



Escola da Magistratura do Paraná

Núcleo de Londrina

30º CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA

ALESSANDRO FRANCO DE ALMEIDA

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA
RELAÇÃO INTERPRIVADA BENEFICIÁRIO – PLANO DE SAÚDE**

KATIA ALESSANDRO PASTORI TERRIN

**LONDRINA – PR
2018**

ALESSANDRO FRANCO DE ALMEIDA

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA
RELAÇÃO INTERPRIVADA BENEFICIÁRIO – PLANO DE SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a) orientador (a): Katia Alessandra Pastori Terrin

**LONDRINA
2018**

ALESSANDRO FRANCO DE ALMEIDA

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA
RELAÇÃO INTERPRIVADA BENEFICIÁRIO – PLANO DE SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná. Docente: Ms. Katia Alessandra Pastori Terrin. Discente: Alessandro Franco de Almeida.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Ms. Katia Alessandra Pastori
Terrin - Orientadora
Escola da Magistratura do Estado do Paraná

Professor Ms. Clayton Couto
Componente da Banca Examinadora
Escola da Magistratura do Estado do Paraná

Londrina, 01 de outubro de 2018.

“Valeu a pena?
Tudo vale a pena.
Se a alma não é pequena.
Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.”

Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha esposa, familiares e amigos pela colaboração e apoio.

À Orientadora, professora Ms. Katia Alessandra Pastori Terrin pela atenção, dedicação e incentivos prestados nas diversas etapas do trabalho.

Aos professores do curso de Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo Londrina, por compartilharem seus valiosos conhecimentos.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização e conclusão deste trabalho.

ALMEIDA, Alessandro Franco de. A eficácia horizontal do direito fundamental à saúde na relação interprivada beneficiário – plano de saúde. 2018. 54 f. Monografia apresentada ao Curso de Direito Aplicado. Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo Londrina.

RESUMO

O presente estudo, inicialmente, pretende destacar as características essenciais dos direitos fundamentais, do direito à saúde em especial, ato contínuo objetiva-se delinear aspectos da saúde brasileira e suas divisões de competências estatais para em seguida versar sobre os serviços privados de assistência à saúde. Por fim, tem como fito adentrar às questões relacionadas à teoria da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, e, como consequência, especificamente, versar sobre a judicialização e utilização da referida teoria nas relações contratuais privadas que permeiam o direito à saúde. Para isso, são abordados, com base principalmente na doutrina e em jurisprudências, pontos essenciais como a colisão de princípios fundamentais e do direito civil e a relevância em compreender a possibilidade e os limites para aplicação da teoria da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde. É objeto de apreciação no presente trabalho ainda, o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do tema, em especial do Supremo Tribunal Federal. Estudos como estes são de extrema valia, principalmente diante do momento pelo qual passa o Brasil, de insatisfação diante das atuações de seus poderes constituídos, em particular Executivo e Legislativo que por vezes parecem mais preocupados com questões individuais em detrimento de questões coletivas como o acesso da população a direitos fundamentais.

Palavras-chave: colisão de princípios; dignidade da pessoa humana; direito fundamental à saúde; teoria da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde.

ALMEIDA, Alessandro Franco de. The horizontal effectiveness of the fundamental right to health in relation to the beneficiary inter-agency - private medical health insurance. 2018. 54 f. Monograph presented to the Applied Law Course. School of Magistrates of Paraná - Londrina.

ABSTRACT

The present study aims to highlight the essential characteristics of fundamental rights, in particular, the right to health, and at once aims to delineate aspects of Brazilian health and its divisions of state competencies, and then to discuss private health care services. However, it aims to address issues related to the theory of horizontal effectiveness of the fundamental right to health, and, as a consequence, specifically, to discuss the judicialization and use of this theory in private contractual relations that permeate the right to health. To this end, key points such as the collision of fundamental principles and civil law and the relevance of understanding the possibility and limits of the application of the theory of the horizontal effectiveness of the fundamental right to health are addressed, based mainly on doctrine and jurisprudence. In the present work, it is an object of appreciation, the position of the Superior Courts on the subject, in particular, the Federal Supreme Court. Studies such as these are of extreme value, especially in the face of the moment in which Brazil is going through, the dissatisfaction with the actions of its constituted powers, particularly Executive and Legislative, which sometimes seem more concerned with individual issues to the detriment of collective issues such as access of the population to fundamental rights.

Key-words: the collision of principles; human dignity; fundamental right to health; theory of the horizontal effectiveness of the fundamental right to health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C	Antes de Cristo
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CDC	Código de Defesa do Consumidor
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
LC	Lei Complementar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DIRETO FUNDAMENTAL À SAÚDE	12
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1.2 CONTEXTO HISTÓRICO	16
2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	19
2.2.1 SAÚDE BRASILEIRA E OBRIGAÇÕES ESTATAIS.....	20
2.2.2 SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PLANOS DE SAÚDE	23
3 PRINCÍPIOS AFETOS AO TEMA.....	27
3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	28
3.2 UNIVERSALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	30
3.3 MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS	31
3.4 AUTONOMIA DA VONTADE.....	32
3.5 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE CONTRATUAL	34
3.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	35
3.7 COLISÃO DE PRINCÍPIOS	37
4 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA RELAÇÃO INTERPRIVADA BENEFICIÁRIO – PLANO DE SAÚDE	39
4.1 AÇÃO ESTATAL	41
4.2 EFICÁCIA INDIRETA	42
4.3 EFICÁCIA DIRETA.....	43
4.4 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	44
4.5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado revela-se pertinente, atual e relevante à medida que se acentua a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fato que vem sendo verificado em todos os graus de jurisdição, gerando diversos efeitos nas relações entre particulares, e, por conseguinte, tem ocupado espaço importante em produções acadêmicas.

O presente trabalho resta limitado às concepções relativas a eficácia do direito fundamental à saúde na relação interpública, entre o beneficiário consumidor e os planos de saúde. Os parâmetros para a pesquisa permearão a hermenêutica constitucional, infraconstitucional e a pesquisa doutrinária.

A eficácia dos direitos fundamentais na esfera pública tem se revelado tema muitas vezes controverso e instigante, por sua vez, a propositura de debate sobre o tema na seara interpública impõe reflexão ainda mais restritiva acerca da aplicação dos direitos fundamentais.

Ademais, é frequente a judicialização de demandas processuais entre beneficiário e plano de saúde, por conseguinte, em várias dessas oportunidades ocorre a adoção da norma constitucional que protege o direito à saúde, em detrimento muitas vezes, até mesmo, de contratos firmados entre as partes, impondo-se a eficácia do direito fundamental à saúde entre particulares.

Vale ressaltar que o tema saúde encontra sempre espaço na pauta política, econômica e social do Brasil e que o Poder Público se encontra em débito com a população no que tange ao oferecimento de uma saúde pública de qualidade.

Diante dessa realidade, nos últimos anos, deu-se um crescimento vertiginoso dos planos de saúde no País, ao passo que se multiplicaram seus usuários.

Ou seja, houve uma migração dos usuários do sistema público de saúde ao privado, por conseguinte, passaram a ser corriqueiras as reclamações acerca de aumentos abusivos ou problemas na prestação dos serviços por parte dos planos de saúde.

Quanto aos aumentos abusivos, a Agência Nacional de Saúde (ANS) passou a regulamentar os reajustes, contudo, com relação aos problemas na prestação dos serviços, esses passaram a serem judicializados tornando-se objeto de análise do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, ante a ocorrência da lide processual, tem-se dois agentes particulares litigando, e, no núcleo do litígio, a questão judicial que impera é o direito à saúde, um dos direitos fundamentais tido pela doutrina como essencial à manutenção da dignidade humana, princípio que figura entre os basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

Nesse contexto, a aplicação da teoria da eficácia horizontal do direito à saúde tem sido inevitável, normas constitucionais vêm sendo aplicadas para resolução de demandas ocorridas entre particulares, resultando em flagrante colisão de princípios do ordenamento jurídico nacional, o que intensifica o debate ante intensa intervenção do Estado nas relações privadas.

Assim, o presente estudo tem como objetivo geral compreender, por meio de pesquisa, o contexto em que ocorre a lide na qual o jurisdicionado aciona o Estado para que este efetive seu direito fundamental à saúde perante ente privado, de outra face a tentativa do ente privado, plano de saúde, de desonerar-se de determinado encargo.

Desta feita, o objeto principal deste estudo é o aprofundamento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim como de questões atinentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, máxima efetividade dos direitos fundamentais, autonomia da vontade, obrigatoriedade contratual e função social do contrato.

Para que o presente trabalho alcance o objetivo estabelecido acima, alguns objetivos específicos foram estabelecidos, quais sejam: Discorrer sobre direitos fundamentais e a respeito da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; discutir o momento da saúde brasileira e paralelamente as obrigações assumidas pelo Estado e o papel subsidiário atribuído à iniciativa privada; dissertar sobre os princípios afetos à temática, com ênfase ao da dignidade da pessoa humana, universalidade do direito fundamental à saúde, máxima efetividade dos direitos fundamentais, autonomia da vontade, obrigatoriedade contratual e função social dos contratos; analisar jurisprudências que demonstram a forma com que os tribunais superiores têm tratado o tema.

O método lógico-dedutivo é o utilizado, e tem como base as normas constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao tema, doutrina especializada, jurisprudências, sendo predominantemente bibliográfica a pesquisa.

Vale ressaltar que este trabalho não utilizou pesquisa de campo. Tem por objeto principal, além da hermenêutica constitucional e do direito privado em uma perspectiva una do sistema de normas brasileiro, a pesquisa de artigos jurídicos, doutrina, jurisprudência e eventuais normas infraconstitucionais, procurando-se aliar esse arcabouço jurídico à percepção, experiência e engajamento laboral do autor.

Dessa forma, o presente trabalho, conduz a pesquisa para a seguinte problemática levantada: O direito fundamental à saúde possui eficácia na relação interprivada entre o beneficiário e o plano de saúde? Em sendo positiva a análise, existem limites para a imposição de obrigação de fazer ao operador do plano de saúde?

Diante desse contexto, alcançada a qualidade e profundidade necessárias ao estudo, este poderá contribuir com o debate, que não encontra consenso doutrinário, pois tais questões se revelam demasiadamente complexas e contraditórias até mesmo no âmbito do Poder Judiciário.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Várias são as teorias que se propõem a definir o que são os direitos fundamentais: teorias históricas, teorias filosóficas, teorias sociológicas, entre tantas outras.

Para Robert Alexy, seria o caso de uma teoria contribuir com a outra a fim de enriquecer a discussão, assim, o autor anota o seguinte: “Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 2008 p. 31).

Pode-se dizer que direitos fundamentais são intrínsecos ao ser humano, que toda nação deveria, além de reconhecê-los e declará-los, garanti-los por meio de medidas assecuratórias, como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, entre outros. Nesses casos, exigem-se atuações negativas do Estado.

De outra sorte tem-se a atuação positiva do Estado, com o intuito de proporcionar direitos fundamentais aos cidadãos, ou seja, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais. Dessa forma, direitos fundamentais são encarados sob uma dupla perspectiva de defesa dos cidadãos.

De um lado tem-se sua manifestação a fim de garantir atuações negativas por parte do estado, com o intuito de que este não avance perante a sociedade, e de outra face a obrigatoriedade do Estado em proporcionar ao popular acesso aos mais diversos direitos fundamentais.

Abaixo segue a definição acerca dos direitos fundamentais escrita por George Marmelstein.

São normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2016 p. 18).

Marmelstein (2016), ao conceituar direitos fundamentais, estabelece a eles dois conteúdos, o primeiro é o conteúdo ético, também chamado de aspecto material

dos direitos fundamentais, o segundo é o conteúdo normativo, também conhecido como aspecto formal dos direitos fundamentais.

Por aspecto material dos direitos fundamentais, o autor compreende que os valores básicos para uma vida digna em sociedade, só se fazem possíveis diante da proximidade extrema dos direitos fundamentais à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder. (MARMEELSTEIN, 2016).

Afinal, em um ambiente que se prega a opressão, não é possível que prospere a vida com dignidade, da mesma forma, naquele ambiente em que não houver condições mínimas para uma existência digna, onde não exista respeito pela vida, pela integridade física e moral do ser humano, não há que se falar em prosperidade.

No que tange ao aspecto normativo, prevê que não é qualquer valor que poderá ser moldurado à categoria de direitos fundamentais, serão enquadrados apenas aqueles valores que o povo reconheceu por meio do poder constituinte como merecedores da proteção constitucional, mesmo que implicitamente.

Diante dessa concepção, pode-se afirmar que os direitos fundamentais decorrem da Constituição de determinado país, sendo que não serão encontrados em leis.

Considerando o viés constitucional dos direitos fundamentais, cumpre mencionar que: 1 - Tendo em vista o contido no art. 5º, §1º da Constituição da República de 1988, as normas definidoras de direitos fundamentais têm sua aplicação imediata. 2 - Os direitos fundamentais constituem cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV do texto constitucional, portanto não podem ser abolidos nem diminuídos. 3 - A Constituição da República Federativa do Brasil ocupa o ápice da pirâmide jurídica brasileira.

Assim, para que os mecanismos que revestem os direitos fundamentais efetivamente funcionem, inicialmente, percebe-se que existe a necessidade de que todo o ordenamento jurídico se curve aos direitos fundamentais, ou seja, todas as leis da nação deverão, em seu cerne, observar aquilo que predita os direitos fundamentais.

Nesse sentido, é necessário que os direitos fundamentais estejam inseridos no ordenamento máximo do País. No caso do Brasil, a CR/88 trouxe em seu bojo, no título II, os direitos e as garantias fundamentais, cumpre ressaltar que a doutrina

majoritária entende que os direitos fundamentais não estão restritos a este título, podendo ser observados em outras partes da Constituição da República.

Sendo assim, como nenhuma lei possui o condão de ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição Brasileira, ou mesmo contrariar o disposto no ordenamento máximo, sob pena da lei ser declarada inconstitucional, restam os direitos fundamentais alocados em local de destaque e todas as leis submetidas a seu crivo.

Como exemplo de proteção à soberania Constitucional, têm-se os mecanismos de controle de constitucionalidade: As Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), criadas em todas as casas legislativas, são responsáveis pelo controle constitucional preventivo, outro mecanismo existente é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que atua no controle repressivo, entre outros.

Atualmente vários doutrinadores apresentam classificações relativas aos direitos fundamentais. Abaixo, segue a nomenclatura adotada pelo doutrinador Paulo Bonavides (2006) que contemporaneamente divide os direitos fundamentais em gerações conforme descrito a seguir:

Direitos de 1ª Geração: são representados exatamente pelos direitos civis e políticos, ou seja, pelas liberdades individuais, assim a sociedade desenvolve-se mediante a atuação negativa do Estado, cada direito reconhecido limita a atuação do Estado. Insta salientar que o estado negativo exacerbado, historicamente, acaba por gerar acúmulo de capital, desigualdades, marginalização e a exclusão de indivíduos.

Direitos de 2ª Geração: são caracterizados como direitos sociais, culturais e econômicos. Aqui a presença do Estado é fundamental como agente garantidor de direitos devido a sua atuação positiva junto à sociedade.

O desafio é garantir que todos os membros da sociedade tenham determinados direitos garantidos, tais como: maior distribuição de renda, nivelamento, igualdade entre os membros da sociedade.

Cabe ressaltar que nessa geração estão representados os direitos sociais propriamente ditos, como o acesso a saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, segurança e lazer. A Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919, bem como a Constituição Brasileira de 1988 trazem em seu bojo os direitos ora elencados.

Direitos de 3ª Geração: aparecem como aqueles que possuem como seu primeiro destinatário o gênero humano, não se destinam especificamente à proteção

dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Estado. São aqueles chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Direitos difusos são aqueles que pertencem a cada indivíduo e a todos ao mesmo tempo, são transindividuais e de natureza indivisível, independem de relação jurídica anterior entre seus titulares, sendo que todos são possuidores desses direitos, são exemplos: Meio ambiente natural: ar, água, solo, fauna, flora. Meio ambiente artificial: cidades, planejamento urbano, plano diretor, iluminação pública, asfalto. Tem-se ainda o meio ambiente cultural, o qual prevê garantias aos patrimônios históricos, músicas, filmes, entre outros. (BONAVIDES, 2006), (MIRAGEM, 2016).

Já os direitos coletivos, presumem a existência de pessoas reunidas em categorias ou classes, a exemplo, temos a classe trabalhadora e o desejo de resguardar seus interesses, ou mesmo determinado seguimento do serviço público, entre outros. Por conseguinte, presume-se a existência de um vínculo jurídico anterior à lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. (BONAVIDES, 2006), (MIRAGEM, 2016).

Os direitos individuais homogêneos são aqueles que decorrem de uma origem comum e que podem ser resolvidos no âmbito coletivo ou mesmo no individual, ou seja, o litisconsórcio é facultativo. Essa origem comum pode ser tanto de fato quanto de direito, por exemplo, de fato, em casos de acidentes de ônibus ou avião com vários passageiros, de direito, quando vários consumidores acabam sendo vítimas de uma mesma prática comercial restritiva. Vale complementar que a relação jurídica, neste caso, aperfeiçoa-se após o evento. (BONAVIDES, 2006), (MIRAGEM, 2016).

Os direitos de 3ª Geração buscam o desenvolvimento sustentável que permita a utilização do meio ambiente pensando no futuro, nas gerações futuras. Desenvolvimento de forma consciente, pensando na inserção social, no meio ambiente e por fim na economia, esses elementos devem estar em harmonia; economia, meio ambiente e inserção social.

Os direitos de 4ª Geração, por sua vez, são aqueles relacionados à democracia, informação, biodireitos, biossegurança, entre outros. Esses direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os direitos fundamentais de quarta geração acabam sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Paulo Bonavides, em seus últimos escritos, já vem afirmando a existência de uma 5ª Geração de direitos, e elenca entre eles o direito à paz. Tal elevação atinge o ápice quando se fala em direitos fundamentais, a concepção da paz no âmbito da norma jurídica, é um dos mais notáveis progressos alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2006)

Após a conceituação e classificação dos direitos fundamentais, resta estabelecer as diferenças entre as seguintes terminologias: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, expressões comumente utilizadas de forma indiscriminada.

George Marmelstein define os direitos do homem da seguinte forma:

Os direitos do homem seriam valores ético-políticos ainda não positivados. Eles estariam em um estágio pré-positivo, correspondente a instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo. Aliás, pode-se dizer que eles estão até mesmo acima do direito positivo. (MARMELESTEIN, 2016, p. 24).

Os direitos do homem se aproximam bastante do conceito de direito natural, não seriam propriamente direitos, uma vez não positivados, mas podem ser considerados elementos que lastreiam, que servem de matéria-prima para os direitos fundamentais.

Já a expressão direitos humanos invariavelmente é confundida ao determinar direitos fundamentais e vice-versa. A conjunção direitos humanos, deve ser utilizada, segundo Marmelstein (2016), para se referir aos valores positivados no âmbito do direito internacional.

A Constituição da República adota plenamente essa nomenclatura, ao tratar de matérias de âmbito internacional, faz referência a direitos humanos, de outro modo, ao versar sobre direitos de natureza fundamental que ela própria reconhece, os chama de direitos fundamentais.

2.1.2 CONTEXTO HISTÓRICO

Para Moraes (2013), possivelmente a origem dos direitos individuais remonte do antigo Egito e da Mesopotâmia, no terceiro milênio antes de Cristo (a.C), momento no qual já haviam alguns mecanismos que possibilitavam a proteção dos indivíduos em relação ao Estado.

O código de Hammurabi de 1690 a.C, é considerado o primeiro a reconhecer alguns direitos inerentes a todos os homens: à vida, à propriedade, à honra, à dignidade, além do que, revela a soberania da lei, inclusive em relação aos governantes.

Mais tarde, na Grécia, a igualdade, a liberdade e a participação dos cidadãos na política foram temas colocados em discussão, assim, nasce a crença na existência de uma lei natural, um direito natural anterior às leis estabelecidas nas escrituras, essa era uma das teses defendidas por Sófocles, em sua obra *Antígona* de 441 a.C.

Segundo Moraes (2013), é no Direito Romano, especificamente na Lei das Doze Tábuas, que se tem a presença forte de intervenções que visam equilibrar os direitos individuais frente aos desígnios estatais, com textos que consagram a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos do cidadão.

Mais próximo à contemporaneidade, o autor cita a Inglaterra como grande receptora de declarações de direitos humanos fundamentais, podemos citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 1215, posteriormente temos a *Petition of Right* 1628, o *Habeas Corpus Act* em 1679, *Bil of Rights* 1689 e o *Act of Settlement* 1701, sucessivamente. (MORAES, 2013).

Atribui-se aos documentos históricos constituídos a partir da Revolução dos Estados Unidos da América: A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos da América, obras de fundamental importância para a evolução dos direitos humanos fundamentais.

Mas é na França, em 26 de agosto de 1789, que a Assembleia Nacional daquele país promulga a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, esse fato histórico á tido como a consagração normativa dos direitos fundamentais. (MORAES, 2013).

A Declaração possui 17 (dezessete) artigos, entre suas importantes previsões destacam-se os direitos humanos fundamentais que seguem:

Obediência aos princípios da igualdade, liberdade e propriedade, além da possibilidade de: resistência à opressão, associação política, livre manifestação da inocência e ainda, existe o reconhecimento dos princípios da presunção da inocência e da legalidade, entre tantos outros. Tal documento revela grandioso passo histórico dos direitos fundamentais.

Inspirada principalmente nas ideias iluministas, a Declaração Francesa de 1789 por vezes é apontada como um documento idealizado pela classe burguesa da França, e com o passar do tempo, tornou-se o instrumento que possibilitou à classe burguesa um controle informal sobre o estado, até então exercido pela nobreza e pelo clero, mas essa é uma discussão reservada aos historiadores.

Importante frisar nesse momento, o papel fundamental da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que juntamente com o da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, inspiraram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos acentua pela primeira vez uma proteção de caráter universal aos direitos dessa natureza, caracteriza-se talvez como o grande marco da história dos direitos humanos fundamentais, trata-se de documento de fundamental importância para a compreensão do direito fundamental contemporâneo. (MORAES, 2013).

A Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na cidade de Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, sua elaboração contou com representantes de todas as regiões do mundo, sua meta é ser alçada por todos os povos e nações como se vê logo em seu preâmbulo:

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 10 de dezembro de 1948).

Diante do exposto, verifica-se que vários foram os obstáculos enfrentados para que os direitos fundamentais se tornassem o que são atualmente, observa-se um avanço contínuo dos direitos fundamentais, intensificado após o ano de 1.948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito fundamental à saúde encontra-se encartado no *caput* do art. 6º da Constituição da República de 1988. Já no art. 196 do referido diploma legal averigua-se que:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

Segundo Leite (2014), o marco histórico que inseriu a saúde no rol de direitos fundamentais ocorreu com a revolução industrial. Antes da industrialização, procurava-se retirar o enfermo do convívio social, grande parte dos poucos hospitais que existiam eram administrados pelos segmentos mais abastados da sociedade, a estrutura era rudimentar e arcaica.

Com a industrialização houve a necessidade de proporcionar saúde aos operários, para que esses cumprissem com suas atividades nas linhas de produção, essa conquista do proletariado derivou de vários movimentos operários, os quais visavam melhores condições ao empregado e cobravam intervenções do Estado na fiscalização dos ambientes de trabalho. (LEITE, 2014).

Com o direito à saúde inserido entre os direitos fundamentais, verificou-se que não se tratavam apenas de direitos individuais, mas também de direitos coletivos e difusos.

Sendo assim, duas vertentes devem ser observadas: Quando encarado como direito individual considera-se que a pessoa possui direito à sua integridade física e mental.

Contudo, tal direito por certo extrapola a esfera individual, assim, a satisfação do direito à saúde bem como à vida recai sobre a coletividade, cabendo ao Estado a efetiva garantia dos direitos, seja quando competente o Poder Público, seja quando prestados pela iniciativa privada.

Cumprir mencionar que o direito à saúde e à vida, juntamente ao direito à educação, estabelecem um núcleo imprescindível dos direitos fundamentais. Quando não se vislumbra a possibilidade de avanços significativos nesses seguimentos, várias dificuldades são enfrentadas para a evolução da sociedade.

O real cumprimento desses direitos sociais é vital para que a Nação progrida, tanto socialmente, economicamente, quanto no que tange ao acesso a direitos fundamentais, Carlos Alexandre Amorim Leite, escreve especificamente acerca do tema:

De fato o ser humano sem acesso a bens e serviços básicos de saúde encontra-se desamparado pelo Estado e por seus semelhantes, ao não se permitir o seu desenvolvimento pleno como pessoa e cidadão, pois não há condições de autodeterminação sem garantia e efetivação do direito fundamental à saúde. Assim, o homem necessita do real cumprimento pelo Estado dos deveres de defesa, proteção e promoção da saúde. (LEITE, 2014, p. 106).

O avanço da cidadania no Brasil enfrenta relevante dificuldade, devido principalmente, ao não acesso por parte dos brasileiros a programas básicos de saúde em razão do caos pelo qual passa a saúde pública. O acesso precário ao sistema de saúde proporciona a marginalização acentuada das camadas mais carentes, fenômeno que amplia a quantidade de problemas sociais.

A saída, para aqueles que possuem condições financeiras, tem sido a contratação de planos de saúde privados, o aumento vertiginoso do segmento é acompanhado do crescente número de reclamações acerca dos serviços prestados, colocando em cheque a eficiência e sustentabilidade do modelo.

2.2.1 SAÚDE BRASILEIRA E OBRIGAÇÕES ESTATAIS

A Constituição da República de 1988, juntamente com a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS) em 1990, adotaram um sistema universalizante, no qual todos têm direito de acesso à saúde, e cabe ao Estado garantir esse acesso universal de forma isonômica. Para tanto, alguns mecanismos foram idealizados:

A Emenda Constitucional 29 de 2000 determinou que se estabelecesse níveis mínimos de aplicação recursos na saúde pela União, Estados e Municípios, aos dois últimos entes, o dispositivo estabeleceu a fixação do percentual mediante edição de Lei Complementar (LC).

O art. 6º da Lei Complementar (LC) 141 de 2012 prevê aos Estados e ao Distrito Federal que apliquem um valor mínimo de 12% (doze por cento) da arrecadação de impostos anuais na área da saúde. Da mesma forma, o art. 7º da mesma LC impõe aos Municípios a aplicação de 15% (quinze por cento) do

orçamento público na saúde (excetuados impostos e taxas vinculadas em ambos os casos).

No caso da União, a própria Constituição determinou a aplicação de recursos que montam ao menos 15% (quinze por cento), calculados sobre a receita líquida do respectivo exercício financeiro, art. 198 § 2º, I da CR/88. O §1º do art. 198 da CR/88 ainda prevê que serão destinados recursos do orçamento da seguridade social para financiamento da saúde pública.

Contudo, é possível constatar que apenas a previsão legal não basta, a legislação estabelece o investimento mínimo, comando que, de uma forma geral, sempre é observado pelas autoridades máximas do Poder Executivo, ademais, a não observância ao disposto na lei implicaria complicações perante os tribunais no que tange às prestações de contas, todavia, a realidade demonstra que a saúde brasileira está longe do ideal.

Nesse sentido, conforme observa Bliacherine, Santos (2010), as responsabilidades dos municípios foram ampliadas de forma acentuada, na prática, o que se vê são os municípios maiores, que tiveram condições de estimular sua economia, conquistaram um destino melhor que os municípios menores, esses, que são a maioria, dependem de transferências de receitas que possuem vinculação ou voluntárias da União e dos Estados.

As transferências que possuem vinculação são representadas pelas transferências fundo a fundo na rede SUS. Apenas para ilustrar, o mesmo ocorre na educação com o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB). Por sua vez, as transferências voluntárias, dependem, na maioria das vezes, de vontade política.

A agravante é a realidade de que os recursos são escassos, e que caberá ao administrador público definir e direcionar esses recursos para melhor atender ao maior quantitativo de pessoas possível. É fato que o orçamento público deverá englobar não apenas a saúde, mas uma série de outras atividades de competência do Estado, como a educação, segurança, habitação, entre outros.

Percebe-se que além da quantidade de recursos não comportar todas as atividades do Estado, ocorre que a gestão dos recursos também não se faz de forma satisfatória, dificultando em demasia a realização efetiva do direito fundamental à saúde.

O que se verifica em um primeiro momento é que algumas medidas poderiam ser adotadas para tentar equalizar um pouco a situação: uma reflexão acerca de um acesso mínimo que agregue dignidade à pessoa, o planejamento adequado das receitas e despesas e a divisão adequada de recursos entre União, Estados e Municípios são medidas que poderiam contribuir para a melhora do sistema.

A Lei 8.080 de 1990, responsável pela implementação do Sistema Único de Saúde, estabeleceu que as atividades serão organizadas de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente. Sendo única a direção do sistema, estipulando ainda, que o exercício das ações caberá aos seguintes órgãos:

No âmbito da União, será exercido pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e por fim; no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

O aprofundamento nessa seara não é o foco do presente trabalho, sendo assim, apenas uma descrição suscita acerca das atribuições da União, Estados e Municípios será destacada.

A missão de custear a alta e média complexidade é dividida entre a União e os Estados, sendo que a União promove repasses de recursos para que o Estado promova a alta e média complexidade.

A gestão dos recursos por parte dos Estados é realizada pelas regionais de saúde, formalizadas conforme as necessidades de cada Estado.

As regionais são as principais responsáveis por tratamentos relacionados às especialidades médicas, como: Cardiologia, Neurologia, Psiquiatria, Urologia, Oftalmologia, Ortopedia, Cirurgia Geral, Dermatologia, entre outros.

Essas instituições também são responsáveis pela realização de exames como: Tomografia, Mamografia, Eletrocardiograma, Ressonância, Ecocardiograma, etecetera, os quais, também constam no rol da média e alta complexidade.

Os municípios têm suas atribuições elencadas no art. 18 da Lei 8.080/90, sendo o sistema de saúde municipal aquele que possui maior proximidade com a comunidade.

São de atribuição dos municípios serviços como: consultas médicas de clínico geral, acompanhamento pré-natal, exame preventivo de câncer no colo do

útero bem como a realização de exames essenciais como: Hemograma Completo, Glicose, Urocultura, Bacterioscopia, entre outros.

Vale lembrar que além da lei 8.080 de 1990, existe um arcabouço normativo imenso que estabelece atribuições comuns e individuais à União, Estados, e Municípios, são vários os decretos e portarias advindos do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que regularizam as atividades do SUS.

2.2.2 SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PLANOS DE SAÚDE

O exercício de atividades voltadas à saúde conta com autorização legislativa, contudo, órgãos como Ministério da Saúde, Anvisa, Agência Nacional de Saúde Suplementar são responsáveis por regular os serviços. Da mesma forma, instituições de defesa do consumidor atuam para coibir práticas excessivas, que onerem consumidores ou mesmo diminuam direitos dos beneficiários do sistema.

Além de conferir à iniciativa privada a livre participação na assistência à saúde, a Constituição da República permite que instituições privadas componham de forma complementar o sistema único de saúde, auxiliando-o mediante formalização de contratos e convênios, dando sempre preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Observe-se o texto constitucional que autoriza a prestação de serviços de saúde por parte da iniciativa privada:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Dessa forma, percebe-se o duplo viés de atuação à iniciativa privada na saúde, uma por meio de sua atuação unilateral, tendo sua ação controlada pelo Estado mediante atuação de órgãos de controle e outra de forma complementar ao Estado, por meio de contratos e convênios.

Assim, a Lei 8080/1990 estabeleceu algumas normas para funcionamento dos serviços privados de assistência à saúde, observe-se:

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Art. 23. É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos:

I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos

II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar:

a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e

b) ações e pesquisas de planejamento familiar

III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social; e

IV - demais casos previstos em legislação específica.

(LEI ORDINÁRIA 8.080 de 19 de setembro de 1990).

Já no ano de 1998, foi publicada e levada à vigência a lei 9656, a qual dispõe sobre planos e seguros privados de saúde, lei essa que foi amplamente alterada pela Medida Provisória 2.177-44 de 2001, devidamente aprovada pelo Congresso Nacional e passando a integrar o corpo da Lei 9656/1998.

Dessa maneira, a legislação que versa sobre os planos de saúde tratou de delimitar sua área de atuação, conceituar as terminologias do ramo de atividade e indicar a Agência reguladora correspondente, conforme segue:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

(LEI ORDINÁRIA 9.656 de 03 de junho de 1998)

Cumprir destacar que o art. 1º, inciso I, conjugado com o art. 16, inciso VIII da Lei 9656/1998 propiciaram a celebração de contratos de coparticipação entre beneficiário e o plano de saúde, demonstrando de certa forma que até mesmo a assistência à saúde em seu âmbito privado enfrentava dificuldades.

Vale mencionar que é cediça a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na relação beneficiário plano de saúde, salvo naqueles casos de planos administrados por entidades de auto-gestão.

Entidades de auto-gestão se resumem a planos mantidos por instituições, porém, sem a finalidade de auferir lucros, são planos fechados de saúde, criados para beneficiar seus filiados.

Toma-se por exemplo o caso do plano de saúde oferecido pela CAAPSM - Caixa de Assistência, Aposentadoria e Pensões dos Servidores Municipais de Londrina e pela Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, por exemplo.

Nesses termos, foi editada súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 11 de agosto de 2018 com o seguinte texto: “Aplica - se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de auto-gestão. ” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA, súmula 608).

Por fim, mesmo diante das dificuldades apresentadas pelos planos de saúde e a imposição da coparticipação para celebração de novos contratos, verifica-se que

a população tem se valido de forma expressiva da iniciativa privada para possuir um acesso mais qualificado à saúde, isso por conta da fragilidade que assola o sistema público de saúde brasileiro.

Destaque-se que, segundo a Agência Nacional de Saúde, em junho de 2018, os beneficiários de planos de saúde, no Brasil, eram 47.281.079¹, número expressivo diante da população brasileira estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no mesmo período, aproximadamente 209.000.000² de pessoas, o que representaria algo em torno de 22,62% da população fazendo uso de planos de saúde privados.

A quantidade expressiva de beneficiários apresenta reflexos na sociedade, muitas são as reclamações acerca da prestação dos serviços, as partes têm se valido do Poder Judiciário para resolução do conflito opondo um exame da eficácia do direito fundamental à saúde na esfera privada, frente a tutela civil do direito.

¹ Dados obtidos por meio do endereço eletrônico <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> acesso em 30/09/2018.

² Dados obtidos por meio do endereço eletrônico <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> acesso em 30/09/2018.

3 PRINCÍPIOS AFETOS AO TEMA

Sabe-se que além de suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico, os princípios propõem-se a orientar a interpretação do direito positivo, para tanto, determinado direito seria aplicado à luz de princípios norteadores, observe-se as definições abaixo:

Os princípios são aquelas orientações e diretivas de caráter geral e fundamental que podem ser deduzidos do sistema jurídico, servindo de rumo norteador, na maior medida possível, para todos os órgãos de interpretação e aplicação do direito. (GUERRA, 2007, p. 7).

Definição mais incisiva é trazida por Robert Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. (ALEXY, 1999, p.74-75).

Os princípios são tidos como de suma importância para orientar a interpretação do direito de uma forma geral, ademais, o direito não possui sua leitura atrelada exclusivamente à letra da lei, o direito também é interpretado à luz da doutrina e guiado pelos princípios afetos.

O tema tratado no presente trabalho guarda intensa relação com uma interpretação do direito pautada nos princípios, a própria teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais revela em seu cerne uma ponderação entre princípios que regem o direito constitucional e o direito civil.

O objetivo do presente capítulo é trazer a lume o conflito existente entre princípios ligados ao direito constitucional à saúde e ao direito civil contratual.

Alguns princípios guardam intensa conexão com o direito fundamental à saúde, são eles: Dignidade da pessoa humana; universalidade do acesso ao direito fundamental saúde e máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Em contraponto temos: autonomia da vontade e obrigatoriedade contratual, os quais derivam do direito civil contratual, e, quando confrontados, exigem um exercício de ponderação, ambiente em que pode surgir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O princípio da função social se aproxima e harmoniza os demais princípios contratuais com os princípios constitucionais, conforme veremos adiante.

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco à pessoa, moral e espiritual, manifesta-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, possui uma pretensão ao respeito das demais pessoas.

Trata-se de um mínimo invulnerável da legislação, caso excepcionalmente ocorram limitações ao exercício de direitos fundamentais, essas limitações jamais poderão atacar a estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2013).

Moraes (2013) converte à dignidade da pessoa humana duas concepções: A primeira, versa sobre a proteção individual, seja perante o Estado, seja diante dos outros indivíduos. A segunda, estabelece um tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Trata-se da exigência de que cada indivíduo respeite a dignidade do seu semelhante, da mesma forma que a Constituição Federal exige que se respeite a sua própria dignidade, essa noção de dever fundamental consoma três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém), *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).

Sidney Guerra, utiliza o conceito de dignidade da pessoa humana oriundo da obra de Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, conforme segue:

Temos por dignidade da pessoa humana 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, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (Sarlet, 2001 apud GUERRA, 2007, p. 100).

Extrai-se das definições acima expostas que o princípio da dignidade da pessoa humana, a grosso modo, possui um enfoque duplo, o indivíduo perante o Estado e o indivíduo perante os demais membros da sociedade.

Contudo, vale ressaltar que o Estado não possui apenas o dever de não praticar atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas também promover ações com o fito de proporcionar ao indivíduo condições mínimas para sua existência digna.

Dessa forma, o homem não tem seu direito cerceado apenas quando uma liberdade fundamental lhe é negada, mas também quando não possui acesso a direitos sociais básicos.

Nesse diapasão, mister observar que quando se fala em saúde se fala em dignidade da pessoa humana. Abaixo, assinala-se entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul (TJRS) já em 2005, acerca do bem jurídico saúde, compreendido à luz princípio da dignidade da pessoa humana:

Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade ativa. Por atribuição constitucional (CF, art. 127, caput) e expressa previsão legal (ECA, art. 201, V e 208, VII), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação civil pública em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes, como, por exemplo, o direito à saúde e à educação.

Ação civil pública. Direito à saúde assegurado com absoluta prioridade à criança e ao adolescente. Eficácia plena e aplicabilidade imediata. O direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Direito fundamental que é, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, como se infere do §1º do art. 5º da Constituição Federal. Negaram provimento e, em reexame necessário confirmaram a sentença, exceto em relação à multa, substituída por bloqueio de valores. Unânime. (Apelação Civil nº 70010795391 - Julgamento: 20/04/2005 - Acórdão Proferida pelo Des. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS do TJRS, Relator, DJ 3090 de 27/4/2005).

No Brasil e em vários outros países, o princípio da dignidade da pessoa humana alcançou o patamar de princípio constitucional estruturante, estabelecendo diretrizes para o avanço do ordenamento jurídico nacional. (GUERRA, 2007).

O artigo primeiro da Constituição Federal Brasileira já anuncia a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Nação. Sua proximidade ao direito fundamental saúde torna-se inevitável, haja vista que se o indivíduo não possui sequer acesso à saúde, dificilmente terá acesso aos demais direitos que juntos possibilitam o agente a viver dignamente.

3.2 UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O art. 7º, inciso I da Lei 8.080 de 1990, a qual instituiu o SUS, apresenta de forma explícita, o princípio da universalidade, que prevê o acesso a serviços de saúde em todos os níveis de assistência.

Cumprido ressaltar que o princípio já havia sido consagrado outrora no art. 196 da Constituição Federal de 1988, o próprio texto constitucional demonstra que o direito à saúde é atribuído a todos, e um dever do Estado, seu acesso é universal e igualitário ante à sua promoção, proteção e recuperação.

A universalidade do acesso significa que lei alguma excluirá determinadas classes ou grupos, não importando a classe social ou se o indivíduo paga impostos ou não. Da mesma forma, os serviços públicos relacionados à saúde, colocados à disposição da população pelo Estado deverão ser o máximo abrangentes possível.

A saúde é um direito atribuído a todos e constitui um dever do Estado, este, por meio de políticas públicas tem o dever de reduzir o risco de incidência de doenças e de outros agravos aos populares, essa é considerada a fase de prevenção.

Após o diagnóstico, a cura deve se dar por meio de programas de tratamento de saúde eficazes e fornecimento de medicamentos, a universalização da saúde ocorre mediante a prestação desses serviços pelo Estado.

O princípio da universalidade do acesso à saúde é de suma importância para o entendimento da grandeza alçada ao direito de acesso à saúde, corolário do direito fundamental à vida.

O princípio da universalidade do acesso ao direito fundamental à saúde, em uma leitura ampla, leva-nos a compreender o porquê do Estado preocupar-se tanto com a atividade privada no âmbito da saúde pública, impõe um aparato normativo para fiscalização e normatização do setor, com a finalidade nítida de proporcionar ao máximo a universalidade do acesso ao direito fundamental à saúde, mesmo na esfera privada.

Vale destacar que o beneficiário de plano de saúde não resta excluído do Sistema Único de Saúde, justamente por conta de sua característica universalizante, a qual abarca todas as pessoas, sem distinção alguma, inclusive patrimonial, podendo o beneficiário sempre optar pelo sistema privado ou público de saúde.

3.3 MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS

O direito fundamental à vida e conseqüentemente à saúde, como já observado, encontra guarida em vários artigos do texto constitucional e possui característica de direito fundamental de aplicação imediata, trata-se de direito fundamental imprescindível à manutenção da dignidade da pessoa.

Diante dessas características, cabe ao Estado viabilizar direitos fundamentais, principalmente o direito de acesso à saúde, por meio de políticas públicas a fim de que o maior número de pessoas seja contemplado.

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais ganha destaque diante da dificuldade que os Poderes Executivo e Legislativo têm na missão de cumprir a contento aquilo que estabelece a Constituição.

Para George Marmelstein a efetividade dos direitos fundamentais não pode ficar à mercê de decisões políticas e a interferência judicial para a concretização desses direitos é de suma importância, conforme se infere da reprodução abaixo:

São, por isso mesmo, direitos de tal magnitude para a ordem constitucional que sua efetividade não pode depender de decisões políticas dos representantes das maiorias (Legislativo ou Executivo), o que justifica maior interferência judicial na busca da concretização máxima dessas normas, mesmo na ausência de uma regulamentação infraconstitucional. (MARMELSTEIN, 2016, p. 321).

O que se percebe é que na área da saúde, a presença do princípio em apreço é aparente, é comum a interferência do Poder Judiciário obrigando o Estado a fornecer medicamentos ou tratamentos a pessoas que ingressam com pedido perante a jurisdição.

Da mesma forma ocorre na esfera privada, é comum o Poder Judiciário determinar aos planos de saúde a realização de cirurgias urgentes e eletivas, ou mesmo arcarem com o ônus de tratamentos clínicos que insistem em afirmar que não compõem o pacote de serviços contratados pelo beneficiário, por exemplo.

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da universalidade do acesso ao direito fundamental saúde, conferem, *a priori*, legitimidade ao Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, seja este ente prestador de serviços relacionados à saúde atuante na esfera pública ou privada.

3.4 AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade, também chamado de princípio da liberdade, possui suas raízes no direito romano, ambiente no qual as pessoas eram livres para contratar. Contudo, sua formatação atual possui forte inspiração no direito civil francês e teve seu ponto de elevação após a Revolução Francesa.

O princípio traduz-se na possibilidade de contratar com quem quiser e sobre o objeto que quiser, a liberdade de constituir, moderar e extinguir direitos entre as partes. Carlos Roberto Gonçalves assim relata:

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. (GONÇALVES, 2015, p. 41).

Atualmente, o princípio da autonomia da vontade conta na doutrina com uma nova linha de interpretação, em verdade, alguns autores entendem a autonomia da vontade como um princípio já superado, dando lugar ao que denominam princípio da autonomia privada. Veja-se:

Este autor filia-se à parcela da doutrina que propõe a substituição do velho e superado princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, o que leva ao caminho sem volta da adoção do princípio da função social dos contratos. A existência dessa substituição é indeclinável, pois, nos dizeres de Fernando Noronha “foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante”. (TARTOUCÉ, 2017, p. 629).

Nesse contexto, para que se estabeleça o conceito da autonomia privada, é necessário examinar a existência de diferenças entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual.

A liberdade de contratar está alinhada à escolha de com quem contratar. Em regra, tal liberdade é plena e decorre de lei, vale ressaltar que existem limitações, como é o caso dos contratos firmados junto ao Poder Público, os quais devem ser precedidos de procedimento licitatório, portanto, independem de vontade exclusiva das partes.

A liberdade contratual, por sua vez, consiste na escolha do conteúdo do contrato, dessa forma, deve ser considerada a concepção do negócio jurídico, ou seja, qual a formatação do objeto, as principais limitações são de ordem pública ou mesmo impostas por princípios contratuais sociais. Observe-se um conceito atribuído ao princípio da autonomia privada:

Conceitua-se o princípio da autonomia privada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade da pessoa humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais. (TARTOUCÉ, 2017, p. 632).

Na autonomia privada, percebe-se a prevalência do viés relativo à liberdade contratual, a priori, extrai-se uma evolução doutrinária no pensamento acerca do princípio da autonomia da vontade, abrindo um espaço além do autoexame das partes na relação contratual, passando pela observância às normas de ordem pública, bem como aos princípios sociais contratuais.

Vale ressaltar que os contratos estabelecidos entre planos de saúde e consumidores, de uma forma praticamente unânime, possuem caráter de adesão, no qual as cláusulas são formatadas unilateralmente, sem que o consumidor possa discutir ou implementar regras contratuais.

Tal característica torna ainda mais frágil o contrato, que não conta com autorregulamentação entre as partes, e, por vezes, destoa dos princípios sociais contratuais e mesmo de normas de ordem pública, por fim, em alguns casos, tais contratos são passíveis de interpretação à luz do texto constitucional pelo Poder Judiciário.

3.5 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE CONTRATUAL

O princípio da obrigatoriedade contratual, *pacta sunt servanda*, encontra-se assentado na clássica ideia de que, se por livre vontade um sujeito se vincula ao outro por meio de contrato, esse contrato deverá ser cumprido.

Tal concepção até pouco tempo era considerada imperiosa, importava irreversibilidade da palavra empenha, contudo, na atual conjuntura global, principalmente social e econômica, o que se percebe é uma espécie de flexibilização do princípio da obrigatoriedade contratual.

Esse movimento se dá à medida que o princípio não figura mais como regra geral do direito contratual, lugar ocupado atualmente pelo princípio da função social do contrato, ante a nova perspectiva social do direito contratual privado. Nesse sentido destaca a doutrina:

Porém a realidade jurídica e fática do mundo capitalista e pós-moderno não possibilita mais a concepção estanque do contrato. O mundo globalizado, a livre concorrência, o domínio do crédito por grandes grupos econômicos e a manipulação dos meios de marketing geraram um grande impacto no Direito Contratual. Como já se destacou, vive-se, na expressão de Enzo Roppo, o Império dos Contratos - Modelo, pela prevalência maciça dos contratos de adesão, com conteúdo pré-estipulado.

Dentro dessa realidade, o princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui exceção à regra da socialidade, secundária à função social do contrato, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo. (TARTOUCÉ, 2017, p. 641).

Percebe-se que o atual momento da sociedade acabou por inviabilizar o entendimento dos princípios da autonomia da vontade e obrigatoriedade contratual em uma concepção absoluta.

Fato que se verifica em virtude de uma nova interpretação social atribuída aos contratos, com fortes críticas aos contratos de adesão, que acabam tolhendo a liberdade pactual entre as partes.

Essa nova interpretação do direito contratual privado, antes concebida à luz de princípios basilares rígidos, agora dá lugar a uma visão social do contrato, viabilizando sobremaneira a possibilidade de averiguação dos contratos privados pelo Poder Judiciário, legitimando a intervenção da jurisdição nas relações contratuais. Nesse sentido, assim assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Ocorreu, em consequência, uma mudança de orientação, passando-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, para corrigir os seus rigores ante o desequilíbrio de prestações. Acabou medrando, assim, no direito moderno, a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, modificando-o ou apenas liberando o contratante lesado, com o objetivo de evitar que, por meio da avença, se consuma atentado contra a justiça. (GONÇALVES, 2015, p. 49/50).

Não há como se afastar de uma interpretação contratual fundada em regras pautadas na função social, equidade, equilíbrio, e boa-fé dos contratos, a imperiosidade do *pacta sunt servanda*, ao que consta, ficou no passado à medida que o mundo avançou, isso não quer dizer que o princípio não deve ser levado em conta, muito pelo contrário, tem que ser ponderado juntamente com os demais princípios que regem as relações contratuais.

3.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Inicialmente, cumpre destacar a positivação do princípio da função social dos contratos, expresso no artigo 421 do Código Civil Brasileiro: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2018 p. 154).

Vale lembrar que a função social dos contratos foi alçada à condição de princípio de ordem pública, conforme denota-se do artigo 2.035 do Código Civil, parágrafo único: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. (BRASIL, 2018 p. 239).

A função social dos contratos busca exatamente o equilíbrio das relações contratuais, mitigando, ou mesmo limitando, os efeitos da força obrigatória dos contratos e da autonomia contratual.

O princípio da função social do contrato revela a observação do pacto sob o enfoque de seus reflexos e efeitos na sociedade, trazendo a lume concepções ligadas à dignidade da pessoa humana e interesses sociais voltados à relação contratual.

Dessa forma, o contrato não pode ser mais observado de forma isolada à sociedade, como se apenas interessasse às partes coligadas, assim, o contexto social em que vige o contrato, ou mesmo as consequências sociais de sua celebração, devem ser examinadas à luz do princípio da função social dos contratos. Flávio Tartouce assim denomina o princípio da função social dos contratos:

A palavra função social deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou a relativização da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*). Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana. (TARTOUCÉ, 2017, p. 633/634).

Ao constatar que o contrato celebrado entre as partes possui reflexos imediatos à sociedade, e que este contrato está intimamente associado, por meio de sua função social, a princípios como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e outros o legislador avança, atribuindo fundamentos constitucionais aos contratos.

A consolidação desse pensamento se dá pelo exame do art. 2.035 do Código Civil, já resgatado acima, contudo salienta-se que o dispositivo, além de elevar a função social à categoria de princípio de ordem pública, crava o princípio da função social do contrato ao lado do princípio da função social da propriedade, estabelecendo um liame constitucional ao princípio, o professor e doutrinador Flávio Tartouce esclarece o assunto da seguinte maneira:

O dispositivo coloca a função social dos contratos ao lado da função social da propriedade, dando fundamento constitucional à primeira. Em suma, pode-se dizer que a função social dos contratos está baseada na função social da propriedade, constante do art. 5º XII e XXIII, da CF/1988, como queria Miguel Reale. (TARTOUCÉ, 2017, p. 639).

Desta feita, é notório o viés constitucional que ganha o princípio da função social do contrato, concebido à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro.

3.7 COLISÃO DE PRINCÍPIOS

No ambiente em que há colisão de direitos fundamentais ou de princípios relacionados a direitos fundamentais, grande parte da doutrina toma como paradigma o posicionamento de Robert Alexy, acerca do tema, o autor considera o caminho da teoria dos princípios como a principal forma de saneamento das colisões, observe-se:

É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor. (ALEXY, 1999, p.77).

Como se vê, o influente Filósofo Alemão considera que o olhar deve estar sobre o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, qual seja, a ponderação, nas palavras de Alexy (1999, p. 77), “Porque ele é o meio para a solução das colisões de direitos fundamentais”.

Alexy segue:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam. (ALEXY, 1999, p.77, 78)

O autor enfatiza que a aplicação da ponderação por meio do princípio da proporcionalidade deverá se suceder em três fases:

A primeira fase determinará a intensidade da intervenção. A segunda fase tratará acerca da importância das razões que justificam a intervenção. Apenas na terceira fase se dará a ponderação no sentido estrito e próprio.

A doutrina dominante entende o modelo estabelecido por Alexy como o mais adequado para resolução de conflitos entre princípios fundamentais, uma parte minoritária entende que a ponderação não seria um procedimento racional, ao olhar do filósofo, esse ceticismo que recai sobre a ponderação é injustificado.

Contudo, a colisão tratada no presente trabalho recai sobre princípios de ordem constitucionais e princípios contratuais privados. Sob o prisma da ponderação, seriam sopesados os interesses envolvidos no caso concreto, para ao final verificar o direito por meio de um juízo de valoração.

Em uma outra hipótese de análise, meramente hierárquica, os princípios constitucionais sobreporiam os contratuais privados tendo em vista a magnitude constitucional.

Em verdade, a discussão da colisão entre princípios constitucionais e contratuais privados circunda a legitimidade de reger-se a relação privada à luz de princípios constitucionais, ambiente em que surge a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que de forma simplista seria uma espécie de ofensiva dos direitos fundamentais sobre o ambiente das relações privadas.

Fato é, como exposto nos princípios acima, que existe um movimento do direito brasileiro para assegurar que os direitos constitucionais prevaleçam também nas relações privadas. Como visto, princípios como o da obrigatoriedade contratual e autonomia da vontade, outrora rígidos e retos, foram mitigados e até mesmo flexibilizados quando confrontados com questões que circundam direitos fundamentais.

A própria ascensão do princípio da função social do contrato e sua proximidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou mesmo da função social da propriedade, impõe um caráter constitucional ao direito contratual.

É notória a irradiação do direito constitucional ao restante do ordenamento jurídico brasileiro, tal fenômeno não ocorre apenas por conta dos instrumentos de controle de constitucionalidade, são crescentes também as interpretações de outras áreas do direito sob o prisma constitucional, estabelecendo inclusive novas definições como se percebe na terminologia “Direito Civil Constitucional”.

A consolidação desse movimento, pautado em um sistema jurídico macro e interligado, encontra amparo não somente no poder soberano atribuído à Constituição da República de 1988, mas repousa também no princípio da dignidade da pessoa humana, que possui excepcional relevância na orientação do ordenamento jurídico brasileiro.

4 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA RELAÇÃO INTERPRIVADA BENEFICIÁRIO – PLANO DE SAÚDE

A eficácia dos direitos fundamentais, antes discutida apenas em relação às ações negativas do Estado, com o intuito de assegurar a defesa do homem perante o Estado, em seguida debatida no tocante a necessidade de ações positivas do Estado para assegurar direitos fundamentais sociais ao indivíduo, agora engloba também as relações privadas, impondo ao Estado a missão de manter em equilíbrio essas relações.

É nesse ambiente que se constata a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. O próprio princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais enfatiza a necessidade de que as normas sejam positivas e interpretadas a ponto de proporcionarem maior eficácia às normas constitucionais.

Nesse sentido, o respeito aos direitos e garantias fundamentais não deve ser imposto apenas ao Poder Público, mas também ocupar as relações interprivadas, fazendo com que as partes, na relação contratual, estejam em condições equânimes e sujeitas aos direitos fundamentais.

No direito comparado, a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros é a tradução literal da locução *Drittwirkung der Grundrechte*, expressão cunhada pela ciência jurídica alemã. (CARVALHO, 2017).

Abaixo, relata-se um pouco sobre a construção da teoria na Alemanha:

A jurisprudência e a doutrina da República Federal da Alemanha, por direta influência da teoria dos valores e da teoria institucional por meio da *Drittwirkung der Grundrechte*, desenvolveu a tese de que os direitos humanos não afetam apenas as relações entre o Estado e os cidadãos, ou seja, as relações de subordinação no âmbito do Direito Público, mas também as relações exurgidas entre os particulares no plano jurídico-privado. Esta eficácia dos direitos fundamentais perante entes privados ou eficácia horizontal assenta-se na necessidade de manter a plena vigência (qualidade da norma que a faz exigível e de obediência obrigatória) dos valores incorporados nos direitos fundamentais em todas as esferas do ordenamento jurídico. (Luño, 2005 apud CARVALHO, 2017, p. 387).

Extrai-se da citação que não apenas o Poder Público poderá constar como possível violador dos direitos fundamentais, mas também o particular que, muitas vezes possuidor de maior poder econômico e social, poderá estabelecer uma relação desigual com o indivíduo e impor desrespeito a direito fundamental de terceiro, fato que nos leva a concluir que a proteção aos direitos fundamentais,

sobretudo aos relacionados a dignidade da pessoa humana, deve ser observada também nas relações interpriadas. (CARVALHO, 2017).

Dessa forma, a reconhecida possibilidade da eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas tornou possível o Direito Civil Constitucional, o qual se inspira na constitucionalização do direito privado.

Assim, torna-se contumaz a necessidade de que princípios, valores e preceitos constitucionais sejam acolhidos como regra nas relações interpessoais, dando nova roupagem ao alcance da norma constitucional. Observe-se:

Por certo a eficácia horizontal traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais. (TARTOUCÉ, 2017, p. 62).

Do exame até aqui, verifica-se que mesmo nas relações privadas, a observância de questões atinentes a direitos fundamentais é de extrema importância para consolidação da cidadania.

Vale destacar que ocultar uma leitura constitucional do direito privado, impondo-lhe interpretações restritivas e engessadas como em tempos remotos, pode ocasionar danos à sociedade.

Ademais, ao analisar-se o poderio social e econômico de determinados conglomerados privados, verifica-se facilmente a possibilidade, em alguns casos, de serem potencialmente mais opressores que o próprio Estado.

Mesmo o direito civil, assimilou tal possibilidade, elevando a função social do contrato a princípio norteador das relações interpriadas, com o estabelecimento inclusive do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo textualmente a possibilidade de hipossuficiência de uma das partes.

Em que pesem as medidas adotadas pelo ordenamento civil, é comum o socorro prestado pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais no auxílio à resolução de conflitos privados, seja por meio da interpretação da norma de direito privado à luz de preceitos constitucionais, ou mesmo pela aplicação direta da norma constitucional.

A doutrina tem dividido em três as modalidades de eficácia horizontal de direitos fundamentais, conforme se infere dos itens a seguir:

4.1 AÇÃO ESTATAL

George Marmelstein, estabelece três possibilidades de incidência da eficácia horizontal: A *State Action* (Ação Estatal), teoria predominante nos Estados Unidos da América, a eficácia indireta e a eficácia direta. O doutrinador comenta a teoria da *State Action* da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, há quem negue completamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse ponto de vista vigora, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde predomina a doutrina da *state action* (ação estatal), que defende a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, se houver lei expressamente prevendo essa aplicação ou então se o agente privado estiver exercendo uma função estatal. (MARMELSTEIN, 2016 p. 348).

A teoria da ação estatal assevera que os direitos fundamentais vinculam apenas o Poder Público Americano, havendo apenas duas hipóteses de sua eficácia entre privados. Tal teoria encontra especial consonância com o ordenamento jurídico norte-americano, que prioriza a liberdade individual nas relações cotidianas. Cita-se.

A cultura constitucional americana permanece baseada no axioma da liberdade individual, da proteção inviolável das esferas de poder e de livre arbítrio (*free will*) dos cidadãos, o que torna decisivo na hora de se vislumbrar uma restrição, segundo as normas constitucionais, da atividade privada, porém em certas circunstâncias limitadas. (CARVALHO, 2017, p. 453).

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais possui guarida em duas hipóteses no País Norte Americano, se sua aplicação estiver expressa em lei, ou se o agente privado estiver exercendo função estatal.

Na primeira opção, são ínfimos os registros, com exceção da 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a qual proibiu a escravidão e a exposição do indivíduo a trabalhos forçados, salvo, nesse último caso, como punição pela prática de crimes. Tal emenda foi considerada dirigida ao controle e limitação da liberdade individual. (CARVALHO, 2017).

Já a segunda hipótese não incide propriamente e diretamente ao agente privado, à medida que só serão vinculados aos direitos fundamentais aqueles agentes privados investidos na atividade pública, exercendo função do Estado e por ela respondendo em seu bônus e ônus.

4.2 EFICÁCIA INDIRETA

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, tem se expandido pela doutrina alemã e vem sendo aplicada por aquele Tribunal Constitucional, essa teoria é uma criação atribuída ao jurista Günter Dürig, conforme explica o Professor Osvaldo Ferreira de Carvalho:

A formulação de Günter Dürig assenta-se na ideia de que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada ocorre de forma indireta, sobretudo mediante a interpretação das cláusulas gerais do Direito Civil, suscetíveis de preenchimento ou colmatação valorativo. Sob a perspectiva de análise da doutrina de Günter Dürig, revela-se que as posições jurídico-subjetivas reconhecidas e asseguradas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se de modo direto para as relações entre particulares ao considerar que a força conformadora dos direitos fundamentais ocorre por meio da legislação infraconstitucional. (CARVALHO, 2017, p. 431).

Assim, a teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados, contudo, admite sua utilização para a interpretação das normas gerais do Direito Civil, o que se percebe é um medo por parte de seus adeptos de que o Direito Privado se torne mero instrumento de concretização do Direito Constitucional, relegando ao Direito Privado a posição de coadjuvante no ordenamento. (CARVALHO, 2017).

Assim, a eficácia indireta propõe-se a apenas subsidiar, dar melhor interpretação ao direito infraconstitucional, não se sobrepondo às leis que regem as relações entre particulares. Desta feita, George Marmelstein define eficácia indireta da seguinte maneira:

A segunda possibilidade é reconhecer um efeito indireto dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que as normas constitucionais funcionariam tão somente para permitir melhor interpretação do direito infraconstitucional, não se aplicando de modo direto nessas relações. Essa ideia vigora, por exemplo, na Alemanha, que entende que a lei é o principal instrumento normativo para a regulamentação das relações entre particulares, devendo a Constituição ser utilizada de modo meramente subsidiário. (MARMELESTEIN, 2016 p. 348).

Tal interpretação não parece possuir grande identidade com o ordenamento jurídico Brasileiro, sedimentado sob uma perspectiva única do sistema jurídico, pautado na Constituição da República, sob a égide de princípios basilares como dignidade da pessoa humana e máxima efetividade dos direitos fundamentais.

4.3 EFICÁCIA DIRETA

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entre particulares, a exemplo da indireta, também foi cunhada na Alemanha, e tem como seu principal precursor Hans Carl Nipperdey. (CARVALHO, 2017).

O Tribunal Constitucional Alemão, como mencionado acima, tem se valido da teoria da eficácia indireta, todavia, a eficácia imediata tem contado com grande receptividade no Tribunal Federal Trabalhista Alemão.

Nessa seara, definição suscita é trazida por George Marmelstein acerca da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, o autor assim a constituiu: “Os direitos fundamentais incidem nas relações privadas de forma direta, independentemente de lei”. Marmelstein (2016, p. 348).

Trata-se de uma teoria fundada, sem sombra de dúvidas, no princípio da supremacia Constitucional, cujos princípios irradiam em todo ordenamento jurídico, produzindo valores que devem alcançar todo o arcabouço normativo estatal, sendo que as demais normas, em especial as de ordem jurídico-privadas, não estariam alheias ao cumprimento dessas premissas.

No Brasil, é crescente a teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais com base na vertente relativa à eficácia direta, o que se dá em face do espírito norteador que incorpora a Constituição da República. Contudo, algumas questões merecem atenção. Veja-se:

Daniel Sarmiento, um dos defensores da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, explica que essa incidência direta não é tão simples quanto se imagina, pois, “a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve uma ponderação de interesses, em que, no outro lado da balança, quase sempre vai figurar alguma emanção da autonomia privada, entendida em sentido amplo (autonomia privada negocial, privacidade, autonomia associativa etc.). (Sarmiento, 2006 apud MARMELSTEIN, 2016, p. 349).

Ao passo que se estende e se aplica cada vez mais a eficácia direta dos direitos fundamentais, a análise do caso concreto é primordial para estabelecer qual rumo tomar na resolução de conflitos no âmbito das relações contratuais.

Cumprido ressaltar, embora imperiosa a Constituição da República, que o direito civil nacional vem avançando, constituindo mecanismos como a função social do contrato, com o fito de atribuir às relações privadas maior equilíbrio e harmonia.

4.4 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

É crescente, conforme visto, no Brasil, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tal perspectiva normalmente inicia-se assentada pela doutrina na constatação da unidade do ordenamento jurídico e no respeito hierárquico estabelecido entre as leis. Acentue-se:

A unidade do ordenamento jurídico é um argumento geral para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois é por meio desta vinculação que se realizam as decisões de valor fundamentais do Estado também no Direito Privado. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais repousa sobre a visão unitária do sistema jurídico. Assim, a unidade do sistema jurídico propicia que ao se aplicar uma lei não seja somente esta que esteja a ser aplicada, mas todo o sistema legislativo no seu conjunto. Entre a Constituição e a norma de Direito Privado não se verifica um hiato, mas um fluir contínuo. (CARVALHO, 2017, p. 291).

Assim, parte da doutrina tem como premissa que o ordenamento não pode ser aplicado de forma distinta em situações muitas vezes semelhantes, apenas alterados os polos passivos.

Ou seja, não é adequada a aplicação do sistema jurídico de uma forma nas relações entre o particular e o Estado, e, *mutatis mutandis*, de maneira distinta nas relações interprivadas, sob pena de ofensa à unidade do sistema jurídico brasileiro. Segundo Osvaldo Ferreira:

“Uma vez que o ordenamento jurídico assume um caráter unitário, a distinção entre uma esfera da garantia em relação ao Estado e outra diferente nos conflitos entre cidadãos afigura-se incompreensível, senão absurda”. (CARVALHO, 2017 p. 291).

Outra linha, muitas vezes citada em complemento à anterior, destacada pela doutrina em defesa da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, é a da aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais, contida no art. 5º, §1º da Constituição da República.

O dispositivo em comento assevera que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. É fato que esse extrato constitucional tem sido demasiadamente criticado e debatido pela doutrina, contudo, não é esse o exame necessário neste momento, mas sim o da aplicabilidade coesa do ordenamento jurídico para todos os jurisdicionados.

Nesse contexto, apura-se a seguinte citação:

Discute-se se a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas seria automática ou estaria a depender da mediação de leis, vale dizer, de “pontos de infiltração” no sistema. Ao nosso juízo, o comando de aplicação imediata contida no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República aponta na direção de que, sempre que possível, os Direitos Fundamentais devem ser pronta e imediatamente aplicados. Todavia, há disposições, como a contida no inciso XXXII, do citado art. 5º (O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor), em que a própria redação do dispositivo indica a necessidade de mediação legislativa, fazendo com que excepcionalmente haja a necessidade de uma lei mediadora. (ARAÚJO, 2016, p. 170).

Destaque-se a parte final da citação retro, que demonstra diametralmente a integração do sistema jurídico, lembre-se aqui que o Código de Defesa do Consumidor possui assento no ordenamento constitucional, impondo-se uma mediação legislativa, dada a carga assecuratória de direitos fundamentais que carrega o texto consumerista.

Desta feita, nesta seara, reservam-se à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apenas casos que extrapolem a competência garantista dos direitos fundamentais, produzida pelo CDC ou pelas demais leis que possuam tais características, sem deixar de olvidar a possibilidade de aplicação indireta da teoria.

Impõe-se, por conseguinte, tanto à composição das leis ordinárias e complementares, quanto ao exame das relações privadas, o equilíbrio e o respeito a princípios fundamentais, os quais coadunam com a unidade do sistema jurídico brasileiro.

Ademais, tal leitura implica na consolidação do princípio da supremacia constitucional, reafirmando o fato de que a Constituição da República está no topo hierárquico do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo seus princípios constitucionais orientadores.

4.5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No Brasil, pouco se enfrentou a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fato consubstanciado apenas após o advento da CR/88, em 1995, quando se iniciou o debate.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 160.222-RJ, discutiu-se a conduta de uma empresa fabricante de roupas que realizava revista íntima em suas funcionárias, inaugurava-se a discussão no Supremo Tribunal Federal (STF). (CARVALHO, 2017).

O fato ocorreu por conta de o gerente da empresa ter sido denunciado por constrangimento ilegal, tendo em vista a conduta perpetrada perante suas funcionárias.

Em primeira instância, gerente e a empresa restaram vencidos, em sede de recurso, perante o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, foram absolvidos. Ao alcançar o STF, infelizmente, houve a prescrição dos autos.

Contudo, o Ministro Sepúlveda Pertence teceu comentários em seu voto de arquivamento com pesares no sentido de que se fazia de grande relevância o enfrentamento da questão.

Em 1996, o assunto voltou a ser discutido no STF por meio do Recurso Extraordinário 158.215-RS. *In casu*, houve a exclusão de um cooperado de forma abrupta das atividades de uma cooperativa que fazia parte.

O fato se deu em virtude de conduta contrária aos estatutos da cooperativa, contudo, o procedimento de isolamento ocorreu sem observância ao devido processo legal e ao exercício de ampla defesa.

Todavia, o relator dos autos, Ministro Marco Aurélio, em seu voto, encarou de forma tímida a discussão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em verdade, apenas no ano de 2005, no Recurso Extraordinário 201.819-RJ que tramitou pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, houve manifestação mais incisiva acerca do tema.

Os autos eram de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie, mas o Ministro Gilmar Mendes pediu vistas dos autos e posteriormente apresentou voto extenso, inclusive trazendo alusões ao direito comparado, estabelecendo de forma incisiva o debate na Suprema Corte.

O recurso causou intensa discussão na Corte Suprema, e após vários pedidos de vistas, restaram vencidos o Ministro Carlos Veloso e a Ministra Ellen Grace, passando a relatoria dos autos para voto ao Ministro Gilmar Mendes, sendo que o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Celso de Melo acompanharam o voto do eminente Ministro.

O caso possuía em seus polos a União Brasileira de Compositores e um associado que foi excluído da Associação sem oportunidade prévia de defesa, a decisão tornou-se paradigma, sendo citada em vários julgados até os dias de hoje.

No voto, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu o direito do associado à ampla defesa, estabelecendo que houve prejuízo a direito fundamental positivado no texto constitucional, mantendo a reintegração do associado excluído conforme já realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

Contudo, o eminente Ministro preferiu não se posicionar quanto à vertente da aplicabilidade da eficácia horizontal adotada, entretanto, verifica-se em seu voto que o fato da Associação exercer tarefa de caráter público foi de extrema relevância para sua conclusão no julgamento.

Tal situação levou à interpretação de que seu posicionamento se enveredaria pela corrente da *state action* americana ou da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

No mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa ao pedir vistas dos autos, e, em seguida, apresentou seu voto, nele acompanhou os argumentos do Ministro Gilmar Mendes, e da mesma forma preferiu também não expor seu posicionamento acerca das três teses de aplicabilidade da eficácia horizontal, rechaçando apenas a *state action* norte-americana.

Da discussão, restou publicado extrato da ementa do Acórdão, veja-se:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (Recurso Extraordinário 201.819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006)

Como mencionado, o presente julgado tornou-se paradigma, sendo frequentemente utilizado pelos juízos de primeiro e segundo para respaldar jurisprudencialmente decisões que envolvam o direito fundamental à saúde em relações interprivadas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), da mesma forma, em determinados casos, tem utilizado a jurisprudência em seus julgados:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.

1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócua o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)

2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida.

5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro.

6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006).

7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.

(Recurso Especial 962.980 - SP, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 13/02/2012, DJe 15/05/2012). (Grifei).

É bastante controversa a aplicação da eficácia horizontal dos direitos sociais, leiam-se, direito a educação, alimentação, trabalho, moradia, saúde, entre outros. Contudo, dada a magnitude do direito fundamental à saúde, sua aplicabilidade tem sido mais recorrente nos tribunais.

Vale lembrar que além de inserida no rol de direitos sociais constitucionais, a saúde possui seção específica na Constituição Brasileira, tamanha a preocupação do constituinte em proteger e proporcionar o seu acesso, tendo em vista que constitui elemento essencial à mínima condição de existência do indivíduo.

Em que pese a imperiosidade do direito fundamental à saúde, destacado muitas vezes pela doutrina e jurisprudência como um superdireito, resta advertida a necessidade de um exercício de ponderação, inevitável para a aplicação da teoria da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas.

Dessa forma, mesmo quando identificadas disparidades entre a entidade privada e o consumidor do plano de saúde, tal exame de ponderação se faz necessário, sob pena de desequilíbrio da própria ordem econômica.

Nesses termos destaca a doutrina:

O fato de se reconhecer, para Daniel Sarmiento, a dimensão do impacto econômico para o particular constitui um dos dados da ponderação, pois a incidência dos direitos fundamentais sociais na esfera privada não pode implicar restrições desproporcionais à esfera subjetiva de quem quer que seja. Mesmo quando se tratar de uma entidade privada rica e poderosa, o dado em questão será relevante, porquanto, quase sempre, o custo da prestação poderá ser repassado a outros particulares, tão ou mais vulneráveis do que o titular do direito social supostamente lesado; se uma empresa de plano de saúde fosse obrigada, por exemplo, a tratar gratuitamente de todos os seus clientes a partir de determinada idade, isso inevitavelmente encareceria as mensalidades pagas pelos demais consumidores, certamente alguns mais necessitados que os beneficiados pela medida. (Sarmiento, 2008 apud CARVALHO, 2017, p. 534/535).

Em estrita observância ao narrado, extrai-se do julgado colacionado acima, Recurso Especial 962.980 – SP, o exercício da ponderação, de um lado assenta-se a carência contratual pretendida pelo plano de saúde e do outro o segurado acometido por tumor cerebral e hidrocefalia aguda.

Ao examinar os autos, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão compreendeu que a situação-limite oposta nos autos impõe uma possível violação ao direito fundamental à vida do segurado, situação que se traduz, ao mesmo tempo, em direito de acesso à saúde, a ser promovido pelo particular por meio de instrumento

contratual, nesse sentido, entendeu o Ministro que a cláusula deveria ser afastada, tendo em vista a situação de urgência que demandava o caso.

Ademais, em casos semelhantes o Superior Tribunal de Justiça tem assentado posicionamento regular a fim de conceder o direito de acesso à saúde:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte "vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada". (REsp 918.392/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI).

3. Atendendo aos critérios equitativos estabelecidos pelo método bifásico adotado por esta Egrégia Terceira Turma e em consonância com inúmeros precedentes desta Corte, arbitra-se o quantum indenizatório pelo abalo moral decorrente da recusa de tratamento médico de emergência, no valor de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais).

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO

(STJ - Recurso Especial 1.243.632 RS, Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 11/09/2012, Dje 17/02/2012).

São várias as decisões nesse sentido, com uma roupagem pautada em abusividade de cláusulas restritivas de carência, contudo, o viés incutido nesses julgados, ao sobrepor a vida humana aos demais interesses, importa no acesso do beneficiário ao direito fundamental à saúde.

Nesse contexto, o acesso à saúde é tido como sinônimo de dignidade da pessoa humana, garantido pela manifestação da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde entre privados, mesmo que implicitamente, em sua modalidade indireta.

Assim, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como visto, tanto pela via jurisprudencial quanto pela doutrinária, é instituto apto a deliberar acerca de relações privadas que envolvam o direito fundamental à saúde.

Essa intervenção possui consonância e coerência com o ordenamento constitucional, já que o direito fundamental à saúde encontra destacada guarida nos textos jurídicos sob o prisma da proteção à vida e dignidade do homem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia horizontal do direito fundamental à saúde tem sido utilizada com frequência na resolução de lides que envolvam carência, cobertura, internação, entre outros, na esfera privada, reconhecendo a ocorrência de violações de direitos fundamentais nas relações entre pessoas físicas e jurídicas no âmbito do direito privado.

Contudo, há de se destacar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com base em argumentos abstratos de violação de direitos fundamentais à vida, ou à dignidade da pessoa humana, não possui o condão de romper com todo o arcabouço normativo que define os planos de saúde e seus contratos.

Ademais, se faz necessária a demonstração efetiva da existência de violação a direito fundamental, vale lembrar que ao lidar com princípios, o julgador deve manter a máxima cautela, haja vista tamanha dimensão de argumentos que os princípios proporcionam.

Assim, verifica-se que é plenamente aceita a teoria da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações privadas, bem como de outros direitos fundamentais, fato constatado principalmente após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, existe caracterizada uma celeuma com relação aos limites de sua implementação, muito por conta do confronto inevitável de direitos e princípios fundamentais que deverão ser objeto de ponderação, sendo possível, portanto, constatar que a imposição de limites será verificada no caso concreto.

Vale lembrar que o posicionamento acerca das modalidades do instituto também pode impor limites à própria produção ou não de efeitos, importando muito verificar qual a posição adotada pelo julgador.

Nesse sentido, se o julgador se enveredar à ação estatal, aplicará a eficácia apenas aos casos positivados ou aos entes privados que exerçam atividades de Estado, se for um entusiasta da eficácia indireta, realizará a interpretação do direito civil ou do contrato à luz do texto constitucional, se preferir a eficácia direta, torna-se mais invasiva a atuação, importando intervenção direta. Destaque-se que a eficácia direta tem se expandido mais que as outras modalidades no direito brasileiro.

Quanto às limitações relativas à obrigação de fazer, quando reconhecida a eficácia do direito fundamental à saúde na relação entre privados, do exame doutrinário e mesmo dos julgados, ao que consta, as limitações decorrem da decisão, portanto dependerá se a ação foi julgada parcialmente ou totalmente procedente.

Nesse contexto, percebe-se um elevado e perigoso grau de discricionariedade ao julgador, que deverá em todos os momentos realizar um exercício de ponderação, visando garantir os direitos fundamentais, mas também o equilíbrio da relação contratual, não impondo à parte ré, plano de saúde, demasiado desequilíbrio na relação contratual.

Não se deve perder de vista que o legislador criou mecanismos no direito civil visando estabelecer a equidade contratual, assim, apenas em casos que não seja possível o julgamento justo da lide com base no próprio ordenamento civil, é que poderão os casos serem submetidos ao livre convencimento motivado do juiz pautado na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por fim, é amplo o campo de estudos relacionados ao presente tema, sendo que produções acadêmicas e principalmente doutrinárias voltadas à temática enriquecem o debate e contribuem para construção do pensamento, à medida que aumentam o conteúdo científico disponível acerca do assunto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 21 Set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.
- ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Alemã. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2008-2018)**. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> acesso em 30 de setembro de 2018.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>, acesso em 13 de setembro de 2018.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos Santos, organizadores. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> acesso em 08 de setembro de 2018.
- BRASIL. Lei 9656 de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm> acesso em 08 de setembro de 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 962.980**. Partes: Diego de Carvalho Ferreira e Sul América Companhia de Seguro Saúde. Relator: Ministro Luis

Felipe Salomão, julgado em 13/02/2012, DJe 15/05/2012). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1129052&num_registro=200701448355&data=20120515&formato=PDF> acesso em 26 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 608. **Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> acesso em 08 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819.** Partes: União Brasileira de Compositores - UBC e Arthur Rodrigues Villarinho. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2015. DJ 27-10-2006). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&do c I D=388784>> acesso em 24 de setembro de 2018.

CARVALHO. Osvaldo Ferreira de. **Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada.** Curitiba: Editora Juruá, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.** 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva 2015.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> acesso em 30 de setembro de 2018.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial.** Curitiba: Editora Juruá, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº 70010795391.** Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 20 de abril de 2005. Acórdão publicado no DJ 3090 de 27/4/2005.

TARTOUCÉ, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único.** 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.