A EFICÁCIA IMEDIATA NAS RELAÇÕES PRIVADAS APLICADA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE PLANOS DE SAÚDE.

Isadora de Souza Rocha (PROVIC/UEPG), 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, Direito, Teoria do Direito, Teoria do Estado.

Palavras-chave: Eficácia horizontal, Direitos fundamentais, Direito à saúde, Planos de saúde, Contrato entre particulares.

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar a eficácia imediata da teoria horizontal dos direitos fundamentais, precipuamente no dever do Estado em garantir a igualdade de acesso à saúde. Para tanto, verificar-se-á a possibilidade da aplicação da teoria quanto aos fornecedores privados de planos de saúde e em que medida o princípio da autonomia da vontade privada pode ser mitigado frente ao direito à saúde, à vida e a dignidade humana.

Introdução

O direito à saúde está intrinsecamente relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana. É previsto constitucionalmente no Art. 6º, sob o Título II da Constituição Federal de 1988 denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais.
A aplicação imediata dos direitos fundamentais está prevista no §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Trata-se de princípio constitucional que visa proteger a pessoa nas relações jurídicas, mas não trata explicitamente das relações privadas.
Neste viés, busca-se analisar se a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais pode ser aplicada ao direito fundamental à saúde visto que:

> [...] o critério decisivo para a aplicação da teoria do efeito horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs. pobres, empregados vs. empregadores, empresas vs. consumidores etc.), mas "uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica" que deve ser avaliada e comprovada concretamente em cada caso.
> (DIMOULIS; MARTINS, 2014 p. 106)

Revisão de literatura

O método de pesquisa utilizado foi o lógico-dedutivo. De início explorou-se os conteúdos acerca das teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e depois passou-se ao aprofundamento do tema, principalmente no que tange ao direito fundamental à saúde e as vinculações que se gera entre os particulares e o Estado.

Como técnica de pesquisa abordou-se a documental indireta, de natureza bibliográfica, juntamente a análise doutrinária, jurisprudencial e de legislação concernente ao tema.

Resultados e Discussão

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, ganha relevo com o Caso Lüth em 1958, na Alemanha, em que um judeu (Lüth) promoveu um boicote a um filme de um cineasta responsável pela divulgação das ideias nazistas. O filme foi um fracasso nas bilheterias e o cineasta e seus empresários entraram com uma ação contra o judeu afirmando que o mesmo violou o Código Civil Alemão. Eles ganharam e Lüth, inconformado com a decisão, apelou para a Lei Fundamental alemã que garantia a Liberdade de expressão e a Corte Constitucional Alemã decidiu em seu favor.
No Brasil, o caso paradigma do tema em questão é o RE 201.819/RJ interposto pela União Brasileira de Compositores:

> O RE 201.819/RJ trata-se de um recurso interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC), cujo objetivo foi reformar a decisão que determinou a reintegração de sócio excluído sem a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o mesmo foi desprovido. Afirmando-se a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, direitos estes que estão assegurados na Constituição Federal e vinculam diretamente as relações decorrentes do direito público e do direito privado, com o objetivo de proteger os indivíduos inclusive nas relações particulares. [...] (SZEKUT; ROCHA, 2016)

O objetivo deste trabalho é analisar se a teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas se aplica ao direito fundamental à saúde.
A saúde é um direito fundamental constitucionalmente garantido. A problemática está na observância da garantia deste direito nos contratos acordados entre particulares: os fornecedores de planos de saúde e os contratantes deste serviço.
Fato é que a Constituição Federal (1988) dispõe em seu Art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado e traz no Art. 199 a previsão em caráter assistencial à saúde à iniciativa privada.
Essa previsão de atuação privada na área da saúde propiciou um “mercado” de saúde suplementar em que os fornecedores dos serviços relacionados à saúde regem-se em conformidade ao mercado consumidor.
Diante disto, tem-se que as relações entre fornecedores de planos de saúde e contratantes rege-se pela Lei dos Planos de Seguro Privados de Assistência à Saúde (Lei nº 9.656/98).

> [...] observa-se que a relação contratual existente entre as operadoras e beneficiários de planos e seguros de saúde suplementar não ocorre sob a égide de uma total liberdade contratual, tendo o mercado de saúde suplementar migrado da autonomia da vontade para a autonomia privada, devendo os contratos de suplementação dos serviços de saúde se submeterem às disposições fixadas pela Lei 9.656/98 e pela ANS enquanto agência reguladora do setor, bem como devem observância à Constituição Federal e a Lei 8.080/90 e seus princípios, uma vez que seu "produto" está vinculado a um setor de relevante interesse social, a saúde, estando concomitantemente atrelado diretamente aos princípios fundamentais e estruturantes do Estado brasileiro, quais sejam, a vida e a dignidade da pessoa humana. (NUNES, 2009, p. 5347)

Ocorre que os fornecedores de planos de saúde oferecem para os consumidores contratos de adesão, portanto, não é possível a negociação das cláusulas contratuais. Além do mais, existe uma série de requisitos a serem valorados no que concerne a doenças no momento do contrato, doenças genéticas na família e até reajustes significativos de acordo com a idade do contratante.

Cumpridos todos os requisitos e aderido ao plano de saúde surge o problema do período de carência para os diversos serviços oferecidos como exames, consultas, internações e intervenções cirúrgicas etc. Além da limitação, dependo do plano escolhido, do número dos mesmos.

E é neste ínterim que surge a problemática da eficácia imediata do direito fundamental à saúde a ser aplicada nestes contratos entre particulares, pois, os fornecedores alegam que o princípio da autonomia da vontade prevalece, já que, os contratantes aceitaram os termos do contrato. No entanto, assim como no caso da UBC, a autonomia da vontade, dependendo do caso, não prevalece sobre os demais direitos:

> [...] Relevante consideração deve ser feita a respeito da autonomia privada, principal argumento para a defesa da UBC, segundo a qual, as partes são livres para acordar o que bem entenderem, é assim como os direitos fundamentais um direito garantido pela Constituição Federal, entretanto, sua interpretação deve ser limitada quanto a sua aplicação, uma vez que o texto constitucional não assegura às associações civis a possibilidade de aplicar a autonomia privada em face aos princípios constitucionais como o princípio da ampla defesa e do contraditório foco deste RE. Claro fica, assim, que a autonomia privada encontra limites nos os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. (SZEKUT; ROCHA, 2016)

A saúde, sendo dever do Estado e subsidiariamente dos particulares que se responsabilizam em oferecer serviços nesta área deve respeitar o §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que prevê esta aplicação imediata, e, portanto, atender o contratante na medida de sua necessidade.

Além do mais, estes contratos acordados entre os particulares regem-se também pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), sendo o contratante indiscutivelmente mais vulnerável que o contratado – Fornecedor do serviço. Ainda deve ser observado o Art. 422 do Código Civil de 2002 no que se refere a função social do contrato.

Portanto, para evitar que as cláusulas abusivas dos contratos de adesão fornecidos aos Contratantes de planos de saúde os prejudiquem em momentos que estão vulneráveis e fragilizados, a eficácia imediata deve ser aplicada, observando-se casuisticamente, conforme entendimento jurisprudencial acerca do tema:

> **APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZATÓRIA. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 12, INCISO V, ALÍNEA C, DA LEI Nº 9.656/98. RECUSA INJUSTIFICADA E ABUSIVA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DANO MORAL CONFIGURADO. REPARACAO PATRIMONIAL QUE SE IMPÕE.** O atendimento de emergência médica hospitalar, decorrente de contrato de plano de saúde válido, firmado pelas partes, não está condicionado a prazo de carência ou qualquer outra limitação temporal, quanto á sua duração. Comprovada a situação de emergência, mormente quando envolve petiz, com menos de um ano de vida, a negativa de tratamento pelo prazo necessário, mais do que mero inadimplemento contratual, configura prática desumana e cruel, que fulmina de morte os direitos fundamentais

> mais caros do Estado de Direito, e clama pela justa e efetiva reparação indenizatória. Incidência da súmula 302 do STJ. Conhecimento do recurso para dar-lhe provimento na forma do par.1-A, do artigo 557, do CPC.
> (TJRJ – APL 00711026520098190001. Rio de Janeiro Capital 48ª Vara Cível. 9ª Câmara Cível. Relator: Rogério de Oliveira Souza. Data da Publicação: 08/11/2011)

Conclusões

Conclui-se que a análise da eficácia imediata do direito fundamental à saúde é possível e está sendo aplicada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, de modo casuístico. Entretanto, há muita divergência sobre o tema, já que, implica em um conflito aparente normas, pois, o princípio da autonomia da vontade privada por vezes é flexibilizado, neste caso, pelo direito à saúde, à vida e a dignidade humana.

Referências

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.

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

NUNES, Francisco Pizzette. **A Eficácia do Direito à Saúde nas Relações Jurídico-Privadas.** Anais do XVIII Congresso Nacional do COMPEDI. São Paulo: COMPEDI, 2009.

SZEKUT, Dheiziane da Silva; ROCHA, Isadora de Souza. **Eficácia da Teoria Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas**: análise do recurso extraordinário 201.919/rj. Anais VII Simpósio Jurídico dos Campos Gerais. ISSN 2178-3314. Ano 2016.