

## Cláusulas abusivas em contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde

MARCO ANTÔNIO ZANELATO  
Promotor de Justiça - SP

### I - Introdução

Nos dias que correm, tem sido comum a inserção, em contratos "estandardizados" de cobertura de despesas com assistência médica e hospitalar, concluídos por adesão de consumidores a condições gerats pré-estabelecidas, por empresas de medicina de grupo, cooperativas médicas e outras, de cláusulas abusivas, à luz do disposto no artigo 51 e respectivos incisos do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre as várias modalidades de cláusulas abusivas que têm sido encontradas nesses contratos, trataremos, neste artigo, de apenas duas delas: a) a chamada cláusula de reabertura do prazo de carência, que, além de estabelecer que o atraso no pagamento da prestação mensal implica a suspensão automática do direito à cobertura, mesmo que o consumidor contraente esteja em regime de internação hospitalar, dispõe que se o pagamento da mensalidade atrasada for efetuado a partir do decurso de certo lapso de tempo, contado do dia posterior ao do vencimento da obrigação (v.g, décimo primeiro dia de atraso), os direitos à cobertura e ao ressarcimento permanecerão suspensos, a partir da data do pagamento, por igual número de dias, contados da data do vencimento da mensalidade até o efetivo pagamento; b) a cláusula que prescreve que o direito à cobertura objeto do contrato, adquirido a partir da zero hora do dia imediatamente subsequente àquele em que foi efetuado o pagamento da mensalidade em atraso, não alcança os eventos que se tenham iniciado ou diagnosticado durante o período de suspensão, que permanecerão sem cobertura até o seu término.

### II - Ofensa à cláusula geral da boa-fé objetiva (CDC, art. 51, inc. IV)

Essas predisposições contratuais, a nosso ver, contrariam a boa-fé, que, considerada em sentido amplo, é um conceito essencialmente ético, que podemos definir como a

consciência de não prejudicar a outrem em seus direitos<sup>(1)</sup>. Em sentido estrito, é essa mesma consciência de não prejudicar, quando fundada no erro ou na ignorância<sup>(2)</sup>.

Segundo o magistério de Alípio Silveira, essas duas acepções de boa-fé surgiram no Direito Civil Alemão. Com efeito, o Código civil alemão (B.G.B.) distingue, de um lado, "Treu und Glaube" (arts. 157, 162, 242, 320, 815, ), e do outro, "Guter Glaube" (arts. 932, 937, 955, 957, 1121, ). "Treu und Glaube" é a boa-fé em sentido lato: refere-se à interpretação dos contratos e ao cumprimento das obrigações. É a honradez no cumprimento das obrigações, a honradez objetiva (em contraposição à honradez fundada na crença - erro ou ignorância), a lealdade, honestidade ou probidade<sup>(3)</sup>. "A inobservância desta boa-fé acarreta para o indivíduo, quer a nulidade do ato jurídico, quer a perda de certos direitos, quer a sua responsabilidade. Pressuposto de todas essas sanções é, evidentemente, o prejuízo alheio"<sup>(4)</sup>.

Pode-se afirmar que a Treu und Glaube dos alemães corresponde ao que se convencionou chamar boa-fé objetiva, que, segundo o magistério de Antonio Junqueira de Azevedo, Professor e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pode ser considerada como um princípio geral de Direito, não expresso no Código Civil, mas incorporado ao Direito brasileiro como um todo, por força do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e ao Direito do consumidor, pelo artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor<sup>(5)</sup>.

O mesmo mestre pontifica ainda que "a admissão da boa-fé, no nosso ordenamento, não se limita, pois, ao microsistema do direito do consumidor, mas a norma deve ser aplicada pela jurisprudência, no seu papel de agente intermediário entre a lei e o caso, a todo o direito (inclusive ao direito público). A boa-fé objetiva é, do ponto de vista do ordenamento, o que os franceses denominam 'notion-quadré', isto é, uma cláusula geral que permite ao julgador a realização do justo concreto, sem deixar de aplicar a lei"<sup>(6)</sup>.

A boa-fé é norma de comportamento positivada nos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, que cria três deveres principais: um de lealdade e dois de colaboração, que são, basicamente, o de bem informar (caveat venditor) e o candidato a contratante sobre o conteúdo do contrato e o de não abusar ou, até mesmo, de se preocupar com a outra parte (dever de proteção)<sup>(7)</sup>.

O jurista lusitano Menezes Cordeiro divide os denominados deveres acessórios (ou secundários) impostos pela boa-fé em deveres de proteção, deveres de esclarecimento e deveres de lealdade. Para ele, os deveres de proteção destinam-se a evitar que as partes inflinjam-se danos mútuos<sup>(8)</sup>.

O saudoso jurista Clóvis V. do Couto e Silva doutrina no mesmo sentido: "Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são denominados de deveres secundários, anexos ou instrumentais ( ). A boa-fé dá o critério para a valoração judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma "Geschlossenheit", como um mundo fechado, mas, sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se

(1) Cf. ALÍPIO SILVEIRA. A boa-fé no direito civil in Revista Forense vol LXXXVI abril-1991, pág. 14.

(2) Id., ibid.

(3) A boa-fé no direito civil, cit. pág. 14.

(4) Artigo e loc. cit., pág. 25.

(5) Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, em Revista de Direito do Consumidor n. 18 abril/junho 1986, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pág. 26. Ver a respeito, também, ARNOLDO WALD, "La bonne foi" em "Travaux de l'Association Henri Capitant" Tomo XLIII, 1992, pág. 235 e Obrigações e contratos 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1992, pág. 155-157.

(6) Art. cit., pág. 21.

(7) ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO art. cit., pág. 27.

(8) Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina. 1984 vol. 1 pág. 632 e segs.

poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativados, flexibilizados, no contato com a regra ética<sup>(9)</sup>.

Rui Rosado de Aguiar Junior, eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a propósito da aplicação da cláusula geral da boa-fé, pontifica que as pessoas devem comportar-se segundo a boa-fé, antes e durante o desenvolvimento das relações contratuais. Esse dever, para ele, projeta-se na direção em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé<sup>(10)</sup>.

Para a grande jurista consumerista Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor impõe, para as relações de consumo, um patamar mínimo de boa-fé objetiva. Boa-fé significa um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com o consumidor e seus dependentes. Tal patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito aos abusos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade contratual, assegurada pelo princípio da autonomia privada. A lei presume ser o consumidor a parte mais fraca na relação contratual (CDC, art. 4º, I) e, em decorrência, impõe aos fornecedores uma conduta conforme a boa-fé "O princípio da boa-fé nas relações de consumo, incluindo as envolvendo direta ou indiretamente a prestação de serviços de saúde (art. 3º, § 2º, do CDC), atua limitando o princípio da autonomia da vontade (art. 170, caput, e inciso V, da Constituição Federal/88) e combatendo os abusos praticados no mercado"<sup>(11)</sup>.

Bem a propósito da boa-fé objetiva como princípio geral orientador das condições gerais do negócio, os renomados juristas Mário Júlio de Almeida Costa e Antonio Menezes Cordeiro, em excelente comentário ao Decreto-Lei nº 446/85, que rege "as cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar", ao analisarem o seu art. 16 -, que estabelece o princípio geral de que "são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé", assim consignaram:

"Firma-se a boa-fé como princípio geral orientador das cláusulas contratuais gerais ( ), a boa-fé assume um sentido duplo: ora significa a consciência ou convicção justificada do sujeito de ter um comportamento conforme ao direito - a boa fé subjetiva -, ora

(9) A obrigação como processo, São Paulo: Bushatsky, 1976, pág. 35-42.

(10) A boa-fé na relação de consumo trabalho apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor Brasília, 1994, publicado na Revista de Direito do Consumidor n. 14, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pág. 2027. Para um estudo aprofundado sobre o princípio da boa-fé objetiva, vide, além dos autores já citados principalmente: FRANZ WIEACKER, El principio de la buena fe, 2ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1986; trad. de José Luis Carro; JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO, Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais, in Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferre Costa, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, número especial, Coimbra, 1997, pág. 241-333; DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO La buena fe, el principio general en el derecho civil, Madrid: Editorial Moncorvo, 1984; MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA, O princípio da boa fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro, in Revista de Direito do Consumidor vols. 23-24, julho-dezembro-1997, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pág. 199-224; CLOVIS DO COUTO E SILVA, A obrigação como processo, São Paulo: Editora José Bushatsky, 1976, pág. 27 et seq. e O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português, in Estudos de direito civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980 pág. 43-72; MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, Aspectos modernos do direito das obrigações, in Estudos de direito civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), São Paulo, Editora dos Tribunais, 1980, pág. 83 et seq.; KARL LARENZ Derecho de obligaciones, trad. de Santos Briz, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 140 et seq.; JUDITH H. MARTINS COSTA, Princípio da boa-fé, Revista de Direito n.º 50, 1990, Porto Alegre, pág. 207-227; UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA, Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva, Revista AJURS, n.º 71, novembro 1997, Porto Alegre, pág. 154-215; PAULO LUIZ NETTO LOBO, Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas, São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 142 et seq.; J. DE LOS MOZOS, El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español, Barcelona, Bosch, 1965; J. GONZALEZ PEREZ, El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Madrid, Civitas 1983; LUIS DIEZPÍCAZO PONCE DE LEÓN, La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Barcelona: Bosch, 1963, pág. 134-143.

(11) Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei in Revista de Direito do Consumidor São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais vol. 20 outubro-doutubro de 1996 pág. 74.

traz uma regra de conduta - a boa fé objetiva. Podem indicar-se, com apoio no Código Civil, respectivamente, os exemplos paradigmáticos da boa-fé possessória (...) e da boa-fé no cumprimento das obrigações (...)

O preceito analisado reporta-se à boa fé objetiva, ou seja, a uma cláusula geral, que exprime um princípio normativo. Portanto, não se fornece ao julgador uma regra apta à aplicação imediata, mas apenas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a sua mediação concretizadora. Deixa-se aberta, deste modo, a possibilidade de atingir todas as situações concretizadas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça.<sup>(12)</sup>

A norma de proibição das cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé contida no art. 16 do precitado Decreto-Lei nº 446/85 corresponde, no ordenamento jurídico brasileiro, à norma inserida no art. 51, inc. IV, c.c. o § 1º da Lei nº 8.078/90) Código de Defesa do Consumidor), que prescreve como nula, pleno jure, as cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

A propósito do precitado dispositivo do estatuto consumerista pátrio, o insigne Professor Paulo Luiz Netto Lôbo assinala, com muita propriedade, que "um valioso instrumento hermenêutico foi posto à disposição do julgador: a cláusula geral da boa-fé e da equidade (art. 51, IV, e § 1º). Trata-se da boa-fé objetiva, como regra de conduta nas relações jurídicas obrigacionais (...). Supõe a conduta honesta, leal, correta. É boa-fé de comportamento. O fornecedor cria uma situação sobre a qual o consumidor confia, em que não haverá comportamento enganoso ou abusivo"<sup>(13)</sup>. Pontifica, ainda, que "o Código de Defesa do Consumidor, ao optar por conceitos indeterminados e cláusula geral de boa-fé, lançou sobre os ombros do julgador uma difícil tarefa, ampliando seus poderes no tocante à revisão dos contratos. A defesa do consumidor é sua finalidade, por mandato legal e constitucional, mas essa tutela não é ilimitada: há de conter-se no âmbito do equilíbrio contratual"<sup>(14)</sup>.

Ao estabelecer período de carência para aqueles que efetuarem o pagamento da mensalidade a partir do décimo primeiro dia de atraso e, ainda, não dar direito de retorno à cobertura e ao ressarcimento para os eventos iniciados ou ocorridos durante o período de atraso, as empresas violam o dever de não abusar (dever de proteção) e prejudicar o consumidor devedor, imposto pela cláusula geral da boa-fé, porquanto a eles estão impondo, além da perda do direito à cobertura, o cumprimento de período de carência, pelo tanto de dias em que retardaram o cumprimento da obrigação e a perda do direito à cobertura de eventos diagnosticados durante o período de atraso, de modo a lhes infligir danos.

Essa prática traduz-se em abuso do direito de penalizar o devedor impondável, pois representa a aplicação de mais de uma penalidade pela mora, caracterizando verdadeiramente **bis in idem**. Não estão, assim, excedendo de forma compatível com a boa-fé o seu direito de aplicar penalidade ao devedor em decorrência da imponibilidade no pagamento das mensalidades, de modo a violarem o disposto no artigo 51, inciso IV, e parágrafo 1º, incisos I e III, do Código de Defesa do Consumidor.

A estipulação condições gerais em comento, à evidência, coloca o consumidor em desvantagem exagerada em relação à empresa predisponente, rompendo o justo equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contratantes (v. CDC, art. 51, parágrafo 1º, inc. III). Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que se consideram "abusivas, nas relações de consumo, as condições contratuais que atribuam vantagens excessivas ao predisponente

(12) Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de outubro, Coimbra: Livraria Almedina 1993 págs. 38-39.

(13) Contratos no Código de Defesa do Consumidor: pressupostos gerais in Justiça. Ministério Público de São Paulo vol 160 outubro-dezembro de 1992 págs. 132.

(14) Id. ibid.

fornecedor e demasiada onerosidade ao consumidor, gerando um injusto desequilíbrio contratual. As cláusulas abusivas são instrumento de abuso do poder contratual dominante, do fornecedor, em face da debilidade jurídica potencial do consumidor. Estabelecem conteúdo contratual iníquo, com sacrifício do razoável equilíbrio das prestações"<sup>(15)</sup>.

### III - Violação do princípio "non bis in idem" e do art. 959, inc. I, do Código Civil

Demais disso, a cláusula que impõe "período de carência" pelo mesmo número de dias em que o devedor permaneceu em atraso, a contar do dia em que efetuou o pagamento, além de violar o princípio do **non bis in idem** - pois é aplicada depois de o consumidor já ter sido punido com a suspensão dos direitos à cobertura no período em que esteve em mora -, infringe a norma contida no art. 959, inc. I, do Código Civil, que estabelece a purgação da mora por parte do devedor quando este oferece a prestação, acrescida dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta.

De acordo, com a lição de Oswaldo Optiz, sendo a mora o retardamento injustificado do cumprimento da obrigação, a sua purgação "é uma maneira de extinguir seus efeitos, (...). Nasceu como medida de equidade. A evolução do direito creditório mostra isso, com o abrandamento do rigor imposto ao devedor, como parte mais fraca na relação processual"<sup>(16)</sup>.

Sendo, assim, a emenda ou purgação da mora medida inteiramente calçada na equidade, é inquestionável que deve restituir o contrato à normalidade, ou seja, restabelecer os primitivos direitos e obrigações dos contraentes. Por isso, afigura-se incompatível com a equidade subjacente à purgação da mora a cláusula contratual que não restitui o contrato a essa normalidade, como ocorre com a que fixa "período de carência" a partir do pagamento da prestação em atraso, conduzindo-o, isto sim, à situação de manifesto desequilíbrio entre os direitos e obrigações dos contratantes, pois enquanto ficam restabelecidas todas as obrigações do consumidor, remanescem suspensos os seus direitos com a reabertura do prazo de carência. Tal procedimento é iníquo, incompatível com o princípio normativo da boa-fé objetiva, pois se mostra excessivamente oneroso para o consumidor contratante que retardou o cumprimento da obrigação.

A propósito da abusividade e conseqüente nulidade e ineficácia da cláusula que estabelece "período de carência" pelo número de dias em que o devedor permaneceu em atraso, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Aldo Magalhães, judiciosamente, assim pontificou:

"Ora, sabendo-se que o pagamento atrasado era feito com correção monetária, a imposição de novo prazo de carência constitui, nos termos do art. 51, n.º IV, da Lei nº 8.078/90, cláusula abusiva por colocar o consumidor em posição exageradamente desvantajosa, rompendo o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes contratantes

(...)

(...) constituindo a emenda ou purga da mora medida fundada na equidade que recompõe o contrato, restituindo-o à normalidade, é incompatível com a equidade que a informa a estipulação que não restitui o contrato à normalidade, mas o conduz à situação de desequilíbrio entre os direitos e obrigações dos contratantes, pois enquanto ficam restabelecidas todas as obrigações do consumidor, remanescem suspensos os seus direitos com a reabertura do prazo de carência

(15) Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit. págs. 132.

(16) Mora no Negócio Jurídico. Rio de Janeiro: Ed Borsari 1966 págs. 195.

Insista-se, ao invés de recolocar o contrato em situação normal, restabelecidos os primitivos direitos e obrigações de ambas as partes, a cláusula em questão (cláusula de carência), ferindo a equidade, cria uma situação desfavorável ao consumidor, reabrindo um prazo de carência no qual o consumidor só tem obrigações e o fornecedor só tem direitos. E isso não obstante o atraso no pagamento tenha sido compensado com a correção monetária do valor devido" (Apelação Cível nº 235.857-2/3, São Paulo, j. 25.8.94)

#### **IV – Conclusão**

Indiscutível, portanto, o teor do disposto no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, a abusividade e a conseqüente nulidade das cláusulas em apreço, devendo ser inibidas judicialmente e, por conseguinte, eliminadas dos contratos padronizados que vêm sendo celebrados pelas denominadas empresas de medicina de grupo, seguro-saúde, cooperativas médicas, etc., para evitar que o consumidor continue a ser prejudicado por sua aplicação