FEDERALISMO E REGIONALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DA IGUALDADE DE ACESSO A TODOS.

Dheiziane da Silva Szekut (PROVIC/Fundação Araucária/UEPG), e-mail: szekut.dheiziane@gmail.com, Alexandre Almeida Rocha (Orientador), e-mail: professor.alexandre.rocha@gmail.com.

Universidade Estadual de Ponta Grossa/ Departamento de Direito do Estado - SECIJUR

Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7); Direito (6.01.00.00-1)

Palavras-chave: Direitos Sociais; Relações privadas; Constituição Federal.

Resumo

Os direitos fundamentais são ferramentas de proteção dos cidadãos frente ao Estado, tais direitos não só limitam o poder estatal, mas, conferem aos indivíduos direitos e garantias essenciais à convivência social e à dignidade humana. Devido ao avanço da sociedade os direitos fundamentais apresentam-se cada vez mais complexos, podendo ser ameaçados pelas relações entre particulares. O objetivo deste trabalho está em analisar as teorias da eficácia dos direitos fundamentais e a sua aplicabilidade aos direitos sociais, com foco no dever do Estado em assegurar que o direito à saúde seja observado entre os particulares.

Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial evidenciou-se a necessidade de uma proteção e garantia aos direitos fundamentais. Diversos documentos foram criados para o amparo desses direitos, tais como a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e a Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969. (BONAVIDES, 2009, p. 573). Os referidos amparos legais limitavam-se a vincular verticalmente o Estado e os particulares. Entretanto, a evolução do próprio Estado e da sociedade fez com que as relações entre particulares também ameaçasse tais direitos, numa vinculação horizontal. A partir de então, passou-se a cogitar a aplicação dos direitos fundamentais na relações entre particulares, surgindo na doutrina teorias a respeito dessa temática. O presente trabalho busca analisar de forma crítica as posições doutrinárias e jurisprudênciais sobre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, precisamente no que tange ao direito fundamental à saúde.

Materiais e Métodos

Utilizou-se como método de pesquisa a metodologia lógico-dedutiva de maneira que, primeiramente, explorou-se os conteúdos concernentes às teorias da eficácia entre particulares dos direitos fundamentais e, em seguida, passou-se ao aprofundamento do mesmo, notadamente quanto ao direito fundamental à saúde e as vinculações

que gera entre os particulares, bem como em relação ao Estado e aos cidadãos. Como técnica de pesquisa utilizou-se a pesquisa documental indireta, de natureza bibliográfica, com análise em doutrina, jurisprudência, legislação e outros atos normativos. A pesquisa concentrou-se em obras nacionais e estrangeiras, primordialmente na obra do autor alemão Claus-Wilhelm Canaris (2009) “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, e dos autores nacionais Daniel Sarmento (2010) “Direitos Fundamentais e Relações Privadas” e Thiago Luis Sombra (2011) “A eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”.

Resultados e Discussão

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou espaço entre os doutrinadores alemães em meados do século XX, com o emblemático caso Lüth. No caso em questão, o diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo*Erich Lüth,* convocou todos os distribuidores cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por *Veit Harlan,* celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu.*Harlan* ajuizou uma ação cominatória contra Lüth,esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, Lüth interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, uma Reclamação Constitucional, alegando violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento (SCHWAB, 2006 - P. 381), recurso este que foi deferido pelo Tribunal alemão, sob a fundamentação de que os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos dos indivíduos face ao Estado e compõem uma ordem objetiva de valores, devendo ser interpretados como um sistema axiológico que influencia o ordenamento jurídico e vincula não apenas o judiciário, mas também o Legislativo e a Administração Pública (VALE, 2008).

As principais teorias cunhadas a partir de então foram a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. A primeira tem como percursor o jurista alemão Güther Düring, que defende a ideia de que a "eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre de forma indireta, por meio da interpretação das cláusulas gerais do direito civil, passíveis e carentes de preenchimento valorativo” (DUQUE, 2013, p. 196). Assim, a força conformadora dos direitos fundamentais ocorre por meio da legislação infraconstitucional. Já a teoria da eficácia imediata tem como percursor o jurista, também alemão, Hans Nipperdey, o entendimento é de que os direitos fundamentais se aplicam de forma eficaz entre os particulares, independentemente da regulação do legislador. A crítica à essa teoria é a de que tal teoria põem em risco a autonomia privada.

No âmbito nacional, o principal julgamento a respeito dessa temática foi o Recurso Extraordinário 201.819, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, recurso interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC) que excluiu um dos seus sócios sem a observância da ampla defesa e do contraditório, fundamentando tal ato na autonomia privada que se estabelecia entre os membros da UBC, o mesmo foi desprovido. O citado julgamento marcou a postura do STF, conferindo uma extensão horizontal da garantia ao direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. É possível observar que a teoria aplicada no posicionamento do Supremo Tribunal

Federal é o da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares. Tal teoria é a que melhor condiz com a interpretação do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1998, cuja redação é: ”As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Além disso, alguns doutrinadores, entre eles Luis Roberto Barroso (2009), entendem que esta teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais é a que melhor se aplica à situação brasileira.

No que se refere ao dever do Estado em assegurar que o direito à saúde seja observado entre os particulares, o artigo 199 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, a interpretação ao dispositivo deve se dar em conformidade com o sistema constitucional, uma vez que, o artigo 197 do mesmo diploma legal dispõe expressamente que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, o que justifica a competência do Poder Público para regulamentar as ações e serviços. Portanto, é evidente que nesses contratos a autonomia da vontade sofre limitações, tendo em vista que o seu objeto é um direito fundamental. O constituinte não visou estabelecer uma hierarquia dentre os direitos sociais, mas destacou que, mesmo que ações e serviços de saúde sejam de natureza particular, não pode fugir do interesse público que é o acesso à saúde (Daniela Batalha Trettel, 2010, p. 60). O direito à saúde é um direito fundamental e como tal, deve ser assegurado tanto verticalmente, em relação ao Estado e os cidadãos, quanto horizontalmente, entre os próprios particulares. E, portanto, é aplicável a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas na busca pela efetivação do direito fundamental à saúde e da igualdade de acesso a todos.

Conclusões

É possível concluir que a temática da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, apesar de não ser novidade, ainda suscita grande discussão da doutrina. Ademais, ainda que a Constituição Federal não tenha um dispositivo que determine expressamente a vinculação imediata dos direitos fundamentais entre os particulares, a justificativa da sua aplicação pode ser extraída de diversos dispositivos constitucionais, tanto da própria concepção de Estado Democrático de Direito quanto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Agradecimentos

Ao Professor Alexandre Almeida Rocha, pelo incentivo, orientação, e confiança depositada. À Universidade Estadual de Ponta Grossa e à Fundação Araucária, pela oportunidade.

Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola. **Propriedade e autonomia privada:** uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Praxis.* Rio de Janeiro, v. 2. n.1. 2011. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1273/8220. Acesso em 15 Ago. 2017.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. M. R. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 51. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. 456p. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819** Rio de Janeiro. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784> Acesso em: 15 de Ago. de 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2003

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: RT, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.**2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad: Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2. Ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

TRETTEL, D. B. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

VALE, André Rufino do. **50 anos do caso Lüth**. *Revista Ciência Jurídica em Foco: Instituto Brasiliense de Direito Público:* Brasília-DF, v. 1. n. 274. 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/view/724/505>. Acesso em 08 Set. 2017.