fixam pautas para o projeto de políticas públicas das quais depende a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais, e os poderes respectivos não tenham adotado nenhuma medida, corresponderá ao Poder Judiciário censurar essa omissão e reenviar-lhes a questão para que elaborem alguma medida. Esta dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um ‘diálogo’ entre os distintos poderes do Estado para a concreção do programa jurídico-político estabelecido pela constituição ou pelos pactos de direitos humanos”). Para uma análise deste “diálogo” no caso chileno, e a propósito do litígio sobre a chamada “pílula do dia seguinte”, ver CONTESSÉ SINGH, J. ‘Las instituciones funcionan’: sobre la ausencia de diálogo constitucional en Chile. *Revista Derechos y Humanidades*, Santiago, v. 12, 2007 (no prelo).
45. DAVIS, D. M., *supra* nota 9 e PEREIRA-MENAUT, A. Against Positive Rights. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, n. 22, p. 359-383, 1987-1988, p. 368. José Cea explica, para o caso chileno, as razões que a CENC teve para não configurar uma democracia “centrada no Estado”. CEA, J. L. *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, tomo 2, 2003, p. 55.
46. A respeito, ver LOVERA PARMO, D. Implosive Courts, Law and Social Transformation: the Chilean Case. *Cambridge Student Law Review*. Cambridge, n. 3, 2007, p. 30-43.
47. Como sugeriu Jeremy Waldron, no que denomina o argumento central contra a revisão judicial – e, portanto, supondo que as instituições *devem* ou *deveriam* funcionar assim – uma comunidade deve ser capaz de mostrar “instituições democráticas”, basicamente um amplo corpo deliberativo de representantes acostumados a lidar com assuntos difíceis, e onde os principais temas constitucionais e legais são decididos por meio de um processo que se “conecta tanto formal (por meio de audiências públicas e procedimentos de consulta) como informalmente com os amplos debates que ocorrem em uma sociedade”. Somente uma comunidade que mostra este tipo de instituições está em condições de começar a retirar os tribunais da tomada de decisões que *deveriam* ser resolvidas pelo “processo político”. WALDRON, J. The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 115, abr. de 2006, p. 1346-1406, p. 1361.

## ABSTRACT

---

This paper presents some ideas about the impact that court rulings can have on the political system. Unlike what is usually written about the role of the Judiciary on the subject of human rights, when the emphasis is placed on the patterns and methods the courts devise to respond to claims for the justiciability of these rights, the authors – who focus on the Chilean case – illustrate how strategic litigation can, even with adverse judicial outcomes, have a positive impact on the satisfaction of social rights. The paper will also show how this impact depends more on the sensibility of the political system to respond to the desperate situation in which many of its citizens find themselves, and on the fear of political pressure, than on the possibilities opened up by major court rulings.

## KEYWORDS

Courts – Social rights – Right to health – HIV/AIDS – Public interest litigation – Chile

## RESUMEN

---

El presente trabajo avanza algunas ideas relativas al impacto que las decisiones judiciales tienen en el sistema político. A diferencia de lo que suele destacarse del trabajo de las cortes en materia de derechos sociales, donde se pone de relieve los estándares y formas en que las cortes se las ingenian para satisfacer las demandas de justiciabilidad de estos derechos, los autores—que se centran en el caso chileno—muestran cómo el litigio estratégico puede causar de todas formas, y a pesar de resultados judiciales adversos, un positivo impacto en la satisfacción de los derechos sociales. Ese impacto depende más de la sensatez del sistema político para caer en cuenta de la situación desesperada en que se encuentran muchos de sus ciudadanos o del temor a la presión política, antes que en las posibilidades que ofrecen las grandes declaraciones provenientes de las cortes.

## PALABRAS CLAVES

Cortes – Derechos sociales – Derecho a la salud – VIH/SIDA – Litigio de interés público – Chile