

O DIREITO À SAÚDE E A POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO ATRAVÉS DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

Janaína Machado Sturza

Maria Cristina Schneider Lucion

Resumo: O direito humano e fundamental à saúde deve ser efetivado pelo Estado de maneira universal, e o sucesso disso depende, especialmente, da promoção deste direito. A constitucionalização e o reconhecimento do direito à saúde como fundamental ocorreu de forma lenta e gradual, e atualmente deve ser promovido pelo Estado pois possui eficácia imediata. Notadamente quando a atuação estatal é falha, a atuação dos entes privados ganha relevância, ainda que exclusivamente no âmbito contratual, eis que o incentivo à promoção do direito à saúde conduz a efetividade de outros direitos a ele relacionados, em especial a dignidade da pessoa humana e a vida.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direito público e direito privado. Planos de saúde.

Abstract: The human and fundamental right to health should be effected by the state in a universal manner, and that success depends, in particular, the promotion of this right. The constitutionalization and recognition of the right to health as a fundamental occurred slowly and gradually, and is currently being promoted by the state because it has immediate effect. Especially when the state action is fault, the actions of private entities becomes relevant, even if only in the contractual context, behold, the incentive to promote the right to health leads to effectiveness of other rights related to it, in particular the dignity of the human person and life

Key words: Right to health. Public law and private law. Health plans.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, o direito à saúde é classificado como um direito humano, social e fundamental, em razão de um longo processo histórico de reconhecimento.

A partir desta ótica, este direito é constitucionalmente assegurado à todas as pessoas, assume uma importante força normativa e possui eficácia imediata, razão pela qual deve ser promovido e assegurado de forma universal pelo Estado.

Em que pese a promoção do direito à saúde se realize especialmente por meio da atuação estatal, e, notadamente, por políticas públicas, vislumbra-se que também na esfera privada este direito pode ser promovido – ainda que no âmbito contratual. Assim, por meio da atuação e investimentos dos planos de saúde na promoção deste direito, verifica-se é possível obter a prevenção e a promoção da saúde de maneira eficaz, o que inclusive gera benefícios ao ente privado, na medida em que reduz sobremaneira os gastos com a cobertura de internações e exames clínicos.

Neste contexto, diante da enfraquecida atuação estatal na promoção do direito à saúde, bem como diante do reconhecimento da importância de políticas preventivas, os entes privados, em especial os planos de saúde, assumem o papel de efetividade do direito à saúde por meio da promoção. Desta forma, ainda que na esfera privada de um contrato, por meio da promoção o direito à saúde pode ser efetivado e garantido, compensando, de certa forma, a ausência do Poder Público.

A saúde como um direito humano e fundamental

No Brasil e no mundo o direito à saúde é um direito social, humano e fundamental. Sua essência está intimamente ligada ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, valores garantidos no Brasil pela Constituição Federal de 1988 após um longo processo histórico de reconhecimento.

Na sociedade contemporânea, a saúde pode ser considerada como um bem comum a todos, como um direito social fundamental necessário à manutenção da vida. Entretanto, o reconhecimento de sua eficácia é um forte argumento colocado em discussão nos dias atuais, principalmente em relação aos “direitos sociais e as externalidades que não podem ser internalizadas na avaliação da saúde enquanto bem econômico.” (DALLARI, 1987, p. 15). Acerca dos direitos fundamentais e sociais, pode-se afirmar que

[...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil". (SARLET, 2006, p. 560).

Tem-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais expressam uma ordem de valor objetivada *na e pela* Constituição, pois "[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida [...]." (SILVA, 2002, p. 276-277).

Por conseguinte, o direito à saúde apresenta-se como prestação positiva proporcionada pelo Estado, enunciada em normas constitucionais que possibilitam a proteção deste direito. Logo, os direitos fundamentais enquanto fundamento da própria dignidade humana, caracterizam-se como o ponto culminante de toda a ordem jurídica, embasando a própria existência do Estado, enquanto ordem em contraposição ao caos de uma sociedade complexa e contingente. Por conseguinte, os

[...] preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual. Por outro lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objetivas de ordenação da vida social. (ANDRADE, 2001, p. 111).

Todavia, sob uma fundamentação filosófica dos direitos sociais e mais ainda sob uma perspectiva dogmático-jurídica de abordagem, os direitos fundamentais sociais podem ser classificados tanto em direitos prestacionais (positivos), quanto em direitos defensivos (negativos)" (SARLET, 2006, p. 554-555).

Assim, os direitos fundamentais sociais são direitos que se consolidam por meio da ação estatal, e exigem do poder público prestações materiais, uma vez que "caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação,

trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [...]” (SARLET, 2001, p. 51).

Neste sentido, insta mencionar que a elevação do direito à saúde ao patamar de direito social, humano e fundamental pela Constituição Federal de 1988 confortou uma inclinação mundial de reconhecimento e afirmação deste direito. Especialmente após o término da segunda guerra mundial, com a criação e organização do mundo em organismos internacionais, a saúde passou a ganhar espaço nas cartas constitucionais da grande maioria dos países, seja de maneira expressa ou implícita na positivação de outros direitos fundamentais correlatos.

Neste sentido de reconhecimento internacional do direito à saúde, Figueiredo (2007, p 80) leciona que

A criação da Organização das Nações Unidas – ONU – e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais. Entre outras entidades, criou-se a Organização Mundial de Saúde – OMS -, no preâmbulo de cuja Constituição consta que saúde é o “completo bem-estar físico, mental e social.

Ainda que a constitucionalização do direito à saúde seja recente se considerada a sua grande relevância social, desde os tempos mais remotos até os dias atuais, perpassando por sociedades primitivas e mais desenvolvidas e tradicionais, destaca-se um grandioso interesse nas discussões e tratamento da saúde enquanto direito, posto que “[...] la salute costituisce ormai da tempo uno dei temi più ampiamente discussi dagli studiosi delle scienze giuridiche e sociali, trovandosi contemporaneamente sempre al centro del dibattito istituzionale tra i mutevoli orientamenti politico-ideologici nei confronti dello stato sociale.” (BOMPIANI, 1996, p. 04).

Para conceituar o termo *saúde*, não se pode furtar, obrigatoriamente, de usar como ponto de partida o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), erigido em 26 de julho de 1946, no qual fica instituído que a “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos,” determinando que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de

condição econômica ou social,” além de estabelecer que “a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados,” uma vez que “os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.” (Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946).

Em uma visão bastante avançada para a sua época de construção, a OMS expandiu o conceito de saúde historicamente atrelado à prevenção e principalmente à cura, abarcando, essencialmente, a promoção da saúde. Todavia, esse conceito usado pela OMS é amplo e, praticamente, inexecutável, já que tem um forte componente de idealização e a importância de associar a saúde à própria defesa da vida em sua plenitude.

Assim, a saúde pode ser entendida como um valor universal compartilhado por todos que defendem a vida e o caráter dual da saúde se manifesta no paradoxo de que tanto ela pode ser vista como um valor universal quanto sua realização concreta implica na necessidade de sua politização, para que, além de uma orientação ético-normativa, ela se transforme em uma política pública que amplie a democracia e assegure a universalização do direito à saúde a toda a população.

Com efeito, a saúde e a busca incessante por ela é uma realidade que remonta aos primórdios da humanidade, quando então os curandeiros e feiticeiros nas sociedades mais primitivas externavam a sua preocupação com a valorização da vida e com o medo da morte. Desde os tempos mais longínquos sempre existiu uma grande preocupação com a saúde, seja por instituições oficiais que sempre se preocuparam em manter os indivíduos em condições de trabalhar, no sentido de proteção de uma determinada classe social, seja pela reação de procurar alternativas no sentido de preservar a espécie, mesmo que em direção somente das classes mais favorecidas economicamente.

Com o desenvolvimento sucessivo da civilização, também o direito à saúde foi tendo sua importância destacada. Em um primeiro momento, a saúde era pensada como necessidade de extirpar quaisquer males que por ventura acometessem ou ameaçassem a espécie. Tal sentença pode ser ilustrada quando se afirma que

É perfeitamente compreensível que a humanidade tenha primeiro pensado a saúde como uma forma de eliminação dos males que afligiam os componentes da espécie. Ao longo do tempo os seres humanos foram invariavelmente acometidos por doenças que ameaçaram a sua sobrevivência. Nos tempos bíblicos, os surtos de lepra, peste e cólera eram a grande preocupação da civilização. Na Índia e na China antigas, foi a varíola. Na antiguidade Grego-Romana, a malária se fez presente. Na Idade Média, ocorreu a “Peste Negra”, onda de peste bubônica que assolou a Europa [...]. (ROCHA, 1999, p. 90-91).

Notadamente, a idade média se revelou um período de retrocesso no desenvolvimento e reconhecimento do direito à saúde, eis que à época a falta de saúde novamente passou a ser vista como castigo divino, quando, na grande maioria dos casos, o doente era apenas reduzido ao completo afastamento social. Figueiredo (2007) leciona que o renascimento foi a raiz do atual conceito de saúde, mas que foi no Estado liberal burguês que consolidou a saúde como atividade estatal e a elevou a um *status* constitucional.

Neste sentido, no século XVIII aconteceu, enfim, a denominada Revolução Científica, fruto das pesquisas e experiências de grandes cientistas, sendo que a saúde como ausência de doenças ainda era o marco nos estudos e debates. Todavia, foi somente na Revolução Francesa que se começou a pensar na saúde como um bem acessível a todos, destacando-se neste período a internação dos doentes mentais em hospícios, o que, em termos de saúde, poderia ser analisado hoje como uma prática não acessível a todos, mas sim como um processo de exclusão dos diferentes.

Foi no século XIX, com a Revolução Industrial, que algumas sociedades entraram numa fase de transformações com o emprego de máquinas modernas, momento em que a saúde passa a chamar a atenção e começa a ganhar mais relevância ao capitalismo. Isto porque o adoecimento do trabalhador significava prejuízo à produção, de modo que a saúde passou a ser entendida como reposição do indivíduo no mercado de trabalho e neste sentido “[...] a saúde dentro dos padrões do individualismo liberal que floresceu no século XIX é uma saúde “curativa”, ligada ao que a moderna doutrina atual chama de aspecto negativo da saúde: a ausência de enfermidades.” (SCHWARTZ, 2001, p. 33). Assim, a

industrialização do século XIX trouxe consigo a urbanização, acarretando ao Estado a obrigação de assumir a responsabilidade pela saúde da população.

A partir desse processo histórico de reconhecimento, no Brasil o direito à saúde foi finalmente expresso como direito social, humano e fundamental em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, dentre os quais o art. 6º, que o eleva a condição de direito social; o art. 196, que prevê a saúde como um dever do Estado e direito universal e igualitário na sua promoção, proteção e recuperação; e no art. 197, que reconhece a relevância pública do direito à saúde e prevê a obrigação do Estado em regulamentar, fiscalizar e controlar esse direito. Ademais, uma série de outros artigos constitucionais asseguram indiretamente o direito à saúde e determinam meios de sua efetivação, em uma nítida valoração de sua fundamentalidade.

No sentido de reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde, Schwartz (2003, p. 86-87, grifo do autor) leciona que

O direito à saúde é considerado ainda um *direito fundamental do homem*. O art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem assim estabelece. E mais, assim considerado, passa a ser um direito auto-aplicável, forte no art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. É ainda, o direito à saúde, um direito humano com fulcro na mesma Declaração retroreferida.

Considerando os aspectos já expostos, notoriamente a garantia e efetividade universal do direito à saúde, nos termos em que estabelece a carta constitucional brasileira, são objetivos complexos de serem alcançados, conduzindo a lógica conclusão de que, sem dúvidas, o direito à saúde não pode ser efetivado amplamente sem a intervenção estatal. Isto porque o direito à saúde está interligado a uma enorme gama de outros direitos humanos e fundamentais, que dele dependem e sem o qual perdem a sua efetividade e significado, tais como a dignidade e a vida.

Reconhecendo a complexidade da efetivação do direito à saúde e a sua posição basilar com relação a um grande número de outros direitos, Schwartz (2003, p. 91) aduz que

O direito à saúde requer uma máxima otimização, condizente com o grau de direitos a ele vinculados. Como já referido, se o direito à saúde é um dos mais completos, sua não efetividade implica forçosamente, no esmorecimento de todos os direitos intercambiavelmente enfeixados em sua

imbricação axiológica e dogmática. Vale dizer, se o direito à saúde restar absorto, inanes estarão o direito à vida, a cidadania, autonomia...

Neste sentido, denota-se que “o conceito jurídico de saúde somente pode ser compreendido numa análise sistemática, extraindo a noção de saúde como completo bem-estar” (ROCHA, 1999, p. 45), o que torna desafiadora a sua efetivação integral e universal por parte do Estado. Isto porque, ao se elevar o direito à saúde ao patamar de direito fundamental, todos os cidadãos brasileiros, indistintamente, tem direito ao amplo acesso à saúde, que deve ser garantida pelo Estado.

Neste sentido, Sarlet (2007, p. 02), revela a importância do reconhecimento constitucional do direito à saúde frente direitos como propriedade e a liberdade individual, que há séculos já eram tuteladas pelo Estado, quando,

Em verdade, tais questionamentos esbarram na elementar constatação de que a nossa Constituição vigente consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana, decisão que, à evidência, deve ser levada a sério. Vale ressaltar, neste contexto, que praticamente ninguém questionou, ao menos desde 1787, isto é, desde que surgiram as primeiras Constituições escritas, na acepção contemporânea do termo, sobre o fato de a propriedade (que chegou a ser tida inclusive como direito natural) ocupar um lugar de destaque na Constituição. O mesmo se aplica à liberdade de ir e vir e ao instituto processual do habeas corpus, assim como às liberdades de associação, de reunião e à proteção da intimidade, da vida privada, do sigilo das comunicações e a privacidade do domicílio. Cuida-se, em todos os casos, de valores e bens jurídicos contemplados nas Constituições (ao menos naquelas que cultuam o Estado de Direito) há quase dois séculos.

Por todo o exposto, é possível vislumbrar a trajetória histórica conceitual e reconhecimento do direito à saúde como um direito humano e fundamental, o qual é constitucionalmente assegurado no Brasil e deve ser assegurado e promovido pelo Estado. Desta forma, devem ser disponibilizados de maneira universal meios básicos de sobrevivência, qualidade e manutenção da saúde que garantam a efetivação de uma vida com dignidade, o que inclui, especialmente, a promoção do direito a saúde e a valorização da pessoa humana.

A promoção da saúde como alternativa à sua efetividade

A saúde comunga como um predicado essencial à qualidade de vida do homem e o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e cujos objetivos incluem a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, amparado através de sua Constituição de 1988, deve também oferecer e garantir o direito à saúde de forma igualitária para todos os cidadãos e protegendo, por consequência, o bem maior que é a vida.

Foi por meio da Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, sendo reconhecido como um direito social e um direito fundamental de todos. Neste sentido, quando se fala em direitos fundamentais, oportuno se faz lembrar Bobbio (1992) quando diz que não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garantí-los e para impedir que sejam continuamente violados.

No Brasil, portanto, o direito à saúde passou por grandes transformações e, a despeito de muitos obstáculos, opostos por setores sociais privilegiados e retrógrados, tem havido muitos avanços na luta pelo estabelecimento de melhores condições de vida para todos os brasileiros, dentre elas a saúde. Nesta área é possível perceber-se o evidente progresso, podendo-se considerar superada a concepção estreita e individualista que limitava a saúde exclusivamente ao oferecimento de serviços médico-hospitalares, dos quais somente os mais ricos teriam acesso, sendo que aos pobres restariam a precariedade e ainda como um favor do Estado. (CARVALHO, 1995).

Assim, o direito à saúde é o segundo na escala dos direitos sociais, conforme o art. 6º da Constituição Federal, logo após a educação. Surge como um direito subjetivo público que não pode ser negado a nenhuma pessoa sob pretexto algum, apesar de, na maioria das situações da vida diária, ele estar sendo constantemente negado. Todavia, este direito se rege pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços respectivos, onde estes são de relevância pública e por isso devem ficar inteiramente sujeitos à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

Para assegurar a efetividade do direito à saúde é preciso somar esforços para evitar a sua violação, o que pode (e deve) ser feito por meio da prevenção e promoção. Como dito, até o início do século XX a saúde era vista como algo individual, passando a ter outra conotação com a chegada da idéia do *Welfare State*, surgida após estas grandes guerras e trazendo consigo a visão do Estado de Bem-Estar Social, caracterizado como um marco nas ideias de saúde enquanto prevenção

A prevenção complexifica o tema incorporando ao mesmo uma situação antecipada no sentido de evitar a ocorrência da doença através de serviços básicos garantidores da salubridade pública. Percebe-se, então, que a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma feição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social, como direito coletivo, bem como alarga-se o seu conteúdo. Tem-se a prevenção da doença. (MORAIS, 1997, p. 188).

Logo, a prevenção e a promoção do direito à saúde realmente estendem-se como pontos culminantes na esfera das discussões sobre o tema saúde, uma vez que elas podem ser vistas, através de ações articuladas, como uma forma de evitar a ocorrência de doenças e a proliferação de epidemias, antecipando e garantido uma vida saudável a todos.

Desta forma, por meio da garantia dos direitos sociais, dentre os quais a saúde, a transformação do Estado em um fomentador da efetividade dos direitos humanos é considerada uma grande evolução social, que também impõe o planejamento e execução de políticas públicas que deem eficácia a estes direitos. Assim, no que tange ao direito à saúde, políticas públicas de promoção são essenciais para o pleno exercício deste direito universal, nos termos da constituição vigente.

Significa dizer que, além do dever de abstenção – impossibilidade de ingerências indevidas na saúde das pessoas -, o Estado também assumiu o papel de promotor do direito à saúde. Nesta linha, Sarlet (2007, p. 08) assevera que

o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

A partir desta ótica, a implementação de políticas públicas promocionais para dar efetividade ao direito à saúde é medida que se impõe. Aliada aos fundamentos já expostos, esta conclusão se depreende da própria Constituição Federal, que em seu “art. 196 estabelece a saúde preventiva quanto ao que compete à redução do risco de doenças” (SCHWARTZ, 2003, p. 55).

Com efeito, o direito à saúde é notadamente complexo, de modo que, como dito, a sua efetividade envolve não apenas o acesso a medicamentos e tratamentos médicos para a cura de doenças já diagnosticadas. Cada vez mais se reconhece a importância da prevenção e da promoção da saúde e da qualidade de vida de todas as pessoas, a fim de prevenir doenças e evitar maiores investimentos, nos moldes da norma constitucional.

Ainda que comprovadas as vantagens da prevenção e promoção da saúde, o que nos remete a veracidade do ditado popular de que “prevenir é melhor do que remediar”, o que se vislumbra é pouco investimento em políticas públicas neste sentido, com nítida preferência estatal a prestação material de medicamentos e atendimento médico. Os motivos pela opção do Estado em “medicalizar” a saúde são inúmeros, e, sem dúvidas, injustificáveis frente a gravidade do problema.

Certamente que em um país de dimensões continentais como o Brasil, dar efetividade ao direito à saúde é uma atitude desafiadora e complexa, contudo, o planejamento e a gestão de políticas públicas promocionais se faz imprescindível para amenizar a triste realidade de grande parte da população que depende deste serviço. Reconhecendo estes paradigmas, Rios (2012, p. 84) assevera que

Numa sociedade plural e diversa, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde, capaz de atendê-los. Nessa linha de pensamento, pode-se falar num direito difuso a um sistema de saúde que conjugue medidas genéricas e medidas específicas (que considerem a especificidade de cada grupo) de prevenção e promoção da saúde, como aponta, por exemplo, a ideia de redução de danos entre usuários de drogas (Bastos; Mesquita; Marques, 1998). Outras situações também podem ilustrar essa realidade, como também demonstram campanhas dirigidas a profissionais do sexo e homossexuais.

Neste sentido, reconhecer a diversidade cultural do Brasil e investir na promoção da saúde como forma de reduzir a complexidade do direito à saúde é fundamental e imprescindível. Contudo, embora a adoção de uma conduta preventiva eficaz por parte do Estado seja mais eficiente e menos custosa, o que se vislumbra é o maior investimento e atenção na cura e atendimento de doenças já instaladas como forma paliativa de assegurar o direito à saúde.

Ressalta-se que, como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas (SILVA, 2002). É justamente esta última vertente que deve ser mais valorizada e incentivada, como forma, especialmente, de preservar a saúde do maior número de pessoas e impedir a afetação deste direito.

Em conformidade com o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, caracterizado como fundamento constitucional essencial no que tange à matéria de saúde, o direito à saúde respaldado em tal dispositivo trata-se de um programa a ser atendido pelo Estado, mediante norma de conteúdo programático, através da qual fixam-se vetores maiores que apontam para direções e objetivos a serem atingidos pela ação estatal (RAMOS, 1995).

Neste sentido, a fragilidade das políticas públicas promocionais se deve, de certa forma, a demora na valorização legislativa do direito à saúde e ao desinteresse dos governantes, e jamais a falta de previsão constitucional, bem como em razão da complexidade que se tem em atuar de forma preventiva, quando é mais fácil apenas combater doenças.

Acerca dos benefícios da prevenção e promoção da saúde, e principalmente da falta de interesse do poder público nesse setor, Dupas (2006, p. 184) relata que

O Ministério da Saúde do Brasil, por exemplo, anunciou que vai mudar a política nacional de atendimento ao câncer para aumentar a capacidade de diagnóstico precoce da doença. Argumenta-se corretamente que, diagnosticados em fase inicial e tratados adequadamente, os tumores tem chance maior de cura, em certos casos podendo superar 90% (Meta..., 2005). Alerta-se que o crescimento da doença é mundial e que, em 2006, no Brasil deverão surgir 472 mil novos casos. Nenhuma palavra – no entanto –

sobre prevenção, causas, atitudes para evita-los. A estratégia é localizar o mais cedo possível e extirpar.

Ademais, insta ressaltar que a efetividade do direito à saúde por meio de políticas públicas promocionais é possível e necessária, resultado de

Um fenômeno dito de promoção, abandonando a questão meramente de garantias ou repressão por parte do Estado através do direito. Indiretamente, a questão das políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social tem assento também em outro mote sobre o uso do direito, de cunho mais genérico, que busca demonstrar uma nova forma de manejar o ordenamento jurídico, ou melhor, o abandono da função eminentemente repressora em razão do aspecto promocional. (LANGARDO; RECKZEL, 2011, p. 599)

A partir dessa problemática, cada vez mais políticas públicas efetivas de prevenção e da promoção da saúde se tornam possíveis e necessárias, em todas as esferas do poder, a fim de prevenir doenças e, conseqüentemente, evitar maiores custos ao erário público. O resultado lógico seria, portanto, a redução da complexidade do direito à saúde e a valorização do indivíduo na sua dignidade e vida, na medida em que a qualidade de vida é garantida.

Assim, a promoção do direito à saúde pelo poder público pode ser uma alternativa a efetividade deste direito, surgindo, a partir daí, um novo conceito em gestão de saúde que vise especialmente a prevenção. Ou seja, seguramente reconhecer a prevenção como forma de garantir o direito à saúde se mostra o caminho mais rápido para a sua plena eficácia, a medida em que o indivíduo estaria, dentre de uma razoabilidade, sendo protegido da exposição e sofrimento trazidos pelas doenças.

Sendo assim, a partir do ponto de vista promocional, o Direito Fundamental Social à Saúde trata de um direito positivo, que não pode ser visto de forma individual ou isolada, sob pena de impacto direto sobre toda a coletividade, exigindo prestações eficazes e principalmente de concretização por parte do Estado, impondo aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria realização do direito (SILVA, 2002).

Portanto, o direito à saúde acena como um dos importantes elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, pois direito à saúde é direito à vida (MORAIS, 1996). Partindo desta análise, a questão

do direito à saúde é abrangente e complexa, assim como a do acesso igualitário às ações de saúde, estando assegurado constitucionalmente tanto na seção específica como nas disposições gerais sobre a Seguridade Social (NETO, 2003).

Pelo exposto, notadamente o direito à saúde é elencado como um dos mais importantes elementos da cidadania, de modo que a sua promoção e prevenção se mostram meios essenciais para a proteção deste direito, eis que visam a sua não afetação e, em consequência, a garantia dos direitos humanos.

A atuação subsidiária dos entes privados na promoção do direito à saúde

Dentro do contexto de promoção da saúde, se considerarmos que, por vezes, o sistema público de saúde pode ser falho, e que os planos de saúde privados, em razão do princípio da solidariedade, podem ser meios subsidiários de efetividade deste direito fundamental, impende também o debate acerca do sucesso ou não de sua proposta de proteção privada da saúde.

Com efeito, os direitos à proteção social, e, especificamente, o direito à saúde, dificilmente podem ser realizados de maneira eficaz sem uma intervenção estatal que vise garanti-los de maneira preventiva e qualitativa, na forma em que se depreende da consolidação dos direitos sociais descritos na Carta Magna brasileira. Contudo, por vezes, a obrigação de assegurar a saúde, atribuída ao Poder Público, pode não ser a realidade fática vivenciada por parte de seus tutelados, especialmente em se tratando da necessidade de promoção da saúde e consequente ausência de prestação material, fatores que podem conduzir ao agravamento de moléstias e a perda até mesmo da vida.

Nesta diapasão, é de grande relevância considerar o papel subsidiário dos entes privados, em especial dos planos de saúde, no que tange a garantia de eficácia do direito à saúde por meio de sua promoção. Neste sentido, reconhecendo a importância de uma atuação séria e eficaz dos entes privados, “a atuação subsidiária das entidades privadas na efetivação de políticas de saúde pode ser assim sugerida como caminho que retoma a ideia de solidariedade [...]. Trata-se de uma alternativa a ser desenvolvida com seriedade, por abrir novas

possibilidades à consecução exitosa do direito fundamental à saúde (FIGUEIREDO, 2007, p. 101).

A partir dessa ótica, cada vez mais se reconhece a importância do incentivo de entes privados na prevenção e na promoção da saúde e da qualidade de vida das pessoas, a fim de prevenir doenças e, conseqüentemente, evitar maiores investimentos. E esta é uma política positiva que já é observada na atuação de diversos meios privados, como é o caso dos programas de melhoria da qualidade de vida realizados por planos de saúde, em razão de que a promoção da saúde evita gastos futuros desnecessários com medicamentos e estrutura hospitalar.

Com efeito, as entidades privadas de planos de saúde podem encontrar sua razão de existir a partir da necessidade de algumas pessoas de assegurar sua própria segurança médica, independente de atuação estatal. Deste modo, por meio dos planos de saúde, os contratantes passam, via de regra, a usufruir de um serviço médico previamente contratado e garantido de maneira privada, sem deixarem de ser titulares da saúde pública.

Neste sentido, ante ao parcial fracasso do sistema público na área da saúde, cada vez mais se reconhece a importância da prevenção e da promoção da saúde e da qualidade de vida de todas as pessoas incentivadas por entes privados, a fim de prevenir doenças e, conseqüentemente, evitar maiores investimentos estatais ou até mesmo privados. A promoção da saúde, por consequência, reduz a complexidade deste direito traz benefícios financeiros às entidades privadas.

Na cidade de Santa Maria, o programa “Medicina Preventiva” do plano de saúde Unimed Santa Maria/RS vem se destacando como meio eficaz de promoção da saúde de seus usuários. Trata-se de um programa de gerenciamento de pacientes crônicos por meio de uma equipe multidisciplinar, que visa melhorar a qualidade de vida de pacientes que comumente se submetem a internações hospitalares e a diversos tratamentos médicos.

A equipe é composta por médicos, enfermeiros, psicólogos, nutricionistas, dentre outros profissionais, e realiza visitas domiciliares semanais, quinzenais, ou mensais, a depender do quadro clínico do cliente. O programa de

medicina preventiva visa, dessa forma, melhorar a qualidade de vida e prevenir doenças de pacientes que preenchem alguns requisitos, quais sejam,

Os critérios de Elegibilidade para participar desse programa, inicialmente, são pré-definidos pela equipe da Medicina Preventiva através de alertas clínicos obtidos no preenchimento da Avaliação das Condições de Saúde do usuário e também preencher os seguintes quesitos:

- Somente beneficiários do plano de pré-pagamento da Unimed Santa Maria;
- Residente no Perímetro Urbano de Santa Maria;
- Idade Acima de 60 anos;
- Portador de Doença Crônica;
- Acamado ou com duas ou mais Atividades de Vidas Diárias comprometidas (<http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=57422&cd_secao=63643> acesso em 04jun2014.)

Importa ressaltar que as visitas domiciliares periódicas envolvem atitudes de controle e prevenção de doenças, tais como pesagem, verificação da pressão arterial, averiguação das condições de armazenamento de medicamentos e comida, avaliação do espaço domiciliar e de acessibilidade e acompanhamento psicológico. São atitudes proativas que resultam em benefícios para os clientes atingidos, mas que beneficiam ainda mais o próprio ente privado, que ao promover a saúde de seus usuários economiza sobremaneira o seu orçamento com internações e tratamentos médicos complexos.

Neste sentido, é preciso considerar que o exemplo citado trata-se de um sucesso privado, e, seguindo a lógica do mercado e do capitalismo, certamente não promove a saúde e bem-estar de seus clientes somente por altruísmo. Mais do que nunca, o setor privado vem comprovando que preservar, promover e prevenir a saúde se mostram meios baratos e eficazes para a garantia plena do direito à saúde, o que depende fundamentalmente de organização e boa gestão.

Assim, a promoção do direito à saúde pelos entes privados pode ser uma alternativa a efetividade deste direito, surgindo, a partir daí, um novo conceito em gestão de saúde que vise especialmente a prevenção. Isto porque reconhecer a prevenção como forma de garantir o direito à saúde se mostra o caminho mais rápido para a sua plena eficácia, ainda que no âmbito da atuação subsidiária dos entes privados e dentro de uma perspectiva contratual e privada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo um direito humano e fundamental, o direito à saúde tem aplicação imediata, conforme clara disposição da Constituição Federal de 1988. Sua tutela é responsabilidade do Estado e se dá por meio de políticas públicas que assegurem o amplo e universal acesso à saúde e a qualidade de vida de todas as pessoas.

A fim de dar efetividade ao direito à saúde, o que se vislumbra como ideal são políticas públicas de promoção deste direito, que visem a redução ao máximo a incidência de doenças e que melhorem a qualidade de vida das pessoas, como forma de preservar a dignidade dos indivíduos e os seus direitos humanos. No entanto, ainda que sua importância seja indiscutível, atualmente pouco se fala em políticas públicas de prevenção de doenças, sendo que visivelmente o Estado brasileiro adota a medicalização de tudo e todos como forma (precária) de dar efetividade ao direito à saúde.

Diante da lacuna de efetividade existente entre o direito à saúde e os tutelados, os meios privados, em especial os planos de saúde, podem assumir – e em muitos casos assumem – o papel promotor da saúde que cabe ao Estado. Os benefícios desta prática são notáveis e repercutem tanto na esfera do consumidor do plano, que tem uma nítida melhora na sua saúde e qualidade de vida, quanto para o próprio ente privado, que reduz significativamente os custos de manutenção do plano por meio da diminuição da submissão dos contratantes a internação hospitalar e tratamentos.

Desta forma, vislumbra-se que quando as políticas públicas de promoção do direito fundamental à saúde são falhas, os entes privados entram em cena assumindo um papel subsidiário importante na promoção deste direito, surtindo benefícios em toda a coletividade contratante.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOMPIANI, Adriano. **Considerazioni in merito alla politica di sicurezza sociale nel settore dell'assistenza e della sanità**. Rimini: Maggioli, 1996.

BRASIL. **Constituição da República**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde**. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <http://www.unifran.br/mestrado/promocaoSaude/docs/ConstituicaodaWHO1946.pdf>. Acesso em: jun. 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A saúde do brasileiro**. São Paulo: Editora Moderna, 1987.

DIAS, Hélio Pereira. **A responsabilidade pela saúde** – Aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**. São Paulo: Unesp, 2006.

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

JUNGES, J.R. **Direito à saúde, biopoder e bioética**. Interface - Comunic., Saúde, Educ., v.13, n.29, p.285-95, abr./jun. 2009.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

LANGARO, Mauricio; RECKZIGEL, Tania Regina Silva. **O direito promocional como incentivo à cidadania e aos direitos humanos fundamentais**. In Direitos Humanos e participação Política: vol. II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas>. Acesso em: 23 jun. 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas S. A., 2001.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais** – O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NETO, Eleutério Rodriguez. **Saúde – Promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

RAMOS, João Saulo. **Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 12, p. 281-290, jul./set. 1995.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos**. Seguridade Social, Cidadania e Saúde, 2012. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html>. Acesso em: 29 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, n. 11, set/nov. Salvador. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. **Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado**: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora LTr, 1999.

UNIMED SANTA MARIA/RS. Disponível em <http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=57422&cd_secao=63643> acesso em 04jun2014.