



Violação da Intimidade e discriminação genética nos contratos de seguro de plano de saúde

Violation of Intimacy and genetic discrimination in insurance contracts of health plan

Ana Carolina Rezende Pereira¹

Resumo

Em nossa ordem jurídica há de forma expressa, na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, a proteção da privacidade. A privacidade é ainda um direito da personalidade. Desta forma, está protegido o nome, a palavra, a vida, a imagem, os segredos, os dados genéticos, entre outros atributos da pessoa humana que estão salvaguardados do conhecimento de terceiros. No entanto, com os estudos do Projeto Genoma Humano surgiu, então, a preocupação com a discriminação e uso de dados genéticos. Nesse sentido, indaga-se: o plano de saúde pode exigir, previamente, que o paciente, obrigatoriamente, realize exames para descobrir se o mesmo tem alguma doença hereditária, como condição para a celebração do contrato? Pode o plano de saúde se valer de informações médicas e exames de familiares? Assim sendo, o presente trabalho visa discorrer sobre direito à intimidade genética no âmbito dos contratos de plano de saúde e pondera se o contratado pode exigir que o contratante realize exames médicos prévios à contratação.

Palavras-chave: Plano de saúde. Exame prévio. Contratação. Discriminação genética.

Abstract

Privacy is a right of personality. In this way, you are protected the name, the word, the life, the image, the secrets, the genetic data, among other attributes of the human person that are protected from third-party knowledge. Indeed, the search is to question whether the health plan may require the contractor to perform medical examinations prior to appointment to find out if the patient has any hereditary disease. In turn, it was with the studies of the Human Genome Project, which sought to genome mapping, came to concern about discrimination of genetic data. Accordingly, he asks himself: the health plan may require that the patient must perform the examination, under penalty of non-realization of the contract? Can the health plan avail themselves of medical information and family tests? Thus, the present work aims to discuss right to genetic privacy under contract, noting if the health plan may require the contractor to perform medical examinations prior to employment.

Keywords: Health plan. Prior examination. Hiring. Genetic discrimination.

Introdução

Importa esclarecer que o final do século XX e começo do século XXI foram marcados pelo Projeto Genoma Humano. Esse projeto teve o intuito de mapear todo o código genético da pessoa, e descobrir os mistérios do corpo humano de forma a aperfeiçoar os diagnósticos, os instrumentos para a cura e evitar o desenvolvimento de doenças. Assim, sua intenção maior foi buscar mecanismos que proporcionassem melhora da saúde e do bem estar das pessoas e até mesmo quem sabe, a extinção de algumas doenças.

Por outro lado, o desenvolvimento científico no campo da genética tem se mostrado duvidoso para a população, já que aguça a existência da discriminação genética, principalmente no que tange a questões de cunho econômico.

Com efeito, a falta de controle do conhecimento genético, bem como de garantias que irão resguardar as informações derivadas de análises genéticas podem ocasionar grave perigo devido à possibilidade de favorecer práticas discriminatórias, sobretudo na contratação de seguros de saúde.

Por sua vez, o direito à intimidade genética é embasado no princípio constitucional da intimidade, o qual propõe que o indivíduo tem direito a determinar as condições de acesso à informação genética.

Deste modo, este trabalho tem o objetivo de analisar os problemas acerca do conhecimento dos dados genéticos na contratação de seguros de plano de saúde. Contudo, a intimidade é um direito a ser protegido, direito este que tem como corolário a dignidade da pessoa humana.

1 Dados genéticos

Em primeiro lugar, é importante mencionar que no Brasil não existe legislação específica que trate sobre a proteção dos dados genéticos. Assim sendo, ao estudar o tema será de grande valia documentos internacionais tais como a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, aprovada na 29ª Conferência-Geral da UNESCO (PORTUGAL, 1997), bem como a *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, aprovada na 32ª Conferência-Geral da UNESCO (PORTUGAL, 2003). Com igual importância também temos a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*, proposta pelo Conselho da Europa, que trata no capítulo IV da proteção ao genoma humano,

especialmente o artigo 11º, que aborda a não discriminação e o artigo 12 que aborda os testes genéticos preditivos:

Artigo 11.º É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético. Artigo 12.º Não se poderá proceder a testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado (PORTUGAL, 1997).

Nessa conjuntura, de acordo com a *Declaração Universal sobre os Dados Genéticos Humanos*, de 2003, dados genéticos são “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucléicos ou por outras análises científicas” (artigo 2º, I).

Dados genéticos são, portanto, informações obtidas, ou passíveis de se obter, do DNA e RNA humanos. A proteção jurídica não se faz presente apenas quando o material genético é transformado em informação; a mera potencialidade de se converter em informação já produz efeitos jurídicos. Assim, não é necessário que alguém tome conhecimento da informação, a simples potencialidade dela existir pode, no caso concreto, ser juridicamente relevante. Por essa razão protege-se a intimidade genética ou se garante ao indivíduo a possibilidade de recusar a análise genética (SÁ; NAVES, 2011, p. 197).

Assim, conforme se pode observar a revelação de dados genéticos a terceiros sem que o sujeito detentor dos dados manifeste sua concordância, é um mecanismo de violação da intimidade do indivíduo.

1.1. O Projeto Genoma Humano

O Projeto Genoma Humano é bem recente. Há referências de que em meados dos anos oitenta, nos Estados Unidos, iniciaram os trabalhos que caracterizaram esse empreendimento. Entretanto, no decorrer dos estudos, outros países desenvolvidos, incorporaram-se ao projeto norte-americano. Entre eles estão Canadá, Japão, vários da União Europeia, dentre esses merece destaque a França.

Sendo assim, pesquisadores trabalharam durante todo o século XX para estabelecer os conhecimentos necessários sobre o genoma humano.

Casabona (1999) menciona que a iniciativa institucional do projeto foi tomada pelo Departamento de Energia, com o objetivo originariamente apenas de conhecimento do genoma humano. Inicialmente, buscava o estudo do efeito das radiações com exposição de baixa intensidade sobre os genes humanos. No entanto, a ideia foi somada a outras propostas de cientistas e de centros de investigação, que contribuíram para dar o impulso definitivo ao

Projeto por suas comprovadas vantagens no âmbito da Medicina. O primeiro diretor do Projeto foi James Watson, que recebeu o prêmio Nobel de Medicina, juntamente com Francis Crick, por terem descoberto, em 1953, a estrutura do DNA.

O Projeto é entendido como um programa internacional com o fito de desvendar, até o ano de 2005, os genes que individualizam a espécie humana. Assim, tem por finalidade desempenhar o mapeamento, sequenciamento das bases e descrição do genoma humano.

Através das perspectivas iniciais do projeto,

Espera-se que a informação gerada pelo Projeto Genoma Humano venha a se tornar a fonte para a ciência biomédica do século 21 e que seja de imenso benefício para o campo da medicina. Ela vai nos ajudar a entender e, no devido tempo, tratar muitas de mais de 4 mil doenças genéticas que afligem a humanidade, assim como as muitas doenças multifatoriais em que a predisposição genética tem um papel importante (TEIXEIRA, 2000, p. 30-31).

Em síntese, como menciona Teixeira (2000), documentos do Projeto Genoma Humano informam que a partir do DNA pode se ler o passado, o presente e o futuro de qualquer organismo. Sem dúvida, o Projeto Genoma Humano permitiu a descoberta do genoma, o que possibilitou o conhecimento da totalidade do material genético do ser humano.

Pelo que se pode observar, o século vinte foi marcado por grandes descobrimentos científicos e inovações tecnológicas, que tiveram o condão de modificar significativamente a vida humana.

O genoma é, portanto, informação: sobre cada indivíduo, sobre sua família biológica e sobre a espécie a que pertence. Essa informação genética está contida no ADN, que se copia a si próprio para poder conservar-se (replicação); essa informação se transmite ao ARN mensageiro (transcrição) e, em seguida, da lugar à síntese de proteínas (tradução) (CASABONA, 1999, p. 23).

Então, a grande característica do Projeto Genoma Humano era reunir equipes de investigadores de diversas disciplinas, que trabalhariam em colaboração. No entanto, desde sua instituição, o Projeto desempenhou transformações no meio científico cujas consequências ainda não podem ser claramente avaliadas. Assim, por trás de todas essas descobertas existe a preocupação de evitar que elas sejam usadas de modo abusivo, já que o interesse econômico em tais informações é grande. Como já foi citado, as seguradoras estão veementemente interessadas em saber os pormenores da vida dos seus clientes.

A seu turno, como adverte Barbas (1998), o conhecimento ou possibilidade de conhecimento de informações genéticas acarreta riscos extraordinários, antes mesmo que se chegue a revelar, e dessa forma configura um instrumento de ilegítima discriminação social, sobretudo, com as pessoas “etiquetadas” pelos genes.

Nessa conjuntura, a preocupação com o tema é multidisciplinar em virtude das diversas decorrências que o tema pode gerar. Dessas preocupações com os avanços científicos fala-se em Bioética que “caracteriza-se, nomeadamente, por exigir a participação da sociedade e de diversas especialidades profissionais num aprofundamento e reflexão interdisciplinar” (BARBAS, 1998, p. 47).

Assim, há uma constante busca em

Garantir que os novos poderes gerados pelas descobertas científicas não se voltem contra a humanidade, velar para que o progresso da ciência e da tecnologia – fonte de bem estar para os indivíduos e os povos – não seja utilizado como arma de autodestruição e contribuir para a transparência do debate sobre a necessária dimensão humana deste progresso, são, no meu juízo, as tarefas que formam a incumbência da bioética (CASABONA, 1999, p. 16).

Após as ponderações sobre dados genéticos e da história do Projeto Genoma Humano, realizar-se-á uma análise da correspondência entre direitos da personalidade e dados genéticos.

2. Dos direitos da personalidade

Após as grandes guerras mundiais, houve uma intensa movimentação no cenário internacional para a defesa da pessoa humana. Assim sendo, ganhou força a proteção dos chamados direitos da personalidade.

Essa preocupação de defender a pessoa humana contra as agressões a essa espécie de direitos foi raramente aprendida pelo legislador, e quando o foi, isso se deu com muita lentidão, como aconteceu entre nós; assim sendo, coube a jurisprudência a tarefa de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo, proporcionando-lhe meios adequados de defender tais valores personalíssimos contra a agressão de seus semelhantes (RODRIGUES, 2003, p. 62).

Com efeito, o Código Civil de 2002, inovando na ordem jurídica brasileira, conferiu proteção aos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21. “Sob a denominação direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais a pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a dignidade humana” (GOMES, 2003, p. 148).

Nas palavras de Rosenvald; Farias (2009, p. 136-137), os direitos da personalidade “são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe prestar segura e avançada tutela jurídica”.

Os autores continuam, mencionando que os direitos da personalidade “compõem, na verdade, um conjunto de prerrogativas jurídicas reconhecidas à pessoa, atinentes aos seus

diferentes aspectos em si mesma e às suas projeções e prolongamentos” (ROSENVALD; FARIAS, 2009, p. 137).

Assim, em uma classificação realizada por Amaral (2003), a proteção abrange a integridade física (direito à vida, direito ao próprio corpo, direito à saúde, direito ao cadáver, entre outros), a integridade intelectual (direito à autoria científica ou literária, à liberdade religiosa e outras manifestações do intelecto) e a integridade psíquica ou moral (direito à privacidade, ao nome, à imagem, entre outros).

Contudo, é importante mencionar que a classificação dos direitos da personalidade não traz um rol taxativo de direitos, já que do direito à vida derivam os demais. Ou seja, o direito à vida, assegurado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, funciona como uma cláusula geral de proteção da personalidade.

Muito já se discutiu a respeito da natureza jurídica dos dados genéticos, no entanto, hoje, a doutrina entende que os dados genéticos fazem parte da categoria dos direitos da personalidade. Essa, por exemplo, é a conclusão que chegou Naves (2010) em sua tese de doutorado, que tem por título “Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos”.

No que tange à proteção dos dados genéticos, assinala, por exemplo, Naves; Sá (2011, p. 197) que,

Há uma perfeita correspondência entre os dados genéticos, a definição e as características dos direitos da personalidade. Aqueles são informações vitais para o desenvolvimento da vida humana; são necessários, já que toda a matéria viva é regida, biologicamente pelas informações de seus genes; são vitalícios, pois se constituem em bens que acompanham o curso da vida humana; são indisponíveis e intransmissíveis, pois sua disposição ou transmissão implicaria na cessação da vida de seu titular; e, por fim, são extrapatrimoniais, devido à impossibilidade de avaliação econômica, por isso são considerados bens fora do comércio.

Então, em síntese, os dados genéticos por conter as características vitais de cada indivíduo que merece a proteção garantida aos direitos da personalidade, já que nesse rol de direitos se enquadra.

3. Direito à intimidade e à privacidade

A Constituição da República, de 1988, fixou no artigo 5º, inciso X que “são invioláveis, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral”. No entanto, tarefa árdua é distinguir intimidade da vida privada, já que a doutrina não é uníssona sobre o tema.

3.1. Proteção jurídica

O direito à intimidade é considerado pela doutrina como sendo direito da personalidade. Assim,

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade. Ou, mais precisamente, enquadra-se entre os direitos que constituem um atributo da personalidade, caracterizando-se por ser absoluto, indisponível e por não se revestir de natureza patrimonial (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 56).

A seu turno, no cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, estabeleceu que a privacidade do indivíduo é um dos direitos humanos fundamentais, portanto, um direito que deve ser observado. Nesse sentido, ela estabeleceu: “Artigo 12 – Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei” (ONU, 1948).

Vale salientar que pelo fato do direito à intimidade e à vida privada estarem inseridos nos incisos do artigo 5º da Constituição, percebe-se uma relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma identificação como direito fundamental.

Já a privacidade foi assegurada no artigo 21 do Código Civil que menciona: “Artigo 21 – A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Com efeito, a proteção jurídica foi conferida em vários dispositivos, no entanto não há uma diferenciação entre intimidade e vida privada. Assim, a diferenciação será feita logo abaixo.

3.2. Intimidade X Vida Privada

Em um primeiro momento, registre-se a dificuldade de conceituação do direito à intimidade e à vida privada, já que tais conceitos são subjetivos e podem variar de acordo com a cultura e com o momento histórico.

Por sua vez, realizando uma análise epistemológica dessas palavras, intimidade provém do latim *intimus*, sendo assim, significa “íntimo mais recôndito”, “interior”, tem ainda correlação com a ideia de “segredo” e “confiança”. A partir daí podemos pensar em amigos íntimos (*amici intimi*), em amizade íntima (*intima militia*) e em amigos confidentes de seus segredos (*intimus consiliis eorum*). Por outro lado, da palavra *privatus* surgiu *privacy*, *privée*,

privatezza, *privato* e privado, que designa vida privada, designando “privado”, “particular”, “próprio”, “pessoal”, “individual”.

Então, nessa ordem de ideias, mister é analisar a distinção entre os dois conceitos realizada pela doutrina. Em relevante obra sobre o direito à intimidade e à vida privada, Sampaio (1998, p. 268), assim aduz:

Verificamos que, sem embargo do sentido de “recôndito” ou “escondido”, *intimidade* traz em sua raiz um conteúdo intersubjetivo, relacional, de “proximidade”, “confidência” e “amizade”. Já *vida privada* parece significar algo isolado, distante, solitário, ligando-se ainda ao sentido de “apropriação”, de “propriedade”. (Grifos intencionais não constantes no original).

Ademais,

Se, no entanto, falarmos “ter intimidade”, impõe-se o terceiro como titular desse espaço de reserva; seria uma qualidade ou situação de que gozaríamos ou em que estaríamos perante o outro: ser dele próximo, confidente, ter liberdade para expressar-lhes certos sentimentos, emitir opiniões ou fazer algum tipo de pedido, sem formalidade. Assim, também “invadir a intimidade” importa conhecer os segredos e assuntos pessoais do outros, ocupar um âmbito restrito a poucos ou a ninguém. [...] Se o complemento for “vida privada”, há uma pequena modificação de sentido: “ter vida privada” diz respeito ao próprio sujeito ou titular e não à situação ou qualidade que o outro possui, embora possa dizer que “fulano tem vida privada”. Mas diferentemente de “ter intimidade”, o “objeto”, vida privada, é atributo do sujeito da oração. Mais do que isso, seu significado é diferente: é ter vida própria, independente, autônoma. Já “invadir a vida privada” não oferece essa mesma distinção e, tanto por tanto, equivale a “invadir a intimidade”, em que pese também se poder falar de “intrusão no espaço de autonomia” ou “de independência” (SAMPAIO, 1998, p. 269).

Então, quando se indaga em direito à intimidade o que se quer é a proteção desse direito contra agressões, bem como que a mesma (a intimidade) não venha a ser divulgada. A seu turno, “no âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada”. (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 27).

Nessa conjuntura, para Silva (2010, p. 208), a vida privada “integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo, e de acordo com Chaves; Rosenvald (2009, p. 194), “é dizer: o direito à intimidade consiste em resguardar dos sentidos alheios as informações que dizem respeito, apenas, ao titular ao passo que o direito ao segredo é fundado na não-divulgação de fatos da vida privada de alguém”.

Por sua vez, em que pese a existência da distinção doutrinária entre intimidade e vida privada, na prática, muitas vezes, não há qualquer diferenciação por parte daqueles que utilizam os conceitos.

4. Contratos de plano de saúde

O Código Civil de 2002 conceitua o contrato de seguro no artigo 757, mencionando que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados” (BRASIL, 2002).

Assim, tendo por base esse conceito legal, passa-se agora a análise de seus pormenores.

4.1. Noções gerais e características

Sem dúvida, muitas vezes, os gastos com saúde são elevados, o que faz com que as pessoas se associem, formando um contrato de seguro, em que os gastos são divididos. No contrato de seguro há a característica da incerteza do seu uso, já que o indivíduo não sabe quando irá adoecer. Portanto, pode ser que o consumidor nunca utilize os serviços contratados, ou dele se utilize inúmeras vezes. Por isso, o contrato é aleatório, já que o seu resultado depende de eventos futuros e incertos.

Assim, os consumidores deverão efetuar o pagamento mensal pelo custo dos serviços. Ademais, o contrato tem a característica de ser bilateral e de longa duração.

Por consequência,

Temos, assim, os contratos de seguro-saúde, de maneira geral, adotando como função principal serviços de trato sucessivo de prestação médica ou de seguro. Serviços que prometem segurança e qualidade; envolvem obrigação de fazer ou não fazer, de informar e não prejudicar, com o vínculo de continuidade, cuja execução cabe à terceiro, encarregado da prestação imediata, quando necessária ao consumidor segurado (MILANO FILHO; MILANO, 2009, p. 11).

Por sua vez, o contrato de seguro de saúde tem sua exploração e condução sujeita a regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público. O valor do seguro é calculado da seguinte maneira: a seguradora cobra um prêmio em razão dos gastos esperados. Então, via de regra, os indivíduos com maior risco pagarão o prêmio mais elevado.

Assim, sobre o tema, merece grande destaque o Código de Defesa do Consumidor, com a sua preocupação de proteger o consumidor, que é considerada a parte vulnerável da relação. Dessa forma, esta proteção possui seu alicerce na Constituição da República, que preceitua no artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Contudo, a atividade securitária está inserida no rol de serviços por esse Código protegidos (artigo 3º, parágrafo 2º, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990).

Com efeito, o contrato de plano de saúde é um contrato de adesão, que muitas das vezes contém cláusulas leoninas. Assim,

Trata-se de um típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. (...) O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas contratuais que foram apresentadas pelo outro contratante. Há condições gerais impostas ao público interessado em geral. (...) Para o consumidor comum, não se abre a discussão ou alteração das condições gerais dos contratos ou das cláusulas predispostas. Enquanto não houver adesão ao contrato, as condições gerais dos contratos não ingressam no mundo jurídico (VENOSA, 2010, p. 393).

Para tanto, essa modalidade de contrato está prevista no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 54:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. § 5º (Vetado). (BRASIL, 1990).

Com efeito, os contratos de adesão foram idealizados com a finalidade de facilitar, nas relações de consumo, a distribuição em grande escala, proporcionando mais agilidade nas contratações. Por conseguinte, apesar dessas vantagens, nos contratos de plano de saúde o consumidor é comumente desrespeitado ao aderir contratos previamente formulados por empresas de serviço de plano de saúde, já que empresas, primando pelo lucro, frequentemente desempenham práticas abusivas.

Assim, pode-se observar que a relação seguradora/segurado, plano de saúde/cliente, tem alguns deveres a serem seguidos, tais como a observância da boa-fé, do equilíbrio econômico e do direito a não-discriminação.

4.2. A boa fé e o direito à intimidade

Sobre a boa-fé nos contratos, pode-se asseverar que mesma determina o dever conferido às partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. Como se pode observar, o Código Civil de 2002, que trouxe expressamente em seu texto a proteção da boa-fé e consagrou diversos dispositivos ao princípio.

Nesse sentido, como obrigação imposta às partes, reza o artigo 421 do Código Civil que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Já o artigo 113 preceitua que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Contudo, dentre as diversas facetas do princípio da boa-fé, encontra-se o controle dos limites do exercício de direito. Então, sobre o abuso do direito, estabelece o artigo 187 do Código Civil: “Artigo 187: 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”.

Assim sendo, “a má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida” (VENOSA, 2010, p. 387). Ao falar de boa-fé mister é fazer uma distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.

Para tanto, Venosa (2010, p. 387) esclarece que “na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”.

Por outro lado,

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais (VENOSA, 2010, p. 387).

Com efeito, a boa-fé objetiva está estampada no artigo 422 do Código Civil que determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” e, por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor conferiu proteção ao princípio da boa-fé em seus artigos. 4º, III, e 51, IV.

Como corolário do dever de agir com lealdade na execução do contrato, vale registrar que uma Portaria da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, de nº 5, considera que o elenco de cláusulas abusivas constante do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo. Então, depreende-se que outras estipulações contratuais lesivas ao consumidor emanam do próprio texto legal. Observe:

Art. 1º Considerar abusiva, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a cláusula que: I - autorize o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia; II - imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se

contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor; III - *autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor*; IV - imponha em contratos de seguro-saúde, firmados anteriormente à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, limite temporal para internação hospitalar; V - prescreva, em contrato de plano de saúde ou seguro-saúde, a não cobertura de doenças de notificação compulsória. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2002, p. 01-02). (Grifos intencionais não constantes no original).

Sem dúvida, a boa fé, como princípio jurídico basilar dos contratos, deve ser obedecida nos contratos de plano de saúde de modo que se o segurador violar esse dever ao investigar a intimidade do segurado, ele merece punição.

4.3. Princípio do equilíbrio econômico

O princípio do equilíbrio econômico estabelece aos contratantes a vedação de que as prestações contratuais tenham um desequilíbrio de forma a caracterizar vantagem desleal para um contratante.

Com efeito, é uma vedação contratual. Assim, para Negreiros (2006), o contrato não deve servir de instrumento para que as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante.

Por consequência,

Inspirado na igualdade substancial, o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável. Em face da disparidade de poder negocial entre os contratantes, a disciplina contratual procura criar mecanismos de proteção da parte mais fraca (NEGREIROS, 2006, p. 184).

Aqui, o que se busca é uma relação contratual justa. Ou seja, é a aplicação do Princípio consagrado no artigo 3º, inciso III da Constituição da República, princípio da igualdade.

4.4. Direito à não-discriminação genética

Ao dissertar sobre o tema observa-se que a Constituição da República, de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, estabeleceu que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E em seu artigo 5º trouxe outras diversas garantias, fixou que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, fazendo alusão ao princípio da igualdade. Ademais, garantiu que a lei punirá qualquer

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI) e a proteção à intimidade genética (inciso X).

Dessa forma, garantiu que a dignidade da pessoa humana deve resguardar a proteção jurídica de dados genéticos. Assim, nenhuma pessoa deve ser submetida à discriminação com base em suas características genéticas.

Primeiramente, é importante mencionar que em nosso país, apesar de inexistir uma legislação específica sobre a discriminação genética há em tramitação um Projeto de Lei, o qual almeja tipificar as condutas ilícitas de discriminação genética.

Numa pesquisa realizada no site da Câmara dos Deputados, encontramos o Projeto de Lei 4610/1998, que tem por autor o Senador Federal Lúcio Alcântara, do PSDB/CE, apresentado em 15/06/1998. O Projeto define os crimes resultantes de discriminação genética, e tem por ementa estabelecer que a realização de testes preditivos de doenças genéticas, ou que permitam a identificação de pessoa portadora de um gene responsável por uma doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença, só é permitida com finalidades médicas ou de pesquisa médica e após aconselhamento genético, por profissional habilitado.

Nessa ordem de ideias, no plano internacional, no que diz respeito à discriminação de dados genéticos, é importante observar o texto da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005). Nele, o artigo 11 dispõe que “nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização”.

Vale salientar que a ingerência de terceiros na intimidade deve ser coibida, pois

[...] contra o utilitarismo coletivista ou majoritário, são rechaçadas as intervenções extraconsensuais, que já ocorreram, e que continuam ocorrendo, como demonstra uma vasta narrativa (que se pense, por exemplo, em alguns experimentos) em nome do progresso; e inversamente, contra o utilitarismo individual-hedonista, que, em nome do consentimento do sujeito, tende, como já se destacou, a uma liberação cada vez mais ampla de intervenções nele (MANTOVANI, 2002, p. 162).

Com efeito,

A discriminação genética eleva o patrimônio genético a critério definidor de oportunidades e deveres. A desigualdade instaura-se pela determinação de que características genéticas podem fazer com que um indivíduo seja escolhido ou preterido para certa relação ou situação (SÁ; NAVES, 2011, p. 202).

A propósito, a discriminação genética nos contratos de plano de saúde é uma forma de agressão contra a pessoa humana que viola a dignidade da pessoa humana e inviabiliza o exercício de direitos.

5 Análise genética no contrato de seguro. Direito ao consentimento livre e esclarecido

Nessa conjuntura, não pode ocorrer a conduta por parte do plano de saúde de exigir exame médico preditivo à contratação, tendo em vista que os dados genéticos tem por característica serem probabilísticos. Ou seja, a pessoa que possui determinada identidade genética tem apenas a possibilidade de desenvolver alguma enfermidade, não há a certeza exata de sua verificação no plano real.

Assim, se a empresa desejar conhecer a intimidade genética do consumidor contra sua vontade, ou seja, determinar ao consumidor que o teste genético constitui condição sem a qual não lhe é dado o direito de contratar o serviço estará violando sua intimidade genética. Logo, incorrerá no dever constitucional de reparar pelos danos morais e materiais causados ao consumidor.

Para discorrer sobre o tema proposto vale dizer que, segundo Azofra (2011, p.93),

Dentro del marco de la Unión Europea, el Parlamento aprobó una Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la ingeniería genética, de 16 de marzo de 1989, em la que quedo patente su postura contra la utilización del análisis genético em el ámbito de la contratación de seguros. Se afirma, en dicha Resolución, que las compañías aseguradoras no tienen derecho alguno a exigir que se realicen análisis genéticos antes o después de la firma de un contrato de seguro, ni a que se comuniquen los resultados de análisis genéticos ya realizados (principios 19 y 20).

Importa esclarecer que sem consentimento, a intervenção não será possível, até porque hoje o termo de consentimento informado é requisito para qualquer intervenção médica e é utilizado de maneira a buscar o exercício da autonomia e liberdade do paciente.

Assim, Assis Júnior (2010, p. 55) adverte:

É perfeitamente coerente e proporcional uma interpretação constitucional segundo a qual é vedado as empresas fornecedoras de planos de saúde conhecer o segredo genético do consumidor sob pena de violar sua intimidade genética. Eventualmente, se tivesse conhecimento de tais informações, estaria vedado discriminar ilegitimamente os consumidores por sua formação genética. Se a empresa desejar conhecer o segredo genético do consumidor contra sua vontade – devendo-se entender contra a vontade do consumidor o teste genético que constitui condição sem a qual não lhe é dado o direito de contratar – estará violando sua intimidade genética. Incorrerá no dever constitucional de reparar pelos danos morais e materiais causados ao consumidor.

Dessa forma, não há justificativa para realização de exames genéticos preditivos, os quais tem nítido caráter discriminatório. Aliás,

a não cobertura de doenças que futuramente poderiam surgir em razão do conhecimento de uma predisposição genética, por meio de um exame genético, desvirtua completamente o objeto segurado, pois a missão da seguradora é assumir o risco e não excluí-lo (PEREIRA, 2001, p. 313).

Então, pela exposição acerca do tema, fica nitidamente demonstrada a necessidade de proteção da informação genética oriunda dos dados genéticos.

Conclusão

A partir de 1988, uma nova ordem constitucional surge no Direito brasileiro, fazendo com que o Direito Civil passe por uma grande transformação. Nessa conjuntura, merece destaque o direito civil constitucional. Isso quer dizer que o direito civil, bem como toda a legislação especial que o regula, deve observar princípios e normas constitucionais, garantindo a dignidade da pessoa humana. Assim, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado à luz da Constituição.

O Projeto Genoma Humano trouxe uma imensa revolução para genética humana, uma vez que teve a pretensão de permitir conhecer toda a sequência do DNA humano. Assim, o seu conhecimento é considerado um instrumento de grande valor para determinar as variações de genes que contribuem para a saúde e a prevenção de doenças.

Porém, na prática, o conhecimento das informações genéticas pode ser prejudicial. Isso é possível quando as empresas seguradoras buscam uma maior obtenção de lucros, a partir da aquisição de informações genéticas do contratante previamente, e avaliam se será economicamente viável celebrar um contrato com aquele indivíduo.

Contudo, apesar de inexistir uma legislação brasileira específica sobre a discriminação de dados genéticos, com a Constituição da República de 1988 e com o Código Civil de 2002, o qual trouxe expressamente a proteção aos direitos da personalidade, há a proteção contra a discriminação genética de forma implícita.

Em síntese, o cruzamento de informações pessoais deve ser subordinado à prévia e expressa autorização do interessado. Além do que, o plano de saúde não pode exigir do paciente que o mesmo realize impositivamente exames prévios à contratação, tendo em vista que haveria a violação da intimidade genética.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade Genética, Planos de Saúde e Relações de Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, v.6, n.34, p.36-60, jan. 2010.
- AZOFRA, María Jorqui. Análisis genéticos em el ámbito de la contratación de seguros. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito biomédico: Espanha-Brasil**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em 09 de março 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acessado em 09 de março 2012.
- BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acessado em 28 de setembro de 2012.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acessado em: 26 de junho de 2013.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4610/1998**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995>>. Acessado em 18 de fevereiro de 2014.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; 9).
- CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **Genética y Derecho Penal: Previsiones em el Código Penal Español de 1995**. Bilbao-Granada: Ediciones El Patal, 2001.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos (Coord.) (Ed.). **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- GUÉRIN-MARCHAND, Claudine. **Manipulações genéticas**. São Paulo: EDUSC, 1999. 284p.

MANTOVANI, Ferrando. Sobre o genoma humano e manipulações genéticas. In: CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em Direito comparado**. Belo Horizonte: PUC Minas, Del Rey, 2002.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo Cesar. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos: questões polêmicas, doenças e lesões preexistentes, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: LEUD, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Portaria nº 5, de 27 de agosto de 2002**. Complementa o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.ggbs.gr.unicamp.br/pdf/portaria-5-Attach_s470021.pdf> Acesso em 10 de julho de 2013.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. Análise biojurídica da identidade humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PORTUGAL. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>> Acessado em 01 de agosto de 2014.

PORTUGAL. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acessado em 25 de setembro 2012.

PORTUGAL. **Declaração Universal sobre os Dados Genéticos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>> Acessado em 04 de julho de 2013.

PORTUGAL. Gabinete de documentação e direito comparado da Procuradoria Geral da República. Conselho da Europa. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, 1997.

Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>> Acessado: 16 de novembro de 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. v. 1, 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Dados genéticos humanos. In SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 09.11.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

STOCCO Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética**: aspectos éticos e jurídicos. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2866/2125>> Acessado em 29 de setembro de 2012.

TEIXEIRA, Mônica. **O Projeto Genoma Humano**. São Paulo: Publifolha, 2000. (Folha Explica).

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm > Acesso em 04 de julho de 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. xviii,