



## DO DIREITO À SAÚDE: DO PARADOXO DO DEVER PÚBLICO E DA INICIATIVA PRIVADA

### THE RIGHT TO HEALTH: THE PUBLIC DUTY OF PARADOX AND PRIVATE ENTERPRISE

|                     |            |
|---------------------|------------|
| <i>Recebido em:</i> | 15/03/2014 |
| <i>Aprovado em:</i> | 26/04/2014 |

**Dirceu Pereira Siqueira<sup>1</sup>**

**Fabricio Fazolli<sup>2</sup>**

#### RESUMO

O direito à saúde constitui direito social fundamental personalíssimo, cuja efetivação resta imputada diretamente ao Estado, permitindo-se a participação complementar da iniciativa privada. O direito à saúde corresponde em elemento garantidor da dignidade da pessoa humana. É por intermédio de política públicas, cuja agenda venha a observar a devida necessidade básica à saúde de cada pessoa, considerando os aspectos regionais, sociais e culturais de cada região é que se buscará efetivar o direito fundamental à saúde, momento em que o Estado passaria a garantir o acesso de todas as pessoas à um mínimo necessário para a manutenção de uma saúde adequada. Paradoxalmente se observa o avanço da

<sup>1</sup> Pós doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá/PR - UniCesumar; Professor nos Cursos de Graduação em Direito no Centro Universitário de Araraquara - UNIARA, no Centro Universitário de Bebedouro – UNIFAFIBE e na Faculdade Barretos - FB; Advogado.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá/PR - UniCesumar; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Professor e Advogado.



iniciativa privada como caráter complementar de acesso à saúde, o que implica não somente na constatação de ausência de efetividade de atuação direta do Estado enquanto garantidor deste direito fundamental, mas, também, na desnaturação do direito social fundamental, passando a considerar a saúde, que até então figura como direito essencial incluso no rol de cláusulas pétreas, como bem pertencente ao mercado, e por isso, disponível.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Políticas Públicas; Estado e Iniciativa Privada.

#### ABSTRACT

The right to health is a fundamental social right very personal, whose effectiveness remains charged directly to the State, allowing yourself to complement private sector participation. The right to health corresponds guarantor element of human dignity. It is through public policy, whose agenda will observe the basic necessity due to the health of each person, considering the regional, social and cultural aspects of each region is that we will try to accomplish the fundamental right to health, at which time the state would to ensure access of all people to a minimum necessary for the maintenance of proper health. Paradoxically observed the progress of the private sector as a complementary character of access to health, which not only involves the finding of lack of effectiveness of direct action of the State as guarantor of this fundamental right, but also concerning distortion of fundamental social right, passing to consider health, which until then figure as an essential right included in the list of foundation stones, as well belonging to the market, and therefore available.

**Key-words:** Right to health; Public Policy; State and Private Enterprise.

## 1 INTRODUÇÃO

A análise do direito à saúde, no cenário Nacional, deve ser observada sob a ótica de um direito fundamental inerente à pessoa. Depreende o direito a saúde como inerente ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana, imputando ao Estado o dever de



resguardar este princípio fundamental, deferindo efetividade e não somente validade à norma constitucional.

É por meio de políticas públicas adequadas, que abarcam em sua agenda a devida necessidade básica de saúde para cada pessoa em sua localidade geográfica, cultural e social, que se buscará efetividade à norma constitucional sem o auxílio de meios indiretos desta efetividade, como a tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Contudo, diante da ausência de atuação estatal, seja pela sua incapacidade econômica e técnica, que impedem a instituição de políticas públicas que venham resguardar de forma efetiva o direito fundamental à saúde, não obstante o esforço de inúmeros administradores públicos em efetivar tais políticas públicas, tanto a busca por uma efetiva prestação de forma indireta por intermédio de uma ordem emanada do Poder Judiciário, como a transferência desta responsabilidade pelo Estado social à iniciativa privada, se demonstram presentes na atual conjuntura do estado democrático de direito. Embora de relevante interesse e com amplo espaço para discussão, o corte epistemológico do presente estudo impede à análise da busca indireta pela efetivação de direitos sociais fundamentais, desafiando esta análise para projeto de estudo posterior.

Depois das considerações acima, parte-se à afirmativa da configuração do direito à saúde como direito fundamental, inerente ao indivíduo, ou seja, direito personalíssimo, e, por isso, desvinculado do mercado e não alcançado pela liquidação em valores econômicos, e, paradoxalmente, tem-se a análise de possibilidade de prestação de serviços que promovam o direito à saúde pela iniciativa privada, ainda que de caráter complementar. Tenha-se presente que a iniciativa privada possui como lastro o essencial princípio da livre iniciativa, onde, indubitavelmente resta o intento subjetivo de lucro, apontando, desta forma, como ponto de indagação, a alteração da natureza jurídica do direito fundamental à saúde.



Em última análise, deve-se utilizar-se como paradigma pela busca da iniciativa privada a atuar de forma complementar na seara do direito à saúde como sendo a atuação incompleta do Estado quando da instituição de políticas públicas que almejem resguardar o essencial direito fundamental à saúde.

## 2 Do Direito à Saúde como Direito Fundamental

Em um primeiro momento, ao discorrer quanto ao direito à saúde, importa salientar que o legislador constituinte brasileiro deferiu a este o caráter de direito social fundamental, expressamente tutelado no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Buscou também o legislador originário caracterizar o direito à saúde como sendo de necessidade vital básica de toda pessoa humana, conforme interpretação literal da Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso IV.

O conteúdo da norma de direito fundamental, invariavelmente, remonta a essência da pessoa, o que leva a identificar a obra de Giovanni Pico Della Mirandola, “Discurso sobre a dignidade del hombre”<sup>3</sup>, como primeiro marco teórico dos direitos fundamentais. Esta assertiva se apresenta correta quando se identifica a dignidade humana como substância axiológica essencial para a fundamentação de qualquer direito fundamental.

Neste sentido, Carlos Simões aponta como lastro do Estado democrático a dignidade da pessoa humana, destacando-a como sendo o valor supremo e fundamento axiológico dos direitos fundamentais, sendo que se apresenta impossível definir a dignidade da pessoa humana sem entendê-la como um complexo de valores específicos que vieram a ser formulados no texto constitucional pelos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad: Adolfo Ruiz Dias. 1. ed. 3. reimp. México: UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2009.

<sup>4</sup> SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 224.



Ao considerar o direito a saúde como direito fundamental, é importante destacar, ao menos de forma pontual, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, quanto ao aspecto terminológico a ser observado referente aos direitos humanos e direitos fundamentais, sendo aqueles considerados reconhecidos pela ordem jurídica internacional, almejando pretensão de universal validade, e estes, concebidos como aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera constitucional, incluindo-se os direitos humanos, desde que positivado pelo Estado.<sup>5</sup>

Como destacado por Ingo Wolfgang Sarlet, a percepção última é de que onde não houver respeito à vida e integridade do ser humano, física e moral, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde os direitos fundamentais não forem minimamente assegurados, não haverá dignidade da pessoa humana de modo que poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiça.<sup>6</sup>

Vale destacar o direito a saúde como direito subjetivo inerente e essencial ao indivíduo, sendo que, ausente este, indubitavelmente restar-se-á anulado ou prejudicado os demais direitos considerados fundamentais. Incauto seria deixar de observar que o essencial direito fundamental à saúde também merece respaldo sob a égide de direito inerente à pessoa humana, denominado direito da personalidade.

O direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida e que dada a sua essencialidade também é classificado como um direito da personalidade. Pois, é perfeitamente conclusivo, que se o indivíduo não puder gozar de saúde, outros direitos não lhe despertarão interesse e nem poderão sequer ser exercidos. Adriano de Cupis ressalta o

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 260-263.

<sup>6</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64.



direito à saúde como medula da personalidade, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo<sup>7</sup>.

O direito à saúde representa um direito de todo cidadão e é um dever do Estado, que na forma do art. 196 da Constituição Federal de 1988, utilizando-se de políticas sociais e econômicas, deve “almejar a redução do risco de doença e de outros agravos à saúde”, além do “acesso igualitário universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Acrescenta-se aos fundamentos já apresentados, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet que relembra o leitor quanto ao reconhecimento de efeitos da dignidade da pessoa humana mesmo após a morte do indivíduo, mas que, contudo, este princípio matriz dos direitos humanos deve ser atribuído essencialmente a pessoa humana viva.<sup>8</sup>

### 3 Das Políticas Públicas, Do Padrão Ótimo do Estado Social e o Acesso à Saúde

Oportuno se torna dizer que para o Estado alcançar o objetivo de garantir o acesso igualitário as ações que visem prevenir e restabelecer a saúde do indivíduo por intermédio de tratamento adequado, obrigatório se apresenta a promoção de políticas sociais e econômicas, e, quando estas apresentam equívoco programático, lamentavelmente não se estará resguardando o essencial direito fundamental à saúde.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci<sup>9</sup>, as políticas públicas são categoria jurídica que se apresenta na medida em que buscam a concretização de direitos humanos e, em particular, direitos sociais. Os direitos sociais, dentre os quais se incluem o direito à saúde, restam

---

<sup>7</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed., São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 589.

<sup>9</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Organizado por Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.





configurados, segundo Norberto Bobbio, como direitos de segunda geração e foram formulados para garantir a plenitude dos direitos de primeira geração.<sup>10</sup>

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, devendo o direito estar apto a descrever, compreender e analisar, de forma a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico. Mais uma vez, Maria Paula Dallari Bucci ensina que um dos efeitos da aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais.<sup>11</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o paradoxo apresentado pelo Estado Social no que diz respeito às suas funções precípua, no sentido de que se deve assegurar um lastro mínimo de sua prestação objetivada na Constituição Federal, ou, independentemente de sua base econômica e material, garantir a todo custo um “padrão ótimo nesta seara”.<sup>12</sup>

Embora o denominado “padrão ótimo” destacado por Ingo Wolfgang Sarlet esteja eivada de subjetividade, de considerável importância se demonstra ressaltar o caráter objetivo para padrões mínimos que devem ser observados pelo Poder Público, inclusive para a elaboração da agenda da Política Pública adotada. Como padrões mínimos tem-se o atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva, ações de prevenção epidemiológica, serviços de saneamento, respectivamente previstos nos artigos art. 227, § 1º, inciso I, art. 198, inciso II, art. 200, inciso II, e, artigos 198, incisos II e 200, inciso IV, todos da Constituição Federal de 1988. A garantia constitucional se justifica por estar a saúde reconhecida como um dos direitos considerados dentro do mínimo existencial a dignidade da pessoa humana, haja vista se tratar de uma das condições materiais básicas para a sua existência.

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23-24.

<sup>11</sup> BUCCI, op.cit., p. 27.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 590-591.



E por representar esse mínimo existencial o mínimo de direitos que deve ser garantido aos indivíduos, foi posicionado pelo poder constituinte originário fora do alcance de deliberação política e das maiorias, reconhecendo-se, porquanto, eficácia jurídica positiva. Potyara A. P. Pereira, utilizando-se dos argumentos de Doyal e Gouth, para quem as necessidades humanas não são passíveis de variação, independentemente da origem cultural, seja na contemporaneidade ou não, e, independentemente da localização geográfica. E sob este argumento, justifica a necessidade de um mínimo existencial.<sup>13</sup>

Diante da necessidade pela busca da efetividade da dignidade da pessoa humana, inadmissível que o Poder Público permaneça inerte, furtando-se ao cumprimento de seu dever de prestar saúde ao indivíduo, uma vez que se trata de necessidade fundamental e comum a todas as pessoas, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, embora reconhecer o caráter programático da norma constitucional oposta no art. 196 aponta pela impossibilidade de reconhecê-la como mera promessa constitucional.<sup>14</sup>

Utilizando-se mais uma vez dos fundamentos de Potyara A. P. Pereira, esta confirma a necessidade de que o acesso a serviços médicos deve ser efetivo, com cura e tratamento

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas Subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 66.

<sup>14</sup> O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à <saúde> das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.





eficaz, a serviço de todas as pessoas indistintamente, sendo que o Poder Público não deveria medir esforços materiais para tanto.<sup>15</sup> Por outro lado, quanto a ineficácia da norma, deve-se destacar as lições de Giorgio Agamben quando expõe que a validade da norma jurídica não necessariamente significa que a norma seja aplicada ao particular<sup>16</sup>.

Em verdade, o que se observa na prática é a posição de Agamben, acima, ou seja, de que há norma jurídica perfeitamente válida prevendo o direito social à saúde, mas que, sob a justificativa da reserva do possível, pautada na ausência de recursos financeiros, não se verifica a aplicação e efetivação de tal direito em favor do indivíduo. Neste contexto, Giorgio Agamben esclarece o fenômeno preconizando que a lei vigora, mas não possui significado, porque o Soberano relega indivíduos ao abandono.<sup>17</sup>

#### **4 Da Participação Complementar da Iniciativa Privada e da Desnaturação do Objeto Jurídico**

É oportuno dizer agora que, embora tenha o legislador constituinte imputado ao Estado garantidor o dever de uma política social adequada para a saúde, sendo este serviço considerado de relevância pública, tem-se que, mediante autorização constitucional expressa<sup>18</sup>, a execução das ações e serviços de saúde, além de imputada diretamente ao Poder Público, poderá também ser realizada por pessoa física ou jurídica de direito privado.

---

<sup>15</sup> PEREIRA, op. cit., p. 78.

<sup>16</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad: Henrique Burigo. 2. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p.28.

<sup>17</sup> (...) qual é de fato, a estrutura do bando soberano, senão aquela de uma lei que vigora, mas não significa? Por toda parte sobre a terra os homens vivem hoje sob o bando de uma lei e de uma tradição que se mantém unicamente como ponto zero do seu conteúdo, incluindo-os em uma relação de puro abandono. AGAMBEN, op. cit., p. 54.

<sup>18</sup> Art. 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.



Cumpra observar, todavia, que a participação da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde deve ser oportunizada de forma complementar, uma vez que considerado direito subjetivo de todos, é ao Estado imputado o dever de resguardá-lo.<sup>19</sup>

É importante que se diga que o direito à saúde, conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da STA 175/CE<sup>20</sup>, trata-se de direito subjetivo do Estado, sendo que neste sentido alia-se ao posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet de que ao particular resta oportunizada sua participação na prestação da assistência à saúde<sup>21</sup>.

É bem verdade que a livre iniciativa, como princípio basilar da ordem econômica e financeira, expressamente apontado pelo legislador constituinte no *caput* do art. 170 da CF/88, ao ser interpretado de forma conjunta com o art. 199, §1º do mesmo texto constitucional, leva a conclusão de que, respeitadas as exigências técnicas regulamentadas pelo legislador infraconstitucional, ao particular resta deferido o exercício da atividade econômica que detenha como fim a assistência à saúde.

O destaque ao princípio da livre iniciativa se demonstra plausível sob a ótica do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que aponta os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, no *caput* do art. 170 do texto constitucional, o princípio da livre iniciativa, posteriormente ao princípio da valorização do trabalho humano, é expresso como alicerce da ordem econômica. É importante observar, neste ponto, a indissociabilidade da valorização do trabalho humano com a livre iniciativa.

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 590.

<sup>20</sup> STA 175 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 17.10.2013

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 590.



Em um Estado social democrático de direito, a análise da livre iniciativa como fundamento do Estado do bem-estar social<sup>22</sup> se demonstra necessário, uma vez que, se diverso fosse, poderia direcionar a conclusão inadequada de que correspondem a um princípio fundador do Estado capitalista.

Aborda-se o conceito de livre iniciativa sob a perspectiva econômica que deve ser interpretada de forma conjunta com a liberdade à busca do trabalho e pleno emprego, e não somente pela liberdade da empresa.<sup>23</sup> Admite-se interpretação de maior amplitude do art. 1º da Constituição Federal de 1988, uma vez que o texto constitucional aponta para a iniciativa cooperativa, iniciativa pública, etc.<sup>24</sup>

José Afonso da Silva, embora confirmar ser o princípio da livre iniciativa base do liberalismo econômico<sup>25</sup>, quando justifica sua inadmissibilidade fundante do Estado liberal, defende a atuação do Estado por intermédio de mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, destacando que a redação do Parágrafo Único<sup>26</sup> do art. 170, da Constituição Federal de 1988, identifica a preocupação do legislador constituinte com o bem comum.

Contudo, embora elemento fundante do Estado Social, não se pode perder de vista que o princípio da livre iniciativa, considerado sob a ótica da iniciativa privada, almeja como busca primeira do particular o lucro, o que leva a sugerir ao menos dois pontos passíveis de discussão.

---

<sup>22</sup> Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes destacam que no modelo do Estado do Bem-Estar as prestações são percebidas como uma conquista da cidadania, apontando que a essência das políticas de bem-estar tem o compromisso com a concretização da função social do Estado. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 78.

<sup>23</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 203.

<sup>24</sup> GRAU, op. cit., p. 200.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 793.

<sup>26</sup> Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.



Com argumentos que desafiam reflexão filosófica, traz à baila discussão quanto ao objeto tratado como direito fundamental, ou seja, a saúde. Se, por um lado, para o Estado a saúde deve ser observada como direito social fundamental subjetivo, de titularidade universal, caracterizando dever do Estado em sua efetividade, por outro lado, há de se indagar a visão dada ao objeto pelo particular quando este assume de forma complementar sua participação na prestação à saúde, tudo, evidentemente, mediante uma contraprestação.

A problemática apontada acima suscita questão de tratamento do direito fundamental à saúde como bem pertencente ao mercado, o que leva ao questionamento se, evidentemente pode ser a saúde considerada como um produto, e, por isso, acessível somente aos capazes de adquiri-lo, ou se pode ser considerado direito inerente ao indivíduo e dever do Estado garantidor, e por isso, o mercado não poderia desnaturar este direito considerado fundamental.

Utilizando-se como ilustração a esta primeira proposta, tem-se a constatação de que a maioria das seguradoras de planos de saúde do país abandonou a comercialização de planos individuais, fundamentando que os abandonos destas vendas dão-se em virtude da minoração dos lucros e/ou até mesmo déficit para a seguradora.<sup>27</sup>

É sobremodo importante assinalar que os argumentos apresentados pela Federação Nacional de Saúde Suplementar para o abandono dos planos individuais pelas seguradoras justifica-se pelo fato de o reajuste destes ser definido pelo governo, sendo que eventualmente tais reajustes apontaram déficit na avaliação das despesas, razão pela qual os planos vendidos no passado vão tornando-se deficitários.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> JORNAL NACIONAL. *Planos de saúde recusam contratos com pessoas físicas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/planos-de-saude-recusam-contratos-individuais-com-pessoas-fisicas.html>>. Acesso em: 17 out. 2013.

<sup>28</sup> JORNAL NACIONAL. *Planos de saúde recusam contratos com pessoas físicas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/planos-de-saude-recusam-contratos-individuais-com-pessoas-fisicas.html>>. Acesso em: 17 out. 2013.



Complementando a problemática, utiliza-se da posição de Michael J. Sandel, ao constatar que o mercado e o comércio alteram o caráter dos bens, e, por isso, deve-se indagar qual o real alcance do mercado, e, ao examinar o significado e objeto de determinado bem, identificar os valores que deve governá-lo.<sup>29</sup>

Ilustrado a capacidade do mercado em alterar o caráter dos bens, Alain Supiot utilizando-se da “indignação” de Pierre Bourdieu, destaca como as massas humanas são lançadas ao “nada social em nome das leis do mercado”.<sup>30</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet aponta ainda a problemática instaurada quanto aos limites da prestação reclamada do indivíduo ao prestador complementar quando o Estado se apresenta deficitário em seu dever de garantir “o padrão ótimo nesta seara” da saúde.<sup>31</sup>

Por outro enfoque, analisando a iniciativa privada, o essencial princípio de direito da livre iniciativa resguardado no art. 170 da CF/88, merece ser observado. É sobretudo importante lembrar que condição precípua para a existência da livre iniciativa é a autonomia da vontade, que se evidencia com a perspectiva do lucro.

Por conseguinte, como medida que merece destaque é a ação comissiva que o Estado garantidor deve proporcionar a iniciativa privada. O particular munido da autonomia da vontade, ou seja, o querer exercer a atividade complementar de prestador de serviço à saúde, indubitavelmente, visa o lucro, enquanto que o Estado, como detentor do dever de fornecer o essencial direito fundamental à saúde, também deve fiscalizar e imputar ao particular o dever na prestação do direito fundamental.

Posta assim a questão, é de se dizer que a iniciativa privada a prestação da saúde complementar estará ligada umbilicalmente a autonomia da vontade do particular, que

---

<sup>29</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 201.

<sup>30</sup> SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 94.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 590-591.



somente ingressará na prestação do serviço quando constatada a possibilidade de lucro, que deverá ser sopesada com a imposição estatal no dever de prestação do direito fundamental à saúde.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que se admita a ausência de recursos do Estado para investir na qualidade da prestação de serviços de saúde, há que ressaltar que não incluindo tal prestação em seu orçamento como prioridade, estará deixando a pessoa ao abandono, violando dessa forma, o direito da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

É conclusiva a assertiva de que a observância da adequada política pública, no sentido de ser examinada minuciosamente a necessidade preventiva e curativa para cada indivíduo, lembrando-se da observância geográfica de cada incidência da política pública planejada, poderá não aguçar o princípio da livre iniciativa a iniciativa privada em prestar assistência à saúde em nível complementar.

O princípio da livre iniciativa representa valor axiológico fundante do Estado social democrático de direito, vislumbrando o Estado do bem-estar social. Contudo, sob a ótica da iniciativa privada, objetiva o particular, em um primeiro momento, o sucesso de sua atuação no mercado, vislumbrando o lucro.

Por fim, a atuação da iniciativa privada na promoção dos direitos à saúde, além de representar o insucesso da atuação do Estado em suas políticas públicas, também configura a patrimonialização do direito fundamental à saúde, decompondo sua natureza jurídica.

### REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad: Henrique Burigo. 2. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2007.





BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Organizado por Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugno. A ausência de discricionariedade na prestação dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 1, 2014.

GRAU, ER. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 15. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

JORNAL NACIONAL. *Planos de saúde recusam contratos com pessoas físicas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/planos-de-saude-recusam-contratos-individuais-com-pessoas-fisicas.html>>. Acesso em: 17 out. 2013.

KOEKE, Andreza Franzoi. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância como valores essenciais de proteção aos refugiados. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad: Adolfo Ruiz Dias. 1. ed. 3. reimp. México: UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2009.



PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas Subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

RABELO, Érika Daniella Rodrigues Oliveira. A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do “mínimo existencial” com a “reserva do possível”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

SANDEL, MJ. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; POLEGATTI, Renato de Carvalho. Extradução: uma leitura sobre o viés das “penas”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; VIANNA, Tatiana de Mendonça Villares. O Tribunal Penal Internacional sob a ótica contextual brasileira – avanços e retrocessos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 1, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.