

ALGUMAS PRÁTICAS OFENSIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS PRATICADAS PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Leonardo Cesar de Agostini¹

Resumo: O trabalho analisa algumas práticas comerciais empreendidas pelas sociedades empresárias que exploram o setor de planos de saúde. Devido a importância desta relação contratual para a sociedade moderna, reputou-se conveniente analisar algumas das queixas dos usuários, sob uma perspectiva não só civilística ou, mais propriamente, consumerista, mas, sim, numa perspectiva civil-constitucional, inteiramente voltada para um dos princípios basilares da República Federativa Brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: planos-de-saúde; práticas abusivas; análise civil-constitucional; dignidade; pessoa; humana.

Abstract: This current paper analysis some kinds of commercial practices executed by companies who works in the area of health insurance. Due importance of this relationship to the modern society, we found convenient to analyse some concerns from the users, under a perspective not only civilistic or, more properly saing, consumerist, but also, a view civil-constitucional, completely turned to one of the basic principles of the Brazilian Public Federative, wich is, the dignity of the human been.

Key-words: health insurance; abusive practices; civil-constitucional analysis; dignity; human been.

1. Introdução

Muitos consumidores têm batido às portas do Poder Judiciário se queixando sobre determinadas condutas praticadas pelas operadoras de planos de saúde.

As queixas são as mais diversas e vão desde o aumento abusivo das mensalidades, até a negativa de cobertura de procedimentos clínicos e cirúrgicos.

Na maioria esmagadora dos casos constata-se que os usuários têm logrado êxito em seus apelos, sendo que o Poder Judiciário tem reconhecido a ilegalidade de determinadas condutas praticadas pelas empresas privadas que atuam neste ramo.

Devido a importância desta relação contratual para a sociedade moderna, entendemos conveniente analisar algumas das queixas apresentadas pelos usuários, sob uma perspectiva não só civilística ou, mais propriamente, consumerista, mas, sim, numa perspectiva civil-constitucional, inteiramente voltada para um dos princípios basilares da República Federativa Brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Para lograr tal intento optamos por iniciar o trabalho fazendo breve digressão sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais no regime jurídico brasileiro.

¹ Pós-graduado em Direito Constitucional pelas Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL; Mestrando em Direito Constitucional pelas Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL; professor universitário; advogado militante; endereço eletrônico: leonardo@leonardodeagostini.adv.br; página pessoal: www.leonardodeagostini.adv.br.

Logo após, apresentaremos a influência dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais sobre a legislação ordinária e os contratos em geral.

Em seguida, apresentaremos o impacto desta influência nos contratos de planos de saúde para, ao final, destacar alguns exemplos de casos extraídos da jurisprudência brasileira, analisando se as condutas praticadas pelas operadoras ofenderiam (ou não) direitos fundamentais dos usuários.

Inicie-se então a exposição, pela digressão histórica do regime jurídico dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Brevíssima digressão sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

Longe de tentar discorrer sobre toda a evolução histórica dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, até porque esse não é o desiderato desse trabalho, o certo é que por rigor metodológico, faz-se necessário noticiar, mesmo que brevemente, a evolução desta importante categoria jurídica².

A preocupação da sociedade brasileira - e, via de conseqüência, do legislador pátrio - com o assunto “direitos e garantias fundamentais”³ é antiga. A Constituição Republicana de 1891 já trazia em seu bojo uma “declaração de direitos”⁴. Várias Constituições se passaram, mas o certo é que, esta categoria jurídica, logrou alcançar o espaço merecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A importância dada ao tema foi tão singular ao ponto de Gilmar Ferreira MENDES destacar que até a colocação do catálogo dos direitos fundamentais já no início do texto constitucional demonstrou a clara intenção do constituinte em emprestar-lhes significado especial. Segundo o mesmo autor, a amplitude conferida ao texto (setenta e sete incisos e dois

² Para uma melhor visualização desta evolução histórica ver as seguintes obras: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³ Aqui se aproveitando da terminologia utilizada pelo próprio legislador constitucional.

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In **Revista eletrônica do Conselho da Justiça Federal**. Edição n. 03. Acessível em www.cjf.gov.br. Capturado em 18.05.2007 às 17:23 hs.

parágrafos) reforça a impressão da posição de destaque que o constituinte pretendeu instituir a tais direitos.⁵

O avanço obtido na defesa dos direitos fundamentais com o advento da Constituição de 1988 foi inegável⁶, passível inclusive de se afirmar que representou verdadeiro divisor de águas na proteção e defesa desses direitos na ordem jurídica brasileira.

Devido a este fato (importância dada a tais direitos pelo constituinte) a curiosidade é repentina: o que seriam direitos fundamentais?

Apesar da dificuldade inicial em se tentar “universalizar” um conceito para direitos fundamentais, dada a acuidade com que tratou o assunto, mister se faz apresentar o pensamento de Ingo Wolfgang SARLET para quem:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁷

Este conceito não difere muito do proposto por Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, os quais assim definem direitos fundamentais como: “(...) direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais (...) que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”⁸

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de Direito Constitucional. 3 ed., rev. e amp. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

⁶ Interessante ainda lembrar que fato histórico marcante e que influenciou positivamente a preocupação do legislador constituinte de 1988 em garantir com amplitude a proteção dos direitos fundamentais foi a lembrança do período ditatorial que antecedeu os trabalhos do constituinte. Assim destaca Ingo Wolfgang SARLET:

“Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ela ter sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor relevância – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração de seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo aniquilação das liberdades fundamentais.” (idem, *ibidem*, página 76)

⁷ Idem, *ibidem*, página 89.

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

Como se vê, os direitos fundamentais representam posições jurídicas de ímpar importância para a proteção e desenvolvimento da pessoa humana na ordem normativa brasileira.

Outrossim, feito este breve histórico dos direitos fundamentais e apresentado seu conteúdo, mister se faz noticiar a influência que os mesmos tiveram nas diversas legislações que se seguiram pós-Constituição de 1988.

3. A “irradiação” dos direitos fundamentais. Poder irradiante dos direitos fundamentais que afetam diretamente o lançamento de novos diplomas legislativos (exemplos: Lei n. 8.078/1990 (CDC); Lei n. 8.080/1990 (SUS); Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)).

Tendo em vista a importância que as Constituições modernas assumiram para os ordenamentos jurídicos, bem como ultrapassada a idéia de que as Constituições somente serviriam para limitar o poder do Estado, desenvolveu-se na doutrina aquilo que se denominou chamar como a “constitucionalização do ordenamento jurídico”.

Riccardo GUASTINI, ao tratar este tema (“constitucionalização do ordenamento jurídico”), explica que tal expressão não encontra um sentido unívoco e permanente. Devido a tal dificuldade o jurista italiano, acolhendo sugestão de Louis FAVOREU, afirma que o processo de “constitucionalização” de determinado ordenamento jurídico, pode ser considerado como o processo de “transformação” do sistema jurídico, pelo qual, ao final dessa “transformação”, o mesmo resultaria totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Uma das principais características desse ordenamento jurídico constitucionalizado seria a visualização de uma Constituição extremamente invasora, intrometida (persuasiva, invadente), capaz de condicionar tanto à legislação, quanto à jurisprudência e a doutrina, além da ação dos atores políticos e as relações sociais.⁹

Analisando-se a legislação ordinária brasileira editada pós-Constituição de 1988 constata-se que a mesma sofreu esta influência “irradiante” da Constituição.

Um primeiro exemplo desta “irradiação” se encontra no lançamento do Código de Defesa do Consumidor, representado pela Lei n. 8.078/1990. José Geraldo Brito FILOMENO expõe a base constitucional do Código de Defesa do Consumidor:

⁹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. *In*: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49.

[1] FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – Como se observa do próprio enunciado do art. 1º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, sua promulgação se deve a mandamento constitucional expreso. Assim, a começar pelo inc. XXXII do art. 5º da mesma Constituição, *impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor*.

Referida preocupação, como já mencionado em passo anterior, é também encontrada no texto do art. 170 que cuida da “ordem econômica”, tendo por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e desde que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se dentre eles exatamente a *defesa do consumidor* (cf. inc. V do mencionado art. 170 da Constituição Federal).

O art. 150, que trata das limitações do poder de tributar por parte do Poder Público e no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece em seu §5º que a “lei determinará medidas para que os *consumidores* sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Ainda em nível constitucional, a preocupação com a preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inc. II do art. 175 da Carta federal, quando alude a *usuários* de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do Poder Público, dizendo que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. E seu parágrafo único diz que a lei disporá sobre os “*direitos dos usuários*”, no caso, e à evidência, “*usuários-consumidores*” dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos.

Por fim, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe de forma categórica que o “*Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor*”, prazo esse já de há muito ultrapassado quando foi finalmente promulgado o texto da lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, sabendo-se que a Constituição o fora em 5 de outubro de 1988.¹⁰

Como se constata perfeitamente, a Constituição Federal de 1988, além de conferir o comando para que o legislador promulgasse legislação que protegesse os interesses dos consumidores, assim o fez permeando seu texto com os princípios insertos na própria Constituição Federal tais como a dignidade da pessoa humana; a formação de sociedade justa, livre e solidária, dentre outros.

Outro exemplo de “constitucionalização” do ordenamento jurídico brasileiro pode ser visualizado na Lei n. 8.080/1990 que instituiu o Sistema Único de Saúde. Este diploma legislativo, seguindo igualmente os parâmetros e as diretrizes fixados pelo Constituinte de 1988, estabeleceu várias garantias básicas do cidadão quanto à prevenção e restabelecimento da saúde, protegendo assim, a dignidade da pessoa humana.

Mais recentemente o legislador ordinário deu outro exemplo de obediência aos cânones inseridos na Constituição de 1988 ao promulgar a Lei n. 10.741/2003 que instituiu o denominado “Estatuto do Idoso”. Tal diploma legislativo, já em seus artigos iniciais¹¹,

¹⁰ *In Código Brasileiro de defesa do consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover [et alli]. 6 ed. Rio De Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 22

¹¹ Eis o conteúdo dos artigos 2º e 3º do Estado do Idoso:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

demonstra que o legislador ordinário preocupou-se em garantir de forma mais abrangente possível os direitos fundamentais inerentes a pessoa idosa. Seguiu a diretriz estabelecida no artigo 230 da Constituição Federal que estabelece a necessidade de se assegurar ao idoso o bem-estar e proporcionar-lhe vida digna¹².

Todos estes exemplos demonstram o “poder irradiante” da Constituição Federal sobre a legislação ordinária.

Mas não só tais diplomas foram afetados pela constitucionalização do ordenamento jurídico. O direito privado como um todo precisou sofrer esta influência.

4. A transformação do direito privado

Como se afirmou nas passagens anteriores, visando a implantação do almejado “Estado social”, a Constituição Federal de 1988 procurou em várias passagens de seu texto assegurar aos cidadãos brasileiros à garantia de direitos individuais e coletivos.

Nesse diapasão, fez-se necessário além de criar novas disposições legislativas, relese as então existentes.

Assim, iniciou-se verdadeira releitura dos institutos, agora sob uma ótica civil constitucional.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

¹² Artigo 230 da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Segundo Giovanni Ettore NANNI: “ocorre uma modificação na visão do direito civil e mais especificadamente na do Código Civil, que deixa de ser observado como a constituição do direito privado, surgindo a ‘publicização’ ou ‘socialização’ do direito particular”¹³.

Pelo que: “(...) surge uma nova tarefa ao operador do direito, em especial do direito civil, que é proceder à releitura do sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais, superando-se os antigos dogmas”.¹⁴

Dentre os institutos que deveriam ser relidos sob a perspectiva civil-constitucional estava o contrato.

4.1. A transformação do contrato: da teoria contratual clássica à “nova teoria contratual”

É consabido a valorização e a utilidade prática dos contratos para as relações interpessoais em geral¹⁵.

Tanto nos primórdios romanos, quanto nos dias atuais, seria difícil imaginar a troca de riquezas, ou mesmo o desenvolvimento de simples atos cotidianos da vida moderna¹⁶, sem que um contrato fosse realizado.

É tamanho o progresso da “contratualização” que Enzo ROPPO chegou a afirmar que: “o processo da sempre crescente «contratualização» das operações económicas parece corresponder a uma linha de tendência historicamente irreversível.”¹⁷

Na Modernidade, devido à contribuição do direito canônico e diante da forte influência do pensamento jusnaturalista, o contrato ganhou maior importância e se destacou, diferentemente da premissa objetiva delineada pelos romanos, sustentando suas bases sobre duas premissas básicas, quais sejam: a vontade e a liberdade dos contratantes.

¹³ NANNI, Giovanni Ettore. **Cadernos de Autonomia Privada – Caderno 2**, organizador Renan Lotufo, A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada, Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 162.

¹⁴ Idem, p. 162-163.

¹⁵ Nesse sentido Enzo ROPPO para quem: “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de *operação económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para a idéia de operação económica.” (**O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 08)

¹⁶ Tal qual utilizar-se do transporte coletivo de uma grande ou pequena cidade.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 21.

Sob a influência de ideais jusnaturalistas foi reconhecido o contrato como a principal fonte de obrigações, relevando-se o *consensus*, ou seja, o elemento vontade a patamar elevado.¹⁸

Segundo o princípio do consensualismo bastaria o acordo de vontades para que os contratantes se vinculassem. Pouco importava o conteúdo do contrato¹⁹ e a correlação entre a obrigação e contraprestação assumida. Bastava que a vontade fosse manifestada livremente.

Vê-se então que o contrato fundava-se basicamente nos princípios da liberdade contratual e autonomia da vontade.

Com o passar dos tempos e com a multiplicidade de relações econômicas – frutos do capitalismo – a aplicação irrestrita de tais princípios poderiam ocasionar danos a uma das partes contratantes e vantagens exageradas para a outra. Era necessário repensar o instituto.

Surge a necessidade do Estado intervir nas relações privadas.

4.2. A intervenção do Estado e o dirigismo contratual

Diante das mudanças apresentadas na sociedade, era necessário, já no início do Século XX, impor-se certos limites a algumas relações contratuais.

Era chegada a hora do Estado intervir para reequilibrar a desigualdade gerada.

Autorizou-se, em casos de abusos, a intervenção do Estado para o reequilíbrio das prestações ou até declaração de nulidade de certas obrigações pactuadas.

Surge a idéia de *dirigismo contratual*.

Por dirigismo contratual, se entendia que ao Estado seria lícito intervir em certas relações, onde visualizava-se a desigualdade das partes contratantes. O Estado intervinha em favor da parte menos protegida da relação, tentando reequilibrar as contra-prestações. O conteúdo do contrato passa a ter que obedecer a certas cláusulas e limites, cuja não observância acarretaria na declaração de nulidade da avença.

¹⁸ Destaca a importância do elemento “consenso” Judith MARTINS-COSTA: “Isto porque a premissa onde se funda o direito moderno dos contratos e de sua disciplina jurídica provém da releitura procedida por d’Occan e Scott ao direito natural aristotélico, a qual, em brevíssimos – e largamente temerários traços – pode ser sintetizada nos seguintes termos: se o indivíduo, no Estado da Natureza, é livre, nada o pode o obrigar, *salvo o seu consentimento*. Por consequência, a origem única das regras jurídicas, por definição obrigatórias, é o *acordo de vontades*, vale dizer, *o consenso*.” (MARTINS-COSTA, Judith. p. **A noção de contrato na história dos pactos**. In Uma vida dedicada ao direito - homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 501)

¹⁹ É claro que o seu conteúdo deveria respeitar os preceitos legais necessários a sua livre formação, pois inadmitir-se-ia contrato que ofendesse preceitos de ordem pública, por exemplo.

Foi o início de uma reforma dos conceitos clássicos do contrato em seus moldes oitocentistas como revela Miguel REALE:

Outro exemplo da mudança verificada na compreensão do contrato é a faculdade conferida ao Estado para, através da lei, interferir em certos tipos de relações contratuais, toda vez que fique comprovado o risco de ficarem os pactos à mercê dos economicamente mais fortes. Trata-se, como se vê, do chamado *dirigismo contratual*, ou da *publicização do contrato*, a cujo respeito os juristas franceses estabeleceram princípios universalmente aceitos, tais como os contidos em obras consideradas clássicas, como, por exemplo, de Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, sobretudo pp. 130 e ss.; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948, pp. 130 e ss., e 165 e ss.; Josserand: “Le contrat dirigé, em *Dalloz hebdomadaire*, 1933, pp. 89 e ss.; *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le contrat et le contrat légal*, 1940, pp. 5 e ss., e Savatier: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, Paris, 1952, especialmente pp. 19 e ss.^{20 21}

Como visto, não poderia o Estado ficar inerte e assistir passivamente a concepção de verdadeiras cláusulas “anômalas”, as quais permitiriam abusos a serem cometidos por pessoas físicas ou grupos econômicos, em detrimento da camada menos esclarecida ou menos favorecida da sociedade.

Visava o Estado com esta atitude, proteger a parte mais fraca na relação jurídica e, igualmente, proporcionar e respeitar à igualdade dos contratantes.

Dessa forma, gradativamente, o Estado passava a limitar alguns tipos de contratos, editando, inclusive, leis especiais no intuito de disciplinar de melhor proteger e proporcionar a igualdade material entre os contratantes.

4.3. A intervenção do Estado; a releitura do contrato e o lançamento de novos princípios contratuais

Segundo Giovanni Ettore NANNI:

²⁰ In, **Temas de Direito Positivo**, p. 16-17.

²¹ O mesmo é exposto por Mário Júlio de Almeida COSTA:

“Mas a referida regra da livre conformação dos contratos conhece restrições. Pode mesmo dizer-se que estas têm vindo a aumentar, em consequência da fisionomia do direito contratual contemporâneo, que já se assinalou. A liberdade de fixação do conteúdo dos contratos move-se «dentro dos limites da lei» (art. 405.º, n.º 1), limites esses que visam a tutela dos interesses das partes – nomeadamente a correcção e a justiça substancial nas suas relações –, ao lado de valores colectivos – como sejam a salvaguarda de princípios de ordem pública e da facilidade e segurança do comércio jurídico. Postula-se modernamente uma concepção de contrato dominada por imperativos éticos e sociais. Sobressai o *princípio intervencionista*, em particular nos contratos que vão participando do chamado direito social, de que representam exemplos expressivos as relações de trabalho e as de arrendamento rural e urbano.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed., revista e aumentada, Portugal, Lisboa: Livraria Almedina, 2001, p. 218)

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, a liberdade de firmar normas individuais, isto é, negócios jurídicos foi modificada, ou, em termos mais precisos, a autonomia privada das pessoas sofreu interferência.

E a limitação da autonomia privada na seara do direito obrigacional é inferida na liberdade contratual, na possibilidade de intervenção econômica do Estado etc., evitando-se o individualismo que marca o direito civil tradicional, conduzindo-se a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), mediante os fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito; a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, II, III e IV).²²

Sob essa perspectiva visualiza-se perfeitamente a possibilidade de maior interferência do Estado nas relações contratuais, e conseqüentemente, o afloramento de uma nova teoria contratual.

Apresenta a transformação dos contratos Cláudia Lima MARQUES:

O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar a ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (Vertragsgerechtigkeit) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o Novo Código Civil denomina “função social do contrato”, novo limite ao exercício da autonomia da vontade.

Esta renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações.²³

Surgem então “novos” princípios contratuais.

Eis os novos cânones contratuais na visão de Paulo Luiz Netto LÔBO:

Esse breve pano de fundo social contribui para esclarecer a força crescente dos princípios contratuais típicos do Estado social, que, de um modo ou de outro, comparecem nos códigos brasileiros referidos. São eles:

- a) princípio da função social do contrato,
- b) princípio da boa-fé objetiva;
- c) princípio da equivalência material do contrato.

Os princípios sociais dos contratos não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio da pacta sunt servanda (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontade livres, reconhecida e atribuída pelo Direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e conteúdo.²⁴

²² Idem, ibidem, p. 165.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – o novo regime das relações contratuais. 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.. p. 154-155.

²⁴ NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**. Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, n.º 42, ano 11, abril – junho de 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 189.

Como se denota do pensamento de NETTO LÔBO, alguns dos princípios até então vigentes, se não foram absolutamente derogados em virtude desta nova necessidade da sociedade imposta pela Carta de 1988, tiveram que ser revisitados para adaptar-se as necessidades dessa nova sociedade.

Interessante ressaltar que outros doutrinadores avançam na indicação dos novos princípios contratuais, tal como nos mostra César FIÚZA, adotando e doutrinando que dentro do princípio da autonomia privada podemos encontrar novos subprincípios:

São subprincípios da autonomia privada:

- a) *princípio da liberdade de contratar*, ou seja, celebrar ou não o contrato;
- b) *princípio da liberdade contratual*, ou seja, estabelecer o conteúdo do contrato;
- c) *princípio da relatividade contratual* ou do efeito relativo dos contratos, segundo o qual o contrato, em princípio, só obriga às partes, apesar de poder se opor a terceiros, em alguns casos, como, por exemplo, aos herdeiros de uma das partes, em certas circunstâncias;
- d) *princípio do consensualismo*, segundo o qual basta o acordo de vontades para que o contrato se considere celebrado. Embora o consensualismo seja ainda princípio geral, deve-se observar que renasce, de um certo modo, o formalismo, dado o número cada vez maior de contratos, aos quais a Lei impõe a forma escrita;
- e) *princípio da auto-responsabilidade*, que deriva diretamente da autonomia privada, ou seja, da autonomia de se impor normas de conduta, por elas se responsabilizando. Ainda segundo o princípio da auto-responsabilidade, só será possível responsabilizar-se alguém quando a este for imputável a situação objetiva criada. Ninguém pode ser responsabilizado por supostas declarações, como as do mandatário que age *ultra vires*. Em outras palavras, desde que uma pessoa declare sua vontade livremente, de acordo com a Lei, será responsável por ela. Ao declarar sua vontade, o indivíduo se auto-responsabiliza por ela;
- f) *princípio da imutabilidade*, pelo qual o contrato só poderá ser alterado por mútuo acordo. Uma das partes não pode, sem o consentimento da outra, promover alterações no contrato já celebrado;
- g) *princípio da intangibilidade*, de acordo com o qual, uma vez celebrado o contrato, as partes não podem voltar atrás, salvo em situações excepcionais, como a impossibilidade da prestação devido ao caso fortuito;
- h) *princípio da obrigatoriedade*.²⁵

O mesmo César Fiúza, na continuidade à sua explanação, adverte que além dos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da autonomia privada, existiria ainda o princípio da justiça contratual, o qual consistiria na “relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu.” Sinalizando, outrossim, que mais dois subprincípios deste último princípio, poderiam ser visualizados, quais sejam, o da “proteção ao hipossuficiente” e da proteção genérica do devedor”.²⁶

²⁵ FIÚZA, César. **Novo direito civil** – curso completo. 5 ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 370-371.

²⁶ César FIÚZA, ob. cit. p. 373-374.

Assim, visando proporcionar a igualdade e justiça contratual, o ordenamento privado brasileiro teve que adaptar a leitura dos contratos a tais princípios, proporcionando verdadeira reviravolta nas relações comerciais em geral.

5. A influência do mandamento constitucional nos contratos de planos de saúde

Nessa linha de pensamento, como não poderia ser diferente, os contratos de planos de saúde também sofreram a influência do mandamento constitucional e tiveram que ser adaptados a esta nova roupagem civil-constitucional.

Segundo Cláudia Lima MARQUES: “contratos de planos de saúde trata[m]-se de contratos de cooperação e solidariedade, cuja essência é justamente o vínculo recíproco de cooperação (*wechselseitige Verbundenheit*), é a consciência da interdependência de cada um de seus participantes, consciência da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, de manter uma relação de apoio e de adesão ao objetivo compartilhado (*Zusammengehörigkeitsgefühl*), única forma de realizar as expectativas legítimas de todos.”²⁷

Ou seja, os contratos de planos de saúde visam de um lado garantir ao aderente a garantia de atendimento médico-hospitalar na doença em troca do pagamento de prestação pecuniária à prestadora de serviço.

Mas se após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi elevada a valor central de toda a ordem jurídica, introduzindo-se nova tábua axiológica, sendo que, as relações desse tipo, precisaram ser desenvolvidas com vistas a tutelar a pessoa humana e promover o seu desenvolvimento²⁸.

Nesse sentido as atividades econômicas, prestadas com propósito lucrativo, tiveram que se coadunar com os fundamentos e objetivos plasmados na Carta Magna, mormente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial²⁹.

Assim, parece-nos inegável que os contratos de planos de saúde, cujas atividades, por natureza, são de relevância pública³⁰, devem ser desenvolvidos com vistas a obedecer aos fundamentos e objetivos acima expostos, vinculando-se à tutela da vida e comprometidos com

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *In Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 208.

²⁸ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

²⁹ Artigos 1º, III, 3º, I e III, e 170, da Constituição Federal de 1988.

³⁰ Artigo 197, da Constituição Federal de 1988.

o resguardo completo da saúde do cidadão que adere ao plano.

Em vista dessas razões e após se verificar a existência de várias reclamações de usuários, entendemos salutar, neste momento do trabalho, analisar algumas práticas comerciais das sociedades empresárias que atuam nesse ramo, com vistas a dimensionar se tais condutas se coadunam com a nova visão das relações contratuais, bem como se observam e respeitam plenamente os direitos fundamentais dos seus usuários.

Passemos aos exemplos escolhidos.

5.1. Primeiro exemplo: aumento imposto por determinadas operadoras de planos privados de assistência à saúde aos contratos de consumidores que ultrapassaram a idade de 60 anos

O primeiro exemplo a ser explorado se refere à reclamação de usuários de planos de saúde quanto ao reajuste de suas mensalidades.

Determinados consumidores, ao atingirem a idade de 60 anos, receberam como “presente de aniversário” boletos bancários emitidos pelas operadoras, nos quais se verificava aumentos salutareos em suas mensalidades³¹.

Apesar de existir disposição expressa na própria Lei n. 9.656/1998³² limitando o valor do reajuste de tais mensalidades³³, algumas operadoras de planos de saúde teimavam em praticar aumentos que ultrapassavam a razoabilidade.

³¹ Os aumentos das mensalidades eram variados. Em alguns casos 100%. Em outros 150%. E em alguns casos até 300%. Este aumento de 300% (trezentos por cento) foi verificado em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. O processo era o agravo de instrumento n. 110382-2, cujo relator foi o desembargador Eduardo Augusto Paura Peres. Publicado no Diário da Justiça do Estado do Pernambuco em 19.05.2006.

³² Artigo 15:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores há mais de dez anos.

³³ Convém destacar que regulamentando o artigo 15 da Lei n. 9.656/1998 a Agência Nacional de Saúde estabeleceu por meio da resolução 63 os seguintes índices para reajuste das mensalidades em tais casos:

Resolução normativa DC/ANS n. 63, de 22 de dezembro de 2003 (DOU 23.12.2003)

Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004.

Tal conduta, entretanto era (e continua sendo) manifestamente ilegal.

A ilegalidade é patente, pois tal aumento ofende diametralmente as disposições expressas do Código de Defesa do Consumidor.

Como se sabe “um dos direitos básicos do consumidor é a proteção contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços (relações de consumo), conforme disposto no art. 6º, n. IV, do Código.”³⁴

Em breve síntese, tem-se por cláusula abusiva “aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual”.³⁵

Nas palavras da professora Cláudia Lima MARQUES:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no uso da competência a ela conferida pelo inciso II, do art. 10, da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, na forma prevista no art. 60, inciso II, alínea a, do anexo I, da Resolução - RDC nº 95, de 30 de janeiro de 2002, considerando o disposto no art. 15, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e no § 3º, do art. 15, da Lei nº 10.741, publicada no DOU de 3 de outubro de 2003, em reunião realizada em 11 de dezembro de 2003, adotou a seguinte Resolução Normativa, e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação.

Art. 1º A variação de preço por faixa etária estabelecida nos contratos de planos privados de assistência à saúde firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, deverá observar o disposto nesta Resolução.

Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

- I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;
- II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;
- III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
- IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
- V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
- VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
- VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
- VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
- IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;
- X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Art. 4º Para os planos já registrados na ANS, as alterações definidas nesta Resolução deverão constar das Notas Técnicas de Registro de Produto - NTRP, a partir das próximas atualizações anuais.

§ 1º As atualizações anuais devidas a partir da publicação desta Resolução até 31 de março de 2004 poderão ser apresentadas até 1º de abril de 2004.

§ 2º Até que seja feita a atualização da NTRP prevista neste artigo, deverão ser informados à ANS os percentuais de variação adotados, e eventuais alterações, por meio do aplicativo disponível na internet no endereço www.ans.gov.br, no prazo de 15 dias a contar do primeiro contrato comercializado com a alteração.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2004.

³⁴ NERY JR., Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – comentado pelos autores do anteprojeto. GRINOVER, Ada Pellegrini [et alli]. 6 ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 451.

³⁵ Nelson Nery Jr., obra citada, p. 489.

unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (Machtposition).

A abusividade é, assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas ou surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do contratante.³⁶

Destarte a “existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato.”³⁷

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor reprova a adoção de qualquer prática contratual que promova o desequilíbrio das contraprestações das partes.

E o desequilíbrio aqui é manifesto.

Parece ser despidendo destacar que consumidores idosos procuram contratar um plano de saúde privado para se prevenir contra eventuais males de saúde, justamente naquele período de vida em que seu organismo está mais fragilizado pelo avançar da idade. Procuram, com tal contratação, prevenir-se contra gastos demasiadamente altos, bem como a aflição de depender única e exclusivamente do Sistema Único de Saúde, o qual, é preciso ser realista, não promove condições mínimas de atendimento. Resumidamente: preferem sacrificar certa parte de seu orçamento mensal, com vistas a assegurar tratamento de saúde condigno em sua velhice, caso assim necessitem³⁸.

Como se vê, o consumidor idoso não contrata plano de saúde à toa. Sem necessidade. Contrata, exercendo verdadeiro juízo de previdência, com a vontade de se prevenir de infortúnios futuros.

Ora. Se os consumidores idosos assim agem, ainda mais naqueles casos em que a contratação se deu ainda na juventude, não seria admissível que, ao completar 60 anos de

³⁶ *In Contratos ...* p. 148.

³⁷ Nelson Nery Jr., obra citada. p. 489.

³⁸ Esta é exatamente a opinião de Cláudia Lima MARQUES para quem:

“Viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e relevância para as pessoas de mais idade de poderem acessar um plano de saúde privada ou receber um digno tratamento de saúde pública. Para prevenir os eventos de saúde e transferir estes riscos para os fornecedores, organizou-se um sistema de assistência privada à saúde visando lucro, mas oferecendo qualidade e liberdade de escolha para aqueles consumidores que possam pagar este serviço privado, tão relevante em nossos dias.” (*In Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso.* Revista Trimestral de Direito Civil, volume 8 (outubro/dezembro de 2001), Rio de Janeiro: Padma, 2001, p. 25)

idade, idade esta em que presumivelmente começariam a “usufruir” dos benefícios da contratação, as operadoras de planos de saúde impusessem reajustes extremamente irrazoáveis, inviabilizando a condição de pagamento, tudo isto com vistas a forçar o usuário a “desistir” da contratação.

Daí porque entendemos que tal prática seria ilegal aos olhos da lei ordinária.

Mas não só a lei ordinária teria sido desrespeitada em casos como o relatado. Igualmente, há desrespeito a disposição legislativa de assento constitucional.

Estamos nos referindo a norma prevista no artigo 230 da Constituição Federal que estabelece a necessidade de amparo as pessoas idosas, defendendo-se a sua dignidade e bem-estar.

Ora, se a família, a sociedade e o Estado, tem o dever de amparar a pessoa idosa, proporcionando-lhes dignidade, bem estar e garantindo-lhes à vida, parece claro que estabelecer reajustes irrazoáveis em contrato de assistência à saúde, reajustes estes que visam unicamente inviabilizar o cumprimento da prestação e, assim, causar o desligamento do idoso da carteira de clientes, seria prática manifestamente contrária ao desejado pelo constituinte de 1988, motivo pelo qual não pode ser admitido.

Igualmente, admitir que sociedades empresárias, procedam a reajustes desarrazoados, seria fazer tábula rasa dos mandamentos constitucionais previstos nos artigos 3º e 170 da Constituição Federal, já que estes, respectivamente, propugnam a criação de sociedade livre justa e solidária e que, para a criação deste tipo de sociedade, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deveria ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio de promoção da redução das desigualdades sociais (inc. V, art. 170).

Felizmente, deve se noticiar que os tribunais brasileiros têm reconhecido a abusividade deste tipo de conduta, reprimido a mesma, com a declaração de nulidade de cláusulas com esse teor.³⁹

³⁹ *Ad exemplum:*

DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DO PRÊMIO. ALTERAÇÃO DA FAIXA ETÁRIA DO SEGURADO. PERCENTUAL ABUSIVO. ANULAÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO. APLICABILIDADE.

1. *É nula a cláusula do contrato de seguro de assistência à saúde que estabelece percentuais de reajustes abusivos aos prêmios do segurado por alteração de sua faixa etária.*

2. (...). (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível n. 2005.01.1.135713-7. Primeira Turma. Relator desembargador Natanael Caetano. Publicado no Diário da Justiça da União de 29.05.2007. Acessível em <http://juris.tjdft.gov.br/docjur/272273/272245.doc>) (grifo em itálico nosso)

5.2. Segundo exemplo: a identificação pelo médico, da doença do segurado nas guias de liberação de exames e internamentos

O segundo exemplo que reputamos digno de abordagem no presente artigo, se refere a recente exigência estabelecida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) de que médicos que atendam pacientes por meio de convênio de assistência médica declinem, nas guias de atendimento, o número de identificação da doença do paciente.

Recentemente, os profissionais da medicina foram surpreendidos com avisos enviados pelas operadoras de planos de saúde de que, ao solicitar exames, deveriam preencher, além dos dados básicos dos pacientes até então exigidos, também o número de identificação da doença que originava a consulta do paciente.

A desaprovação dos profissionais da saúde a tal medida foi imediata. E as razões para tanto eram muitas. Um dos motivos da irrisignação, segundo o presidente em exercício do Conselho Federal de Medicina, seria de que as informações indicadas nas guias de internamento poderiam, em tese, ser usadas pelas operadoras de planos de saúde, contra o próprio paciente. Assim se manifestou aos jornais de grande circulação: “quando se faz um plano com as operadoras, são analisadas as informações contidas nas guias, onde se tem o código e o tempo da doença, e o paciente pode ser prejudicado porque dependendo dessa informação ele terá que pagar mais pelo plano.”⁴⁰ Para a mesma autoridade da área médica, quanto maior fosse a utilização do plano pelo paciente, mais este pagaria mensalmente: “Os pacientes que têm doenças graves, com altos gastos nos hospitais, diminuem muito o lucro das operadoras. Elas identificam esses pacientes e por isso não renovam o contrato”⁴¹.

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CDC. PLANO DE SAÚDE. PREVISÃO POR FAIXA ETÁRIA. PRESCRIÇÃO. ACRÉSCIMO DE 165% AO COMPLETAR SESENTA ANOS. OBRIGAÇÃO ABUSIVA. CLÁUSULA NULA. 1. O acréscimo de 165%, previsto para quando o consumidor completar sessenta e cinco anos de idade, configura condição suspensiva, e o prazo prescricional somente se inicia quando implementada a condição. 2. Distribuída a ação antes do quinquênio previsto pelo artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, não há que se falar em prescrição da pretensão deduzida em juízo. 3. *É nula a cláusula contratual que prevê acréscimo de 165% no valor da contribuição para plano de saúde, posto estabelecer obrigação abusiva que coloca o consumidor em exagerada desvantagem em relação ao fornecedor, sendo incompatível com a boa-fé e equidade (inciso IV do 51, e incisos I, II e III do § 1º, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90), além de mal ferir os princípios constitucionais da dignidade do idoso (inciso III do artigo 1º e artigo 230 da CF) e da proteção do consumidor (inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170 da Carta Política).* 4. Recurso conhecido e improvido, Preliminar afastada, Sentença mantida.” (apelação cível n. 20050111043169. Relator João Batista. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Publicado no Diário da Justiça da União de 14.07.2006, p. 148)

⁴⁰ Reportagem publicada no jornal **O Estado do Paraná** de 22.05.2007.

Não fosse esta razão, muitos profissionais da saúde ficaram apreensivos com a necessidade de preenchimento de tais dados, pois pacientes poderiam sentir-se ofendidos com tal atitude, haja vista que haveria aí, verdadeira quebra de confidencialidade.

Como se vê a questão é palpitante e merece ser discutida com o maior esmero possível.

Para que se possa analisar com precisão a idoneidade de tal medida, mister se faz passar os olhos sobre a regulamentação da confidencialidade na legislação ordinária brasileira, para, logo após, como o assunto foi tratado pela Constituição Federal.

Primeiramente, analisemos o dever de confidencialidade exigido do profissional da medicina na legislação ordinária.

5.2.1. O dever de confidencialidade exigido do médico

Qualquer pessoa que procura o profissional da medicina (ou o profissional da advocacia) fica à vontade para apresentar os fatos relacionados ao seu problema da forma mais ampla possível, revelando, inclusive, questões que em outras ocasiões chegariam a ser até constrangedoras, tudo isto porque o profissional que lhe atende, tem o dever moral (e legal) de guardar sigilo dos fatos relatados.

Aliás, tal direito tem toda razão de ser, porque seria difícil imaginar que o cliente (ou paciente) se sentiria seguro e desinibido em expor fatos de sua esfera íntima, se não tivesse a confiança de que tais fatos ficariam confinados à pessoa que lhe está atendendo.

Na medicina, Genival Veloso de FRANÇA explica que “o objetivo do segredo médico é estabelecer a confiança do paciente, cujas informações são fundamentais para assegurar um diagnóstico seguro e um tratamento eficiente.”⁴²

É por esta razão que o Código de Ética Médica impõe ao profissional da medicina a obrigação de resguardar sigilo das informações relacionadas a paciente sobre seus cuidados⁴³.

⁴¹ Idem.

⁴² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 2 imp. São Paulo: Fundo editorial Byk Prociencx, 1975. p. 35.

⁴³ Artigo 102 do Código de Ética Médica:

Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Parágrafo único: Permanece essa proibição: a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido. b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

O resguardo da informação é tão importante que não pode ser quebrado sequer em âmbito de processo judicial^{44 45}.

Deve se ressaltar, por fim, que acaso o profissional da medicina não respeite este direito de personalidade do paciente, além de infringir disposição expressa do Código de Ética Médica, também estará praticando crime punível nos moldes da legislação penal⁴⁶.

Mas por que motivos todas estas disposições se preocupam com o resguardo deste tipo de informação?

O motivo tem matiz constitucional: a garantia do direito fundamental à privacidade do cidadão.

⁴⁴ Eis o que prevê o artigo 229 do Código Civil Brasileiro:

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

No mesmo sentido o inciso II, do artigo 406 do Código de Processo Civil:

Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

(...)

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

⁴⁵ Interessante decisão judicial é encontrada no âmbito da Justiça Federal, mais especificamente na Seção Judiciária da Segunda Região, pela qual se anulou cassação do direito ao exercício da medicina de médico psiquiatra que não revelou fatos relatados por paciente que estava em tratamento sob sua responsabilidade. Eis a íntegra da ementa do julgado mencionado:

ADMINISTRATIVO - CASSAÇÃO DO DIREITO AO EXERCÍCIO DA MEDICINA – INVALIDAÇÃO DA ATO – I. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* rejeitada. A autoridade coatora é o agente que direta e imediatamente pratica o ato violador e não o superior que dita normas para sua execução. II. Seria de evidente má fé pretender que o psicanalista denunciase fatos reveladores por seu paciente no decorrer do tratamento à destruição da própria base da terapia, a revelação do que o se traz em sua alma. A relação médico/paciente é protegida pelo sigilo, assim como, por analogia, o é, a confissão feita pelo fiel ao padre ou ministro religioso. III. O procedimento adotado pelo paciente é ilegal, bem como os motivos que embasaram a instauração do processo administrativo. O artigo 49 do Código de Ética Médica atual não se aplica a fato ocorrido anteriormente à sua vigência. IV. Recurso e remessa necessária improvidos. (Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação cível n. 1999.02.01.061772-6-RJ. Quinta Turma. Relator. Desembargador Federal Chalu Barbosa. Publicado no Diário da Justiça da União de 06.02.2001)

⁴⁶ Artigo 154 do Código Penal Brasileiro:

Violação do segredo profissional

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

5.2.2. O direito fundamental à privacidade (intimidade; vida privada; honra e imagem⁴⁷).

A Constituição Federal de 1988, extremamente vanguardista e em plena sintonia com as demais legislações modernas, como não poderia ser diferente, preocupou-se de forma salutar em assegurar o direito à privacidade aos cidadãos brasileiros e a todos aqueles que aqui residam.

Assim o fez, estabelecendo uma cláusula geral de garantia à inviolabilidade da vida privada, garantia esta prevista no inciso X, do artigo 5º:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Assim, a Constituição Federal de 1988 expressamente assegurou a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da pessoa.

Dentro deste conceito de intimidade, encontra-se o direito do cidadão proteger seus dados pessoais, dentre os quais, o seu histórico médico⁴⁸.

Celso Ribeiro BASTOS, ao comentar o inciso X, do aludido artigo 5º, destaca a assegurabilidade de informações relacionadas à saúde do cidadão:

O inciso X oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Esta proteção encontra desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais.⁴⁹

⁴⁷ Segundo André Ramos TAVARES: “o direito à privacidade engloba (...) o direito à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas.” (*in Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 587)

⁴⁸ Ricardo LORENZETTI, após expor sua posição de que intimidade “é aquela parte de sua existência [da pessoa] não comunicável”, assevera que um (dos) conteúdos do direito à intimidade seria “a reserva dos atos e dados pessoais e familiares, que são referidos principalmente aos sentimentos, conduta sexual, saúde, defeitos físicos, fé religiosa, idéias políticas, lembranças”. (LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 492)

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p.195.

Mas se o sigilo de dados está inserto naquela órbita de proteção constitucional, seria admissível então que o médico declinasse informação tão íntima do paciente a um ente privado como são os operadores de planos de saúde?

Creemos que não.

Se a Constituição Federal assegura a inviolabilidade da vida privada e, dentre os dados assegurados, encontram-se, inequivocamente, os dados médicos, entendemos ser inadmissível a solicitação de inclusão de dados sigilosos nas guias de internamento ou congêneres.

Se o profissional da medicina assim o fizer, estará traindo a confiança depositada pelo paciente, além de expô-lo a constrangimento desnecessário.

Ademais, dados relacionados à saúde do paciente são por demais importantes, e não merecem ficar “vagando” pela rede de dados, de computador a computador, podendo correr o risco de interceptação por terceiros.

Imaginem os danos ocasionados aos pacientes se, eventualmente, dados de grande operadora de plano de saúde, fossem negligentemente fornecidos a terceiros.

Imagine-se se maus empresários, obtivessem dados confidenciais relacionados à saúde de usuários e utilizasse tais informações para reprovar candidatos pleiteantes de vaga de emprego.

Como se vê, os perigos são incalculáveis, motivo pelo qual sobredita resolução é manifestamente inconstitucional.

Interessante destacar que em passado não tão longínquo o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar processo em que operadora de plano de saúde exigia do prestador de serviço relato minucioso de todos os dados médicos dos pacientes para que seus honorários fossem liberados, asseverando, aquela Corte de Justiça que tal conduta era inadmissível, pois afrontava os direitos de personalidade do paciente. Eis o conteúdo da ementa do julgado que estamos a nos referir:

SIGILO MÉDICO. Ética médica. Prontuário. Clínica. Seguradora. Viola a ética médica a entrega de prontuário de paciente internado à companhia seguradora responsável pelo reembolso das despesas. Recurso conhecido e provido.⁵⁰

Por todos estes motivos afigura-se como violadora do direito fundamental à privacidade do cidadão/usuário de plano de saúde, a exigência da Agência Nacional de Saúde

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 159.527-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.. Publicado no Diário de Justiça de 29.06.1998.

Suplementar (ANS), de que os profissionais da medicina declinem nas guias de internamentos e liberação de exames o Código Internacional de Doenças.

5.3. Terceiro exemplo. Negativa de cobertura de próteses ou órteses ligadas a ato cirúrgico

Outra reclamação corriqueira de usuários de planos de saúde está relacionada a negativa de cobertura pelas operadoras do pagamento de próteses ou órteses, diretamente ligadas a atos cirúrgicos.

Apresentemos exemplos de queixas de usuários.

Muitos usuários, após contribuírem por vários anos com determinado plano, necessitam realizar cirurgia. Em não raras oportunidades tais cirurgias são emergenciais. Ao contatar a operadora de plano de saúde para que as guias de internamento e de cobertura da cirurgia sejam liberadas, os usuários e seus familiares são informados pelos atendentes de que os custos com a cirurgia serão cobertos, entretanto, por razões diversas, a prótese ou a órtese necessária para a realização do ato cirúrgico e, conseqüentemente, para restabelecimento da saúde do usuário, não serão pagos. Ou seja, o usuário deverá pagar por tal equipamento.

Deixemos mais palpável ainda esta situação ao leitor.

Imagine-se que determinado usuário de plano de saúde está em sua casa e sente forte dor no peito. Imediatamente, desloca-se para casa de saúde a fim de verificar o motivo de tal desconforto. Ao ser consultado, constata-se que o mesmo está sofrendo princípio de infarto e que, por tal motivo, necessita urgentemente ser submetido a procedimento cirúrgico. Expõe o médico que o procedimento mais indicado para o caso seria a realização de cirurgia, (angioplastia). Para que este procedimento tenha maior chance de êxito e, por conseqüência, o paciente corra menos riscos em sua recuperação, o médico informa sobre a necessidade de implante de prótese cirúrgica denominada *stent*⁵¹. A família, e o próprio paciente/usuário,

⁵¹ A denominação STENT, conforme ensinamentos médicos modernos, tem origem em uma palavra inglesa que advém do odontólogo inglês STENT, que viveu no século XIX, e significa “dispositivo utilizado para manter um orifício ou cavidade corporal durante enxerto de pele”(Explicação do Conselheiro Lino Antônio Cavalcanti de Holanda, do Conselho Federal de Medicina, no processo-consulta CFM n.º 7.680/98).

Após pesquisa e estudos avançados os profissionais da medicina concluíram que *“os stents coronarianos tornaram-se o método percutâneo de escolha preferencial, tanto pela maior segurança do procedimento, quanto pela diminuição das taxas de reestenose em relação aos demais dispositivos anteriormente testados. Inúmeros estudos controlados comprovaram tal superioridade, nas mais diversas apresentações clínicas angiográficas da doença arterial coronariana.”*(Indicação realizada pela Sociedade Brasileira de Cardiologia através do estudo: **Diretriz de indicações e Utilizações das Intervenções Percutâneas e Stent Intracoronariano na Prática Clínica.** In Arquivo Brasileiro Cardiol, volume 80, suplemento I, 2003, página 03)

imediatamente concordam com o implante daquela prótese (até porque o que está em risco é o direito fundamental mais elementar do usuário – a própria vida). Enquanto o paciente/usuário é encaminhado para os procedimentos pré-operatórios, sua família procura a empresa de plano de saúde a fim de realizar a liberação das guias de saúde (internamento; honorários médicos e prótese). Daí a desagradável surpresa: o plano de saúde concorda em liberar as guias de internamento, o pagamento dos honorários médicos do profissional que realizará o procedimento, mas, surpreendentemente, se recusa a custear o pagamento da prótese (*stent*).

Daí a reflexão é necessária: a negativa é admissível?

A resposta nos parece clara: não!

A negativa seria vedada pela própria lei que regulamenta os planos de assistência à saúde. Como se extrai do inciso VII, do artigo 10, de mencionado diploma⁵², o plano de referência de assistência à saúde somente desonera as operadoras de pagamento de próteses ou órteses **não relacionados ao ato cirúrgico**. A *contrario sensu*, parece de mediana clareza que se a prótese ou órtese é **diretamente ligada** ao ato cirúrgico, por óbvio que a mesma deve ser custeada pela operadora.

Mas não só a legislação específica que regulamenta a matéria dá subsídios para reprovar a negativa de cobertura.

A lei consumerista também rechaçaria tal negativa, inserindo-se eventual cláusula neste sentido, no rol das denominadas cláusulas abusivas previstas no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor⁵³.

Outrossim, atualmente devido “*ao alto índice de sucesso no implante de stents (98,9%), aliado à baixa taxa associada de acidente vascular cerebral/morte de (4,2%) [os quais] demonstraram a eficiência e segurança do implante percutâneo de stent nas artérias carótidas*”⁵¹ pode-se afirmar incontestemente que “*a coronarioplastia com implante de prótese de Sustentação Intraluminal, denominada STENT, é uma técnica que vem conquistando amplo espaço na Cardiologia Intervencionista, sendo considerada maior responsável pelo êxito da Angioplastia Coronária como procedimento seguro para revascularizar o miocárdio.*” (COSTA JR., José Ribamar. [et alli]. **Implante percutâneo de endopróteses nas artérias carótidas.**)

⁵² Eis a redação do dispositivo:

Art. 10. É instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

(...)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, observado o disposto no § 1º deste artigo;

⁵³ Nesse sentido a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n. 896.247 do Rio de Janeiro, julgado pela Terceira Turma, cujo relator foi o ministro Humberto Gomes de Barros:

Igualmente, se procurássemos subsídios na legislação civil brasileira, constataríamos que a negativa seria ilegal, pois enquadrar-se-ia como violadora dos deveres de conduta e de boa-fé que norteiam os contratos em geral⁵⁴.

Mas como estamos tratando de direitos fundamentais, tal conduta encontraria vedação expressa na Constituição Federal.

Já foi mencionado anteriormente que a saúde é um direito fundamental do cidadão.

Nas palavras de Germano SCHWARTZ: “o corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a idéia de que a saúde é *direito fundamental do homem*”.⁵⁵

Digno de nota que José Afonso da SILVA, em comentário ácido, indica que a positivação, apesar de válida, tardou a florescer no âmbito constitucional brasileiro:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também, que nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.⁵⁶

PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE *STENT* - POSSIBILIDADE.

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de *stent*, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.

Seguindo a mesma orientação:

Se a parte contratante do plano de saúde, celebra com a prestadora aditivo prevendo a implantação de prótese coronária, no caso “*stent*”, deve reembolsar não somente a cirurgia e internamento hospitalar, como o fez, mas também a compra do aparelho implantado.

Decisão que julga procedente a ação confirmada. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 99.571-4/9. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Egas Galbiatti. Julgamento em 07.08.2000.)

⁵⁴ Assim decidiu o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

TUTELA ANTECIPADA - AÇÃO PARA MANUTENÇÃO DE VÍNCULO CONTRATUAL DE PLANO DE SAÚDE MÉDICO-HOSPITALAR - "SEGURO GRUPAL DE ASSISTÊNCIA MEDICO-HOSPITALAR" - PLANO DE SAÚDE - TUTELA ANTECIPATÓRIA - CONCESSÃO, EM PRIMEIRO GRAU, PARA MANUTENÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE MÉDICO-HOSPITALAR, AJUSTADO NO CONTRATO - EXUBERANTE PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

I - (...).

II - A boa-fé objetiva não pode compadecer-se com comportamento agressor a função social do contrato, ainda mais quando malferir o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares da República Federativa do Brasil, já que se trata de contrato relativo ao direito a saúde; fundamentalíssimo, por conseguinte. (Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Agravo de instrumento n. 235408-9. acórdão n. 16265. Sexta Câmara Cível. Relator Rabello Filho. Publicado no Diário da Justiça do Estado do Paraná em 17.10.2003.)

⁵⁵ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 57.

Apesar desta crítica, o que realmente interessa é que o direito à saúde apresenta-se como direito fundamental no âmbito normativo brasileiro, e, o mais importante, plenamente reconhecido pela jurisprudência⁵⁷.

E por ser direito fundamental deve ser assegurado da forma mais ampla possível.

Destarte, se as operadoras de planos de saúde, apesar de contratualmente obrigadas a cobrir tais procedimentos, escusam-se de tal cumprimento, é inegável que há ofensa ao direito

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9º Tiragem, 1994, Malheiros Editores, p.276.

⁵⁷ Um dos maiores exemplos do reconhecimento desta fundamentalidade do direito à saúde, encontra-se no seio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Eis trecho da ementa que confirma o que se está afirmando:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 271286. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário da Justiça da União de 24.11.2000. p. 00101)

Reconhecendo, igualmente, a fundamentalidade do direito à saúde os seguintes julgamentos: do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: o mandado de segurança n. 20060020015189. Câmara Especial. Relator Desembargador João Mariosa; do Tribunal de Justiça do Espírito Santo o mandado de segurança n. 100060034715. Pleno. Relator Alemer Ferraz Mouline o agravo de instrumento n. 132115-5/01. Relator João Bosco Gouveia de Melo; do Tribunal de Justiça do Maranhão o agravo de instrumento n. 25935/2005. Primeira Câmara Cível. Relator Raymundo Liciano de Carvalho; e, finalmente, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o agravo de instrumento n. 70012991261. Segunda Câmara Cível. Relator Adão Sérgio do Nascimento Cassiano.

fundamental à saúde do paciente/usuário, conduta esta passível de reprimenda pelo Poder Judiciário.

Por tudo isto, tornam-se aplaudíveis decisões proferidas que reconhecem a fundamentalidade do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana, rechaçando condutas tais como a relatada neste tópico. A título de exemplo a seguinte decisão judicial:

CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE DESPESAS. RESTRIÇÃO CONTRATUAL. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE – STENT FARMACOLÓGICO. CLÁUSULA ABUSIVA - CONTRATO FIRMADO ANTES DA LEI Nº 9.656/98 - INFRAÇÃO AO CDC – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura determinado procedimento médico necessário, pois restringe direitos inerentes à natureza do contrato, a ponto de tornar impraticável a realização de seu objeto, nos exatos termos do artigo 51, §1º, Inciso II, do CDC.
2. Ademais, as cláusulas restritivas, que impeçam o restabelecimento da saúde em virtude de doença sofrida atentam contra a expectativa legítima do consumidor quanto ao plano de saúde contratado.
3. A Lei 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, não afasta a incidência das normas de proteção ao consumidor sempre que se tratar de relação de consumo.
4. *O reconhecimento da fundamentalidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura dos operadores do direito que devem, na aplicação das normas, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.*
5. Negou-se provimento ao recurso.⁵⁸ (grifo nosso)

Por fim, deve-se ressaltar que a negativa em período tão delicado da vida do paciente/usuário, não pode ser considerado como mero aborrecimento, apresentando-se claramente, como dano extrapatrimonial, passível, portanto, de ser indenizado.⁵⁹

6. Considerações finais

⁵⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 2006 01 1 037404-3. Quinta Turma. Relator Asdrubal Nascimento Lima. Publicado no Diário da Justiça da União de 28.06.2007, página 110. Acessível em <http://juris.tjdft.gov.br/docjur/272273/273224.doc>.

⁵⁹ Vide o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE COLOCAÇÃO DE STENT CORONÁRIO REVESTIDO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. DESLOCAMENTO EM SERVIÇO DE UTI DOMICILIAR. NULIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. NEGATIVA DE COBERTURA EM MOMENTO DELICADO DA VIDA DE CONSUMIDOR IDOSO. DANOS MORAIS.

1. (...).

4. *A negativa de cobertura em momento delicado da vida do consumidor gera uma angústia que desborda o mero inadimplemento contratual, mormente quando se trata de pessoa idosa e portadora de cardiopatia grave. Cabível, pois, a reparação dos danos morais sofridos.*

5. Apelo conhecido e provido. (Apelação cível n. 20040110120780. Relator Nídia Corrêa Lima. Terceira Turma Cível. Publicado no Diário da Justiça de 12.09.2006, p. 105) (grifo nosso)

Arrematando de forma breve o presente estudo, tendo em vista que os contratos de planos de saúde apresentam-se como verdadeiros contratos de cooperação e de solidariedade⁶⁰, cuja essência reside na confiança depositada pelo usuário de que naquele momento mais angustiante de sua vida (doença), poderá contar com todo o amparo da companhia seguradora, a qual cumprirá perfeitamente com seus encargos, não se afigura como correta a posição adotada por determinadas operadoras, quando estas, frustrando todas as expectativas de seus segurados, recusam-se a custear despesas de tratamento experimentados pelos mesmos.

Deve se lembrar que o contrato de assistência à saúde transcende (e muito) a idéia de que os bens ali envolvidos são meramente econômicos. Tais contratos, pelo contrário, apresentam faceta das mais importantes em sociedade justa e solidária (a concretização da dignidade da pessoa humana).

Nesse diapasão se de um lado existe o interesse comercial da empresa (privada) em auferir lucro, do outro existe a responsabilidade social deste tipo de empresa, a qual deve se coadunar com o bem de maior valia previsto na Constituição Federal de 1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido o entendimento de Roberto de ABREU e SILVA para quem:

Com relação à saúde, a Constituição garantiu, também, como direito fundamental a mesma proteção. (...) A tutela do direito à saúde, hoje, constitui uma mandamento constitucional indissociável da proteção que a Carta Magna defere à vida.

Por essa razão e levando em consideração o paradigma maior da dignidade da pessoa humana é que, na colisão de princípios ou de direitos dentro do corpo constitucional, deve prevalecer a norma que garante a integridade corporal e moral da pessoa humana. Por tal razão é que o Judiciário sempre defere uma tutela antecipada para garantir a proteção ao doente, no propósito de efetivar a proteção à saúde, seja contra uma empresa de seguro saúde, ou o próprio Estado.⁶¹

Dada a felicidade com que decidiu processo sob sua responsabilidade convém apresentar trecho da sentença proferida pelo magistrado Alexandre David MALFATTI, do Estado de São Paulo, o qual destacou o grau de responsabilidade do empresário que explora esse ramo de atividade comercial:

Na celebração de um contrato de seguro saúde, por exemplo, a sociedade seguradora (fornecedora) não poderá impor ao cidadão (consumidor) um instrumento de adesão com a inserção de cláusulas que ofendam os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Novamente, como enfoque principal, não se poderá admitir que os particulares – empresário e consumidor – possam ajustar como

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso.** Revista Trimestral de Direito Civil, volume 8 (outubro/dezembro de 2001), Rio de Janeiro: Padma, 2001, página 25.

⁶¹ ABREU E SILVA, Roberto de. **Responsabilidade civil constitucional.** In Revista da EMERJ, volume 4, n.º 16, 2001, página 60.

objeto contratual um seguro saúde que agrida à dignidade da pessoa humana. Não se pode dizer ao consumidor para não ficar com uma doença específica ou para não usar serviços especializados da Unidade de Terapia Intensiva após determinado período ao ano, sob pena de não ser atendido pelo seguro saúde ou pelo plano de saúde, sem uma preocupação com a vida (principal elemento da dignidade da pessoa humana). O empresário deverá negociar consciente dos ditames constitucionais e das limitações que o ramo empresarial escolhido lhe impõem, não tratando a assistência à saúde como se fosse uma atividade empresarial qualquer ou, em palavras já conhecidas, como se estivesse comercializando uma lata de ervilha.⁶²

Destaque-se que “uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos”.⁶³

Aliás, como bem advertiu o Superior Tribunal de Justiça: “A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.”⁶⁴

Da mesma forma, apresenta-se gritantemente preocupante que em nome de objetivos não tão claros, as operadoras, com a conivência da Agência Nacional de Saúde (o que é mais grave), estejam exigindo a declinação de dados sigilosos dos pacientes nas guias de liberação de exames e de internamento.

Quanto a este último fato (informação de dados confidenciais dos pacientes nas guias de autorização de exames e internamentos), mostra-se totalmente legítima a recente resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina⁶⁵, que veda ao profissional da saúde o

⁶² Trecho da sentença proferida pelo juiz Alexandre David Malfatti, nos autos de cobrança n.º 00.026494-8, da 7ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, São Paulo, julgado em 18.04.2001. Publicada na Revista de Direito do Consumidor, n.º 43, julho-setembro de 2002, páginas 359/379.

⁶³ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 293-MC. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário da Justiça da União de 16.04.1993.

⁶⁴ Trecho da ementa do recurso especial n. 746.781-RS, julgado pela Primeira Turma, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Luiz Fux. Publicado no Diário da Justiça da União de 22.05.2006.

⁶⁵ Resolução n. 1.819 de 17 de maio de 2007. Eis a íntegra da mesma:

preenchimento nas guias de consulta e solicitação de exames, dos campos referentes à classificação Internacional de doenças (CID), bem como do tempo de doença do paciente, concomitantemente com qualquer outro tipo de identificação do paciente ou qualquer outra informação sobre diagnóstico, haja vista que tais dados são sigilosos, garantidos plenamente pela Constituição Federal e não podem ser disponibilizados a terceiros sem prévia e expressa autorização do maior interessado que é o próprio paciente.

7. Referências Bibliográficas

ABREU E SILVA, Roberto de. **Responsabilidade civil constitucional**. In Revista da EMERJ, volume 4, n.º 16, 2001.

AMARAL JR., Alberto do. **A Função da Boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais**. Palestra proferida no I Simpósio Internacional de Direito Bancário, realizado em março de 1998, na Cidade de São Paulo, São Paulo, extraída do site da editora Forense: www.forense.com.br. Capturado em 25 de agosto de 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. In Revista Trimestral de Direito Civil, volume 9 (janeiro/março de 2002), Rio de Janeiro: Padma, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Trecho do texto de apresentação da obra científica **Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais**. Cláudia Lima Marques.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 695.665-RS. Primeira Turma. Relator ministro Luiz Fux. Publicado no Diário da Justiça da União de 20.11.2006.

Art. 1º Vedar ao médico o preenchimento, nas guias de consulta e solicitação de exames das operadoras de planos de saúde, dos campos referentes à Classificação Internacional de Doenças (CID) e tempo de doença concomitantemente com qualquer outro tipo de identificação do paciente ou qualquer outra informação sobre diagnóstico, haja vista que o sigilo na relação médico-paciente é um direito inalienável do paciente, cabendo ao médico a sua proteção e guarda.

Parágrafo único. Excetuam-se desta proibição os casos previstos em lei ou aqueles em que haja transmissão eletrônica de informações, segundo as resoluções emanadas do Conselho Federal de Medicina.

Art. 2º Considerar falta ética grave todo e qualquer tipo de constrangimento exercido sobre os médicos para forçá-los ao descumprimento desta resolução ou de qualquer outro preceito ético-legal.

Parágrafo único. Respondem perante os Conselhos de Medicina os diretores médicos, os diretores técnicos, os prepostos médicos e quaisquer outros médicos que, direta ou indiretamente, concorram para a prática do delito ético descrito no caput deste artigo.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 271286. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário da Justiça da União de 24.11.2000. p. 00101.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação cível n. 1999.02.01.061772-6-RJ. Quinta Turma. Relator. Desembargador Federal Chalu Barbosa. Publicado no Diário da Justiça da União de 06.02.2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 293-MC. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário da Justiça da União de 16.04.1993.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível n. 2005.01.1.135713-7. Primeira Turma. Relator desembargador Natanael Caetano. Publicado no Diário da Justiça da União de 29.05.2007. Acessível em <http://juris.tjdft.gov.br/docjur/272273/272245.doc>.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 2006 01 1 037404-3. Quinta Turma. Relator Asdrubal Nascimento Lima. Publicado no Diário da Justiça da União de 28.06.2007, página 110. Acessível em <http://juris.tjdft.gov.br/docjur/272273/273224.doc>.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato – teoria geral**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed., revista e aumentada, Portugal, Lisboa: Livraria Almedina, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. *In* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

FIUZA, César. **Novo direito civil – curso completo**. 5 ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 2 imp. São Paulo: Fundo editorial Byk Prociencx, 1975.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; [et alli]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover [et alli]. 6 ed. Rio De Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil.** Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, n.º 42, ano 11, abril – junho de 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado.** Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais.** 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso.** Revista Trimestral de Direito Civil, volume 8 (outubro/dezembro de 2001), Rio de Janeiro: Padma, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A noção de contrato na história dos pactos.** In Uma vida dedicada ao direito - homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MONTEIRO, Washinton de Barros. **Curso de Direito Civil - direito das obrigações.** 2ª parte. 5º volume. 33 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

NANI, Giovanni Ettore. **Cadernos de Autonomia Privada – Caderno 2,** organizador Renan Lotufo, A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada, Curitiba: Juruá Editora, 2001.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 5ª ed., rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9º Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores 1994.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações,** 6 ed. (portuguesa) revista e atualizada, Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.