

ano 13 - n. 51 | janeiro/março - 2013
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Marilane Casorla

Bibliotecários: Izabel Antonina de A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Economia e saúde no atual constitucionalismo brasileiro

Alexandre Coutinho Pagliarini

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Coordenador-Executivo e Professor do MINTER da PUCPR na UNIT. Professor Titular da UNIT (Aracaju) e da FITS (Maceió). Professor Convidado na Universidade de Lisboa. Advogado. *Curriculum Lattes* disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>>.

Juliana Cardoso Ribeiro Bastos

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora da FMU e da PUC-SP. Advogada.

Resumo: O primeiro passo deste artigo é analisar os aspectos econômicos do Estado, sobretudo do Estado brasileiro, levando-se em consideração o constitucionalismo nacional, principalmente o que consta na Carta Magna em vigor desde 1988. Analisada a Economia no constitucionalismo brasileiro, então será feita a ligação temática entre direito constitucional econômico e direito à saúde, este como um direito fundamental de segunda dimensão. Será, então, enfrentada a discussão sobre até que ponto cabe — ou não cabe — ao Estado ser um fator de providência do direito à saúde. Para cumprir este fim, serão analisadas doutrinas de Direito Econômico — e de Economia Política —, bem como aquelas atinentes aos direitos humanos, à fruição destes e às dificuldades que enfrentam os Estados para a implantação dos chamados direitos de segunda geração.

Palavras-chave: Direito constitucional econômico. Direito à saúde. Direitos humanos.

Sumário: Introdução – **1** Aspectos econômicos do Estado – **2** Estado do bem-estar social e a presença econômica – **3** Desenvolvimento econômico – **4** Direito à saúde na Constituição de 1988 – **5** Prestação do direito à saúde pelo Estado – **6** Desenvolvimento econômico e o direito à saúde na Constituição de 1988 – Conclusões – Referências

Introdução

Com o tema “Economia e saúde no atual constitucionalismo brasileiro”, pretende-se trabalhar a forma pela qual a atividade econômica interfere na proteção desse direito. A saúde não é tema recente, já que se encontra diretamente vinculada ao bem maior que é a vida humana. Ao mesmo tempo, observa-se que o desenvolvimento econômico acompanha a própria história humana. À medida que o desenvolvimento econômico acontece (ou deixa de acontecer), reflexos sociais imediatamente emergem.

Desse modo, a saúde passa a ser uma dessas demandas sociais, que, através do tempo e das transformações sociais realizadas, é consagrada na atual Constituição como um direito social fundamental do homem.

O Estado se forma a partir da determinação de regras que estabelecem as diretrizes e a ideologia de dada sociedade. Assim, o Direito é o instrumento utilizado pelo Estado para instituir a sua ordem, abrangendo o conjunto de normas de conduta e de organização. Nesse contexto, a Economia destaca-se como uma das formas pela qual as pessoas se relacionam em sociedade, mais exatamente, no estudo dos fenômenos relacionados ao que a sociedade produz e necessita, e na qual caberá ao Estado interferir, com fundamento no ordenamento, para que essas atividades sejam exercidas com o que foi convencionado pela sociedade.

Como já dito aqui, o desenvolvimento econômico é o fenômeno responsável por mudanças na sociedade. Observa-se que o desenvolvimento econômico é indispensável à realização do bem-estar social. Responsável pela condução das políticas públicas, o desenvolvimento econômico é definido pela política do Estado, a qual se realiza por meio do planejamento.

O direito à saúde deve ser visualizado a partir das consequências de sua positivação como direito subjetivo do homem. Em razão de sua natureza prestativa, esse direito acaba sendo questionado quanto a sua ilimitabilidade, dentre outros fatores, por motivos econômicos. Trata-se de direito a ser prestado pelo Estado, mas que também impõe tarefas aos particulares.

É, portanto, o direito à saúde dependente, de certo modo, da economia; pelo menos com ela se relaciona. Os ramos do Direito assumem uma postura interdisciplinar, na qual colocam o Estado como garantidor das necessidades fundamentais do ser humano.

O desafio deste artigo é, sobretudo, a complexidade da organização social, que exige cada vez mais de todos. A saúde, dentro desse contexto, não é mais considerada de forma isolada, mas sim como parte de um sistema social como um todo. Verifica-se que, ao falar de saúde, fala-se também em influências econômicas, como

o *quantum* exigido para sua prestação, desigualdades sociais e meio ambiente saudável.

Por certo, não se pretende esgotar o tema “desenvolvimento econômico e o direito à saúde”, mas sim abordar alguns pontos de extrema relevância jurídica e social que o envolvam, dentre tantos outros que lhe são caros.

1 Aspectos econômicos do Estado

Normalmente, ao tratar do Estado, remontam-se às origens da sociedade, nas concepções contratualistas de Hobbes, Rousseau e Locke, para quem a sociedade é resultado de um contrato firmado entre os homens, isto é, pela vontade humana ou, de outra forma, nas concepções naturalistas, como em Aristóteles e em São Tomás de Aquino, para quem a sociedade é algo natural, inata à própria essência do homem como ser eminentemente social.

Pode-se afirmar que o Estado compreende uma evolução do relacionamento social, pautado pelas necessidades dos homens, que, por sua vez, são controladas por meio de uma realidade jurídica, caracterizada como um conjunto de normas.¹ Entretanto, vale dizer que a atuação e o papel do Estado não são uniformes ao longo do tempo, mas o seu fim pode ser resumido como sendo a realização do bem comum, como uma instituição² capaz de oferecer segurança a todos.

Um dos campos de atuação do Estado tem sido o econômico, que, entretanto, não deve ser analisado de forma isolada, mas sim dentro da realidade existente e juntamente com os aspectos sociais coletivos, dentre os quais pode ser encontrado o direito à saúde.

Quanto aos aspectos econômicos, papel relevante cumpre o direito à saúde. A intervenção do Estado nesse domínio, por meio do Direito, tem a responsabilidade de reduzir os riscos proporcionados por um capitalismo sem freios.

¹ BASTOS. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 2-3. Observa Bastos ainda que: “[...] poderíamos, então, dizer, utilizando-se de uma linguagem metafórica, que o Estado é um poliedro multifacetário, isto é, conforme o ângulo que se olha, descobre-se uma nova faceta. Vale dizer, para qualquer posição que o observador se deslocasse, facetas diferentes dessa figura geométrica seriam vistas não lhe sendo possível examiná-la toda de uma vez. Note-se que é preciso contorná-lo, analisando-o sob os mais diferentes aspectos, para que se tenha uma noção do todo. Isto se aplica inteiramente ao fenômeno estatal. Assim, conforme nos impressionaremos mais por esta ou aquela faceta do Estado, chegaremos a conclusões as mais diversas possíveis. Dito de outro modo, conforme seja a postura em que se coloque o estudioso, o Estado ganha outras dimensões tais como a jurídica e sociológica”.

² A palavra “instituição” deve ser compreendida como sendo “ato de estabelecer, de fixar ou formar alguma coisa, para que exercitem ou se cumpram as finalidades pretendidas ou as disposições impostas” (SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 438).

Ademais, o desenvolvimento econômico deve ser conduzido juntamente com as questões sociais. Não se pode mais ignorar questões consequentes dessa sua atuação em áreas como a saúde. A saúde deixa de ser um tópico individualista, ainda que, diretamente, o foco seja o indivíduo em si. A preocupação com a saúde de um modo coletivo envolve questões como o meio ambiente, condições de higiene pessoal que repercutem no desenvolvimento de doenças contagiosas, tecnologias avançadas e utilização de substâncias tóxicas pelas empresas — que cada vez mais buscam o lucro —, dentre outras que veremos ao longo deste estudo.

Nesse contexto insere-se o desenvolvimento econômico — como um fato a partir da própria evolução do homem em sociedade e na construção do Estado — e o direito à saúde —, pertencente às próprias pessoas humanas consideradas, nas suas individualidades e coletivamente, como seres viventes.

Definir a atuação do Estado frente ao direito à saúde no mundo hoje globalizado, que tem por finalidade o lucro e que coloca o ser humano a serviço da economia, exige uma atenção especial não só aos aspectos internos, como o planejamento orçamentário, mas também às condutas de cooperação em nível internacional, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito do consumidor e aspectos relacionados aos medicamentos.

O termo *economia*, derivado do latim *oeconomia*, do grego *oikonomia*, quer significar a boa ordem no governo e administração de um negócio ou de um estabelecimento.³ Trata-se de uma ciência social que procura organizar os bens disponíveis existentes no mundo, bem como as necessidades materiais da coletividade.

Observa-se que os recursos materiais não conseguem atender à demanda de consumo de uma coletividade. Isso não é algo que se constata apenas na atualidade, mas pode ser verificado desde os primórdios quando ainda se tinha uma economia de subsistência, na qual se produzia apenas o que ia ser consumido.

Verificamos que, com a evolução da sociedade, as necessidades se intensificaram e as formas econômicas foram se reorganizando de modo a atender às novas realidades.⁴ Desse modo, o desenvolvimento econômico assinala a superação

³ SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 293.

⁴ NUSDEO. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 27-28 *apud* BASTOS. *Curso de direito econômico*, p. 6. “A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e estabelecerem entre si relações a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade. A moderna sociedade de consumo daria a impressão de ter conseguido o milagre de eliminar a escassez, tal a eficiência com que joga nos mercados quantidades crescentes de novos produtos, rapidamente tornados obsoletos por outros mais, rechaçando, assim, os condicionamentos da escassez. Mas não é assim”.

de determinadas práticas com o surgimento de outras medidas tendentes a suprir novas cobranças sociais.

É a Economia Política a ciência que cuida dos aspectos de produção, circulação e consumo das riquezas existentes. Seu foco principal diz respeito à coletividade, pois “consiste no conjunto de medidas adotadas pelo Estado tendo em vista um determinado objetivo, como o progresso, o desenvolvimento, o crescimento, a estabilidade econômica, a melhor distribuição de renda, a busca do pleno emprego, a justiça social, o controle da inflação etc.”.⁵

Trata-se de um poder conferido ao Estado, através do qual lhe compete traçar as diretrizes a serem tomadas por ele próprio e pela sociedade na área econômica. Ou seja, define como a sociedade se relaciona com os bens existentes, de modo a proporcionar o alcance da justiça social almejada, de acordo com os parâmetros definidos por todos, através de um Estado Democrático de Direito.

2 Estado do bem-estar social e a presença econômica

Verificou-se, anteriormente, a importância da instituição Estado para a organização social dos homens. Trata-se de uma instituição que possui sua atuação diferenciada ao longo do tempo, pois nem sempre o Estado assumiu o mesmo papel na sociedade. Sua evolução e construção ocorrem juntamente com as alterações e necessidades sociais.

Todavia, merecerá destaque o Estado do bem-estar social em razão do desenvolvimento dos direitos fundamentais de segunda geração, catalogados com a igualdade ou, ainda, preocupados com a situação material do ser humano. A respeito desses direitos, lecionam Vidal Serrano e David Araujo:

Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana.⁶

O quadro social até a Segunda Guerra Mundial era de não intervenção do Estado. No entanto, diante da insegurança que vivenciaram nesse período, muda-se

⁵ BASTOS. *Curso de direito econômico*, p. 29-30.

⁶ ARAUJO; NUNES JR. *Curso de direito constitucional*, p. 117.

a forma social de pensar e se busca a atuação interventiva do Estado de uma forma não distante da que se tinha, como limitação do poder e defesa de direitos individuais, mas também com o acréscimo de demandas da coletividade em relação ao Estado.⁷

Conforme José Carlos Vieira de Andrade: “exigem-se do Estado-Administração, medida de planejamento econômico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações a todos os níveis da vida social”⁸. Ademais, “a concepção do Estado social influi diretamente no sistema de direitos fundamentais, fazendo surgir uma nova categoria de direitos, que poderemos para já designar por direitos a prestações [...]”⁹.

Interessante notar que Weichert considera uma fase mais recente do Estado Social, segundo a qual: “contemplam-se os direitos fundamentais de terceira geração, concernentes à proteção de interesses difusos, especialmente os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação”.¹⁰

O Estado do bem-estar pode ser definido como o Estado: “que garante ‘tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político’ (H. L. Wilensky, 1975)”¹¹.

Como exemplo que se aproxima mais desta definição, é costume apresentar a política posta em prática na Grã-Bretanha a partir da Segunda Guerra mundial, quando, a seguir ao debate aberto pela apresentação do primeiro relatório “Beveridge” (1942), foram aprovadas providências no campo da saúde e da instrução, para garantir serviços idênticos a todos os cidadãos, independentemente da sua renda.¹²

Sobre a prestação dos direitos sociais, trata-se de direitos mais difíceis de serem protegidos em relação aos direitos de liberdade.¹³ Exige-se uma prestação material que requer um equilíbrio do orçamento e da forma de organização do Estado e, portanto, de um planejamento orientador da atuação estatal.

⁷ DI PIETRO. Participação da Comunidade em Órgãos da Administração Pública. *Revista de Direito Sanitário*, p. 36-37.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 49 apud WEICHERT. *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 112.

⁹ WEICHERT. *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 113.

¹⁰ *Idem*, p. 114.

¹¹ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. *Dicionário de política*, p. 416.

¹² *Idem*, p. 416.

¹³ *Idem*, p. 60.

Nesse sentido, o desenvolvimento econômico abre portas para mudanças sociais que precisam ser bem administradas, não apenas com a atuação estatal, mas também dos cidadãos como um todo. Os bens econômicos precisam ser administrados de uma forma a trazer não apenas o lucro para poucos, mas benefícios coletivos, como por exemplo, a industrialização seguida de proteções ambientais que sugerem uma vida saudável a todos.

3 Desenvolvimento econômico

3.1 Significado de desenvolvimento econômico

Desenvolvimento econômico compreende o crescimento econômico, especialmente quando acompanhado por modificações na estrutura de produção do país ou da região, como a industrialização. Constitui parte da Economia que estuda o crescimento econômico e o subdesenvolvimento.¹⁴

Desde logo, cabe salientar que o desenvolvimento econômico é fundamentalmente um fenômeno de dimensão histórica.¹⁵ Assenta-se na realidade social que define a política a ser adotada.

Adam Smith já havia assinalado como mais ou menos evidente que a economia humana passa por uma sequência de fases. A causa dessa evolução estaria na psicologia mesma do homem. Este busca sempre a via do menor esforço, donde sua tendência natural à troca, fundamento da divisão social do trabalho. As fases evolutivas seriam simplesmente o reflexo da complexidade crescente alcançada pela divisão do trabalho.¹⁶

Acerca da concepção propriamente dita de desenvolvimento, entende François Perroux¹⁷ que: “[...] la combinaison des changements mentaux et sociaux

¹⁴ FERREIRA. *Novo Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa, século XXI, p. 650.

¹⁵ A respeito disso pensa Celso Furtado: “Cada economia que se desenvolve enfrenta uma série de problemas que lhe são específicos, se bem que muitos deles sejam comuns a outras economias contemporâneas. O complexo de recursos naturais, as correntes migratórias, a ordem institucional, o grau relativo de desenvolvimento das economias contemporâneas singulariza cada fenômeno histórico de desenvolvimento” (FURTADO. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 18).

¹⁶ FURTADO. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 147.

¹⁷ “Uma das teorias que mais influenciou a elaboração de políticas de desenvolvimento no Brasil foi a teoria dos pólos de crescimento (ou de desenvolvimento), do francês François Perroux”. Ainda, “Além de Perroux, influenciaram, decisivamente, as políticas brasileiras de desenvolvimento o sueco Gunnar Myrdal e o norte-americano Albert Hirschman” (FURTADO. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 46).

d'une population qui la rendent apte à faire croître, cumulativement et durablement, son produit réel global".¹⁸

Com a abordagem pioneira de Schumpeter, o desenvolvimento passa a ser compreendido como: "um processo de mudanças endógenas da vida econômica, que alteram o estado de equilíbrio previamente existente".¹⁹ Trata-se de um processo dinâmico que dá lugar a mudanças na sociedade também de caráter sociopolítico. "As modificações de estrutura são transformações nas relações e proporções internas do sistema econômico, as quais têm como causa básica modificações nas formas de produção".²⁰

Entretanto, Nali de Souza observa a respeito do conceito de desenvolvimento que:

Não existe uma definição universalmente aceita de desenvolvimento. Uma primeira corrente considera crescimento como sinônimo de desenvolvimento; para outros autores, o crescimento é condição indispensável para o desenvolvimento, mas não é condição suficiente.²¹

E chega a seguinte conclusão:

Desenvolvimento econômico se define, portanto, pela existência de crescimento econômico contínuo, em ritmo superior ao crescimento demográfico, envolvendo mudanças de estruturas e melhoria de indicadores econômicos e sociais *per capita*.²²

Quando se fala, portanto, em desenvolvimento, é facultade considerá-lo como uma evolução cultural, que tem por base relações humanas de subsistência e segurança, assim como o anseio pelo progresso social sob condições melhores de vida. Ressalta-se que as transformações dos conjuntos econômicos complexos vão além dos aspectos propriamente lucrativos. Ramifica-se e abrange: condição de vida das pessoas, meio ambiente saudável, equilíbrio social e também o direito à saúde.

¹⁸ PERROUX, François. *L'économie du XXème Siècle*. 2^e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1965 p. 155 *apud* FURTADO. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 102-103.

¹⁹ BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 45.

²⁰ FURTADO. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 103.

²¹ SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 16.

²² *Idem*, p. 17.

3.2 Sistemas econômicos

Os sistemas econômicos são estudados sob o plano do desenvolvimento econômico, definido pela análise abstrata em confronto com a realidade. Considera Celso Furtado que:

Não basta construir um modelo abstrato e elaborar a explicação do seu funcionamento. Igualmente importante é a verificação da eficácia explicativa desse modelo em confronto com uma realidade histórica. Somente essa verificação poderá indicar as limitações decorrentes do nível de abstração em que foi elaborado o modelo e sugerir as modificações a serem introduzidas para fazê-lo válido.²³

Por sistema econômico entende-se o conjunto dos elementos participantes das relações humanas responsáveis por estabelecer as regras e princípios que firmam a política econômica, disciplinadora dos meios de produção das utilidades e de seu aproveitamento, em benefício da sociedade e bem-estar de seus membros.²⁴

Destarte, encontram-se seis sistemas econômicos principais: o mercantilismo, o liberalismo, o socialismo, o anarquismo, o keynesianismo, o neoliberalismo e o social-democrático ou liberalismo social. Entretanto, ainda deles, ramificam-se diferentes concepções criadas pelos economistas.

No Estado da social democracia ou liberalismo social, hoje adotado, “busca-se conciliar os princípios essenciais do individualismo e do socialismo, aliados a um conceito racional da igualdade (igualdade econômica e jurídica)”.²⁵ Além disso, acrescenta Sahid Maluf:

Sem embargo do nosso repúdio à igualização materialista e anti-humana criada pelo bolchevismo russo, não há como deixar de reconhecer um considerável teor de verdade existente na doutrina do materialismo histórico de Marx, quando sustenta que a estrutura social, jurídica, política e religiosa das sociedades decorre do fator econômico. [...] Diante dessa realidade, cabe ao Estado, no cumprimento da sua finalidade, enfrentar o problema da razão humana e da doutrina cristã, no sentido de minorar as grandes desigualdades e fixar padrões mínimos de vida, para proporcionar ao homem a possibilidade de realizar o seu destino como cidadão e como pessoa humana.²⁶

²³ FURTADO. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 15.

²⁴ SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 762.

²⁵ BASTOS. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 222.

²⁶ *Idem*, p. 222.

A escolha do sistema econômico a ser desenvolvido por determinada sociedade deverá se ativer às suas necessidades e realidades (cultural, ambiental, jurídica, política etc.). A adoção de um sistema que para uns deu certo, não necessariamente será a solução de todos. Não obstante as realidades internacionais, é preciso olhar para o interior social a fim de que se busque o sistema adequado que irá influenciar toda uma rede de relações que não se resume ao lucro, mas às consequências advindas da distribuição das riquezas.

3.3 Planejamento econômico

O desenvolvimento, além de ser um fato social, é também inevitável em razão do crescimento da população e das necessidades advindas.

O que ocorre é que, para o desenvolvimento se efetivar da melhor forma possível, para cada estrutura social, é indispensável o denominado planejamento, que vem a ser a maneira pela qual se racionalizam as decisões econômicas para o que se pretende atingir. Pode-se dizer que, segundo Betty Mindlin: “o planejamento nada mais é do que um modelo teórico para ação. Propõe-se a organizar racionalmente o sistema econômico a partir de certas hipóteses sobre a realidade”.²⁷

Contudo, o que define o planejamento não é apenas a realidade, mas também o próprio sistema econômico adotado. A efetividade do planejamento depende tanto quanto dos modelos jurídico, político e econômico adotados. Como se acentuou no item anterior, o sistema econômico empregado é de grande relevância para o manejo dos bens econômicos, pois permite saber as regras que definem a sua utilização.²⁸

Para Gilberto Bercovici: “o desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento”.²⁹ No entanto, não se pode deixar de mencionar que o planejamento permite decisões mais centralizadas e direcionadas. Nesse sentido, o que se pretende por meio de um planejamento é atender a objetivos

²⁷ MINDLIN. *Planejamento no Brasil*, p. 7.

²⁸ “Desse modo, nos países onde é determinante o peso do liberalismo econômico, como é o caso dos EUA, as preocupações de racionalidade aludidas não transcendem o quadro orçamental, ou seja, não se exprimem num documento juridicamente autônomo, o plano, de lógica previsional própria que vise situar a intervenção econômica do Estado num quadro estratégico de médio ou longo prazo. Utiliza-se tão-só o orçamento como instrumento de estabilização da atividade econômica, colhendo os benefícios da sua influência sobre os níveis de consumo, do forro e do investimento globais” (MONCADA. *Direito econômico*, p. 400).

²⁹ BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 51.

determinados de uma forma racional, exatamente não olhando apenas para um setor.

Observa-se que a proteção à saúde do homem não depende apenas da criação de clínicas e hospitais, mas, como se verificará, também de um ambiente saudável, da oportunidade de trabalho, da educação alimentar. Todavia, especificamente desse aspecto tratar-se-á logo mais. Assim, com um desenvolvimento planejado, organizado, pode-se atingir uma enormidade de pessoas, sem gastar tanto do orçamento dispensado a ele, e injetar dinheiro em pontos onde essa atividade preventiva é dispensada.

No Brasil,³⁰ em sua Constituição, no artigo 174, *caput*, é função do Estado a realização do planejamento. Determina o referido dispositivo que:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

De concluir que o planejamento é instrumento indispensável para a efetivação dos direitos consagrados na Constituição e dos valores sociais. Permite a racionalização do que se possui e do que se quer de uma forma que até mesmo dinamiza a atuação do Estado e também dos particulares na busca de objetivos determinados.

4 Direito à saúde na Constituição de 1988

4.1 O que vem a ser “saúde”?

Para entender a proteção jurídica do direito à saúde, a primeira pergunta que cabe fazer é: o que vem a ser “saúde”? Isso porque, diferentemente do que num primeiro momento possa parecer, trata-se de um conceito dotado de certa imprecisão.

Indiscutível poder dizer que a saúde, entretanto, sempre esteve relacionada à sobrevivência do homem, à sua força em manter-se vivo. Não obstante, a evolução do homem foi agregando fatores à sua vida que, se de um lado contribuíam

³⁰ É de se lembrar que: “A experiência brasileira de planejamento antes da Constituição de 1988 é marcada por três grandes momentos, dos quais apenas um foi uma experiência bem sucedida. Estes momentos são representados pelo Plano de Metas (1956-1961), pelo Plano Trienal (1962-1963) e pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979)” (BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 71).

para sua sobrevivência, de outro traziam consequências prejudiciais a sua própria vida.

Desse modo, a própria definição de saúde não se mantém ao longo do tempo, mas através desse vai ganhando uma caracterização própria da realidade vivida.

De um modo geral, predominou por muito tempo o conceito de saúde como a ausência de doenças. Assim, encontrava-se, de acordo com o referido conceito, atrelado aos aspectos físicos e biológicos do ser humano, no qual o objetivo principal era a atividade do médico na cura das enfermidades.

Com o desenvolvimento econômico e social relacionado a novos desafios e conquistas, compreendeu-se que o conceito de saúde ia mais além do aspecto de ausência de doenças, ampliando sua proteção para aspectos relacionados à boa qualidade de vida.

Esse conceito, mais amplo que se fez menção, foi estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, no preâmbulo de sua Constituição (1946), e ratificado nacionalmente pela Lei orgânica da Saúde, senão vejamos: “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos”.

Logo, do conceito de saúde adotado pela Organização Mundial da Saúde notam-se duas perspectivas para a fruição desse direito: uma individual e uma coletiva. E, também, constata-se a importância de uma medicina preventiva e não apenas curativa. São fatores determinantes e condicionantes da saúde: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, e o acesso aos bens e a serviços essenciais.³¹

Destarte, o termo saúde “deve ser visto sob dois aspectos: o primeiro como ausência de doenças; o segundo como ambiente circundante propiciador de bem-estar físico, mental e social”³²

4.2 Direito positivo à saúde na Constituição de 1988

A preocupação com a saúde não é recente, encontra-se positivada tanto no plano internacional,³³ com mais intensidade após a Segunda Guerra Mundial, como

³¹ SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 767.

³² WEICHERT. *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 158.

³³ Alguns exemplos de documentos normativos de positividade do direito à saúde no plano internacional: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional dos Direitos

também pelas Constituições brasileiras. No entanto, apenas com a Constituição de 1988 foi elevada a condição de direito social fundamental do homem.

O direito à saúde encontra-se garantido em mais de um dispositivo no Texto Constitucional. Primeiramente, no artigo 6º como direito social e, em segundo, na sessão II do título da Ordem Social, Capítulo da Seguridade Social. Por fim, no artigo 194, que assegura a saúde quando define seguridade social.

Ser o direito à saúde um direito social significa ser um direito que exige uma prestação material, que, de acordo com Cristina Queiroz, “compreende quer atividades normativas quer atividades fáticas”.³⁴ Como já foi visto (subitem do Estado do bem-estar social), a emergência do Estado Social passou a cobrar não apenas uma conduta de abstenção do Estado, mas também uma conduta prestacional de sua parte.

4.3 Direito subjetivo à saúde

Por direito subjetivo, entende-se o poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens (materiais ou imateriais), do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito.³⁵

No âmbito positivo constitucional, é no artigo 196 que a saúde vem expressa como sendo direito de todos e dever do Estado. Segundo o dispositivo:

A saúde é *direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifos nossos)

Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção dos Direitos da Criança; Convenção Americana de Direitos Humanos (1989); Organização Mundial da Saúde; Positivização pelas Constituições Europeias. *Positivização do direito à saúde na ordem constitucional brasileira*: Constituição de 1824 – “A Constituição também garante socorros públicos”; Constituição de 1891 – preocupação mais acentuada com os aspectos sanitários; Constituição de 1934 – influenciada pela Constituição de Weimar, apresenta título referente aos direitos sociais; Constituição de 1937 – influenciada pela ditadura getulista, retira dos direitos o título “dos direitos sociais”; Constituição de 1946 – fruto da redemocratização, deu-se a restauração dos direitos e garantias individuais com a instituição de diversas medidas em relação à saúde; Constituição de 1967 – manteve-se a proteção em relação à saúde; Constituição de 1988 – apresenta os direitos e garantias fundamentais (sendo certamente a Carta de 1988 a mais generosa tanto para os direitos individuais quanto para os sociais).

³⁴ QUEIROZ. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, p. 22.

³⁵ SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 277.

O preceito supra, quando assegura que “a saúde é direito de todos”, confere a todos a titularidade para defesa da saúde, ou seja, um poder de ação capaz de exigir o cumprimento de determinada obrigação. De outro lado, quando assegura que “a saúde é dever do Estado”, coloca a figura do Estado como detentor do dever de fazer cumprir a proteção a esse direito, ou seja, a obrigação do Estado a uma prestação em prol da saúde.

Em outras palavras, a saúde, além de ser condição fundamental para a existência do homem como ser digno, é também dever do Estado. Entretanto, cumpre anotar que esse dever não deve ser entendido apenas como obrigação do Estado, mas também dos particulares, ainda que implicitamente, pois sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico do Estado e dos particulares em geral o direito à saúde restaria fragilizado.

Sendo assim, quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, assegura a saúde como direito e dever fundamental, está garantindo um direito subjetivo a ela, um direito cuja prestação cabe primeiramente ao Estado. Entretanto, quando se fala em direitos fundamentais, cabe observar que são classificados em direitos de defesa (negativos) e direitos de prestações (positivos). Nesse sentido, o direito à saúde, dependendo de sua função no caso concreto, pode ser reconduzido a ambas categorias. Trata-se, porém, sobretudo de um direito social (e prestacional pelo Estado).

A respeito, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. [...] A pergunta que se coloca a todos que analisam a dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde, em última análise, diz com a possibilidade de o titular deste direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram este direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial,

uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde.³⁶

Quando Alexy disserta acerca de ações positivas em prol de direitos fundamentais, faz uma interessante divisão em dois grupos:

aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. Ocorre que quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a *prestações em sentido estrito*. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a *prestações em sentido amplo*.³⁷

É dizer: o direito subjetivo à saúde previsto constitucionalmente pode ser vislumbrado de duas formas: como uma ação de abstenção, e como uma ação prestacional. De forma que a ação prestacional pode ser, nos ensinamentos de Robert Alexy, normativa ou fática. Contudo, observa-se que a ação de abstenção também pode ocorrer nas formas normativa ou fática. Quando, por exemplo, deve-se abster de produzir normas que violem o direito à saúde, bem como, de forma mais costumeira, a produzir uma situação no mundo real que a prejudica também.

Nesse sentido, cabe ao Estado e também aos particulares a produção de ações positivas (políticas públicas, como se verá) que promovam, protejam e recuperem o direito à saúde, assim como se abstenham da prática de atos que prejudiquem a saúde, não apenas individual, mas coletiva.

5 Prestação do direito à saúde pelo Estado

5.1 Limitações ao direito à saúde

Verificou-se que “o direito à saúde implica em ações negativas e positivas do Estado e da sociedade, tendentes a garantir o combate a doenças, bem como ações positivas e negativas no ambiente circundante para a prevenção da ocorrência das moléstias”.³⁸ Mas a proteção do direito à saúde não ocorre de forma tão simples, depara-se com limitações que dificultam seu cumprimento.

³⁶ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 10-12.

³⁷ ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 201-202.

³⁸ WEICHERT. *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 122.

Essas limitações podem ser de ordem normativa, como também da própria posição na qual o homem se coloca frente ao desenvolvimento humano. Isso quer dizer que o direito à saúde, enquanto norma, depende muito da realidade na qual se insere, ou seja, de outros fatores e não somente o normativo. Trata-se de um direito que hoje deve, até mesmo, ser pensado e respeitado globalmente.

A propósito, a própria globalização — que levou a uma aproximação entre os homens na atualidade — sugere que repensemos a saúde como um todo. E como um primeiro ponto limite a esse direito, encontramos as diferenças culturais, em que a própria concepção de saúde altera-se com a mudança de território, levando-se em conta o próprio desenvolvimento econômico e social da região.

Ingo Wolfgang Sarlet observa que:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com esse ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõem os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.³⁹

A verdade é que conhecer o que são a saúde e seu direito permite uma maior aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais (e *infra*) sobre saúde.

Quanto ao aspecto normativo, vale lembrar o caráter programático de algumas normas de direito fundamental, que, num primeiro momento, podem levar a uma interpretação que as tornem imediatamente inexecutáveis. Porém, esse entendimento não deve prevalecer. As normas ditas programáticas devem ser vistas como um caminho a ser traçado por todos. Não é outro o entendimento de José Afonso da Silva:

[...] para que não se tenha o direito reconhecido como programático apenas, a norma aperfeiçoa o direito, consignando-lhe garantia. É isso que está previsto: “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” — o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de *omissão inconstitucional*, até porque os meios

³⁹ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 12.

financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregados e empresas, dos trabalhadores e de outras fontes [...].⁴⁰

Além do que o direito à saúde caracteriza-se como direito social e, por isso, fundamental.⁴¹ Logo, considera-se a aplicação do artigo 5º, parágrafo primeiro, às normas de direito à saúde, que conferem aos direitos fundamentais aplicação imediata.⁴² Tal formulação traz aos direitos assim consagrados como fundamentais uma aplicação independente da atuação do legislador infraconstitucional, em razão da indispensabilidade deles para proteção do homem enquanto tal.

Ocorre que, como em outros direitos fundamentais, no direito à saúde essa aplicabilidade imediata não consegue, de pronto, ser a mais ampla possível, pois depende, em alguns aspectos, da conformação do legislador infraconstitucional, do financeiramente possível, da vontade política de cada situação espaço-temporal.

Muito embora se entenda como necessária a atuação do legislador infraconstitucional na proteção do direito à saúde, essa não pode ser vista como essencial para a sua aplicação. Para Ingo Sarlet, as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais não mais podem ser consideradas como meros enunciados sem força normativa.⁴³

Outro argumento utilizado em favor da não aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais (como o direito à saúde) escora-se na questão da “reserva do financeiramente possível”, e nesse sentido faz-se necessário um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação das políticas públicas. No entanto, segundo Mariana Carvalho:

Para a implementação dos direitos sociais, faz-se necessário um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação

⁴⁰ SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 768.

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet entende que: “[...] não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás, fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física” (SARLET. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico*, p. 3).

⁴² Art. 5º, §1º da Constituição brasileira de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁴³ SARLET. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico*, p. 9.

de políticas públicas referentes àqueles. Na verdade, as previsões orçamentárias são importantes, mas não são os reais obstáculos da efetivação dos direitos sociais, uma vez que as mesmas dependem do quadro político de cada instante. O orçamento é construído de acordo com as vontades políticas do momento, que podem tender para o social ou para a satisfação de interesses econômicos.⁴⁴

Acrescenta Canotilho que “é a necessidade do custo que pressupõe os direitos sociais que levam a construção dogmática da reserva do possível, para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.⁴⁵

É preciso dizer que o aspecto prestacional do direito à saúde vincula-o ao orçamento público do Estado, cujos objetivos bifurcam entre os diversos direitos assegurados como fundamentais. Confere ao direito à saúde um aspecto econômico que não deve impedir a sua maior proteção possível. Portanto, o aspecto econômico pode vir a interferir na proteção de referido direito à medida que o orçamento corresponde à forma pela qual o Estado organiza sua vida econômica.

Registre-se que, dentre as limitações existentes, essas são apenas algumas que permitem, desde logo, repensar a importância que a saúde exige. O aspecto normativo torna-se indispensável à medida que conforma as regras (responsáveis por transmitir segurança) à realidade (exigências da situação social).

A realidade, definida pelo desenvolvimento econômico, acaba sendo limitada pela reserva do possível que, nem por isso, deve deixar de atender ao mínimo existencial. Sendo tarefa do Estado permitir a máxima proteção, promoção e recuperação da saúde, é preciso, através dos meios de que dispõe, procurar não deixar o indivíduo à mercê de um direito subjetivo seu.

5.2 Políticas públicas

A garantia do direito à saúde consoma-se através das políticas econômicas e sociais, que devem proporcionar o acesso universal e igualitário a todos. Por meio delas é que se torna possível atingir os fins almejados para tal proteção.

⁴⁴ CARVALHO. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, p. 21.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 451 *apud* CARVALHO. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, p. 21-22.

Como titular dessa atuação destaca-se o Estado no cumprimento de seu dever determinado pela Constituição, mas também os cidadãos possuem um papel determinante à medida que são seus primeiros beneficiários e, nesse caso, atuam por meio das organizações privadas (empresas, associações, ONGs etc.).

As políticas públicas são programas de ações voltados para um determinado fim. Podem estar direcionadas tanto ao desenvolvimento, quanto à implementação do direito à saúde, e assim por diante. O fato é que são atividades organizadas por meio de metas que se objetivam atingir.

Vale ressaltar que se determinam como políticas públicas devido ao seu caráter social, sendo, portanto, um instrumento de atuação voltado para a sociedade.

Nesse sentido, Maria Garcia esclarece que: “políticas públicas são as diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”.⁴⁶

As atividades desenvolvidas pelas políticas públicas perseguem metas determinadas, cuja finalidade principal é a organização social, ou até mesmo, de modo mais amplo, o próprio desenvolvimento nacional. Buscam o equilíbrio entre o mais frágil (a saúde) e o mais pujante (a economia).

Isso porque o desenvolvimento nacional constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.⁴⁷ Para tanto, como já foi visto, utiliza-se do planejamento, a fim de haver melhor distribuição entre receitas e demandas, aqui entendidas como as atividades positivas às quais o Estado encontra-se sujeito, segundo o que determina o Texto Constitucional.

Observa-se que deve haver uma correspondência entre norma e realidade, de sorte que, como coloca Peter Häberle:

[...] ao abordar a problemática da normatividade das normas constitucionais em face dos processos de integração da realidade, das possibilidades e necessidades no âmbito da interpretação e da política constitucional aberta, observa que o conteúdo, validade e a alteração de normas jurídicas, e também seus limites, somente podem se revelar plenamente através da tríade aberta do pensamento da possibilidade, realidade e necessidade. E estas três formas do pensamento também atuam conjuntamente na criação das normas. Existem relações de competências, mas também,

⁴⁶ GARCIA. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 64-67.

⁴⁷ Constituição Federal. Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional”.

antes de tudo, de cooperação. A dose correta dos estilos de razoabilidade (*razonamiento*) se converte em problema do pensamento jurídico.⁴⁸

Assim, ocorre com o direito à saúde, em que se tem, de um lado, o direito como organizador das estruturas e, de outro, como implementador de determinadas ações voltadas a sua promoção, proteção e recuperação.

Encontram-se previstos na Constituição de 1988 instrumentos realizadores e garantidores desse direito à saúde, como: o Sistema Único de Saúde; a qualificação de determinados serviços como de “relevância pública” e a própria abertura à participação pelos cidadãos nos espaços de formulação, de execução e de fiscalização das políticas públicas através dos Conselhos de Saúde.

6 Desenvolvimento econômico e o direito à saúde na Constituição de 1988

Foi com o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que se buscou dar aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos maior proteção e realização.⁴⁹ O objetivo era garantir a todos os indivíduos condições existenciais mínimas. Os direitos sociais fundamentais são direitos a serem obtidos através do Estado, a quem cabe assegurar o bem comum e a justiça social.

A partir de Keynes, as mudanças na economia passaram a ser compreendidas, sob uma visão crítica do que se vivia com os neoclássicos. Keynes defende uma maior atuação do Estado na economia a fim de evitar um colapso nas economias capitalistas.⁵⁰ Assim, o Estado ganha conotações ao longo da história que dependem muito das exigências da realidade na qual se insere. Quer-se dizer: “Na verdade, a intervenção do Estado, como certa vez afirmou Franco Montoro ‘não deve ser nem mínima nem máxima, deve ser necessária’. E o nível da necessidade dependerá de cada momento histórico de cada sociedade”⁵¹

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 55, *apud* SILVA. *Direito ao desenvolvimento econômico nacional e controle de políticas públicas na Constituição Federal*, p. 175.

⁴⁹ PAGLIARINI. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI; DIMOULIS (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*, 2012.

⁵⁰ BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 45.

⁵¹ BARRAL. *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, p. 44.

Nesse caminho, tais direitos sociais recebem o influxo do desenvolvimento econômico, já que a atuação do Estado também se insere na economia. Vale dizer que “no século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais”⁵²

As consequências da escolha da política econômica a ser adotada são marcantes, pois é por meio dela que se justificará a forma de distribuição dos bens econômicos. “As conexões entre políticas de ‘direitos humanos’ e de ‘desenvolvimento’ têm sido muito discutidas recentemente”⁵³ A razão, dentre outras, é a preocupação com a questão da previsão de direitos e a realidade na qual devem ser cumpridos. A vida cotidiana exige uma atuação do Estado — que, porém, hoje não se considera exclusiva, pois conta-se com a participação de particulares —, de forma intensa nas prestações desses direitos, que dependem muito dos aspectos econômicos.

Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e poderes. [...] No campo do direito à participação no poder, faz-se sentir na medida em que o poder econômico se torna cada vez mais determinante nas decisões políticas e cada vez mais decisivo nas escolhas que condicionam a vida de cada homem — a exigência de participação no poder econômico, ao lado e para além do direito (já por toda parte reconhecido, ainda que nem sempre aplicado) de participação no poder político. O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever.⁵⁴

O que se pretende é conformar, da melhor forma, o lado do desenvolvimento com a proteção dos direitos sociais. De uma forma responsável, olhar para ambos conjuntamente, verificando as possíveis consequências das conjugações.

⁵² ZYLBERSZTAJN; SZTAJN (Org.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*, p. 74.

⁵³ ARCHER. *Os pontos positivos de diferentes tradições: o que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?*. *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, p. 81.

⁵⁴ BOBBIO. *A era dos direitos*, p. 33.

Como exemplo, o crescimento das indústrias gera não apenas empregos, mas o seu próprio crescimento deve estar atrelado a uma necessária preocupação com um desenvolvimento sustentável, ou seja, por meio de um processo de desenvolvimento econômico em que se procura preservar o meio ambiente.

O direito à saúde é criticado quanto ao seu reconhecimento como direito subjetivo justamente através de argumentos econômicos. Ingo Wolfgang Sarlet anota que:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.⁵⁵

Acompanhando o entendimento de Sueli Gandolfi Dallari,⁵⁶ é preciso dizer que “o nível de saúde de um povo é dependente do seu nível de desenvolvimento socioeconômico e cultural”. Complementa ainda, dizendo que:

De fato, não basta a existência de serviços destinados à promoção, proteção e recuperação sanitária adequados e em número suficiente, nem a existência de normas legais prevendo todas as hipóteses de agravos à saúde pública, se o Estado não tiver atingido um nível tal de desenvolvimento sócio-econômico e cultural que lhe permita dispor de todos os recursos técnicos existentes, atender a todas as necessidades de infraestrutura e possuir uma população educada para saúde.

Todavia, considerando a grande carga de atribuições do Estado contemporâneo, a sua atuação não deve ser considerada exclusiva. É preciso abrir portas para todos participarem dos melhoramentos que podem ser realizados. Essa abertura para a participação do setor privado — influenciada pelo movimento da globalização,⁵⁷ que enseja maior proximidade entre os homens — coloca o Estado numa nova posição frente à sociedade:

⁵⁵ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 12.

⁵⁶ DALLARI. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, p. 6.

⁵⁷ “Globalização é, certamente, uma expressão ambígua e vaga. De um lado, admite sentidos conceituais distintos, de outro, aponta para distintos objetos. Na sua vaguesa, refere-se ora a um entrelaçamento das economias nacionais em planos mundiais, ora para formas extensas de comunicação, ora para

O Estado não desaparece como instituição: em seu lugar surge um Estado regulador. Ou seja, nem o Estado mínimo, protetor das liberdades (Estado de Direito liberal), nem o Estado promotor de benefícios sociais (Estado Social), nem o Estado que empresaria o desenvolvimento econômico (Estado interventor), mas o Estado regulador, que, com base no extraordinário progresso tecnológico, ganha enorme eficiência regulamentadora de todas as atividades humanas, alterando, significativamente, a relação entre os âmbitos do público e do privado.⁵⁸

O desenvolvimento tem que ser planejado a fim de que traga melhoras para todos, da mesma forma que é preciso, também, haver uma convergência de esforços por parte do Estado e da sociedade.

Conclusões

Este trabalho buscou trazer para discussão a influência de uma realidade dinâmica, que é o desenvolvimento econômico, frente à prestação de um direito positivado como fundamental, que é o direito à saúde.

Partindo da formação do Estado, que ganha relevo dentro da sociedade como instituição capaz de impor a ordem e a segurança na garantia dos direitos, chega-se à importância de seu papel como detentor das diretrizes econômicas e sociais dentro da sociedade.

Verifica-se que realidade (econômica e social) e direito devem caminhar juntos para realização das necessidades e objetivos sociais. Os bens indispensáveis ao homem, quando ganham conotação econômica, encontram-se vinculados ao direito, e a este cabe regulá-los e discipliná-los da forma que melhor servir à coletividade.

Assim, ao Estado, em primeiro lugar, cabe a garantia mínima dos bens, pois foi a ele que todos confiaram a organização social. Deve, portanto, estabelecer a ordem social e a dos bens que envolvem os seres humanos no atual mundo globalizado, caracterizado por tantas mudanças e incertezas.

Analisou-se também a evolução do próprio Estado e da sociedade, que, por meio do desenvolvimento, leva a uma evolução cultural que deve ser revista sempre. A busca pelo bem comum deve sempre guiar os objetivos desse caminho que todos seguem, que é a vida.

uma interpenetração cultural etc. Na sua ambigüidade, ora revela a simultaneidade *in praesentia* dos eventos, ora uma generalização dos sentidos prevaletentes, inaugurando uma forma cultural diferente" (FERRAZ JR. *Direito constitucional*, p. 540).

⁵⁸ FERRAZ JR. *Direito constitucional*, p. 542.

Portanto, é indispensável a conscientização em relação a importância de um planejamento realizado, a partir do qual se busca encontrar formas para atuação do homem em proteção da sua vida e do meio ambiente. Trata-se da racionalização dos bens econômicos existentes.

Dentro desse contexto, insere-se a saúde como um bem a ser protegido, mas que, no entanto, sofre com a falta de atenção que ainda impera. Trata-se de um bem que teve seu conceito alterado ao longo do tempo, sem, contudo, alterar seu núcleo, que se mantém como sendo o ser vivo com boa qualidade de vida (de vida digna).

Hoje, o conceito de saúde ampliou-se, não sendo mais, apenas, a ausência de doenças, mas também a boa qualidade de vida. Isso o torna um direito não muito fácil de ser efetivado às vezes, pois é preciso definir em que consta sua proteção e o que cabe efetivamente ao Estado, já que o cidadão tem sua parcela de responsabilidade também, ainda que não explícita numa lei.

As políticas públicas devem ser buscadas, cobradas e efetivadas. Do mesmo modo, deve-se incentivar uma educação de conscientização da população em relação ao meio ambiente, higiene sanitária, e formas de desenvolvimento devem ser encontradas para a preservação do nosso *habitat*.

Por fim, o presente estudo pretendeu refletir sobre as relações que se estabelecem entre dois ramos distintos de atuação, e na importância de repensarmos na multidisciplinaridade dos diferentes aspectos que envolvem as relações jurídicas, econômicas e sociais.

Economy and Health in the Current Brazilian Constitutionalism

Abstract: The first step chosen for the writing of this article is the analysis of the economic aspects of the State, mainly the situation of the Brazilian State on economy, and in order to reach this goal it will be considered the national constitutionalism, above all the one of the Brazilian Constitution of 1988. After having taken ahead this first step, thus it will be done the connection between Economic Constitutional Law and the Right to Health as a Fundamental Right of second dimension (or generation). Thus it will be faced the discussion on if the State shall — or not — be an element for the protection of people's health. To honor this compromise it will be analyzed doctrines on Economic Law — and Economic Politics —, as well as the doctrines on the Human Rights and the difficulties that are faced by the national states to implement the Right to Health and the Fundamental Rights of second historical generation.

Key words: Economic Constitutional Law. Right to Health. Human Rights.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARCHER, Robert. Os pontos positivos de diferentes tradições: o que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?. *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, São Paulo, v. 4, 2006.
- BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6. Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998. v. 1.
- CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 4, n. 2, jul. 2003.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação da Comunidade em Órgãos da Administração Pública. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, mar. 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa, século XXI*. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 15, 1996.
- MINDLIN, Betty. *Planejamento no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. (Coleção Debates; Economia).
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento econômico nacional e controle de políticas públicas na Constituição Federal*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, out. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1995.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Economia e saúde no atual constitucionalismo brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 75-100, jan./mar. 2013.

Recebido em: 11.07.2012

Aprovado em: 17.12.2012