



## A SAÚDE NA QUALIDADE DE DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL: responsabilidade do estado ou da iniciativa privada?

Leonardo Canez Leite<sup>1</sup>

Taiane da Cruz Rolim<sup>2</sup>

### Resumo

Procura-se, nesta pesquisa, problematizar a saúde pública enquanto direito humano fundamental e, nesse interim, analisar-se-á o dever do Estado perante a Constituição de 1988. Buscar-se-á, a partir de uma metodologia de revisão bibliográfica, novas alternativas ético-jurídicas de mudanças paradigmáticas, como por exemplo, a necessidade da saúde suplementar para atenuar as problemáticas relacionadas à saúde pública tão importantes nas relações de igualdade para as minorias sociais. Constata-se que, embora a saúde se encontre assegurada pela Constituição Federal como “dever do Estado e direito de todos”, muito carece de efetividade por meio da hodierna política pública de saúde. Nesta baila, a sociedade não usufrui de um direito tão humano e democrático e, sofre ainda mais na luta pela consolidação de uma cidadania comum para igualdade sem distinções como preceitua a base dos direitos humanos e fundamentais.

**Palavras-chave:** Constituição; Direitos fundamentais; Saúde pública; Saúde suplementar.

## HEALTH IN QUALITY OF RIGHT AND FUNDAMENTAL GUARANTEE: responsibility of the state or private initiative?

### Abstract

In this research, it is sought to problematize public health as a fundamental human right, and in the meantime, the State's duty before the 1988 Constitution will be analyzed. From a methodology of bibliographical revision, new ethical-legal alternatives to paradigmatic changes, such as the need for supplementary health to alleviate the problems of public health so important in the relations of equality for social minorities. It can be seen that, although health is guaranteed by the Federal Constitution as a "duty of the State and right of all", it lacks effectiveness through today's public health policy. In this society society does not enjoy such a human and democratic right and suffers even more in the struggle for the consolidation of a common citizenship for equality without distinction as it lays down the basis of human and fundamental rights.

**Keywords:** Constitution; Fghts; Public health; Supplementary health.

---

<sup>1</sup> Mestrado em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal de Rio Grande – FURG.

<sup>2</sup> Mestrado em direito e Justiça Social pela Universidade Federal de Rio Grande – FURG.



## INTRODUÇÃO

Uma das questões mais proeminentes que envolvem o ser humano hodiernamente é a sua necessidade de estabelecer bases sólidas para utilização de um protecionismo conferido pela legislação para fruição de uma saúde com dignidade para desenvolver e permanecer nas suas atividades diárias. Em que pese as previsões legais constituem garantias de uma vida digna, salienta-se a necessidade do investimento subsidiário em saúde suplementar, como forma de resguardar o cidadão das intempéries do cotidiano, sobretudo na fragilidade do sistema assistencialista, embora, o Estado seja o maior responsável por resguardar a saúde pública.

O ideal para um Estado Democrático de Direito como o caso brasileiro seria proteger a saúde do cidadão independente de contribuição ao sistema, baseando-se no princípio de que o Estado tem o condão de garantir no mínimo uma condição de vida razoável, digna, suficiente para proporcionar o bem-estar social. Nesse sistema os direitos adquirem caráter universal, direcionados a toda população independente de contribuição, pois os princípios norteadores são a uniformização dos benefícios e a unificação institucional, sendo financiado pela gestão Estatal. Não há que se falar aqui em garantia contra riscos sociais atinentes da ausência do labor, o modelo concretiza-se na luta contra as desigualdades sociais, contra a pobreza da população.

Todavia, embora a saúde seja direito de todo o cidadão e um dever do Estado, sendo plenamente assegurada pela Constituição Federal de 1988, adota-se um modelo do qual não há proteção ampla a todos os cidadãos. Analisando o direito à saúde no aspecto da titularidade, tem-se um direito social que necessita ser complementado pela atuação da iniciativa privada, de modo que possa garantir sua efetividade, por outro lado, consoante a divisibilidade do bem que pretende proteger, afirma-se como um direito difuso e coletivo.

Destarte, parece mais seguro o enquadramento do direito à saúde como sendo aquele direito social que quando analisado sob o prisma constitucional, assume o caráter transindividual, ou seja, pertencente à classe dos direitos humanos, tendo em vista a relevância do seu tema. Dessa forma, não se pode ter



como estanques os diversos direitos antes elencados. Para o real entendimento dos direitos sociais faz-se indispensável a compreensão e, mesmo a utilização, de instrumentos relacionados com os direitos individuais. Destacam-se o processo de cumulação e de expansão dos direitos humanos, onde os direitos se desenvolvem, e conseqüentemente os novos direitos surgem com o propósito de enriquecer os direitos anteriores.

## **BREVE ANÁLISE DA SAÚDE PÚBLICA**

Cumprе ressaltar que o período após a Segunda Guerra mundial contribuiu para a internacionalização da saúde, tendo em vista as atrocidades vivenciadas pela humanidade. A partir das horripilantes guerras os Estados passaram a observar a necessidade de firmar realmente uma concepção dos direitos sociais, como se pode observar na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nesse sentido o artigo 25º relata:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (ONU, 1948).

Nesse contexto, no Brasil somente com a promulgação da Constituição da República de 1988 é que o tema saúde pública começou a ser tratado como um direito sócio-fundamental inerente a todo cidadão. Antes o que se tinha era um modelo assistencialista prestado a aqueles que possuíssem vínculos empregatícios, ou seja, a grande parcela da população desempregada ou na qualidade de trabalhador informal não fazia jus ao direito à saúde.

Percebe-se que o tema não era tratado como direito do cidadão e tão pouco como um dever do Estado. Neste modelo destacam-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), criado em 1966, através do Decreto – lei nº. 72/66, assim como o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), instituído pela lei nº. 6.439/77, ambos com o fito de prover a saúde apenas para classe operária ligada a Previdência Social.



Oportuno salientar que as Constituições brasileiras do passado quando tratavam da saúde, mantiveram-na no contexto da Previdência Social. Nunca houve um atento necessário para tratar do assunto da forma responsável e digna. Ademais o Sistema Nacional de Saúde foi criado em 1975, através da promulgação da lei nº. 6.229. Após criaram-se os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados (SUDS), com intuito de atribuir aos Estados e municípios as atuações na área da saúde, através do decreto Nº. 94.657/87.

Posteriormente, nossa Carta Magna de 1988, artigo 23, II, assim definiu a competência da saúde pública brasileira: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Adiante, a Lei nº. 8080/90, revogou a Lei nº. 6229/75, passando então a ser considerada como Lei Orgânica da Saúde, dispendo acerca das condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correlatos. Somente em 27 de janeiro de 1993, através da Lei nº. 8.689, é que os INAMPS foram extintos, com isso as funções, atribuições, competências, foram destinadas às instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde.

A socialização da saúde evidencia-se com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Assim, resta mais do que evidenciado a intenção do legislador constituinte em não mais seguir o sistema de desigualdade no tratamento dado a um dos temas de maior relevância pública encontrados na Constituição Federal de 1988, artigo 197:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).



Por derradeiro, não há mais que se falar em saúde como sendo relacionada à Previdência Social ou como precedente apenas aos trabalhadores assalariados que contribuam com o sistema. Nossa constituição atribuiu caráter universal à saúde atinente as ações de seguridade social. Outrossim, um direito abrangente de forma ampla como previsto no artigo 196, da Constituição Federal de 1988:

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. (BRASIL, 1988).

Saliente-se ainda,

Dizer que a norma do art.196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. (MENDES, 2012, p. 696).

Cabe, dessa forma, ao Estado através de políticas públicas competentes, destinar orçamento público para efetivação do real cumprimento descrito em nossa constituição, de modo a assegurar a todo cidadão em território nacional, independente da região que se encontre, seja interior ou um grande centro urbano, condições mínimas necessárias para uma vida digna, sem ter que sofrer as humilhações vivenciadas na maioria das cidades, das quais não possuem sequer uma infraestrutura capaz de minimizar o sofrimento dos necessitados.

Dessa forma pode-se observar que, antes da implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), apenas as pessoas que mantivessem algum vínculo empregatício de carteira assinada poderiam ter acesso aos atendimentos médicos. Nessa época, as situações atinentes à saúde pública tinham por características três situações, a primeira seria os dependentes dos INAMPS, a segunda aqueles, em menores proporções, que tivessem recursos financeiros para tratamentos particulares e, por último, as pessoas que não tinham nenhum meio eficaz de assistência a não ser por entidades filantrópicas, decerto em condições precárias.

Para uma real compreensão do Sistema Único de Saúde torna-se indispensável uma breve análise do regime ditatorial precedente a implantação do sistema:





Hospitais em precário estado de funcionamento, dificuldades de encontrar atendimento médico, mortes sem socorro especializado: este tem sido o quadro a que está submetida a maior parte da população brasileira. Como resultado da insuficiente expansão dos sistemas de saneamento e da ineficácia da educação sanitária, o país é assolado por epidemias evitáveis, como os surtos de cólera e dengue. E mantêm-se altos os índices de pessoas atingidas por tuberculoses, tracoma, doença de Chagas e doenças mentais, confirmando a permanência histórica do trágico estado da saúde popular. (FILHO, 2006, p. 60-61).

Ademais:

[...] no período autoritário distintas políticas foram implementadas a fim de responder à crise no setor de saúde, como a criação do Sistema Nacional de Saúde (Lei nº. 6.229/75), a implantação de programas de cobertura de serviços de saúde em áreas rurais e periferias urbanas, a organização de sistemas de vigilância epidemiológica e sanitária, o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social (conhecido como plano de Conasp) e a estratégia das Ações Integradas de Saúde (AIS). No entanto, isso não foi suficiente para responder aos problemas de atenção à saúde no Brasil, de modo que movimentos sociais passaram a propugnar a criação de um Sistema Único de Saúde e o desencadeamento da Reforma Sanitária Brasileira como integrantes do processo de democratização do Estado e da sociedade. (MARQUES, 2012, p. 112).

Norteados por um conceito estendido de acesso à saúde, o SUS iniciou nos primeiros anos da década de 90, com a promulgação das leis federais de saúde (8.080 e 8.142, ambas de 1990), assim como através de diversas portarias designadas pelo Ministério da Saúde. Tal sistema visa à garantia de uma política de Estado, a fim de proporcionar a saúde para todos, tendo como base a descentralização, com gerência singular em cada esfera do governo, priorizando as atividades preventivas e o atendimento integral, com fito de garantir ações e programas para atender às necessidades das populações que estão em condições desiguais:

O Sistema Único de Saúde configura um conjunto de princípios, nos quais se organiza a efetividade da prestação dos serviços de saúde, mantendo-se critérios pelos quais ocorre a dosagem do interesse de efetivação do direito à saúde com o resguardo de outros valores, bens, interesses e direitos constitucionais, exemplificando o princípio federativo e a autonomia municipal. (FIGUEIREDO, 2007, p. 371).

No atual cenário brasileiro, pode-se afirmar que o SUS continua apresentando grandes deficiências na maioria dos Estados. O investimento na saúde pública é mal utilizado, e além disso, o sistema é contaminado por problemas histórico-estruturais,



como, por exemplo, as profundas desigualdades sociais. A descentralização pessimamente conduzida e a falta de recursos financeiros estrangulam a oferta do Sistema Único de Saúde. Por sua vez, a maioria dos Estados e Municípios mostra-se incapaz e despreparado para assumir tais responsabilidades.

## O DIREITO À SAÚDE

Inviável tratar do tema saúde pública sem antes uma breve análise da Seguridade Social. Em que pese as peculiaridades atinentes a cada Constituição vigente, toma-se como parâmetro a Carta Magna de 1988, tendo em vista que somente nesta o termo foi positivado. A respeito do direito à saúde e por consequência à vida com dignidade estão tutelados pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico, que devem orientar o intérprete e operador do direito, neste sentido, “A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida”. (SCHWARTZ, 2001, p. 52). Desta forma:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia, trabalho, lazer, alimentação saudável na qualidade necessária, campanha de vacinação dentre outras. (CARVALHO, 2008, p. 1251).

A estruturação da previdência social, ainda hoje, é norteadada pelo sistema do seguro social, adotado praticamente por todos os países capitalistas. Países como Alemanha, Inglaterra e França adotaram, inicialmente, o modelo na política da saúde, concretizando um sistema contratual onde a população contribuía diretamente para os serviços. Nessa ótica, tinham acesso ao sistema as pessoas seguradas decorrentes da contribuição prévia, originadas em virtude do trabalho.

Importante ressaltar a relevância das condições trabalhistas vigentes no país, tendo em vista que a universalização da seguridade social, está diretamente relacionada com a garantia de emprego do contribuinte, caso contrário, numa nação



onde o índice de desemprego tenha elevadas taxas, conseqüentemente teríamos uma parcela significativa da população sem a garantia de acesso aos benefícios.

Adiante, no sistema constituinte brasileiro de 1988, temos um sistema de Seguridade Social híbrido tendo como base o seguro e a assistência. Em que pese a adoção da expressão Seguridade Social para tratar de saúde, assistencialismo e previdência, verifica-se que apenas nos dois primeiros há inserção nessa filosofia, pois quando se trata de previdência social, temos concretizado a política contratual do seguro. Nesse diapasão:

O sistema de Seguridade Social Idealizado pelo Lord Beveridge é universal. Todos têm direito a proteção social, independente de estarem contribuindo ou não. Por outro lado, o sistema do seguro social idealizado por Bismarck exige que o segurado faça sua contribuição, sem a qual fica excluído do sistema protetivo. Assim, para o direito comparado o Brasil adotou um sistema de Seguridade Social. Mas somente “para inglês ver”, haja vista que a Previdência Social conserva ainda a ultrapassada ideia de seguro social. (TSUTIYA, 2007, p. 10).

A Seguridade Social encontra-se positivada na Constituição Brasileira de 1988, no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II, mais precisamente nos artigos 194 a 204. Diante da análise dos artigos pode-se destacar a obrigatoriedade da contribuição, regra das mais importantes da Seguridade Social, assim como a primazia do trabalho. Reafirma-se:

Para ressaltar a valorização dada aos direitos sociais na nova ordem constitucional implantada com a redemocratização do regime político no Brasil, a Constituição de 1988, de forma inovadora, dedicou um capítulo exclusivo para seu tratamento, no título denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, assim como inseriu diversos outros dispositivos em que eles são desdobrados. (PINHO, 2007, p. 158).

Fato não menos relevante é quanto à relação de integralidade existente entre as unidades de saúde, previdência e assistência, embora unidades com ações tecnicamente individualizadas com políticas governamentais distintas. Por derradeiro, destacam-se os princípios norteadores da Seguridade Social, previstos no art. 194, em nossa Magna Carta de 1988, que assim dispõe:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade





social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988).

Antes da Constituição Federal de 1988 não existia no ordenamento jurídico brasileiro um sistema eficiente para proteção do cidadão. A seguridade era basicamente composta pela Previdência Social, com legislações dispersas. Após promulgação da constituição vigente, além da positivação da Seguridade Social, as disposições legais tornaram-se mais eficaz, distribuindo a responsabilidade de seu custeio, concomitantemente, entre a sociedade e o Poder Público.

Não obstante, diante da relevância dada à preservação da vida em nossa atual Constituição, o direito à saúde estaria amparado pelo disposto no art. 60, § 4º, IV, da Carta Política de 1988, atribuindo-lhe caráter de cláusula pétrea:

No exame sistêmico do texto constitucional, incompreensível seria garantir-se como cláusulas pétreas, a vida e a integridade física do homem e não se garantir com a mesma eficácia de cláusula intocável por emendas constitucionais, visto que a saúde, destutelada, pode levar inclusive à morte. A proteção estatal da saúde decorre dos princípios adotados pela Carta, e, como resultado, é limitação material implícita a obstar sua abolição, ou redução, por emenda constitucional. (NASCIMENTO, 1996, p. 89).

Nesse contexto, é imprescindível realçar a importância das condições mínimas necessárias para que se obtenha plenitude da dignidade da pessoa humana. Não se pode considerar a mera condição de estar vivo como caráter primordial da materialização da dignidade, sendo imprescindível a corporificação de diversos elementos jurídicos tais como o assistencialismo eficiente, atendimento à saúde pública eficaz, lazer, assim como uma previdência capaz de sustentar seus beneficiários. Acerca da dignidade da pessoa humana observa-se:

[...] é preciso ressaltar que ao estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de



prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador. (SARLET, 2005, p.352).

Logo, ao Estado impõe-se o condão de tutelar de forma efetiva pela vida humana, pois é essa a própria razão de existir do corpo social. Daí entende-se que o ser humano sem saúde é uma espécie de não ser, algo indigno, violado e restrito, verdadeiramente à margem da sociedade. Assim, a vida exprime a ideia de valor maior, supremo:

Observa-se, por outro lado que a dignidade humana exprime tudo aquilo que dá qualidade ao ser humano, enaltecendo-o como pessoa, distinguindo-o como espécie por outro lado, a condição humana, no sentido antropológico, constitui-se no conjunto das características físicas e orgânicas, mentais, psicológicas, afetivas, supostamente comuns a toda espécie. Assim, há uma relação ontológica entre a Dignidade Humana e a própria natureza ou condição humana. (MOREIRA, 2006, p. 149).

Dessa forma, o direito à saúde abrange a condição humana, no sentido de conjunto de características físicas e orgânicas, mentais, psicológicas, afetivas, comuns a todos. Por isso, torna-se fundamental a efetiva tutela:

O Direito à vida, elementar e essencial no âmbito dos direitos fundamentais, envolve dois enfoques: (a) Direito à existência - refere-se ao direito de sobreviver, de defender, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; (b) Direito à dignidade - corolário do direito à existência, figura o direito de desfrutar a vida com dignidade. (KIMURA, 2005. p. 394).

Assim, em primeira análise, o significado de saúde é a qualidade do estar são, inteiro, intacto. Ao passo de um exame mais crítico e aprofundado temos, conforme a Organização Mundial de Saúde, uma definição abrangente, onde engloba a situação de completo bem-estar físico e mental do ser humano. Nessa ótica, há uma interdependência de pressupostos mais complexos do que um simples estado do indivíduo como, por exemplo, o precedente biológico, o meio físico, o socioeconômico e o cultural, logo, não há que se falar em apenas fornecimento de medicamentos e de assistência médica, como de praxe é o entendimento comum.



## A NECESSIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Primeiramente cumpre esclarecer a diferença existente entre saúde complementar e saúde suplementar. Aquela segue os mesmos princípios e diretrizes do SUS, esta, no entanto, norteia-se por princípios de direito privado. Saliente-se, ainda, que ambas são prestadas por entidades privadas.

Nossa Constituição Federal em seu artigo 199, aduz: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Seguindo, no § 1º, leciona que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS. Outrossim, os contratos passam a integrar o sistema público de saúde, concretiza-se então, o sistema complementar, devendo obedecer aos princípios do assistencialismo integral e gratuito, sendo, posteriormente, remunerado pelo Poder Público.

Acontece que, assim como o SUS, a iniciativa privada complementar foi, ao longo dos anos, tornando-se ineficaz e desvantajosa, dando espaço ao assistencialismo suplementar. Nesse diapasão:

Assinalamos que o crescimento do setor privado não vinculado ao governo ocorreu principalmente em função da diminuição da qualidade da assistência estatal. Já a atividade privada que presta serviços ao S.U.S, de modo geral, foi sendo sucateada, e encontra-se em extrema dificuldade, à exceção dos hospitais de pequeno porte ou “oficinas de trabalho.”. (STEPHANES, 1993, p. 281).

Nesse contexto, cresce o instituto da assistência à saúde exercida por entidades privadas, financiada direta e exclusivamente por seus consumidores, denominada como saúde suplementar. Desse modo, não se pode olvidar que à saúde suplementar, diferentemente da saúde pública, não garante de forma alguma a igualdade de acesso aos serviços prestados. Somente aqueles que puderem arcar com ônus financeiro contratual estabelecido terão direito a usufruir das vantagens estabelecidas.

Em que pese seu caráter essencial na importância do serviço para a coletividade, a prestação suplementar não deve se confundir como modalidade de serviço público. A rede particular de prestação de serviços à saúde atua de forma adicional à rede pública. Por tais razões, configura-se como uma atividade



econômica em sentido estrito, tendo como norte princípios e regras do direito privado.

Oportuno frisar, que o campo de atuação da saúde suplementar encontra subsídio legislativo infraconstitucional na Lei nº. 9656, promulgada em 03 de junho de 1998, a qual regulamenta todos os planos de saúde, assim como os seguros de saúde. Ressalta-se que a assistência à saúde não é tarefa única e exclusiva do Estado, no entanto, em virtude de tratar-se de um direito fundamental de relevância pública, prestada por uma entidade privada, estará esta sujeita à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público.

Vale gizar que a fundamentação do segmento jurídico da saúde suplementar encontra-se amparada tanto em normas de direito público, quanto do direito privado, disciplinando relações econômicas do mercado de assistência privada, a destacar, a interação entre os agentes econômicos, os consumidores e o Estado. Adiante, a composição do sistema de serviços de saúde no Brasil dividida em três subsistemas:

O Sistema Único de Saúde, destinado a toda a população e corresponde à única possibilidade de atenção à saúde para mais de 140 milhões de brasileiros com baixos rendimentos, empregos precários ou desempregados, com natureza pública e é integrado por serviços dos municípios, estados e união, além dos contratados (filantrópicos e lucrativos); o Sistema de Assistência Médica Suplementar, com caráter privado e dispendo de diversas modalidades assistenciais que utilizam, em grande parte, a mesma rede de serviços privados, filantrópicos e universitários vinculados ao Sistema Único de Saúde, atendendo cerca de 35 milhões de brasileiros vinculados a planos coletivos de grandes empresas e a planos individuais adquiridos no mercado pela classe média alta e alta que, em determinadas situações, também recorrem ao Sistema Único de Saúde; e o Sistema de Desembolso Direto, que relaciona com hospitais de alta tecnologia e médicos com autonomia preservada, utilizado por pessoas de alta renda para serviços eventualmente não cobertos pelos planos de saúde ou para realização de consultas e exames com profissionais de prestígio não vinculados ao Sistema Único de Saúde ou ao Sistema de Assistência Médica Complementar. (MARQUES, 2012, p. 122-123).

Conceitua-se saúde suplementar como:

[...] entende-se o regime participativo do particular nos serviços de saúde, concomitantemente com os serviços públicos prestados pelo Estado, sob forma opcional e facultativa ao respectivo beneficiário, com o fim de ampliar o leque de serviços postos à disposição do cidadão, seja para servir de aditamento ou para suprir as deficiências do sistema público. (FIGUEIREDO, 2012, p. 98).





No Brasil o sistema suplementar acompanha o crescente desenvolvimento industrial, conseqüentemente fica relacionado à constante entrada da iniciativa privada no setor que antes era privativo do Estado. Acontece que o mesmo, solitariamente, não possui condições de prover à saúde pública. Para a população resta evidenciado que depender apenas do SUS é, no mínimo, certeza de não possuir garantias acerca de um atendimento breve e eficaz. Saliente-se, também, que o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese libera a exploração dos serviços de saúde à iniciativa privada, proíbe a destinação de recursos públicos para manutenção às instituições privadas de caráter supletivo com fins lucrativos. Ressalta-se que o mercado suplementar e a real situação da saúde pública, passou de mera alternativa para uma realidade constante e mais eficaz no que tange ao atendimento assistencialista.

Ademais, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi instituída mediante a criação da Lei nº. 9.961 de 28 de janeiro de 2000. A mesma, possui a função de regular o setor do mercado de suplementação privado dos serviços de saúde, tendo em vista o aval do próprio texto constitucional que ressalva a possibilidade da prestação de tais serviços, por entes privados, desde que atendidas as normas e disposições do Estado, bem como o interesse público.

Cumprido ressaltar que a ANS é uma autarquia, logo, pessoa jurídica de Direito Público, criada sob regime especial pertencente à Administração Indireta com fito de promover a higidez do mercado que ficou nos primeiros anos, após constituição de 1988, sob os órgãos do Ministério da Saúde. Acontece que o poder público se mostrou incapacitado na tentativa de prover de forma sustentável o nicho mercadológico de relevante interesse coletivo para a população brasileira.

A falta de transparência nos serviços prestados, assim como a não padronização dos agentes econômicos prestadores dos serviços de saúde suplementar, geravam incompatibilidades na concorrência, em detrimento do devido processo competitivo, refletindo negativamente na relação de consumo. Ademais, o progresso desordenado das operadoras de planos privados de assistência à saúde, tendo em vista a má situação do SUS, fez com que o sistema aumentasse de forma abusiva. A deficiência numa fiscalização mais ativa fez com que as empresas



fornecedoras de planos de saúde, atuassem basicamente com fito do lucro desordenado sem a real preocupação com a qualidade do serviço prestado.

Destarte, com a crescente necessidade de uma melhor especialização na área suplementar, assim como uma regulação econômica que não estivesse corrompida a pressões políticas e interferências estranhas aos segmentos do mercado, delegou-se o processo à Agência Nacional de Saúde Suplementar.

### **SAÚDE: responsabilidade do estado ou da iniciativa privada?**

Indiscutivelmente, uma das maiores preocupações que envolvem os cidadãos, hoje, é a sua necessidade de criar ambientes seguros no que diz respeito à sua saúde e de seus familiares, protecionismo conferido pela legislação constitucional, mas que, infelizmente, na prática está longe de ocorrer de forma satisfatória. Por isso, salienta-se a necessidade do investimento em saúde suplementar para assegurar os indivíduos, visto que o Estado tem o dever de garantir a dignidade humana através de condutas que busquem a promoção do bem comum:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc. (SARMENTO, 2010, p. 71).

A Carta Magna de 1988 ratificou a importância da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde, de forma suplementar, não ficando, no entanto, sujeita ao ordenamento do serviço público, o Sistema Único de Saúde. Há liberdade de exploração do mercado de saúde suplementar, o lucro é permitido para as operadoras, contudo quem explora essa atividade econômica tem por obrigação assegurar a existência digna de todos que dela participam, consumidores, hospitais, clínicas, empregados, em observância a Constituição Federal.

A saúde privada é fornecida sob três aspectos: 1) particular pura, em que o cidadão escolhe o profissional ou prestador, realizando um contrato; 2) por



intermédio de operadora de plano de saúde; 3) por intermédio de prestadora de serviço do Estado, atuando de forma complementar, sendo remunerada pelas realizações dos serviços por meio de uma tabela pactuada. Os contratos de planos privados de assistência à saúde:

[...] o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas (FIGUEIREDO, 2012, p. 167).

A cobertura assistencial de um plano de saúde privado deve garantir, na medida do possível, uma máxima efetividade no que tange ao cumprimento dos serviços prestados, sempre em consonância ao pacto contratual firmado entre consumidor e agente econômico, ora fornecedor. Os planos de saúde têm a obrigação de garantir que os serviços prestados sejam efetivamente capazes de solucionar a tempo e prevenir as enfermidades que os consumidores eventualmente venham a sofrer.

Ora, não teria lógica um mercado de saúde suplementar que apresentasse as mesmas deficiências encontradas no Sistema Único de Saúde. Assim, qualquer atividade suplementar com carências na prestação do serviço, ou seja, sem um mínimo padrão de qualidade técnica, ainda que por valores mais moderados, assemelhando-se ao sistema público, seria no mínimo motivo para configurar em medida fraudulenta.

Nessa ótica:

[...] na ocorrência de patologia mais grave, que necessite de cuidados médicos mais complexos e, conseqüentemente, mais caros, o plano não estará apto a atender com presteza as necessidades do paciente, seja em aspectos técnicos de saúde, seja em caráter financeiro, no que se refere ao custo do tratamento, tendo este que buscar vias alternativas de atendimento, mormente socorrer-se na rede pública de saúde. Tal fato, por si, já desnatura a obrigação pactuada entre consumidor e o plano de assistência privada à saúde, tornando-o inócuo, constituindo infração à lei e às cláusulas contratuais. (FIGUEIREDO, 2012, p. 21).

Contudo, em direção oposta, embora certos direitos não correspondam a deveres jurídicos específicos:



O Estado, os poderes públicos o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio. (CANOTILHO, 2002, p. 102-103).

Percebe-se, assim, a importância da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem normativa do Estado brasileiro, sendo uma das bases de organização do Estado Social Democrático de Direito e suas garantias fundamentais devem ser respeitadas, em favor do cidadão enquanto ser humano que é. Sob este enfoque, a dignidade da pessoa humana propõe a eficaz atividade dos direitos sociais para assegurar o bem de cada indivíduo dentro de um mesmo corpo social, pluralista e sem preconceitos onde o Estado deve zelar aos cidadãos uma existência digna

Cumprido ressaltar que a responsabilidade de promover a dignidade da pessoa humana dentro de um Estado Social Democrático de Direito é obviamente responsabilidade da própria administração pública. O direito à saúde é um dos direitos básicos protegidos pela Carta Magna, também previstos em diversos jurídicos internacionais alusivos aos direitos humanos, visto que a saúde é fundamental a um direito supremo que é o de viver com dignidade. Embora a iniciativa privada possa ser uma eficiente ajudadora do Estado, este não pode deixar de tutelar e ser o grande responsável por um direito tão fundamental quanto é o da saúde pública.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa realizada demonstrou que a Constituição Federal de 1988 recrudescer a importância do direito à saúde no conjunto normativo brasileiro. Sustenta-se como norma fundamental comum aos cidadãos sem nenhuma distinção, tendo o Ente Público o dever de proteção a partir da sua condição de status vital para a preservação da vida humana e tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana. Sabe-se que a luta para atenuar as desigualdades sociais existentes no país, foram travadas a fim de implantar um sistema que englobasse todos, sem discriminação, de forma universal e igualitária.





Dessa forma, a saúde, indiscutivelmente, está no topo desses direitos. Por isso, diante das inúmeras dificuldades em que a maioria da população encontra ao recorrer ao sistema de saúde pública, percebe-se a ineficácia na tutela desse direito por parte do Estado. Não são raros aqueles que se encontram em condições mínimas para o sustento da família, excluindo-se muitas vezes de uma vida digna pela falta dos serviços da saúde pública. Assim, considerando que o Sistema Público de Saúde atual é incapaz de atender às necessidades da população e que a contratação de planos privados de caráter individual é de custo elevadíssimo, resta evidenciado a importância da manutenção de uma saúde pública de qualidade.

Entretanto, não se pode deixar de lembrar do papel fundamental dos planos privados de saúde desde que de forma subsidiária ao Estado em consequência da insuficiência do Ente Público. A Carta Política de 1988 estabeleceu, em seus artigos 23 e 196, a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o fornecimento dos serviços de saúde, ficando sob o encargo desses a sua promoção, proteção e recuperação. Conforme Canotilho (2002, p. 96), os direitos sociais, “na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada”.

Portanto, no cenário brasileiro a suplementação do sistema de saúde tem o condão de aditar os serviços colocados à disposição dos cidadãos, uma vez que o Sistema Único de Saúde, em que pese fruto de um contexto positivo de maciça manifestação popular e de caráter universal, nem sempre se mostra eficaz para os usuários. O direito à saúde encontra-se inserido no direito à vida, constante do artigo 5º da Carta Constitucional e, mais ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento de um Estado que se diz Democrático e Social de Direito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org>. Acesso em: 20 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed., Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILHO, Claudio Bertolli. **História da Saúde Pública no Brasil**. Editora: Ática. São Paulo, 2006.

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Editora: Núria Fabris. Porto Alegre, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Lenice Silveira. O Princípio Constitucional da Dignidade Humana: um olhar conforme a Espistemologia da Complexidade. **Revista Jurídica da FAL**, Natal, v. 2, n. 2, 2006.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEPHANES, Reinhold. **Previdência Social** – uma solução gerencial e estrutural. Porto Alegre: Síntese, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2007.