



INTER
FACES
CIENTÍFICAS

DIREITO

ISSN IMPRESSO 2316-3321

E-ISSN 2316-381X

DOI 10.17564/2316-381X.2016v4n2p21-32

DOENÇAS PRÉ-EXISTENTES E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA BOA FÉ VIOLADOS NA RECUSA DE CONTRATAÇÃO DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE

RE-EXISTING DISEASES AND THE PRINCIPLES OF HUMAN DIGNITY AND GOOD FAITH VIOLATED IN HIRING PLANS TO REFUSE AND HEALTH INSURANCE

ENFERMEDADES Y LOS PRINCIPIOS DE LA DIGNIDAD HUMANA Y BUENA FE VIOLADOS EN LOS PLANES DE CONTRATACIÓN PRE-EXISTENTE DE NEGAR Y SEGURO DE SALUD

Elda Coelho Bussinguer¹

Alessandra Soares Fernandes²

RESUMO

A expansão dos planos privados de saúde no País, de forma desordenada e sem a devida regulamentação, tem acarretado o surgimento, cada vez mais frequente, de violação de direitos fundamentais daqueles que os contratam. A negativa de contratação, em razão da existência de doenças pré-existentes, tem sido frequente bem como a recusa de atendimento no caso de não informação prévia da existência de doenças quando da contratação do plano. A pesquisa se propôs a analisar os princípios constitucionais violados na negativa de contratação de planos e seguros de saúde privados em razão de existência prévia de doenças bem como os argumentos utilizados pelos planos e seguros de saúde quando dessas negativas. Dentre os princípios violados destaca-se o da Dignidade da Pes-

soa Humana. Concluiu-se ainda que, em razão do comando normativo, não podem as empresas de planos e seguros privados de saúde se negarem a cobertura quando o consumidor o necessitar, especialmente em casos que envolvam urgência e emergência. Em caso de recusa de atendimento o juiz poderá conceder indenizações aos usuários que venham a ingressar no Poder Judiciário, tendo como fundamento o preceito constitucional da garantia do Direito à vida e à saúde.

PALAVRAS CHAVE

Planos de Saúde. Princípios. Doenças Pré-existentes.

ABSTRACT

The disorderly and deregulated growth of private health care plans in the country brings the violation of fundamental rights of those people who contract these plans. The negative answer in covering due to pre-existing illnesses has often occurred, as well as health assistance refusal in case of illness information omission during the health plan contract assignment. This research aims to analyze the constitutional rights violation in the refusal of private health care plans coverage due to pre-existing illnesses, as well as arguments used by these private health care plans to refuse coverage. Among violated principles I highlight the dignity of human beings. It

was also concluded that, due to regulatory control, private health care companies cannot refuse coverage assistance when consumers need it, especially in emergency care. In case of refusal, the judge may grant compensation to users which may take the case to Court based on the constitutional principle of the right to life and health guarantee.

KEYWORDS

Health care plans. Principles. Pre-existing illnesses.

RESUMEN

La expansión de los seguros de salud privados en el país, en forma desordenada y sin una regulación adecuada ha llevado a la aparición de violaciones cada vez más frecuentes de los derechos fundamentales de quienes los contratan. Contratación denegada, debido a la existencia de enfermedades preexistentes han sido frecuentes, así como la negativa de servicio sin ninguna notificación previa de la existencia de enfermedades al contratar el seguro. La investigación tuvo como objetivo analizar los principios constitucionales violados por las aseguradoras al denegar la contratación de seguros de salud, debido a enfermedades preexistentes y los argumentos empleados por los planes y seguros de salud al rechazar. Entre los principios vulnerados, resaltase la dignidad de la persona humana. También se llegó a la

conclusión de que, debido al control reglamentario, no pueden planes de negocio y seguro de salud privado denegaren la cobertura cuando los consumidores lo necesitan, sobre todo en los casos urgencia y emergencia. En caso de negativa de servicio, el juez puede conceder una indemnización a los usuarios que pueden unirse a la poder judicial, y está basada en el principio constitucional de la garantía del derecho a la vida y la salud.

PALABRAS CLAVE

Planes de Salud. Principios. Enfermedades preexistentes.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho se propôs a analisar os princípios constitucionais afrontados, na prática, na negativa de contratação de planos privados de saúde com base no argumento de doenças pré-existentes.

Com o decorrer dos anos, o acesso à saúde, seja por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), seja por meio de planos privados, passou a ser desejado por uma parcela significativa da sociedade, tendo em vista a democratização dos direitos sociais.

Na medida em que se busca mais acesso à saúde, outros problemas começam a surgir, tais como os embates existentes entre os contratantes e contratados de planos particulares, diante da recusa pelo tratamento de algumas doenças, tais como, diabetes, hipertensão, obesidade mórbida, dentre outras, sob a justificativa de que essas são pré-existentes a contratação.

Evidentemente que, diante de situações como essas, o Estado como regulador dessas relações, não pode se manter inerte, tendo em vista que, o que se coloca em xeque, são bens indisponíveis do ser humano, como a vida, a saúde e a dignidade.

Ocorre que, em que pese a existência e importância do problema, não são muitos os trabalhos que se propõem a investigar a referida temática, com este viés, o que acaba por revelar a necessidade de um estudo mais aprofundado, com o diálogo de diversos autores a respeito da questão.

O trabalho se propôs assim a ocupar esta lacuna já que em tais contratações vários direitos e garantias são violados em razão de cláusulas abusivas, ferindo direitos e garantias fundamentais, o que implica na necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

Além disso, é imprescindível esclarecer que a expansão dos planos privados de saúde no país, de for-

ma desordenada e sem a devida regulamentação, tem acarretado o surgimento, cada vez mais frequente, de violação de direitos fundamentais daqueles que os contratam, o que justifica a presente pesquisa.

Diante da alta demanda, em termos de saúde, bem como pelo marketing agressivo das empresas de planos e seguros de saúde, uma grande parcela da sociedade acaba por optar pela contratação de um plano particular, sendo que, por este motivo, faz-se necessário que o Estado intervenha de modo a orientar essas relações, para que os usuários não sejam prejudicados.

Foi realizada uma pesquisa jurisprudencial não exaustiva, nos sites do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, nos últimos cinco anos, pesquisando os planos de saúde da Unimed e do Bradesco Saúde, em razão do grande número de clientes que possuem. A pesquisa direcionou-se à busca dos princípios constitucionais violados, em especial os princípios da Boa Fé e da Dignidade da Pessoa Humana.

Registra-se que, juridicamente, as empresas de planos de saúde não poderiam imputar a responsabilidade ao consumidor por não informar a existência de doença pré-existente, uma vez que muitas vezes este não possui conhecimento a respeito da doença, não existindo razão para ser responsabilizado.

Desse modo, faz-se necessário um estudo desta temática, constatando os argumentos utilizados pelos planos e seguros de saúde quando dessas negativas.

2 O SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL

Segundo Jairnilson Paim e outros autores (2011, p. 19), “o sistema de saúde brasileiro é formado por uma rede complexa de prestadores e compradores de serviços que competem entre si, gerando uma combinação público-privada financiada sobretudo por recursos privados”.

Na realidade o sistema se desenvolve por meio de parcerias entre empresas privadas e o setor público. Esses mecanismos têm por finalidade garantir um acesso mais célere para as demandas de saúde da população, ou seja, é comum hospitais particulares atenderem demandas da população menos favorecida, como no caso do Espírito Santo, o Hospital Santa Rita de Cássia, responsável por uma grande demanda na área de oncologia.

Desse modo, tal sistema de saúde, conforme Jairnilson Paim e outros autores (2011, p. 19), é composto por três subsetores:

O subsetor público, no qual os serviços são financiados e providos pelo Estado nos níveis federal, estadual e municipal, incluindo os serviços de saúde militares; o subsetor privado (com fins lucrativos ou não), no qual os serviços são financiados de diversas maneiras com recursos públicos ou privados; e, por último, o subsetor de saúde suplementar, com diferentes tipos de planos privados de saúde e de apólices de seguro, além de subsídios fiscais. Os componentes público e privado do sistema são distintos, mas estão interconectados, e as pessoas podem utilizar os serviços de todos os três subsetores, dependendo da facilidade de acesso ou de sua capacidade de pagamento.

Assim sendo, podemos constatar que os cidadãos podem se utilizar de quaisquer subsetores, sendo observados o acesso e as condições de pagamento.

Ocorre que, a expansão dos planos privados de saúde no país, de forma desordenada e sem a devida regulamentação, tem acarretado o surgimento, cada vez mais frequente, de violação de direitos fundamentais daqueles que os contratam.

Entre os mecanismos a disposição do cidadão existe a possibilidade de ajuizar ações com o objetivo de fazer cumprir direitos estabelecidos constitucionalmente pois, como se observa na decisão transcrita abaixo, o fornecimento de medicamento é apenas uma das formas de garantir o acesso à saúde para o cidadão.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL PARA O TRATAMENTO DE DOENÇA GENÉTICA RARA. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde, à segurança e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. II - Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade do fornecimento de medicamento para melhora da saúde e manutenção da vida do paciente. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 761 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015).

Analisando a jurisprudência acima citada, datada de 2015 a mesma possibilita fazer uma interpretação a respeito da violação dos direitos básicos dos cidadãos, que não possuem meios suficientes para arcar com as despesas relativas a questões de saúde e, por tal motivo, buscam a rede pública para que sejam atendidas as suas necessidades de saúde.

Como se não bastasse à problemática anterior, há outras questões que devem ser submetidas a um questionamento, tais como as doenças pré-existentes, colocada em foco no presente trabalho, tendo em vista que as empresas de planos de saúde, conforme pode ser atestado na jurisprudência, estão se recusando ao atendimento no caso de não informação prévia da existência de doenças quando da contratação do plano.

2.1 A REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

A decisão do Brasil por um sistema de saúde universal e integral, com opção prioritária pelo público

e residual pelo privado, trouxe inúmeros problemas e distorções que devem ser considerados.

Não são raros os problemas decorrentes da relação público x privado, visto que nem sempre o Estado consegue solucionar todas as questões que lhe são apresentadas, seja por falta de condições fáticas. O cidadão, dependente que é da prestação de serviços de saúde pelo Estado, vendo-se cooptado pelo privado com suas “facilidades”, aceita, contratos de adesão, sem que as cláusulas possam ser discutidas.

Observa-se que, embora exista a rede particular, ainda assim a responsabilidade permanece com o Estado, por meio da rede pública. Na jurisprudência, transcrita abaixo, há uma verdadeira indicação de que às custas são arcadas pelo Sistema Único de Saúde, quando são prestados atendimentos a não usuários de planos privados. Vejamos:

Recurso Extraordinário. Administrativo. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Repercussão geral reconhecida. (RE 597064 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/12/2010, DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011 EMENT VOL-02491-02 PP-00331).

Diferentemente do que ocorre com planos privados, em que são estabelecidas regras para atendimento, carência e certas restrições, como no caso do não atendimento a doenças pré-existentes, para o Sistema Único de Saúde não há esta restrição pois tem que atender todas as demandas que chegam à rede pública, como forma de cumprir com o que a Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece:

A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Na compreensão do artigo anterior, pode-se afirmar que a saúde, como um direito garantido a coletividade, recebe do Estado, status de grande importância, pois assim como outros direitos, tais como a vida, a segurança e a educação, encontra-se entre aqueles de maior relevância.

3 DOENÇAS PRÉ-EXISTENTES

As doenças pré-existentes, de acordo com a Resolução nº 2 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), em seu Art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º Definir que doenças e lesões preexistentes são aquelas que o consumidor ou seu responsável, saiba ser portador ou sofredor, à época da contratação de planos ou seguros privados de assistência à saúde, de acordo com o artigo 11 e o inciso XII do artigo 35A da Lei nº 9.656/98 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução.

Logo, segundo a Resolução supramencionada basta que o consumidor tenha conhecimento da doença no ato da contratação do plano de saúde para já ser considerada como doença pré-existente. Ocorre que, em que pese a ideia mencionada de que basta que o “consumidor tenha conhecimento”, as empresas de planos e seguros de saúde alegam, em muitos casos, que o consumidor se omitiu no ato da contratação do plano em mencionar a existência de doenças-pré-existentes, demonstrando uma total má-fé, mas que ao nosso entendimento não deveriam prosperar, uma vez que em muitos casos o consumidor nem mesmo possui conhecimento de tais doenças, o que, por consequência, afasta a má-fé alegada pelas empresas privadas.

Após esta reflexão a respeito das alegações das empresas e usuários, que serviram para uma análise de um contexto geral do problema, e já fazendo menção ao próximo tópico, passa-se a expor a respeito dos princípios constitucionais afrontados em razão dessa negativa das empresas de planos privados de saúde em razão de doenças pré-existentes.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFRONTADOS NA PRÁTICA NA NEGATIVA DE CONTRATAÇÃO DE PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE EM RAZÃO DE DOENÇAS PRÉ-EXISTENTES

Vários princípios são violados em razão dessa negativa, em especial o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto que, tal princípio é fundamental, como afirma Rizzatto Nunes (2013, p. 64-65) o princípio em tela, está consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, sendo um direito constitucionalmente garantido, posto que a Dignidade tem que ser o princípio primordial.

Corroborando com tal entendimento, no que se refere ainda ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Gilmar Ferreira Mendes e outros autores (2009, p. 172) afirmam que: “desde logo considerado de valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988”.

Observa-se que, o contexto em que a questão é apresentada revela uma série de reflexões a respeito da questão dos princípios acima mencionados, mas também a respeito da regulamentação do Estado, enquanto agente responsável por gerir essas relações.

Neste sentido, a Constituição deixa esclarecida a ideia de que qualquer que seja a relação entre consumidor e fornecedor, ela tem que permear os princípios que resguardam o respeito ao indivíduo, tal como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Mas não é somente esta questão que se coloca em debate. É necessário que a norma Constitucional seja o norte para o desenvolvimento da temática. Comentando a respeito desta questão da Supremacia da Constituição, José Afonso da Silva (2009, p. 46) destaca que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos,

porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

A citação anterior evidencia que, sendo a Constituição um parâmetro, as demais relações devem sempre almejar o respeito às normas constitucionais, ou seja, uma vez que a Constituição estabelece a Dignidade da Pessoa Humana e as relações de consumo também o fazem, evidencia-se que todos devem submeter-se ao respeito a este princípio.

Em verdade, é preciso que além de normas estipuladas, estas sejam observadas diante das relações existentes na sociedade, pois se apenas existem sem que tenham uma aplicabilidade prática, tornam-se muitas vezes como “letra morta”, sendo que se considerado o fato de que na relação de consumo a parte mais vulnerável é o consumidor, o Estado deve buscar restabelecer o equilíbrio, sempre com os olhos voltados para o ser humano como determinante e orientador do princípio da Dignidade Humana.

Cabe ainda destacar que a discussão a respeito da violação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, perpassa, entre outros aspectos, a questão da diferença existente entre uma norma e um princípio, sendo este último o de maior relevância diante da sua violação. Na condução desta temática Robert Alexy (2008, p. 90) observa que: “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Entretanto, de uma forma diferente “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 90).

Destarte, pelo menos em uma visão inicial, a questão entre a relação entre planos de saúde e usuários parece transparecer uma colisão entre princípios e normas, pois, se de um lado se estabelece a norma de que as doenças pré-existentes não podem ser submetidas a tratamento pelo plano, uma

vez que não houve a informação da sua existência, por outro lado, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim como o da Boa-Fé, impõe que seja o usuário submetido ao tratamento, pois o que se coloca em destaque é o direito à vida e não meramente interesses econômicos.

E assim considerando, diante desta questão demonstra-se como uma das possibilidades estabelecer, como sintetiza Robert Alexy (2008, p. 90) que:

Os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Em suma, fazendo a correlação entre o que se estabeleceu inicialmente e a citação anterior, demonstra-se adequado, em uma última análise que, a violação de um princípio traz um desconforto sério para os seus destinatários, pois o mesmo serve como guarida para resguardar os seus direitos, enquanto cidadão de uma ordem jurídica justa e democrática.

4 FUNDAMENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM BASE NOS PLANOS BRADESCO SAÚDE E UNIMED

Com vistas à compreensão dos princípios constitucionais violados, em casos de recusa de tratamento sob a alegação de serem doenças já existentes, no ato da assinatura do contrato, efetuou-se um levantamento jurisprudencial não exaustivo, com o objetivo de conhecer a realidade fática dos Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro no que respeita ao tema/problema de investigação.

A opção pelos planos de saúde Bradesco Saúde e Unimed foi intencional em razão de serem planos quantitativamente grandes e de destaque Nacional.

A pesquisa nos possibilitou identificar que a violação dos princípios da Boa-Fé e da Dignidade Humana apareceu de forma mais destacada dos demais princípios e, nesse sentido, foram os escolhidos para a análise que nos propúnhamos realizar.

Conforme pode ser observado no julgado abaixo, são vários os casos nos quais os planos de saúde recusam procedimentos sob a alegação de que a doença é pré-existente, tal como na seguinte decisão, do Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, relativo ao plano Unimed:

0040509-49.2012.8.08.0035 Classe: Apelação Órgão Julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL Desembargador: ROBSON LUIZ ALBANEZ Data do Julgamento: 24/02/2015 Trata-se de apelação cível interposta por UNIMED Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. [...] Em seu apelo, UNIMED. Afirma que a obstrução arterial encontra relação direta com a hipertensão essencial, doença preexistente e declarada no momento da celebração do contrato. Ao que se verifica, as partes firmaram contrato de prestação de serviços de saúde, na data de 15 de março de 2012, oportunidade em que a apelada preencheu declaração de saúde informando as **doenças preexistentes**, tomando ciência, ainda, da cobertura parcial temporária de 24 (vinte e quatro meses) em relação àquelas. O fato é que após a realização de um cateterismo o médico especialista, credenciado à apelante, informou à apelada a necessidade de realização de uma angioplastia em razão de uma lesão segmentar de 80% em terço proximal de artéria coronária direita, solicitando a liberação do procedimento, haja vista que a doença coronariana não é preexistente e que a paciente estaria com restrição da qualidade de vida (fls. 25-30).

Observa-se pela referida decisão que é comum a violação de diversos princípios, quando se fala de questão de negativa de tratamento/cirurgia a usuários de planos de saúde privados. No caso acima, foram violados o princípio da Boa-Fé assim como o da Dignidade da Pessoa Humana, pois no momento em que o plano foi contratado, a empresa apresenta um contrato de adesão, de forma padronizada, sem que sejam analisadas as peculiaridades de cada usuário e, posteriormente, justificam que a doença é pré-existente, negando, por consequência, o tratamento necessário.

A respeito do princípio da Boa-Fé, como demonstrado na decisão anterior, esclarece-se que de acordo com o Código Civil, artigo 113, é ele que dirige as relações: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Complementando, o artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, aduz que:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Assim sendo, podemos constatar que o Princípio da Boa-Fé está presente nas relações de consumo, e está no nosso sistema brasileiro de forma expressa no dispositivo supramencionado.

Não obstante o artigo 187 do Código Civil aduz que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno (2012, p. 236) o Princípio da Boa-Fé é “importantíssimo para o novo enfoque obrigacional, e que consiste no verdadeiro alicerce do relacionamento humano”.

Não obstante a ideia anterior, Rizzatto Nunes (2013, p. 668) ainda acrescenta que o princípio da Boa-Fé, segundo trazido pelo Código de Defesa do Consumidor é

garantidor dos demais princípios elencados de forma expressa no art. 170 do texto Constitucional.

Assim sendo, cabe ao Estado promover políticas públicas que visem resguardar o direito à saúde, dentre outros direitos fundamentais, pois em que pese à alegação de que determinadas doenças não podem ser submetidas a tratamento, por não terem sido mencionadas, em muitos casos, o usuário não tinha o conhecimento. Portanto, razão não assiste para ser legitimada uma negativa de acesso à saúde. A jurisprudência a seguir, do Egrégio Tribunal do Rio de Janeiro, que tem como parte o Bradesco Saúde, elucida essa questão:

EMENTA: Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. **Bradesco** Saúde. Adesão no ano de 1999. Necessidade de internação por recomendação médica. Negativa de internação em 21/08/2009. Cláusula excludente da cobertura. [...]. **A exclusão genérica de qualquer doença que seja insita à natureza humana**, como no caso de doenças psiquiátricas, se mostra de todo abusiva, pois desnatura o próprio contrato firmado, que visa a proteção e assistência à vida humana..(TJRJ - Apelação nº 0289950-19.2009.8.19.0001 Apelante: Bradesco Saúde S/A Advogado: Doutor Raphael Montenegro Hirschfeld Apelado: Affonso Arnaldo Rodrigues da Cunha Advogado: Doutor Sergio José de Lima Relator: Desembargador Nagib Slaibi DEC - DATA DO JULGAMENTO: 15/07/2010)

Com base no entendimento acima, o Tribunal acertadamente reconheceu a questão da violação de alguns princípios, ainda que de forma indireta, pois demonstrou que no momento em que as partes pactuam, quais sejam, o usuário e a prestadora de serviço, devem estar nítidas as cláusulas que limitam direito. Ocorre que, infelizmente, no presente caso não ocorreu, e posteriormente, a empresa vem alegar em sua defesa que o usuário tinha compreensão de que a referida doença não poderia ter cobertura pelo plano. Consequentemente, o princípio da Boa-Fé mais uma vez está violado, pois como a empresa pode alegar que o usuário obtinha esta informação, sem que o contrato estivesse falando de forma clara a respeito do assunto.

Neste mesmo entendimento, decisão da competência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, reconheceu que não poderia a empresa se esquivar de realizar o tratamento, tendo como base o argumento de doença pré-existente. No caso a seguir analisado, a Unimed, recorreu do entendimento do juiz de primeiro grau, sendo os seus recursos não providos. Nos seguintes casos:

0015950-67.2008.8.08.0035 (035080159508) Classe: Agravo Ap Relator : SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR Órgão Julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL Data do Julgamento: 29/06/2010 AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 035080159508 RELATOR: DES. SAMUEL MEIRA BRASIL JR. RECORRENTE: UNIMED NOROESTE CAPIXABA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO ADVOGADO[...]. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. PERÍODO DE CARÊNCIA PARA DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ E DA **PREEXISTÊNCIA DA DOENÇA**. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, negar provimento ao recurso. O Sr. Desembargador Maurílio Almeida de Abreu e a Sra. Desembargadora Substituta Elisabeth Lordes votaram com o Sr. Desembargador Relator. Vitória (ES), 29 de Junho de 2010. Presidente DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JR. Relator Procurador de Justiça.

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL Agravo de Instrumento nº 11069000252 Agnte: UNIMED SUL CAPIXABA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. Agvdo: B.D.T.C., representada por VANESSA DODDE RABACO RELATOR: DES. ELPÍDIO JOSÉ DUQUE DECISÃO MONOCRÁTICA. Nas razões recursais, a Recorrente sustenta, em síntese, que a Agravada não cumpriu a carência exigida **para doenças preexistentes**. Vale especial atenção, no enfoque jurídico das atividades do setor de assistência suplementar à saúde, ante a importância da atividade nos nossos dias com a falha na saúde pública, pois o contato de prestação de serviços deve zelar pela sua função e finalidade, ou seja, direito à vida e à saúde, direitos garantidos na constituição, a qual consagra em seu conjunto de princípios.

Em arremate as considerações anteriores, pode-se constatar que vários princípios são violados em de-

trimento da recusa dos planos privados de saúde em razão de doenças pré-existentes. Sendo que, nas duas Câmaras Cíveis do Estado do Espírito Santo, pesquisada acima, a maioria dos julgados inclina-se no sentido de que, embora a doença possa ser pré-existente, não pode existir a recusa pelo plano, isto fazendo relação ao que estabelece a Constituição Federal de que a saúde é um bem maior.

Seguindo a mesma lógica argumentativa, os julgados abaixo do Estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: AGRAVO INOMINADO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE QUE SE RECUSA A REALIZAR TRATAMENTO DE HEMODIÁLISE POSTULADO PELO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE COBERTURA PARCIAL TEMPORÁRIA PARA DOENÇA PREEXISTENTE. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. [...] Isto porque, em que pese os institutos da carência e da cobertura parcial temporária não se assemelhem em todos os seus termos, é certo que a lógica do razoável impõe que ambas as situações estejam limitadas a situações de inegável emergência, sob pena de violar o próprio objeto do contrato. 5. Dano moral configurado e devidamente arbitrado. 6. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.... (TJ-RJ - APELAÇÃO APL 01680027120138190001 RJ 0168002-71.2013.8.19.0001 (TJ-RJ) Data de publicação: 22/09/2014).

EMENTA: QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL DO CONSELHO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS Recurso nº: 0015142-14.2011.8.19.0209 Recorrente: CLAUDIA VALÉRIO LEITÃO DOS SANTOS Recorrido: UNIMED RIO COOPERATIVA VOTO Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada e indenização por danos morais. [...] Informa a parte autora que a ré lhe acusou de ter omitido a doença preexistente quando da contratação do plano e que lhe obrigou ao preenchimento de uma nova declaração de saúde com cobertura parcial temporária pelo prazo de 24 meses para este procedimento, vez que, caso contrário, seria aberto um processo administrativo para apuração da omissão das informações e rescisão contratual com a cobrança de todas as despesas efetuadas. Requer, portanto, tutela antecipada para autorização da cirurgia bem como indenização por danos morais. Tutela indeferida às fls. 46. Contestação da ré impugnando o pedido autoral, alegando,

em síntese, a existência de doença pré-existente devendo ser respeitado o prazo de carência estipulado em contrato, além da inexistência de danos morais. Sentença às fls. 81/82 que julgou improcedentes os pedidos autorais. Recurso inominado interposto pela autora, com JG, reforçando os termos da inicial. Contrarrazões apresentadas. É o relatório. Passo a votar. A sentença merece ser reformada. Primeiramente, tenho que a relação é de consumo pelo que se submete ao regramento da Lei nº 8... (TJ-RJ - RECURSO INOMINADO RI 00151421420118190209 RJ 0015142-14.2011.8.19.0209 (TJ-RJ). Data de publicação: 28/11/2012).

E ainda segue, abaixo, mais um julgado do Estado do Rio de Janeiro, na qual a Unimed é parte, infringindo além do princípio da Boa-fé o da Dignidade da Pessoa Humana, posto que este último tem que ser sempre levado a priori:

EMENTA: NÃO REALIZOU EXAMES PRÉ-ADESÃO. ABUSIVIDADE DA CONDUTA DA PRESTADORA DE SERVIÇO. CUSTEIO DA CIRURGIA QUE SE IMPÕE DANOS MORAIS CONFIGURADOS [...] Posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “não se justifica a recusa à cobertura de cirurgia necessária à sobrevivência do segurado, ao argumento de se tratar de doença pré-existente, quando a administradora do plano de saúde não se precaveu mediante realização de exames de admissão no plano, sobretudo no caso de obesidade mórbida [...] (TJRJ - Apelação Cível nº 0009951-66.2012.8.19.0010 Secretaria da Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor. Apelante: Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico LTDA Apelado: Roberta Costa Moreira Relatora: Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho. DATA DO JULGAMENTO: Julgamento: 28/11/2014)

Em suma, pode-se verificar que a expansão dos planos privados de saúde no Brasil, de forma desordenada e sem a devida regulamentação, tem acarretado o surgimento, cada vez mais frequente, de violação de direitos fundamentais. Ademais, vários princípios constitucionais, por meio das decisões trazidas, foram visivelmente violados na negativa de contratação de planos e seguros de saúde privados em razão de existência prévia de doenças.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da jurisprudência identificada aponta no sentido da violação de princípios constitucionais em caso de negativa de atendimento sob a alegação de doença pré-existente.

As alegações das empresas, na maioria dos casos, se direcionam dentro de uma mesma base argumentativa de que o usuário tinha conhecimento da doença, deixando de informá-la no ato da assinatura do contrato.

A alegação das empresas de que há ocultamento intencional dos adquirentes do plano, no ato da assinatura do contrato, é ofensiva, desqualificadora e violadora da Dignidade da Pessoa. Ora, a não declaração de doença pré-existente, seja ela intencional ou não, somente evidencia o grau de vulnerabilidade do adquirente do plano, sabedor que é, de uma possível recusa, por parte das empresas, em contratar com pessoas com vulnerabilidade conhecida.

Em que pese a recusa na maioria dos casos, por parte das empresas de plano de saúde, que utilizam a alegação de que essas doenças já existiam no momento da contratação, andou bem o legislador ao indicar na Constituição Federal, que a saúde é um direito de todos. Sendo que diante da recusa, seja de contratação, seja de atendimento, os usuários podem acionar o Poder Público para fazer valer o que a norma estabeleceu.

Com a pesquisa jurisprudencial, tornou-se evidente que é preciso sempre observar os princípios, de modo que, ainda que a empresa venha a fazer qualquer alegação insubsistente, os princípios estarão a favor dos usuários.

Diante de todo o exposto, podemos ressaltar que as empresas de planos privados de saúde não podem se negar a cobertura quando o consumidor o necessitar, especialmente em casos que envolvam urgência e emergência, pois, caso assim procedam, estarão in-

fringindo os princípios supramencionados, e podendo, inclusive, sofrer condenação por danos morais, como visto em algumas decisões, posto que colocam em risco um bem maior, qual seja, a vida.

Do exposto conclui-se que, na hipótese de recusa de tratamento ou cirurgia relativa a doença pré-existente, cabe o Magistrado conceder indenizações aos usuários que venham a ingressar no Poder Judiciário, tendo como fundamento o preceito constitucional da garantia dos Direitos à vida e à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONSU. **Resolução CONSU nº 02**, publicada no DO nº 211, 04.11.98.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. Saúde no Brasil 1. 2011. Disponível em: <<http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/31/file/O%20SISTEMA%20DE%20SAUDE%20BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Data da submissão: 11 de dezembro de 2015
Avaliado em: 7 de janeiro de 2016 (Avaliador A)
Avaliado em: 25 de janeiro de 2016 (Avaliador B)
Aceito em: 3 de fevereiro de 2016

1. Profa. Dra. Livre Docente pela UniRio; Doutora em Bioética pela UnB; Mestre em Direito pela FDV; Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais e de Pesquisa da FDV; Coordenadora do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. E-mail: elda.cab@gmail.com

2. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Especialista em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito de Família e Sucessões e Formação de Professores para o Magistério Superior Jurídico pela Universidade Anhanguera; Membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética – BIOGEPE. E-mail: alessandra.fernandes.adv@ig.com.br