

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR



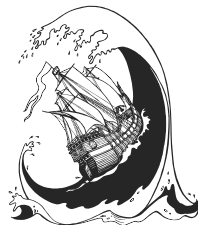
CONTRACORRENTE

LUIZ CARLOS DA ROCHA

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

São Paulo

2018



CONIRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Alysson Leandro Mascaro
(Universidade de São Paulo – SP)
Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)
Heleno Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)
Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidad Nacional de Comahue – Argentina)
Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Carolina Ressurreição (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

R672 ROCHA, Luiz Carlos da.
O direito à saúde e o sistema suplementar | Luiz Carlos da Rocha – São Paulo:
Editora Contracorrente, 2018.
ISBN: 978-85-69220-38-1
Inclui bibliografia
1. Direito à saúde. 2. Assistência médica. 3. Planos de saúde. I. Título.

CDU – 341.641

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

PREFÁCIO – Prof. Paulo Ricardo Schier	7
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – BREVE RETROSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	19
CAPÍTULO II – O CIDADÃO NA SAÚDE PÚBLICA, UNIVERSAL E GRATUITA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL	33
CAPÍTULO III – NATUREZA DOS SERVIÇOS PRIVADOS: SAÚDE SUPLEMENTAR, CARTEIRA DE CLIENTES, FUNDO FINANCEIRO, TRANSFERÊNCIA DE CARTEIRA E SUCESSÃO	41
CAPÍTULO IV – MUTUALISMO: NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE SAÚDE	55
CAPÍTULO V – CONSUMIDOR, ESTADO E REGULAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE	69
CAPÍTULO VI – O CIDADÃO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR	81
CAPÍTULO VII – O CONSUMIDOR, PLANOS DE SAÚDE E A SONEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO	87
CAPÍTULO VIII – INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 32 DA LEI N. 9.656/1998	105

LUIZ CARLOS DA ROCHA

CAPÍTULO IX – BREVES ANOTAÇÕES À LEI N. 9.656/1998....	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187

PREFÁCIO

Apresentar o livro que Luiz Carlos da Rocha traz ao grande público é motivo de imensa alegria. Conheci o autor quando ingressei, em 1993, no escritório Miranda Coutinho, Caetano & Clève Sociedade de Advogados (em Curitiba), onde tive a honra de trabalhar como estagiário e, após graduado, como advogado associado. Nesse escritório pude aprender, e muito, com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Manoel Caetano Ferreira Filho, Clèmerson Merlin Clève e com Luiz Carlos da Rocha. Fui estagiário de todos em períodos diferentes de minha experiência de vida por lá. Aprendi segredos da advocacia, da academia e fiz amizades sólidas. Escrever sobre a Miranda Coutinho, Caetano & Clève renderia um livro, tantas foram as aventuras vividas naquele espaço físico e espiritual. Todas as minhas lembranças daquela época são sempre carregadas de alegria e emoção.

Decorridos pouco mais de 20 anos desde 1993, reencontrei Rocha na UniBrasil. Da qualidade de amigo e ex-estagiário assumiria, a partir de então, a missão de orientá-lo em sua jornada acadêmica. Não foi uma tarefa difícil. Rocha, apesar da grande demanda de sua importante banca de advocacia, conseguiu ser um mestrando exemplar, inclusive cumprindo parte de seus créditos na *Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilla – Espanha.

O tema que Rocha pesquisou, em seu mestrado junto ao Programa de Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário

LUIZ CARLOS DA ROCHA

Autônomo do Brasil – UniBrasil, e cujo resultado é publicado na presente obra, está vinculado com a questão da constitucionalização do direito à saúde, especialmente do sistema suplementar. Trata-se, portanto, de obra que está preocupada com a construção de uma compreensão adequada do sistema suplementar de saúde na perspectiva do regime jurídico dos direitos fundamentais e da constitucionalização do direito infraconstitucional.

Como se sabe, a promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a instauração de um novo momento político e jurídico no Brasil. Conhecida como “Constituição Cidadã”, a lei fundamental em vigor consagrou a democracia, retomou o Estado de Direito, afirmou uma série de princípios fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Consagrou, ainda, extenso rol de direitos fundamentais. Inovou, nesse campo, ao incluir um significativo número de direitos sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, à cultura etc., ao mesmo tempo em que garantiu direitos que já haviam sido incorporados ao patrimônio histórico e jurídico da comunidade brasileira. Apresentou algumas respostas para problemas do passado (como o repúdio à tortura, à censura, ao tratamento desumano ou cruel) e projetos para o futuro (erradicação da pobreza; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; busca do pleno emprego e outras propostas típicas de um constitucionalismo dirigente). Ou seja, é possível afirmar que a Constituição do Brasil é uma resposta ao passado, uma garantia do presente e uma proposta para o futuro, como sempre defendeu Clèmerson Merlin Clève. Traz a nossa Constituição de 1988 texto que em seu conjunto afirma o Estado Social. É um documento analítico não por acidente ou preciosismo, mas por reflexo de seu caráter compromissório e plural. É uma Constituição, em suma, que transcende o sentido liberal do constitucionalismo, na medida em que não se limita a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder e os aspectos procedimentais de produção do Direito e tomada de decisões (ao lado de alguns poucos direitos de cunho negativo). Essa transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça, caracterizando a República brasileira como um

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

Estado de Direito em sentido material e possibilitando a emergência de um Estado Constitucional.

Esse novo quadro foi muito significativo por diversos motivos. Cumpre, todavia, destacar que o mais relevante, certamente, foi o rompimento com os regimes político e jurídico autoritários que o Brasil atravessou entre 1964 e 1988. Com efeito, desde o golpe militar de 1964 a sociedade brasileira conviveu com um regime autoritário, em busca de legitimação e fundado, juridicamente, a partir de duas ordens paralelas: a ordem legal tradicional e a ordem legal da segurança nacional.¹ A primeira, de caráter constitucional, era integrada por toda a legislação liberal anterior a 1964; a segunda, institucional, compunha-se da legislação de segurança nacional, que restringia os direitos e garantias individuais. A teoria jurídica no Brasil, durante esse período, era vocacionada, com base num discurso liberal-individualista, à legitimação dos interesses do regime militar, voltado à implementação de um capitalismo desenvolvimentista. A ordem jurídica e seu discurso, nesse contexto, bem cumpriam seus papéis de legitimação do estado autoritário. Tratava-se de um sistema ilegítimo e de uma Constituição semântica.

Compreende-se, assim, o significado simbólico atribuído à Constituição de 1988. Todavia, logo após a sua promulgação, a afirmação da força normativa integral da Constituição não foi tarefa fácil, pois a comunidade brasileira presenciou uma situação paradoxal. Viveu-se, naquele momento, um sentimento simultâneo de euforia e desconfiança. Euforia tributária das possibilidades e potencialidades trazidas pela nova Lei Fundamental. Mas desconfiança também, fosse por decorrência do papel que o constitucionalismo brasileiro desempenhou no regime militar, fosse pela descrença de que haveria condições (políticas, econômicas, ideológicas etc.) para a plena realização da Constituição, fosse pela ausência de uma teoria constitucional capaz de dar conta de sua efetivação ou por decorrência de algumas críticas que o novo texto constitucional vinha recebendo de determinados setores conservadores da sociedade e dos próprios operadores do Direito. Não foram poucos os discursos de deslegitimação da nova ordem constitucional.

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação*. Curitiba: Gráfica Veja, 1983, p. 52.

LUIZ CARLOS DA ROCHA

Foi necessário, para atravessar esse período e alcançar uma visão mais adequada do constitucionalismo, um grande esforço. E, neste sentido, a comunidade acadêmica desempenhou relevante papel, desenvolvendo uma espécie de “nova pedagogia constitucional”, num primeiro instante, bradando o discurso da força normativa da Constituição e deixando o texto constitucional protegido contra certos ataques infundados. Foi preciso convencer a sociedade como um todo e o ambiente acadêmico que (i) a Constituição não era apenas um conjunto de princípios e direitos desprovidos de eficácia, totalmente à disposição da boa vontade do legislador ordinário, (ii) que ela possuía uma normatividade própria, superior e vinculante, mesmo em relação aos princípios e normas programáticos, (iii) que o Poder Judiciário poderia ter acesso a esta normatividade constitucional através da lei ou, de forma direta, sem ou contra a lei, (iv) que as normas constitucionais (mesmo aquelas demandantes de lei ou políticas públicas) possuíam ao menos uma eficácia jurídica mínima, (v) que toda interpretação e aplicação do Direito deveria ser constitucional, (vi) demonstrar que a compromissoriedade e o pluralismo axiológico não eram defeitos e fruto de assistemática do texto (mas reflexo de uma decisão por certa concepção de democracia), (vii) que o texto analítico não era desnecessário (mas, antes, produto cultural e consequência da compromissoriedade). Era o momento do “Direito Constitucional da Efetividade”.

Nesse quadro que se desenvolveu, por exemplo, a ideia de filtragem constitucional², que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a defesa da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo. A noção de filtragem constitucional propunha que todo o direito infraconstitucional

² As ideias referidas sobre a categoria “filtragem constitucional” foram extraídas de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

fosse compreendido através do filtro normativo e axiológico da nova Constituição brasileira. Essa fase, embora tenha lançado os pressupostos de um novo constitucionalismo, haveria logo de ser, em parte, superada.

Com efeito, não demorou para que se desse conta de que o discurso da efetividade e força normativa, conquanto importante, não era suficiente. Foi ainda necessário, num segundo momento de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro pós-1988, tendo o “discurso da efetividade” se tornado consensual, tentar criar instrumentos dogmáticos que permitissem tecnicamente uma adequada realização da Constituição. A nova Constituição demandava categorias mais sofisticadas para lidar com o conjunto de princípios e direitos fundamentais. Assim, todos os debates sobre colisão de direitos fundamentais, ponderação, princípio da proporcionalidade, núcleo essencial dos direitos fundamentais, complexidade estrutural desses direitos, cláusula de proibição de retrocesso social, as formas de relação entre direitos e princípios fundamentais com a lei, limites e restrições dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, cláusula de abertura dos direitos fundamentais para os tratados internacionais etc., que já não eram mais novidade na Europa, chegam ao Brasil com justificado atraso. Esses debates não teriam sentido num contexto de constituição semântica e somente poderiam ganhar território após o convencimento sobre a força normativa de uma Constituição que possuía um texto que ultrapassava os limites do constitucionalismo liberal com o qual se estava culturalmente acostumado. Em outros termos, o constitucionalismo brasileiro não possuía tradição no enfrentamento de questões e nem categorias para dar conta de uma Constituição material, plural, compromissória e emancipatória, dotada de forte caráter dirigente.

Esse é o contexto no qual se desenrola o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional no Brasil. É preciso, então, ressaltar que se trata de um processo de constitucionalização ainda recente. Um processo de constitucionalização confuso, que oscila entre a necessidade ainda rudimentar de autoconvencimento da aplicação das normas constitucionais no universo do direito infraconstitucional e o desenvolvimento, por vezes, de discursos altamente sofisticados no

LUIZ CARLOS DA ROCHA

âmbito da dogmática constitucional. Um processo que, por vezes, ainda guarda a herança de institutos e teorias autoritárias e, por outras, apresenta propostas e leituras extremamente inovadoras e arrojadas. Uma constitucionalização que consegue compreender toda a complexidade que decorre desse processo/imposição e, ao mesmo tempo, infelizmente com maior frequência, constrói discursos simplificadores.

Apesar do quadro não homogêneo, muito se avançou. Mas é preciso reconhecer a necessidade de dar continuidade ao processo de constitucionalização do direito.

Deveras, muitas são as propostas de estudo, no Brasil, que têm como mote central a constitucionalização do Direito. Contudo, é preciso reconhecer que, não raro, o que se tem assistido, em verdade, é uma “constitucionalização de fachada” ou “constitucionalização retórica”. Não são poucos os textos acadêmicos que, ainda sob o pretexto do discurso da constitucionalização, fazem uma apologia ao Direito Constitucional nos prólogos dos estudos, mas no desenvolvimento dos temas não abordam nenhuma categoria da dogmática constitucional (ou até mesmo negam tudo o que foi escrito nos capítulos iniciais). Isso quando não se reduz o processo de constitucionalização a uma leitura meramente formal, como se fosse suficiente, para tratar de uma compreensão constitucionalizada, a simples referência a alguns poucos dispositivos da Lei Fundamental. Tem-se a impressão, assim, que o tema da constitucionalização tornou-se um imperativo acadêmico que, ao menos formalmente, precisa ser referido. Cumprida a formalidade, parece manifestar-se uma autorização implícita para se abordar qualquer tema ou utilizar-se qualquer espécie de *fala*.

O trabalho de Luiz Carlos da Rocha, como afirmei anteriormente, insere-se nesse contexto histórico do discurso constitucional brasileiro. Propõe um diálogo efetivo, no plano do direito à saúde, entre Direito Constitucional, Direito Administrativo e até mesmo Direito Econômico e cooperativo. *Todavia o autor não cai no lugar comum e nos erros correntes. Não faz “constitucionalismo de fachada”, o que permitiu a construção de teses ousadas.*

De fato, Rocha demonstra, em seu livro, que a intervenção do Estado no campo da saúde suplementar, determinando ampliação de

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

coberturas (novos tratamentos, exames e medicamentos não contratados originalmente), pode não ser algo democrático e nem benéfico para os cidadãos, para citar uma das ideias centrais da pesquisa. Isso porque, em regra, o sistema é cooperativo. Ao determinar a ampliação compulsória de coberturas o Estado impõe ao conjunto dos cidadãos cooperados o dever de arcar com novos custos, tornando o acesso à saúde suplementar mais caro e elitizado.

Nesse modelo a intervenção estatal não é democratizante. As novas coberturas de planos de saúde não são financiadas e nem subsidiadas pelo Estado e, na prática, elas representam apenas uma transferência do dever de financiamento. O Estado impõe aos cidadãos usuários da saúde suplementar a contratação de um novo produto que vai gerar (i) o encarecimento dos planos contratados ou (ii) em relação aos contratos já firmados, a crise financeira e atuarial das cooperativas, mormente das menores. Rocha não afirma isso – nem foi objeto direto da pesquisa e sequer dados foram levantados neste aspecto –, mas seria possível cogitar, a partir da leitura do livro, sobre a existência, inclusive, de estratégia em termos de políticas públicas para “quebrar” as cooperativas menores. Mas – reitero – esta não é a tese do autor.

Como se percebe, o autor não segue a linha, que seria simpática – mas não necessariamente correta –, de que o direito à saúde “garante tudo e cada vez mais” para todos, mormente no sistema suplementar. Rocha, na academia, não perde a personalidade que marca a sua advocacia: a coragem. Com efeito, o autor afirma, com fundamentos sólidos:

Está bem desenhado que, obviamente, esse processo não interessa somente ao Estado, que evidentemente se desonera com essa transferência de responsabilidade, mas também às grandes operadoras. Isso porque, inequívoco que os grandes fundos, operados por grandes operadoras, não só suportam com mais facilidade o processo de aumento das coberturas obrigatórias, mas também ganham com eles pela absorção dos fundos menores, não raro por intervenção direta da ANS, e também ganham mais poder de negociação no repasse de custos para os contratos coletivos.

LUIZ CARLOS DA ROCHA

Rocha, na sequência de seu estudo, ao analisar a situação concreta do no artigo 32 da Lei Federal n. 9.656/98, defende, com toda razão, a inconstitucionalidade da previsão de ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos de saúde, dos tratamentos contratados que eventualmente sejam atendidos no sistema público.

A situação é a seguinte. O cidadão contrata o plano de saúde e paga por ele como contraprestação e financiamento do sistema de mutualismo. Se, por alguma razão qualquer, o usuário do sistema suplementar precisar ser atendido no SUS, este cobra das cooperativas o valor do tratamento ou da intervenção tal como se fosse particular.

Rocha demonstra que esse mecanismo de ressarcimento é inconstitucional, pois obriga o cidadão a pagar duas vezes pelo serviço público: ao pagar os tributos, já tem direito ao acesso universal ao SUS; por ser usuário do sistema suplementar, é punido e precisa pagar novamente através do repasse/ressarcimento da cooperativa, onerando todos os demais cooperados. Ademais, em tal situação, o Poder Público, por via transversa, na prática está cobrando o atendimento feito no SUS, inclusive de forma seletiva, o que é constitucionalmente vedado.

Enfim, o presente livro apresenta teses corajosas e bem fundamentadas, capazes de colocar o leitor a pensar, com serenidade, sobre o papel do Estado na realização dos direitos sociais e, mais especificamente, sobre as formas como o Estado, sob o pretexto de realizar direitos sociais, cria obstáculos e dificuldades.

Por isso tudo o livro é desafiador e proporciona importantes reflexões. Certamente os leitores irão gostar. A comunidade jurídica, assim, parabeniza Luiz Carlos da Rocha e a editora por proporcionarem tão rica experiência.

Curitiba, 29 de agosto de 2017.

Prof. Paulo Ricardo Schier

Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Estudos pós-doutorais na Universidade de Coimbra. Professor do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Advogado militante.