

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TISS: ENTRE O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O LIVRE MERCADO*

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF TISS: BETWEEN THE RESPECT FOR HUMAN RIGHTS AND FREE MARKET

*Germano Schwartz***

*Rafaela Lemos Guilherme****

RESUMO

O presente ensaio tem por escopo analisar como o padrão de Troca de Informações em Saúde Suplementar viola a privacidade dos dados pessoais dos pacientes e, ainda, se fere um dos princípios fundamentais da medicina: o sigilo médico. Verifica, no entanto, uma possível solução para o conflito entre os princípios constitucionais do interesse público e os da privacidade e da intimidade mediante a aplicação da proporcionalidade. Com isso, pretende-se, por fim, demonstrar que o respeito aos direitos fundamentais sobrepõe-se aos interesses do livre mercado como questão de preservação da unidade jurídica.

Palavras-chave: Direito à saúde; Direitos fundamentais; Direito à privacidade; Direito à intimidade; TISS.

ABSTRACT

The present essay has for target to analyze how the pattern of Exchange of Information on Health Supplemental violates the privacy of personal data of

* Artigo resultante de pesquisa financiada pelo CNPq em sede de Pibic na Universidade Luterana do Brasil. Originou-se do projeto de pesquisa intitulado “A teoria do direito aplicada aos direitos fundamentais: do positivismo à autopoiese do direito”, vinculado ao grupo de pesquisa CNPq “Constitucionalismo e direitos fundamentais” e à linha de pesquisa “Direito do estado e direitos fundamentais” do PPGD-Ulbra/Canoas.

** Pós-doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral na Université Paris X – Nanterre (Centre de Theorie du Droit). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Ulbra/Canoas. Coordenador do Curso de Direito da Esade – Laureate International Universities. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. Pesquisador da UnP. Correspondência para/Correspondence to: Avenida Caí, 735, Casa 7, 90810-120, Porto Alegre-RS. E-mail: germano.schwartz@globo.com.

*** Acadêmica de Direito (Ulbra). Bolsista Pibic/CNPq. Correspondência para/Correspondence to: Rua Antonio Ficagna, 1257, Bairro Fátima, 92200-690, Canoas-RS. E-mail: rafa.lemos@yahoo.com.br.

the patients and, even if it hurts one of the fundamental principles of medicine: medical confidentiality. It verifies, on the other hand, a possible solution to the conflict between the constitutional principles of public interest and the privacy and intimacy through the application of proportionality. Thus, it is intended to eventually demonstrate that the fundamental rights take precedence over the interests of the free market as a matter of preserving the legal unit.

Keywords: Right to health; Human rights; Right to privacy; Right to intimacy; TISS.

INTRODUÇÃO

É fato que o acúmulo de informações sobre diagnósticos e tratamentos tem contribuído para o conhecimento científico sobre as doenças. Dessa forma, não se pode esquecer da dependência do avanço da saúde em função do conhecimento de seu polo oposto, mas integrador da unidade distintiva sanitária (doença)¹. Não se discute, pois, que os bancos de dados e cadastros relativos a pacientes mostram-se de grande valia para a promoção da saúde e bem-estar de uma população.

Nesse sentido, e com o intuito de buscar uma melhora na qualidade da saúde brasileira², a Agência Nacional de Saúde Suplementar criou um sistema de unificação das guias dos planos de saúde. Pretende, com isso, facilitar o intercâmbio dos dados dos prontuários médicos.

A medida traz uma série de benefícios de interesse público. Porém, a que preço? A proteção dos direitos humanos fundamentais também é de interesse da coletividade. Ademais, como salientado por Canotilho, “o Estado de Direito é o Estado dos direitos fundamentais”³. A questão básica repousa em um aspecto desde há muito debatido na doutrina constitucionalista contemporânea⁴: quais são os limites do Estado-Regulador perante a necessária defesa dos direitos humanos fundamentais? É diante desse quadro, com o uso do TISS como pano de fundo da questão, que o presente artigo pretende desenvolver sua linha argumentativa.

¹ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

² MINISTÉRIO DA SAÚDE, AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *TISS: troca de informações em saúde suplementar*. p. 6 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsite_tiss/pdf/texto_completo.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2010.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32571/31782>>. Acesso em: 18 fev. 2010. p. 19.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309.

O QUE É TISS?

A Troca de Informações em Saúde Suplementar (TISS) é o novo padrão estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para unificar as guias de todas as operadoras de planos de saúde. Seu objetivo, declarado, é o de facilitar o registro e a transmissão de dados⁵.

Importante referir que os dados coletados serão retirados dos prontuários dos pacientes, disso resultando um banco de dados de caráter público. Os prontuários servem para garantir que as informações referentes aos fatos e aos eventos clínicos sobre cada indivíduo sejam preservadas. Dessa forma, o diagnóstico teria maior precisão e também se permitiria uma avaliação do paciente de forma rápida e com menor probabilidade de erro. Esse método foi desenvolvido por médicos e enfermeiros com o objetivo de facilitar o acesso às informações de cada paciente por todos os profissionais envolvidos no atendimento⁶. Posteriormente, com o intuito de garantir maior efetividade, segurança e agilidade, surgiram os prontuários eletrônicos.

Os dados registrados nos prontuários possibilitam a análise dos tratamentos utilizados, quais formas as terapêuticas deram resultados positivos, como foi a resposta dos pacientes ao tratamento e quais os seus custos. Dessa maneira, a ANS sustenta que o sistema TISS trará uma série de benefícios como a facilitação na coleta de informações para estudos epidemiológicos e definição de políticas em saúde, fundamentando as estatísticas da Agência e de outros órgãos governamentais. Destarte, possibilitará uma melhora significativa na qualidade da assistência à saúde, conforme salientado por Clóvis Lima⁷:

O cadastro de beneficiários dos planos de saúde das operadoras privadas possibilita estudos de demografia, viabilizando, por exemplo, comparações das frequências por sexo e faixa etária em relação à população em geral. O cadastro de beneficiários pode também funcionar como base para estudos e pesquisas epidemiológicas, com verificação da frequência de eventos vitais através dos sistemas de notificação de nascidos vivos, de notificação compulsória de agravos e de informações de mortalidade do Sistema Único de Saúde (SUS).

⁵ Para mais informações, acesse-se o site da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsite_tiss/f_materia_15254.htm>. Acesso em: 1º out. 2009.

⁶ SLEE, SLEE e SCHIMITD apud MASSAD, Eduardo et al. *O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico*. São Paulo: H. de F. Marin, 2003. p. 1. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/13896465/Prontuario-eletronico-do-paciente-PEP#>>. Acesso em: 20 out. 2009.

⁷ LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. *Informação e regulação da assistência suplementar à saúde*. 2005. 110 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://acd.ufrj.br/~liinc/publicacoes/miolo_regulacao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009. p. 67.

Ressalte-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) adotou, a partir de 2006, a utilização do Cartão Nacional de Saúde para identificar os usuários da rede pública e possibilitar a formação de um cadastro dos usuários e a construção de uma base de dados de históricos clínicos⁸.

Embora traga muitas vantagens, é importante considerar que, dentro da estrutura do ordenamento jurídico pátrio, mesmo dentre relações privadas, o respeito aos direitos humanos fundamentais erige-se como um verdadeiro limite normativo com a função de (a) preavencimento desses direitos em situações que coloquem em perigo sua eficácia e (b) orientação dos julgadores em relação a *cases* em que, por exemplo, o livre mercado procure aplicar sua lógica em detrimento da racionalidade do Direito⁹. Resta, portanto, a pergunta: o TISS está vinculado ao respeito aos direitos fundamentais?

O TISS ESTÁ VINCULADO AO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS?

Uma questão muito debatida é a que diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Como compatibilizá-los com a autonomia privada? As relações entre os cidadãos devem sofrer ingerência dos direitos fundamentais, ou esses regulam apenas as relações entre o Estado e o indivíduo?

Antes do pacto social, os direitos humanos fundamentais eram aplicados nas relações entre particulares, uma vez que no estado de natureza ainda não havia poder estatal. O contrato social teve por objetivo garantir e promover a eficácia desses direitos¹⁰. Dessa forma, conforme ensina Emmanuel de Castro Pinto, “para o jusnaturalismo contratualista, os direitos humanos eram realidades pré-políticas, anteriores à criação do Estado, direitos naturais que valiam também no âmbito das relações privadas”¹¹.

O liberalismo-burguês, entretanto, concebia os direitos humanos fundamentais como um limite ao poder estatal a fim de preservar a liberdade individual e social¹². Conforme esse entendimento, na esfera privada as relações se dariam entre iguais e, portanto, possuiriam autonomia para regular seus próprios interesses¹³.

⁸ Para mais informações veja <<http://dtr2001.saude.gov.br/cartao/>>. Acesso em: 21 out. 2009.

⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91-95.

¹⁰ PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 173, ago./dez. 2008.

¹¹ *Ibid.*, p. 175.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 275.

¹³ PINTO, *op. cit.*, p. 167.

Todavia, com o surgimento do Estado Social, restou claro que as relações particulares não se davam entre iguais, mas, sim, entre indivíduos economicamente desiguais, em que quase sempre prevaleciam os interesses do mais forte. A partir desse contexto, surge a necessidade de se equilibrar essas relações, respeitando-se o indivíduo como ser humano¹⁴.

Ademais, o fortalecimento do constitucionalismo fez com que a Constituição ganhasse *status* de ordem jurídica fundamental, promovendo a unidade de todo o ordenamento jurídico e deixando de ser, apenas, o estatuto do poder público¹⁵. Resta claro, portanto, que os princípios constitucionais regem, não apenas as relações entre Estado e indivíduo, mas também as relações estabelecidas apenas entre particulares. Nessa ótica, a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana não são fundamentos exclusivos do direito público, mas de toda a ordem jurídica, como salienta Jörg Neuner:

(...) a dignidade da pessoa não pode ser violada apenas por atos contrários à lei, mas também pela injustiça [*Unrecht*, literalmente: não direito] na forma da lei. (...) Por outro lado, a dignidade da pessoa não pode ser violada apenas pela ação do Estado, mas também por cidadãos individuais¹⁶.

Merece destaque a decisão que confirma o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir

¹⁴ PINTO, op. cit., p. 168.

¹⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 306.

¹⁶ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 253.

à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO¹⁷.

No que tange à compatibilização da autonomia privada com os direitos fundamentais, Wilson Steimmetz lembra que, conforme os ensinamentos de

¹⁷ Recurso Especial n. 20.1819-RJ, 2ª Turma, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. em: 11.10.2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=direitos e fundamentais e relações e privada&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=direitos+e+fundamentais+e+rela%C3%A7%C3%B5es+privada&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

Robert Alexy, tanto a autonomia privada como os direitos fundamentais possuem características de princípios e que, portanto, a sua ponderação deve se dar mediante a aplicação da proporcionalidade nos casos em que a autonomia privada restrinja algum direito fundamental¹⁸.

Logo, pode-se entender que o sistema TISS está vinculado aos direitos fundamentais e, portanto, deve respeitar os princípios da privacidade e da intimidade e, em especial, o princípio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Como ensina Judith Martins-Costa, os Direitos da Personalidade elencados pelo Novo Código Civil vieram “revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil – os quais são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional”¹⁹.

O TISS E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

O Estado, mediante políticas governamentais, tem transferido a execução de alguns serviços públicos para o setor privado. Com o intuito de promover a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, foram criadas as agências regulamentadoras, instituídas como autarquias sob regime especial. Essas agências, por serem regidas por um regime especial, possuem alguns privilégios, como a independência administrativa, a autonomia financeira e o poder normativo. Esse último possibilita que as agências regulamentem as matérias de sua competência²⁰.

Importa destacar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma agência reguladora e, portanto, uma autarquia. As autarquias, conforme ensina Luis Roberto Barroso, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, a fim de desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público²¹. Assim, exercem competências próprias do Estado, submetendo-se aos princípios que regem a Administração Pública.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 216-225.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

²⁰ KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. p. 57. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=920>. Acesso em: 16 fev. 2010.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

Um dos princípios administrativos que merece referência é o da eficiência administrativa. Tal princípio consiste na ideia de que a administração pública deve ser exercida de forma a “obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”²². Cumpre salientar que, caso haja colisão entre a eficiência e algum direito fundamental, dever-se-á buscar uma ponderação dos bens jurídicos envolvidos, de forma que se preservem ao máximo todos os valores conflitantes²³, mesmo que disso resulte a redução da eficiência administrativa.

A Lei n. 9.961, de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em seu artigo 3º estabelece como finalidade da ANS a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. Como já dito, o padrão de Troca de Informação em Saúde Suplementar tem como um de seus objetivos fazer com que os dados coletados sirvam de fonte de informação aos gestores públicos para a implementação de políticas públicas. Nessa linha de raciocínio, a introdução do sistema TISS é de interesse público e, portanto, cabe à ANS promovê-lo. Além disso, a ANS tem por função coordenar e monitorar a implantação do TISS em nível nacional, de forma eficaz, porém nunca em detrimento dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS: INTIMIDADE, PRIVACIDADE E O SIGILO MÉDICO-PACIENTE

Um dos pontos mais relevantes e de grande preocupação no que se refere ao sistema TISS é o sigilo dos dados pessoais dos pacientes, em especial àqueles que dizem respeito ao seu estado de saúde. Já existem normas que tratam do assunto, como o Código Penal (art. 154), o Código de Processo Penal (art. 207), o Código de Processo Civil (art. 347, II; art. 363, IV, e art. 406, II), o Código de Ética Médica (CEM) (Capítulo I, inciso XI, e todo o Capítulo IX), resoluções do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM n. 1821, de 23 de novembro de 2007) e, inclusive, diplomas da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar (RN n. 21, de 12 de dezembro de 2002, e a RDC n. 64, de 10 de abril de 2001).

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, estabeleceu como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe,

²² ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, nov./dez. 2005 e jan. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXAN DRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15706/15270>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

assim, o valor supremo da ordem jurídica democrática²⁴. Destarte, a dignidade da pessoa humana é uma das razões da existência da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer sobre os demais, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes, e, quando houver conflito entre princípios de igual importância hierárquica, a medida da ponderação já está determinada em favor da dignidade humana²⁵. E, ainda, segundo a mesma autora “somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados”²⁶. O Estado existe em função da pessoa²⁷, e o parágrafo único, do artigo 1º, da nossa Carta Política torna isso evidente quando declara que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, foi estabelecido pela Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X, que o direito à privacidade e à intimidade são invioláveis. Ademais, o Código de Ética Médica estabelece como princípio fundamental da medicina que o médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções²⁸, uma vez que, alguns dados obtidos pelos médicos, se revelados, poderiam causar prejuízos morais e econômicos aos pacientes. Além disso, como ensina Genival França, “para que uma profissão seja respeitada, faz-se necessário que os que a praticam sejam ética e moralmente confiáveis, e o sigilo profissional é uma das formas mais evidentes de como aquilatá-la”²⁹. Vale lembrar, ainda, que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes e, portanto, devem observar os princípios da privacidade, da intimidade e da dignidade da pessoa humana. Giza-se que integram o segredo médico a natureza da enfermidade, as circunstâncias que a rodeiam e o seu prognóstico³⁰.

Nessa ótica, é um dever *prima facie*, de todo profissional que atua na área da saúde, o resguardo dos dados do paciente, ficando evidente que o sistema TISS viola os direitos fundamentais do paciente e rompe com o princípio do sigilo médico. A jurisprudência ratifica esse entendimento. Uma decisão da 4ª Turma

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69.

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119.

²⁶ *Ibid.*, p. 119.

²⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 68.

²⁸ Novo Código de Ética Médica, Preâmbulo, Capítulo I, Princípios Fundamentais, inciso XI. Disponível em: <<http://www.cremers.com.br/pdf/novocodigoeticamedico.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2009.

²⁹ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

³⁰ *Id.*

do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp n. 159.527-RJ (Registro n. 97.0091690-1), declarou:

EMENTA: 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 provido³¹.

Há ainda decisões provenientes de outros tribunais que seguem o entendimento do STJ:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRONTUÁRIOS – SIGILO MÉDICO – ÉTICA MÉDICA – CASO ESPECÍFICO – REQUISIÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com o Código de Ética Médica (Lei n. 3.268/57) e a Instrução n. 153/85, da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, a entrega de documentos contendo dados de interesse médico às instituições públicas ou privadas, sem a devida e expressa autorização do paciente, de seu responsável legal ou sucessor, viola a ética médica.

A sua requisição judicial deverá ser determinada apenas quando houver interesse público que recomende sua requisição para instrução de processos judiciais, entretanto, deverão ser adotadas providências no sentido de se resguardar o sigilo profissional da classe médica³².

No entanto, oportuno referir que o artigo 73 do mesmo Código dispõe, ainda, que apenas por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente pode haver a quebra do sigilo médico. Como bem explica Genival França

(...) fica entendido como justa causa o interesse de ordem pública e social que autoriza o não cumprimento do sigilo, mesmo sabendo-se que essa violação agride a tese do segredo profissional, mas que se o faz

³¹ Recurso Especial n. 15.9527-RJ, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ruy Rosado de Aguiar, j. em: 14.04.1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700916901&dt_publicacao=29-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

³² Agravo de Instrumento n. 2.0000.00.511572-8/000, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Antonio Sérvulo, j. em: 14.09.2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=511572&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

em favor de interesses relevantes. (...) O que se proíbe revelar é a informação desproposita que tenha por motivo a má-fé, a leviandade e o baixo interesse³³.

Outra questão que pode ser aventada é se não há uma antinomia entre normas constitucionais, uma vez que, por um lado, a Constituição protege a intimidade e a privacidade e, por outro, assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Portanto, cabe ao Estado promover políticas públicas na saúde e, conforme alega a ANS, os dados colhidos pelo sistema TISS serão utilizados para tal finalidade.

Importante destacar aqui a diferença entre regras e princípios. Conforme ensina Alexy:

(...) principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandados de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay de hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible³⁴ (grifo do autor).

255

Ainda segundo esse autor, quando duas regras entram em conflito, deve-se criar uma cláusula de exceção a fim de declarar inválida uma regra em detrimento de outra, desfazendo-se assim o conflito. Todavia, quando ocorre a colisão de dois princípios, busca-se a sua ponderação³⁵.

Como não há hierarquia entre princípios constitucionais, como resolver essa antinomia? Uma solução seria a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal princípio consiste na ideia de “adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”³⁶. Por seu intermédio, pode-se compreender que se deve optar pelo meio mais apto para alcançar o fim almejado e que, ainda, produza a menor restrição possível.

³³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002. p. 161.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86-87.

³⁵ *Ibid.*, p. 88-89.

³⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 71.

Cumpra salientar, também, que existem outros princípios que auxiliam na interpretação das normas constitucionais, dentre os quais podemos destacar o princípio da concordância prática ou da harmonização. Dispõe esse princípio que se deve buscar um ajuste dos bens jurídicos envolvidos, a fim de se evitar o sacrifício total de um em relação ao outro, uma vez que a Constituição garante proteção a todos eles.

No que tange ao TISS, poder-se-ia afirmar que o dever de preservação da saúde pública sobrepõe-se ao dever de sigilo. Entretanto, como referido anteriormente, não se pode sacrificar um direito em detrimento de outro. Deve-se buscar uma ponderação. O sistema de Troca de Informações em Saúde Suplementar (TISS) deveria consistir na coleta de dados que sejam indispensáveis e, em especial, que não fossem revelados os nomes dos pacientes, nem qualquer outro dado que pudesse identificá-los. As informações obtidas deveriam ser utilizadas restritamente para os fins a que se destinam: sociais e científicos.

Contudo, caso dados de identificação dos pacientes sejam revelados, poderá surgir um novo mercado de venda de informações, pois poderá haver recusa de contratação de planos de saúde por parte das operadoras que tiverem acesso às informações coletadas pelo sistema TISS. Cabe às operadoras de planos de saúde zelar pelos dados obtidos, a fim de restringir o seu acesso, como estabelece o artigo 8º da Resolução Normativa da ANS n. 153, de 28 de maio de 2007³⁷.

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM USAR OS DADOS COLHIDOS

256

O direito do trabalho, ao longo dos anos, influenciou fortemente as conquistas na esfera dos Direitos Humanos. A luta por uma vida mais digna, melhores condições de trabalho e salários mais justos eram as reivindicações básicas dos movimentos operários. Tais reivindicações foram de grande relevância para que os Direitos Humanos fossem reconhecidos, como lembra Hobsbawn:

(...) os movimentos operários europeus surgiram, e conseqüentemente começaram a influenciar a luta pelos direitos humanos e por sua definição, numa época em que o próprio conceito destes direitos estava passando por mudanças bastante profundas. Na verdade, naquela época, uma variedade de tipos de 'direitos' coexistia, cada um influenciando e sendo influenciado pelas características e exigências dos movimentos operários, e pelos desdobramentos causados por sua existência³⁸.

³⁷ “As operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços de saúde devem constituir proteções administrativas, técnicas e físicas para impedir o acesso eletrônico ou manual impróprio à informação de saúde, em especial a toda informação identificada individualmente, conforme normas técnicas estabelecidas na Resolução CFM n. 1639 de 10 de julho de 2002, e na RN n. 21 de 12 de dezembro de 2002, e na RDC n. 64 de 10 de abril de 2001 ambas da ANS”.

³⁸ HOBBSAWN apud NEGREIROS, Karin Corrêa de. *O princípio da dignidade da pessoa humana em face das normas trabalhistas brasileiras: uma abordagem teórica acerca do conflito de normas*. 2005. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas

A constitucionalização dos direitos fundamentais deu início à busca da sua concretização, e, mesmo nos dias atuais, essa luta mostra-se incessante. No direito do trabalho, a cada dia, surgem novos questionamentos com relação ao tema.

A relação de emprego dá-se entre o empregador e o empregado, sendo que um dos pressupostos dessa relação é a subordinação hierárquica³⁹. O artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) institui o poder diretivo do empregador, uma faculdade unilateral normalmente condicionada às necessidades da empresa, e que se justifica em função de motivos especiais e racionalmente apresentados, tudo em observância aos direitos do trabalhador⁴⁰.

Entretanto, cumpre salientar que o poder diretivo do empregador não é absoluto⁴¹, tendo como limite o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador e o reconhecimento dos direitos do empregado enquanto homem.

Por essa razão, o limite básico e intransponível ao poder diretivo são os direitos fundamentais de qualquer ser humano, dentre os quais podemos destacar o direito à intimidade e à privacidade. Os direitos da personalidade são direitos inerentes ao ser humano, de ordem extrapatrimonial, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, que visam assegurar a dignidade da pessoa humana⁴².

Destarte, uma questão importante é a que diz respeito à discriminação durante o processo de seleção de candidatos a emprego. Como fica o poder diretivo do empregador em selecionar seus futuros empregados se os dados coletados pelo sistema TISS forem divulgados às empresas? Cabe lembrar que a nossa Carta Política veda, em seus artigos 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, e 3º, inciso IV, a discriminação de gênero (sexo), raça (cor), idade, deficiência e de natureza do trabalho. A Lei n. 9.029, de abril de 1995, bem como as Convenções ns. 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também proíbem a prática discriminatória para a admissão à relação de emprego, ou a sua manutenção. Entretanto, embora não aludam, explicitamente, à discriminação referente ao estado de saúde, tais dispositivos não possuem caráter taxativo mas, meramente, exemplificativo, como refere Arion Sayão Romita⁴³. O caráter exemplificativo deve-se ao fato de que o que se busca com a proibição da discriminação é a proteção da dignidade humana, princípio fundamental da República.

e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. p. 71. Disponível em: <<http://www.dominio-publico.gov.br/downloadtextocp00610.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

³⁹ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 82.

⁴⁰ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 110-150.

⁴¹ CAMINO, op. cit., p. 107.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 242.

⁴³ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil, p. 310.

A proibição constitucional de discriminar aplica-se a todos os ramos do direito, inclusive à relação de emprego, em todas as suas fases. Tal princípio deve ser observado desde a fase pré-contratual (admissão), passando pela execução, até o seu término. Conforme destaca Vanessa Karan de Chueiri Sanches “os métodos de seleção devem restringir-se a avaliar exclusivamente a aptidão do candidato para realizar as funções exclusivas ao cargo que deseja ocupar”⁴⁴. Giza-se que não se admite exames de identificação do código genético de candidatos a emprego, para verificação da possibilidade de acometimento de alguma doença. Ademais, é vedada a investigação do vírus HIV/Aids, por meio de exames ou análise de comportamentos de risco, seja no processo seletivo, seja no decorrer do contrato de trabalho. O trabalhador também não é obrigado a informar tal condição. A infecção do empregado não constitui motivo para a ruptura do contrato, conforme orientação jurisprudencial:

EMENTA: NULIDADE DA DESPEDIDA. DANO MORAL. Evidenciado que o desligamento do autor teve por motivação a limitação física decorrente de moléstia incurável, revela-se nula a despedida, por discriminatória, surgindo o dever de reintegrar⁴⁵.

EMENTA: DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Em atenção ao princípio da continuidade do emprego, bem como no que estabelece a Constituição Federal no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, presume-se discriminatória a despedida arbitrária do empregado com HIV⁴⁶.

No que tange à discriminação no processo de seleção a emprego não se pode admitir que a conduta de um particular impeça a obtenção da relação de trabalho a um ser humano, uma vez que isso caracterizaria abuso do direito de seleção de candidatos conferido ao empregador⁴⁷.

⁴⁴ SANCHES apud ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 311.

⁴⁵ Acórdão do Processo n. 01381-2007-022-04-00-4 (RO) Redator: Beatriz Renck RE Data: 23.09.2009 Origem: 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <http://gsa2.trt4.gov.br/search?q=cache:bESBRNjuT8f:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D32461621+discrimina%C3%A7%C3%A3o%2C+estado+sa%C3%BAde++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2008-10-16..2009-10-16+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8> Acesso em: 16 out. 2009.

⁴⁶ Acórdão do Processo n. 00789-2008-023-04-00-6 (RO) Redator: Marçal Henri dos Santos Figueiredo Data: 17.12.2008 Origem: 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <http://gsa2.trt4.gov.br/search?q=cache:YfQKDEkzHpAJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D30090349+discrimina%C3%A7%C3%A3o%2C+estado+sa%C3%BAde++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2008-10-16..2009-10-16+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 out. 2009.

⁴⁷ CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na admissão: direito à integração. *Revista do TRT/EMATRA – 1ª Região*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://portal2.trtrio.gov.br>>

O artigo 168, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) permite a realização de quaisquer exames médicos complementares, a critério médico, a fim de se verificar a capacidade mental e física, para o exercício da função que irá exercer. Entretanto, tal preceito é limitado. É necessária a comunicação prévia aos trabalhadores de todos os exames admissionais, periódicos e demissionais, sob pena de violar a intimidade corporal do indivíduo e servir como meio para discriminação de trabalhadores, conforme estabelecido no artigo 168, § 5º, da CLT, introduzido pela Lei n. 7.855/89. Os exames médicos devem restringir-se para verificação da aptidão do trabalhador para a função que irá exercer.

Pelo exposto, conclui-se que a licitude das diversas manifestações do poder diretivo do empregador depende de sua conformidade não só com a lei, mas também com os preceitos éticos que devem reger todas as relações humanas, notadamente o respeito aos direitos fundamentais no exercício de seu trabalho. Qualquer manifestação do poder diretivo do empregador deverá sempre ter como limite intransponível o absoluto respeito à dignidade do ser humano.

Destarte, deve-se ter cautela em se disponibilizar os dados coletados pelo sistema TISS a fim de proteger a dignidade do trabalhador e coibir o abuso do poder diretivo do empregador.

O QUE DIZ A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE?

A Constituição Federal de 1988 assegura, de forma geral, em seu artigo 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, embora o seu artigo 196 estabeleça que o dever de prestar saúde pertença ao Estado. No entanto, somente a partir de 1991, é que teve início o processo de regulamentação dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (PSS) no Brasil⁴⁸. Como resultado desse processo, o Congresso Nacional sancionou, em 3 de junho de 1998, a Lei n. 9.656.

A Lei n. 9.656 foi criada visando regular as operações entre as prestadoras de planos de saúde e seus usuários. No que diz respeito à troca de informações, a referida Lei determina em seu artigo 20 que as operadoras de planos de saúde são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS, todas as informações e estatísticas relativas às suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes,

7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/BIBLIOTECA/CONSULTA_ACORDAOS/REVISTA%20DO%20TRTEMATRA/TRT_REV%2044_JUN_DEZ_2007_DOCTRINA_07_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O.PDF>. Acesso em: 17 out. 2009, p. 93.

⁴⁸ CARVALHO, Eurípedes Balsanuo. *A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. 2003. 245 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas, Campinas. p. 37. Disponível em: < <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000299981> Acesso em: 26 fev. 2010.

incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem. Ademais, caracteriza embaraço à fiscalização a imposição de qualquer dificuldade à consecução dos objetivos da fiscalização, o que implica medidas punitivas.

Importante salientar que a referida lei impede os planos de criar as chamadas “listas negras”. Em seu texto inicial, fica claro que ninguém poderá ter sua proposta de contrato de plano de saúde recusada em virtude da existência de doenças descritas pelo Código Internacional de Doenças (CID). E mais: não poderá ter o atendimento negado ou qualquer outro procedimento que se faça necessário em decorrência desse preenchimento. Entretanto, embora a lei proíba as “listas negras”, sabe-se que as operadoras, tendo acesso às informações sobre as doenças dos pacientes, poderão cobrar mais caro daqueles que utilizam mais o plano de saúde, a fim de intensificar os seus lucros. Refira-se que o artigo 35-G da Lei n. 9.656 dispõe que aos contratos entre os usuários e as operadoras de planos de saúde aplicam-se, de forma subsidiária, as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, cumpre lembrar que o Código de Defesa do Consumidor considera abusivas as obrigações que colocam o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.

260

Apesar disso, é imprescindível lembrar que, conforme ensina José Luiz Toro da Silva, “todas as ações das operadoras e seguros privados de assistência à saúde são consideradas de relevância pública”⁴⁹, e, por isso, o setor deve submeter-se “à fiscalização e ao controle do Estado”⁵⁰. Esse controle dá-se mediante uma série de medidas, dentre as quais podemos destacar a imposição de contratação, que estabelece que as operadoras não podem negar acesso em razão, por exemplo, da idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência.

Dessarte, questiona-se como se dará, efetivamente, a fiscalização da existência dessas “listas negras”, uma vez que a Lei dos Planos de Saúde as proíbe?

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM FUNÇÃO DA ADOÇÃO DO TISS

A Constituição Federal estabeleceu, de forma expressa, os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro e, devido à supremacia da Constituição, toda a legislação infraconstitucional deve estar em conformidade com tais princípios. Do mesmo modo, os negócios jurídicos e suas cláusulas devem estar de acordo com as normas constitucionais, sob pena de nulidade. Por essa ótica, podemos concluir que os contratos devem respeitar os princípios da intimidade e da privacidade, ambos constitucionalmente garantidos.

⁴⁹ SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M. A. Pontes Editora, 2005. p. 28.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei infraconstitucional, preocupou-se em se adaptar aos princípios elencados em nossa Lei Fundamental e, em seu artigo 4º, estabeleceu que as relações de consumo devem respeitar, entre outros, a dignidade dos consumidores. Logo, se houver uma cláusula contratual em confronto com a dignidade da pessoa humana, esta deve prevalecer em detrimento daquela.

Cumprе salientar que o CDC trouxe uma mudança considerável no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, com seu advento, passou-se de “uma visão liberal e individualista para uma visão social do contrato, na qual a função do Direito é garantir a equidade e boa-fé nas relações de consumo, superando o dogma da autonomia da vontade”⁵¹.

Importa referir que contrato de plano de saúde é o negócio jurídico mediante o qual as partes, contratante e operadora de planos de saúde, autorregulam os efeitos patrimoniais que intentam alcançar, segundo a autonomia de suas próprias vontades⁵². Esses contratos são de prestação de serviços e apresentam-se na forma de contratos de adesão.

O artigo 54 do CDC preceitua que contrato de adesão é aquele em que o fornecedor do produto ou serviço, de forma unilateral, ou, ainda, uma autoridade, estipula as cláusulas contratuais, sem que o consumidor tenha a possibilidade de discuti-las ou modificar seu conteúdo. Ademais, os §§ 3º e 4º do mesmo artigo estabelecem que as condições da contratação devem vir inseridas no corpo do contrato de forma clara, legível e de fácil compreensão, bem como que as cláusulas que implicam limitação ao direito do consumidor devem ser redigidas em destaque.

Giza-se que as cláusulas gerais dos contratos de adesão são reguladas pelo Estado⁵³, sendo consideradas nulas as que estiverem em desacordo com as normas reguladoras. Além disso, conforme ensina Cláudia Lima Marques⁵⁴, existem três pré-requisitos para que as cláusulas gerais possam ser inseridas nos contratos de adesão:

- (1) o consumidor deve ser informado pelo fornecedor quais as condições gerais serão utilizadas no futuro contrato;

⁵¹ BONATTO, Claudio. *Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34.

⁵² GARCIA, Carolina Ribeiro. *Segurança jurídica nos contratos de planos de saúde no Brasil*. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília, Marília. p. 35. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/395bdac4c7cf6dd714440d765f34c093.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2009.

⁵³ MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 118.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71-73.

- (2) o consumidor deve tomar conhecimento do conteúdo real dessas condições, ou seja, o homem comum deve poder ler e entender o que elas significam, quais as obrigações e os direitos que está aceitando;
- (3) a aceitação tácita ou expressa do consumidor.

No que tange aos contratos de plano de saúde, tais cláusulas devem obedecer às normas estipuladas pela Lei n. 9.656/98 e às resoluções da ANS, a fim de se evitar toda a sorte de abuso contra o consumidor, mediante uma tutela preventiva.

Importante lembrar que o CDC estabeleceu que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, embora a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalide o contrato. O artigo 51 elencou o que considera abusivo, de onde podemos destacar as cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada. O Código, ainda, define o que é desvantagem exagerada: aquelas que ofendem os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertencem.

Com relação aos bancos de dados de consumidores, o artigo 43 do CDC regula os cadastros de inadimplentes dos serviços de proteção ao crédito. Entretanto, a incidência da norma não se restringe a esse tipo de cadastro, mas, sim, a qualquer espécie de banco de dados ou cadastros que contenham informações de consumidores. Dessarte, podemos considerar o sistema de troca de informações em saúde suplementar como um banco de dados de consumidores e, portanto, deve seguir as regras ditadas pelo artigo suprarreferido.

262

Cumpre destacar aqui que, embora esses cadastros e bancos de dados sejam permitidos, eles devem obedecer a certos parâmetros a fim de se proteger os direitos fundamentais dos consumidores como a privacidade, a intimidade (art. 5º, X, CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CF/88), princípio fundamental da República.

Um dos pontos de maior relevância é o que se refere ao consentimento expresso do consumidor em prestar as informações que serão utilizadas pelos bancos de dados e, ainda, o direito de acerca da finalidade da coleta. Importante destacar que as informações pessoais prestadas possuem caráter confidencial; logo não podem ser comercializadas ou divulgadas sem a permissão do consumidor. Além disso, o consumidor não pode ter o ato de consumo restringido pelo fato de se negar a fornecer seus dados, desde que não façam parte da normalidade do negócio⁵⁵.

Cabe ressaltar também que o artigo 51, inciso XV, do CDC considera nulas de pleno direito as cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Dessa forma, fica evidente o caráter meramente exemplificativo, e não taxativo, dos incisos em que o Código elencou as cláusulas abusivas.

⁵⁵ FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastro de consumo: privacidade e direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/cadastro_consumo.htm>. Acesso em: 19 out. 2009.

Destarte, pode-se considerar abusiva a cláusula que transporta ao consumidor o ônus de opor-se a inclusão de seus dados em cadastros ou bancos, bem como o ônus de manifestar-se contra a comercialização dessas informações.

Cumpra ainda referir que a prática utilizada, especialmente por seguradoras e prestadoras de planos de saúde, de celebrar contratos com base em perfis de consumo ou de risco não poderá propiciar aos fornecedores a invasão da privacidade do consumidor⁵⁶. Tal prática pode ser considerada abusiva, uma vez que fere os direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam, o direito à privacidade e à intimidade, bem como viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Imprescindível elucidar ainda que o conteúdo do § 4º, do artigo 43, do CDC, considera os bancos de dados e cadastros relativos aos consumidores, entidades de caráter público, o que torna viável a utilização do *habeas data*, caso ocorra a negativa de fornecimento de informações por parte de seu mantenedor.

Por tudo o que foi exposto, pode-se entender que o padrão TISS, adotado pela ANS para registro e intercâmbio de dados entre as operadoras de plano de saúde, deve obedecer aos mesmos parâmetros supracitados, a fim de que se preserve a dignidade, a privacidade e a intimidade dos pacientes. Assim, reafirma-se a ideia de que, para serem trocados, é necessário o consentimento do paciente em prestar tais informações, ainda que seja preservado o nome ou quaisquer dados que possam revelar a identidade do paciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente a relevância da troca de informações em saúde, uma vez que proporciona melhoras significativas em sua prestação. Ademais, a saúde é dever do Estado, que deve promovê-la à luz do princípio da eficiência. Entretanto, a nossa Constituição Federal estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e todas as ações estatais devem estar vinculadas a ela. Da mesma forma, o sistema TISS. A troca de informações em saúde não pode violar os direitos fundamentais dos pacientes.

Assim, estamos diante de uma antinomia, cuja solução aponta para uma ponderação, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em que não haja o sacrifício total de um direito em detrimento de outro. Como bem lembra Humberto Ávila “quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas”⁵⁷. Destarte, a coleta

⁵⁶ FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastro de consumo: privacidade e direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud9/cadastro_consumo.htm>. Acesso em: 19 out. 2009.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Bahia, Salvador, ano I, vol. I, n. 4, julho de 2001, p. 10 Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.

e a transferência de dados devem proteger a identificação do paciente, que deverá consentir que seus dados sejam armazenados e transferidos.

Outro ponto relevante é o que diz respeito ao acesso aos dados coletados pelo sistema TISS. É imprescindível que se garanta a segurança dessas informações, preservando-se a confidencialidade e a privacidade, mediante um controle de acesso. O conhecimento dessas informações possibilitaria às operadoras e prestadoras de planos de saúde estabelecer o preço dos serviços prestados e, inclusive, “escolher” sua clientela com base no histórico da saúde do indivíduo.

Além disso, o acesso às informações coletadas pelo TISS pode, se não houver o devido controle, causar outros danos, como a dispensa, por parte do empregador, do funcionário portador de alguma doença crônica e o surgimento de práticas discriminatórias na contratação de novos funcionários.

Ainda com relação ao uso dos dados pessoais dos pacientes, destaca-se que é imprescindível que o indivíduo autorize, de forma expressa, que os dados constantes em seu prontuário médico sejam coletados e utilizados.

Ademais, e, talvez, o mais importante, é que as informações obtidas sejam utilizadas, exclusivamente, para fins sociais e científicos e não para promover a discriminação entre indivíduos saudáveis e doentes.

REFERÊNCIAS

264

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, novembro/dezembro de 2005 e janeiro de 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Bahia, Salvador, ano I, v. I, n. 4, julho de 2001, p. 10. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-338.

BONATTO, Claudio. *Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na admissão: direito à integração. *Revista do TRT/EMATRA – 1ª Região*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/BIBLIOTECA/CONSULTA_ACORDAOS/REVISTA%20DO%20TRTEMATRA/TRT_REV%2044_JUN_DEZ_2007_DOCTRINA_07_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O.PD>. Acesso em: 17 out. 2009.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32571/31782>> Acesso em: 18 fev. 2010.

CARVALHO, Eurípedes Balsanuf. *A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. 2003. 245 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas, Campinas. p. 37. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000299981>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastro de consumo: privacidade e direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/cadastro_consumo.htm>. Acesso em: 19 out. 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GARCIA, Carolina Ribeiro. *Segurança jurídica nos contratos de planos de saúde no Brasil*. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília, Marília.

KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=920> Acesso em: 16 fev. 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. *Informação e regulação da assistência suplementar à saúde*. 2005. 110f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://acd.ufrj.br/~liinc/publicacoes/miolo_regulacao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

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

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MASSAD, Eduardo *et al.* *O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico*. São Paulo: H. de F. Marin, 2003. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/13896465/Prontuario-eletronico-do-paciente-PEP#>>. Acesso em: 20 out. 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Cartão Nacional de Saúde*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/cartao/>>. Acesso em: 21 out. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009.

NEGREIROS, Karin Corrêa de. *O princípio da dignidade da pessoa humana em face das normas trabalhistas brasileiras: uma abordagem teórica acerca do conflito de normas*. 2005. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/downloadtextocp00610.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

266 NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, Preâmbulo, Capítulo I, Princípios Fundamentais, inciso XI. Disponível em: <<http://www.cremers.com.br/pdf/novocodigoeticamedico.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil.

PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 165-188, ago./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26255>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Data de recebimento: 18/05/2010

Data de aprovação: 24/02/2011