

# Direito laboral a planos de saúde

## Vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014

ITAMAR DE ÁVILA RAMOS

MARIA CLARA MENDONÇA PERIM

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a adequação (parametricidade) entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 451/2014, que pretende inserir no rol dos direitos dos trabalhadores previstos no artigo 7º da CF o acesso a plano ou seguro privado de assistência à saúde, a ser oferecido pelo empregador. O estudo justifica-se em razão da relevância do tema – acesso de trabalhadores a planos de saúde privados –, que é impregnado pela discussão sobre o modelo de sistema de saúde adotado pelo regramento constitucional brasileiro, bem como pela dimensão das suas consequências jurídico-normativas. A conclusão alcançada foi a verificação da inconstitucionalidade dessa PEC, destacando a existência de limites constitucionais às reformas que apresentem repercussão de supressão ou redução dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Vedação de Retrocesso. Sistema Único de Saúde.

### 1. Poder Constituinte, Constituição, controle de constitucionalidade e a PEC nº 451/2014

A PEC nº 451/2014 intenta incluir no rol de direitos fundamentais o dever patronal de garantir ao trabalhador urbano e rural plano de assistência privada à saúde.

O presente ensaio propõe-se à análise da constitucionalidade dessa PEC, a partir da verificação de sua conformação constitucional, con-

Recebido em 4/5/16  
Aprovado em 19/9/16

siderando o princípio da unidade da CF e os elementos essenciais ao núcleo do direito fundamental à saúde, tendo por premissa a vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais como consectário da segurança jurídica.

Neste momento inicial, ater-nos-emos à percepção da teoria do Poder Constituinte, como poder de elaborar uma Constituição, desde sua concepção no século XVIII, destacando a distinção entre o Poder Constituinte originário e o derivado.

### 1.1. Poder Constituinte originário

Desde sua concepção no século XVIII, a teoria do Poder Constituinte tem por premissa a discussão sobre o poder de elaborar uma Constituição.

O Poder Constituinte, entendido como poder de estabelecer a estrutura da sociedade política, definindo seus contornos normativos e seu aparato institucional, esteve presente desde sempre onde existia um agrupamento de pessoas, numa emanção de um corpo político-social. “Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições” (BARROSO, 2011, p. 117).

Entretanto, essa teoria, sob o aspecto de seu conteúdo, adveio dos estudos desenvolvidos no século XVIII pelos pensadores franceses, em especial pela obra “O que é o Terceiro Estado?”, de Emmanuel Joseph Sieyès (SIEYÈS, 1988). Nela, Sieyès tratou da existência de um poder imanente à nação, superior aos poderes constituídos, o poder constituinte.

Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um

diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças dominantes da sociedade, que a precede. Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 231).

A teoria do Poder Constituinte nasceu como uma teoria da legitimidade do poder fundada na soberania popular, em oposição ao poder monárquico, que invocava sua base sustentadora no poder divino.

Para Sieyès, era necessário igualar o Terceiro Estado (o povo) aos dois outros (clero e nobreza), privilegiados, relativamente a direitos e obrigações. A fim de se promover a igualdade, concebeu a tese da existência de um Poder Constituinte que institucionaliza o Estado, e que pertence ao povo ou à nação. Mediante um pacto social, de que resultava a criação da sociedade, para sua garantia necessária a existência de um Poder, denominado Constituinte, para elaborar a Constituição. Para tanto, ou seja, para o exercício da função constituinte, seriam eleitos representantes extraordinários, distintos dos representantes ordinários que, a seu turno, exercem o Poder instituído (CARVALHO, 2006, p. 226).

O Poder Constituinte originário é concebido com três características básicas: é ele inicial, ilimitado e incondicionado. Inicial, pois está na origem do ordenamento jurídico; ilimitado, considerando que o Direito anterior não o alcança nem o limita em sua atividade, encontrando balizas no direito natural e nos valores éticos, religiosos, culturais, que informam e motivam a nação; incondicionado, não podendo ser regido nas suas formas de expressão pelo Direito preexistente (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 231). Portanto, o Poder Constituinte, incondicionado e per-

manente, seria a vontade da nação, só encontrando limites no direito natural (BARROSO, 2011, p. 119).

Originalmente, o Poder Constituinte era concebido com o poder de instituir a Constituição; o Poder Constituinte originário pertenceria ao povo, à nação, e deveria ser exercido por seus representantes extraordinários, com a necessária distinção com o Poder Constituinte derivado.

## 1.2. Poder Constituinte derivado

A Constituição, objeto do Poder Constituinte originário, propugna a estabilidade; entretanto, não pode ser concebida como imutável, dado que o tempo inexoravelmente provoca, na sociedade, alterações sensíveis em suas concepções de valores, bem como em suas demandas existenciais, impondo a necessidade, no seio da Constituição, de instrumentos legislativos que possibilitem sua reforma.

Por sua vez, a reforma da Constituição apenas pode ser vislumbrada em constituições rígidas, ou seja, as que doutrinariamente são compreendidas como alteráveis apenas mediante procedimentos legislativos mais complexos do que os utilizados para a criação ou a modificação das leis ordinárias.

Esse poder de reforma da Constituição denomina-se *derivado*. Nas palavras de Barroso (2011, p. 167): “Poder constituinte *derivado*, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao Parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição”.

Vale citar importante consideração sobre a distinção entre o Poder Constituinte originário e o derivado, *in verbis*:

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre poder consti-

tuinte originado e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, como garantia da superlegalidade das normas constitucionais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 248).

Tendo como pressuposto as considerações anteriores, é possível assinalar que o Poder Constituinte derivado é secundário, condicionado e limitado. Suas limitações, por sua vez, são circunstanciais, formais, temporais e materiais. Esclarece Barroso (2011, p. 171):

Em síntese, o poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e os parâmetros nela estabelecidos.

Entre as limitações explícitas do Poder Constituinte derivado, restringir-nos-emos às materiais. Elas são caracterizadas pela existência de determinações, no texto constitucional, de um conteúdo imutável, chamado doutrinariamente de *cláusulas pétreas*, o qual objetiva a manutenção de um núcleo essencial de valores e princípios firmado pelo Poder Constituinte originário. O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 253).

O § 4º do artigo 60 da CF (BRASIL, 1988) dispõe sobre suas cláusulas pétreas, incluindo, no rol de normas constitucionais imutáveis, os direitos e garantias individuais, tema que a seguir merece destaque na análise da constitucionalidade da PEC nº 451/2014.

### 1.3. Controle de constitucionalidade

A Constituição, fruto do Poder Constituinte oriundo do poder soberano do povo-nação, é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico subsequente, seja resultante do processo legislativo infraconstitucional, seja resultante dos mecanismos de alteração do texto dela própria. Existe, então, a necessidade do estabelecimento de mecanismos de aferição dessa parametricidade *material* (que diz respeito ao conteúdo da norma) e *formal* (que diz respeito à observância do procedimento legislativo de elaboração ou alteração da norma), entre o ordenamento infraconstitucional ou de reforma e a Constituição.

Esse mecanismo é o controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos instituídos pelo Poder Constituinte derivado frente à sua norma sustentadora, a Constituição, objetivando garantir-lhe a supremacia e a defesa.

O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de uma Constituição rígida, caracterizada por um procedimento legislativo especial de elaboração ou alteração de suas normas, com maior grau de exigibilidade de requisitos, frente aos respectivos procedimentos legislativos.

A doutrina, a exemplo de Fernandes (2011, p. 913), entende que existem os seguintes pressupostos para o controle de constitucionalidade:

- 1) existência de uma Constituição formal e rígida;
- 2) a Constituição como uma norma jurídica fundamental (que confere fundamento de validade para o restante do ordenamento);
- 3) a existência de pelo menos um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle;
- 4) uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (ou em desconformidade com) a Constituição.

Após a aferição da parametricidade de uma norma reformadora ou infraconstitucional com a Constituição, conclui-se se aquela é constitucional ou inconstitucional. A inconstitucionalidade é a desconformidade de um ato normativo do poder político referente à Constituição (CARVALHO, 2006, p. 321).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, em seu aspecto temporal, poderá ser realizado de forma preventiva, antes da promulgação do ato normativo infraconstitucional; ou repressiva, incidindo sobre a lei já promulgada ou sobre outros atos do Poder Público.

O controle de constitucionalidade preventivo, no Brasil, pode ser realizado por membros pertencentes aos poderes legislativos, judiciários ou executivos. O controle político será realizado pelas casas legislativas, por meio das comissões parlamentares – em especial, as denominadas comissões de Constituição e Justiça, que têm a atribuição de emitir parecer sobre a constitucionalidade ou não dos projetos de leis sob sua apreciação.

O controle preventivo exercido pelo Poder Judiciário poderá ocorrer toda vez que ele for instado, por parlamentar, para garantir-lhe o Direito, eventualmente violado, de participar de um processo legislativo, sob a observância das normas que lhe disciplinam a tramitação.

Por fim, o controle de constitucionalidade preventivo poderá ser realizado pelo Poder Executivo, quando seu chefe – o Presidente da República, o Governador de Estado ou o Prefeito de um Município – aferir, por ocasião da promulgação de uma lei, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sancionando-a ou vetando-a.

## **2. A constitucionalidade da PEC nº 451/2014 – acesso a planos de saúde como direito do trabalhador**

Em vista desse arcabouço teórico sinteticamente abordado, o presente tópico procede à análise da constitucionalidade da PEC nº 451/2014, confrontando-a, em especial, com a norma constitucional que lhe confere fundamento de validade, considerando o princípio da unidade da Constituição e os elementos nucleares do direito fundamental à saúde, à luz da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

### **2.1. Princípio da unidade da Constituição**

Merece relevo, para a análise da atuação do Poder Constituinte derivado, o princípio da unidade da Constituição.

A CF, pautada no Estado Democrático de Direito, apresenta fundamentos que direcionam a interpretação de suas normas, objetivando trazer coerência ao sistema normativo constitucional, conferindo-lhe unidade.

Entretanto, em função de tensões entre ditames normativos constitucionais, ao operador do Direito impõe-se a utilização do critério da harmonização de sentido entre as normas contrapostas, realizando ponderações, na denominada *concordância prática* de Konrad Hesse (CARVALHO, 2006, p. 307).

Nesse sentido, a atividade hermenêutica constitucional deve observar o princípio da unidade, objetivando a manutenção de todo sistema constitucional.

O jurista italiano Emílio Betti, em suas pesquisas sobre a interpretação das normas, estabeleceu quatro cânones ou critérios que devem ser seguidos no processo interpretativo de normas jurídicas, entre os quais o cânão de *totalidade e coerência da consideração hermenêutica* que, em síntese, se conforma na premissa de que “as partes de um texto são iluminadas pelo sentido de sua integralidade e que o texto em seu conjunto é compreendido no confronto contínuo com suas partes e no contínuo exame delas” (REALE, 2006, p. 267).

Os juristas norte-americanos Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, p. 20), ao discorrerem sobre como não devemos ler a Constituição, afirmam, em relação às falácias interpretativas, entre as quais está a da *des-integração*:

Quando nos referimos a ler por “des-integração”, significa nos aproximar da Constituição ignorando o fato claramente visível que suas partes estão ligadas ao todo – que é a Constituição que carece de interpretação e não um apanhado de cláusulas desconexas e meras provisões com históricos diversos.

A Constituição é um sistema e não um emaranhado de normas desconexas, que exige atenção dos legisladores e dos intérpretes constitucionais, para a necessária manutenção da coerência entre as normas constitucionais, pautada no núcleo axiológico, tangível nos princípios constitucionais, os quais personificam nortes de orientação, direcionando a adequada interpretação constitucional. “No campo particular da interpretação constitucional, o elemento sistemático assume especificidades relevantes que, a partir dele, formulam-se postulados específicos de interpretação constitucional: a unidade da Constituição e a concórdia prática” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 420).

Estabelecida tal premissa, deve-se analisar se a PEC nº 451/2014 se ajusta ao princípio da unidade da CF, especialmente em face do conteúdo axiológico que carrega e a sua conformidade ou não ao desenho constitucional do direito fundamental à saúde.

## **2.2. Unidade constitucional: o direito fundamental à saúde e a sua intersecção com o modelo do Sistema Único de Saúde**

Consoante Mendes (2004, p. 2), os direitos fundamentais, em sua acepção histórico-evolutiva, como resultados de processos de lutas, podem ser entendidos

ao mesmo tempo, [como] direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, como direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

O direito à saúde é um direito fundamental previsto no artigo 196 da CF, que estabelece não apenas a prestação da assistência à saúde como direito subjetivo do cidadão, mas também, e principalmente, a transindividualidade dessa tutela, manifesta por conta de sua titularidade ampla e da complexidade de seu objeto; por isso, deve-se procurar compatibilizar a eficácia do direito individual à saúde com a do direito coletivo à saúde.

A despeito de podermos identificar o direito de cada pessoa de ter sua saúde preservada, a dimensão difusa do direito à saúde é que garante a todos a adoção de medidas públicas de prevenção e promoção do bem-estar sanitário da coletividade e de cada um dos seus integrantes. Há um interesse de toda a sociedade no sentido da proteção do direito à saúde de todos os seus membros (RODRIGUES, 2009, p. 318-319).

O credor do direito à saúde é, nos termos constitucionais, qualquer pessoa, numa visão de universalização do atendimento, e também a coletividade, sendo o Estado o devedor do direito à saúde.

Desse modo, o comando do artigo 196 da CF erige a saúde à categoria de direito fundamental, estabelecendo o dever estatal de sua prestação. Todavia, vai além, pois estabelece elementos importantes para sua conformação, ao atrelar sua efetivação ao objetivo da redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e servi-

ços para sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, a CF elege um sistema de consecução do direito à saúde, tal como definido em sua fundamentalidade.

Assim, o núcleo conceitual do direito fundamental à saúde deve ser compreendido numa acepção de transindividualidade e de integralidade, à qual corresponda uma política voltada à promoção da saúde de forma universal e coletiva, cujo lugar de garantia é também assegurado no texto do artigo 196 da CF. O cotejo das normas constitucionais define que o sistema de saúde brasileiro apresenta a dimensão da unidade e da integralidade do direito fundamental à saúde.

Como meio de consecução da feição constitucional do direito à saúde, a CF instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), abrangendo todas as ações e serviços, numa rede regionalizada e hierarquizada, a serem prestados diretamente pela administração pública, e apenas de forma complementar pela iniciativa privada, mediante a contratação de instituições privadas ou pessoas naturais.

Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1.870) identificou a existência de duas tradições polares de projetos sanitários, articuladas em torno de valores distintos: os sistemas nacionais de saúde e a alternativa liberal-privatista. Os sistemas nacionais de saúde partem da concepção da saúde como um direito universal:

E de que este direito seria concretizado por meio de uma política pública, ao estilo bem-estar, executada pelo Estado, mediante a constituição de mecanismos orçamentários de financiamento público. Estas políticas, em países capitalistas, apoiavam-se em sistemas que buscavam proteger a atenção à saúde da racionalidade de mercado.

Por sua vez, prossegue Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1.868), no projeto li-

beral, “a expansão do acesso depende do crescimento da renda da população e do seguro privado e estatal/previdenciário”.

É evidente que o sistema constitucionalmente delineado para a política de saúde brasileira adotou o modelo de sistema nacional, que aqui se denominou Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, preza pela organização da atenção à saúde a partir da atenção primária, pela universalidade e integralidade hierarquizada do atendimento e pela prioridade nas ações de promoção da saúde e prevenção de doenças. Tais diretrizes negam alinhamento ao modelo da clínica liberal, baseado na autonomia de escolha dos pacientes dentre serviços credenciados.

Ainda, conforme Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1.871), a integralidade no conceito do SUS é vista com base na ordenação da demanda e na proposta de integração sanitária. E a universalidade, por sua vez, tem a significação de equidade no acesso, na busca da igualdade material, sem segregação de classes ou condições pessoais de diferenciação que não sejam aquelas decorrentes dos próprios condicionantes de saúde, coletivos ou individuais.

O sentido de unidade constitucional, por conseguinte, catalisa a congregação não apenas da dimensão subjetiva do direito à saúde, exigível pelo cidadão como prestação estatal, mas também o leque de preceitos que alinham o sistema instituído ao arranjo de princípios e diretrizes que o determinam e que conduzem para um sistema de natureza pública, com ações universais e integrais voltadas para a promoção da saúde.

No entanto, a PEC nº 451/2014 traz a figura do dever patronal de prestação da assistência à saúde, na vertente de contratação de plano ou seguro de saúde. A inovação é, assim, ajustada ao padrão privatista-liberal, em dis-

sonância com os comandos constitucionais que delineiam o direito fundamental à saúde no Brasil. Entendida como política pública, a estratégia de salvaguarda do direito à saúde pelo estabelecimento de obrigação trabalhista decorrente da relação de emprego representa desoneração estatal da prestação social respectiva e, como adiante se pretende sustentar, inovação que configura retrocesso na garantia de direito fundamental.

Além disso, a previsão da PEC nº 451/2014 suscita margem significativa de conflito com o princípio da universalidade, na medida em que pressupõe o acesso supostamente privilegiado aos serviços de assistência à saúde àqueles que estejam inseridos no mercado formal de trabalho, com provável potencialização da iniquidade, uma vez que a norma não alcança como destinatária a camada da população mais vulnerável, a exemplo das pessoas dependentes da economia informal e dos desempregados.

Ao analisar estudos sobre renda e variáveis econômicas em sistemas duais de saúde, Isabela Soares Santos (2011, p. 2747) expressa suas conclusões:

Quanto maior a renda, maior a posse de seguro privado e maior a quantidade de visitas a especialistas. Quanto menor a renda, menor será a posse do seguro privado e maior a quantidade de visitas a generalistas. Esse padrão de uso expressa a iniquidade no uso de especialistas em favor dos ricos, uma vez que são os que têm mais cobertura duplicada.

Vistas a partir da lógica de funcionamento dos sistemas de saúde, as repercussões da PEC em análise talvez sejam ainda mais nefastas. É que a opção pelo modelo da livre clínica exclui os seus beneficiários de uma cobertura eficiente na atenção primária, e acaba por suscitar



prejuízos no alcance das políticas públicas – do SUS – voltadas à promoção da saúde e à prevenção de doenças. Considerando que o SUS ainda é responsável por gastos significativos com média e alta complexidade, decorrentes do atendimento de usuários que são também consumidores de planos de saúde – dadas as limitações de cobertura desses planos, a exclusão dos empregados da porta de entrada da atenção primária na Estratégia de Saúde da Família possivelmente apresentará resultados importantes na alocação de recursos do SUS em níveis assistenciais secundários e terciários, em provável oneração desnecessária do sistema público.

A corroborar tal entendimento, Isabela Soares Santos (2011, p. 2.746) adverte que, entre outras razões, os arranjos de sistemas de saúde duplicados estão associados à “tendência de maior concentração, no sistema público, de casos mais complexos e que representam maior custo por paciente, devido à maior dificuldade ou menor interesse de pagamento desses pelo setor privado”.

No mesmo sentido, Mario Scheffer (2015, p. 665):

À proporção que gastos privados substituem as despesas públicas, aumentam os obstáculos para a justiça e a equidade. Sempre que prestadores privados têm garantida a venda de seus serviços por produção, sem compromisso com os resultados de saúde, os riscos de desperdício de recursos e explosão dos custos do sistema de saúde são enormes.

Capitais que buscam caminhos de valorização dificilmente terão compromissos com necessidades de saúde, o que requer políticas voltadas à redução de adoecimentos e mortes, com atuação sobre os determinantes sociais da saúde.

O sistema universal, o sistema único para pobres e ricos, baseado na saúde como direito, na redistribuição da riqueza, financiado por toda a sociedade por meio de impostos e contribuições sociais, cede, assim, espaço ao sistema segmentado, incapaz de assegurar o acesso a todos os níveis de atenção, em todas as regiões, inclusive nos vazios sanitários e para populações vulneráveis e negligenciadas, onde e para quem o setor privado não tem interesse em ofertar serviços.

Trata-se também, por conseguinte, de subversão do desenho constitucional do princípio da integralidade.

Nesse sentido, vale lembrar que a atividade hermenêutica constitucional deve observar a unidade, objetivando a manutenção do todo do sistema constitucional. Isso quer dizer que a intangibilidade do direito fundamental à saúde deve ter em conta todo o arcabouço que lhe confere conformação, sendo também por essa ótica reducionista a perspectiva de que o Poder Constituinte derivado teria amplos poderes na definição sobre o que seja direito à saúde.

A CF apresenta fundamentos principiológicos que direcionam a interpretação de suas normas, trazendo coerência ao sistema, restando-lhe unidade. “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valorização de sua ordem normativa” (BONAVIDES, 2015, p. 294).

Em face disso e das repercussões erosivas da PEC nº 451 na realização dos princípios e das diretrizes – notadamente a universalização, integralidade e equidade, além da inversão da lógica do próprio SUS –, afigura-se a sua inconstitucionalidade à luz da unidade do arcabouço constitucional. Ao direito à saúde são intrínsecos os atributos que lhe foram conferidos constitucionalmente no texto do artigo 196 e qualquer alteração no ordenamento jurídico – ainda que exarada pelo Poder Constituinte derivado – que resulte na subtração da extensão, compreensão e execução de tais propriedades deve ter sua validade perquirida à luz da unidade e coerência das normas constitucionais, assim como da premissa do não retrocesso na conquista de direitos fundamentais.

### **2.3. A dicotomia entre a PEC nº 451/2014 e os elementos nucleares do direito fundamental saúde: vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais**

Conforme explicitado anteriormente, as limitações do Poder Constituinte derivado podem ser temporais, circunstanciais ou materiais. Estas últimas, por sua vez, são caracterizadas pela existência de determinações, no texto constitucional, de um conteúdo imutável, denominadas doutrinariamente de *cláusulas pétreas*, objetivando a manutenção de um núcleo essencial de valores e princípios firmado pelo Poder Constituinte originário. Referindo-se a essa questão, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 253) afirmam que “o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”.

Com efeito, o § 4º do artigo 60 da CF (BRASIL, 1988) assim dispõe sobre suas cláusulas pétreas explícitas:

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.

Para o alcance do desiderato proposto por esse texto, é imprescindível voltar à análise das fronteiras impostas ao Poder Constituinte deri-

vado na alteração de normas relativas a direitos e garantias individuais.

Já se enraizou, na doutrina nacional e estrangeira, a concepção de limites à possibilidade de retrocesso de direitos fundamentais, como consequência das noções de segurança jurídica e segurança social, compreendida a ideia de proteção da confiança como princípio inarredável do Estado de Direito (SARLET, 2006).

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 5) afirmou que, ainda quando não consignada explicitamente em alguns textos constitucionais, como é o caso do capítulo da Seguridade Social da CF, a segurança jurídica tem sido reconhecida pela moderna doutrina constitucional e pelas instâncias judiciárias supranacionais como “princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional e está intimamente ligada à discussão sobre os direitos fundamentais sociais, entre os quais os Direitos à Saúde, Assistência e Previdência Social”.

Embora pacífica a adoção do princípio da segurança jurídica em face de medidas retrocessivas em matéria de direitos fundamentais sociais, são merecedores de aprofundamento os possíveis contornos da vedação do retrocesso, à luz da objeção de que a impossibilidade absoluta de alteração de preceitos constitucionais poderia inviabilizar possíveis soluções para os dilemas que se apresentam no mundo contemporâneo, frequentemente pautado por crises econômicas e pelo agravamento de processos de exclusão social.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 21), com propriedade, apresenta alguns critérios para a aplicação da cláusula do não retrocesso aos casos concretos, ponderando que as ingerências realmente inadmissíveis, à luz do princípio da confiança, são aquelas com potencial deformador do núcleo essencial do direito funda-

mental e/ou do conteúdo intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, é pertinente perquirir se a PEC nº 451/2014 teria o condão de não só atingir núcleo essencial do direito fundamental à saúde, mas também violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com referência ao primeiro ponto, tem-se que a fundamentalidade do direito à saúde, tal como instituído pela CF, congrega suas qualidades de transversal, integral, universal e equânime. Mais que isso, o seu artigo 196 eleva o corolário da promoção da saúde à condição de norte das políticas voltadas a sua implementação, tanto no âmbito da elaboração executiva, como legislativa.

Por outro lado, a PEC nº 451/2014 traz para o plano constitucional a condição de subsidiariedade da assistência à saúde, prestada pelo SUS, em relação ao acesso ao mercado de planos e seguros privados, ao estabelecer um suposto privilégio de determinada categoria (trabalhadores formais) na disponibilidade dos recursos assistenciais da saúde suplementar. Deixa, portanto, a promoção da saúde de ser orientadora da política de saúde, para ser orientada ou condicionada pela oportunidade de inclusão nos caminhos da solução privada.

Ocorre que, mesmo diante dos recentes avanços do setor suplementar nas tentativas de implementação de *managed care*,

as expectativas de incrementar a efetividade do cuidado, sobretudo a dimensão da integralidade da atenção, no âmbito de empresas de planos de saúde possuem ingredientes distintos das tradicionais prescrições de reordenamento das relações de financiamento, compra e prestação de serviços (BAHIA, 2008, p. 1.386).

O fenômeno da naturalização do acesso ao mercado suplementar como solução para a

satisfação do direito fundamental à saúde faz jus a uma indagação mais aprofundada, seja quanto aos seus efeitos na reconfiguração dos princípios e diretrizes que o informam, seja quanto às assimetrias de cobertura e perspectivas de segmentação do acesso.

Isabela Soares Santos (2011, p. 2.747) discute estudos internacionais sobre o *mix* público-privado e apresenta que a cobertura duplicada tem apresentado os seguintes resultados:

(1) Contribui para a iniquidade na oferta, no acesso e no uso de serviços;

(2) Incentiva o desenvolvimento do setor privado nos serviços em que a população tem dificuldade de acesso no sistema público, geralmente consultas a especialistas, cirurgias eletivas, SADT e medicamentos;

(3) Não diminui a pressão da demanda por serviços do sistema público, tampouco o financiamento desse sistema;

(4) Não contribui para preservação dos objetivos gerais do sistema de saúde – de universalidade, integralidade e equidade, de colaboração positiva aos resultados de saúde, ao desenvolvimento do próprio sistema de saúde e a objetivos sociais, como a melhoria das condições de vida da população. Ao contrário, corrói esses objetivos.

Como pontua Duarte (2000, p. 459), a experiência tem demonstrado que a política compensatória – trabalhada com a concepção sintética do social com base na focalização dos gastos públicos e numa perspectiva de redução do direito à saúde à mera cobertura de assistência médica – não produz os mesmos resultados de uma política de discriminação dos menos favorecidos, adotada com vistas à equidade de resultados.

O SUS propôs-se a ser um sistema universalista e integral. A adoção, portanto, de uma política que pauta o reconhecimento da necessidade de fomento ao sistema dualista, na am-

plitude que verga a PEC nº 451/2014, resulta, na prática, em desnaturá-lo em essência como estratégia eleita constitucionalmente.

Como se depreende, o teor da PEC nº 451/2014 não se compraz do universo contextual do direito fundamental à saúde tal como assentado constitucionalmente. É, pois, discordante da unidade constitucional que assegura a saúde como política de redução de desigualdades sociais.

Nesse sentido, é incabível a deformação do comando constitucional do direito à saúde, para conformá-lo a um senso liberal-privatista que representa um *minus* na conquista social. É que a rigidez constitucional execra a possibilidade de retrocesso em direitos fundamentais reconhecidos pela ordem vigente, não havendo espaço para a versatilidade de conceituações previamente definidas pelo legislador constituinte originário. Pois é precisamente disso que trata a PEC nº 451/2014: uma proposta de decréscimo do dever e da capacidade prestacional do Estado no fornecimento de serviços de saúde à população.

E “um fator determinante da importância do seguro privado de saúde nos sistemas duplicados é a extensão da cobertura de serviços do sistema público [...] a extensão da cobertura dos serviços do sistema público vai definir suas relações com o privado” (SANTOS, 2011, p. 2.745). No caso brasileiro, se o SUS pratica a integralidade também sob a ótica do acesso aos níveis de cobertura assistencial, a opção pelo sistema dual é paradigmática. Pressupõe a *ineficiência* estatal como justificadora da mutação de um modelo posto constitucionalmente.

Aliás, a própria PEC nº 451/2014 traz explicitamente a *ineficiência estatal* como fundamento da opção legislativa pela estratégia privatista. E, ao sustentá-la como elemento justificante, padece de outro grave equívoco

teórico: o da concepção de programaticidade do direito fundamental à saúde, *in verbis*:

A norma do art. 196 de acesso à saúde é considerada norma programática, claro que não mais com sentido dado outrora às normas programáticas, tal seja, de mera recomendação, mas como norma de eficácia limitada, sendo necessária lei para estabelecer seus limites. São, na verdade, normas constitucionais de princípio programático (BRASIL, 2014).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 248), podemos definir a eficácia jurídica como “a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”.

O § 1º do artigo 5º da CF, aplicável a todos os direitos fundamentais, não apenas aos direitos fundamentais individuais, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). O teor dessa norma é aplicável a todos os direitos fundamentais, segundo a interpretação sistemática e teleológica da CF, como fundamenta Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 269).

Sem pretender realizar uma análise aprofundada do tema “eficácia dos direitos sociais”, podemos afirmar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm posição consolidada quanto ao reconhecimento do direito à saúde como direito subjetivo exigível em juízo, e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.

Nesse sentido, o acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará, julgado pelo STF em 17 de março de 2010, dispõe que:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais [...] (BRASIL, 2010).

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais vem firmada na esclarecedora citação:

O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não,

meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são, também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 285).

Marcelo Barbosa de Castro Zenkner (2012, p. 219), após realizar análises comparativas entre as jurisprudências do STF e do Tribunal Constitucional português, enumerou as seguintes conclusões relativas à jurisprudência constitucional brasileira sobre os direitos fundamentais sociais:

- São considerados direitos fundamentais;
- São *self-executing*, ou seja, não dependem de atividade mediadora dos poderes públicos e nem de lei ordinária para que sejam exigidos;
- Podem ser tutelados pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão por provocação direta da parte interessada;
- Podem ser implementados, em caso de omissão estatal, via controle judicial de políticas públicas;
- Não há limite para a aplicação do princípio da vedação de retrocesso;
- Reconhece o direito ao mínimo existencial, o qual deve prevalecer sobre o princípio da reserva do possível em hipótese de eventuais abusos por parte do Poder Público.

O devedor do direito fundamental à saúde é o Estado, sendo a saúde pública uma das atribuições típicas do Poder Público, desde a concepção do Estado do Bem-Estar Social e, a despeito da revisão de conceituações do *Welfare State*, a saúde continua sendo um encargo público, mesmo quando não prestada diretamente pelo Estado (RODRIGUES, 2009, p. 326).

Por fim, quanto ao alcance do princípio da dignidade da pessoa humana como balizador da possibilidade de alteração de direitos constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 6) conceitua a dignidade humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Infere-se desse conceito que qualquer política que convirja para a adoção de modelos não universais, sectários, é desconforme com o conteúdo de dignidade humana no direito constitucional à saúde.

Veja-se que, embora Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 20-22) desenvolva a compreensão da dignidade humana com base em referências a padrões qualitativos mínimos, é explícito em registrar que a dignidade

não se restringe a noções liberais e que o retrocesso na adoção do caráter universalista das políticas públicas logra atingir a sua concepção.

### 3. Considerações finais

O presente estudo pretendeu analisar a constitucionalidade da PEC nº 451/2014. Para tanto, discorreu brevemente sobre os pressupostos do controle de constitucionalidade aplicáveis inclusive às normas reformadoras do texto constitucional, com ênfase nos seguintes requisitos: a exigência de uma Constituição formal e rígida e a compreensão do texto constitucional como norma jurídica fundamental, ou seja, que se assenta como fundamento de validade para o restante do ordenamento.

Com base nisso, desdobra o debate sobre a parametricidade das normas da CF à luz dos conceitos de unidade constitucional e da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Apresenta o desenho constitucional de um Sistema Único de Saúde público, integral, universal e equânime, para dizer da desconformidade da proposta da PEC nº 451/2014 com a unidade constitucional do direito fundamental à saúde e da sua inviabilidade, na perspectiva da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

A conclusão alcançada foi que a proposta da PEC nº 451/2014 é medida supostamente garantista que, em verdade, subverte a unidade constitucional instituída e é, por conseguinte, inconstitucional, na medida em que: 1) desonera o Estado do dever estatal de prestação do serviço à saúde, repassando-o parcialmente ao empregador, ou seja, à sociedade civil; 2) estabelece política normativa distintiva das modalidades de acesso entre os trabalhadores e os demais cidadãos, rompe com a universalidade e, portanto, viola o princípio da dignidade humana, potencializando a iniquidade dos resultados; 3) subverte o modelo de promoção da saúde informador do SUS, dada a sua implicação na ruptura com a diretriz da integralidade em sistema hierarquizado ordenado a partir da atenção primária; 4) nega a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e estabelece a *ineficiência estatal* com premissa da consecução das políticas públicas, erigindo-a a elemento justificador de redução da proteção estatal, em vez de orientador da transformação social prometida.

Por fim, vale lembrar que a discussão em torno da dicotomia da PEC nº 451/2014, para além da análise sobre a sua juridicidade constitucional, traz também a reflexão de que o exercício da cidadania, no Brasil, ainda demanda demasiada cautela contra a interpretação *a priori*. E, talvez, mais do que nunca, se deva voltar um olhar mais detido

para aquilo que está oculto. Como dizia Hannah Arendt (2004, p. 191) “o novo sempre aparece contra esmagadoras chances estatísticas e suas probabilidades, que, para todos os efeitos práticos, todos os dias equivale a certeza; o novo, portanto, sempre aparece sob o disfarce de um milagre”.

### **Sobre os autores**

Itamar de Ávila Ramos é mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil.  
E-mail: itamar.ramos@uol.com.br

Maria Clara Mendonça Perim é mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil; promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil.  
E-mail: mariaclaramperim@gmail.com

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer é livre docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; coordenadora de Pesquisa e do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; docente do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) Vitória, ES, Brasil; professora associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil.  
E-mail: elda.cab@gmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>1</sup>**

LABOR LAW AND HEALTH INSURANCE: THE “RATCHET EFFECT” IN THE HEALTH SYSTEM AND THE PEC 451/2014

ABSTRACT: This paper aims to analyze the adequacy between the proposed Constitutional Amendment nº 451/2014 and the Constitution of the Federal Republic Brazil. The proposed law in case wants to insert in the list of workers' rights provided for in Article 7 of Brazilian Constitution access to private insurance plan or health care to be offered by the employer.. The study is justified because of the relevance of the issue – worker's access to private health insurance – which is impregnated by a discussion of the health system model adopted by the Brazilian constitutional law as well as its legal consequences. The conclusion reached was to verify the unconstitutionality of the foresaid proposed constitutional amendment, highlighting the existence of constitutional limits to the reforms that have repercussions suppression or reduction of the principles and guidelines of the Unified Health System.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHT. RATCHET EFFECT. HEALTH SYSTEM.

---

<sup>1</sup>Sem revisão do editor.



## Como citar este artigo

(ABNT)

RAMOS, Itamar de Ávila; PERIM, Maria Clara Mendonça; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Direito laboral a planos de saúde: vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 73-90, abr./jun. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p73](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p73)>.

(APA)

Ramos, I. de A., Perim, M. C. M., & Bussinguer, E. C. de A. (2017). Direito laboral a planos de saúde: vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 73-90. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p73](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p73)

## Referências

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BAHIA, Lígia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. *Ciência & saúde coletiva*, v. 13, n. 5, p. 1.385-1.397, set./out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/CE. *Diário da Justiça eletrônico*, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 26 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 451/2014*. Insere inciso XXXV e altera o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal. 22 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=861000>>. Acesso em: 26 set. 2016.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza. O SUS entre a tradição dos sistemas nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde. *Ciência & saúde coletiva*, v. 12, p. 1.865-1.874, nov. 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DUARTE, Cristina Maria Rabelais. Equidade na legislação: um princípio do sistema de saúde brasileiro?. *Ciência & saúde coletiva*, v. 5, n. 2, p. 443-463, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v5n2/7107.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Giovanni; ANSIERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulus, 2006. v. 6.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito sanitário. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Isabela Soares. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. *Ciência & saúde coletiva*, v. 16, n. 6, p. 2.743-2.752, jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHEFFER, Mario. O capital estrangeiro e a privatização do sistema de saúde brasileiro. *Ciência & saúde coletiva*, v. 31, n. 4, p. 663-666, abr. 2015.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TRIBE, Laurence; DORE, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZENKNER, Marcelo. A Tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise comparativa. *Themis: revista de direito*, v. 23, p. 219-262, 2012.