

Contrato de seguro-saúde e o regime do Código de Defesa do Consumidor

FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

Parte I. Configuração jurídica do contrato de seguro-saúde. 1. Conceituação legal. 2. Natureza do contrato de seguro-saúde 3. Previdência privada e previdência social. 4. Assistência à saúde na Constituição Federal. Parte II. Submissão do contrato de seguro-saúde ao Código de Defesa do Consumidor. 5. Conteúdo do contrato de seguro-saúde. 6. Contratação por adesão e abuso. 7. O problema do equilíbrio contratual. 8. Princípio geral da boa-fé no contrato de seguro-saúde. Parte III. O sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor. 9. Cláusula ilícita, cláusula ilegal. 10. Nulidade e inexistência. 11. Nulidade e ineficácia. 12. Construção jurisprudencial do contrato de seguro-saúde.

Parte I. Configuração jurídica do contrato de seguro-saúde

1. Conceituação legal

O direito brasileiro ocupou-se do contrato de seguro notadamente no Código Civil, cujos artigos 1432 a 1476 dispõem sobre a matéria conforme a compreensão tradicional do instituto. De acordo com o Código Civil (CCiv), o contrato de seguro é “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. Essa definição abrange tanto os seguros obrigatórios quanto os facultativos. Da primeira modalidade são exemplos o seguro de transporte e o seguro de acidente de trabalho; entre os facultativos incluem-se o seguro de vida e o seguro-saúde.

Somente em 1966 regulou-se o mercado de seguros por meio do Decreto-Lei nº 73, de 21

Fernão Justen de Oliveira é Advogado em Curitiba (Justen & Associados) e mestrando em Direito Privado na UFPR.

de novembro de 1966, dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulamentado pelo Decreto nº 60.459/67. O seguro-saúde recebeu conformação jurídica nos arts. 129 e 130, *caput*:

“Art. 129. Fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”;

“Art. 130. A garantia do seguro-saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado”.

Esse diploma também instituiu o Conselho Nacional de Seguros Privados, cabendo-lhe fiscalizar a “constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras” (arts. 35 e 36) e a autarquia Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a quem incumbe a executar a política traçada por aquele Conselho.

Não há contradição entre o CCiv e o Decreto-Lei nº 73, pois aquele diploma dispõe sobre as regras genéricas do contrato de seguro nas suas diversas modalidades; o decreto-lei regula o sistema de seguros e desce a minúcias inexistentes no CCiv. Assim como o Código de Defesa do Consumidor (será visto mais adiante), ambos atuam sobre planos distintos do mesmo objeto. O contrato de seguro-saúde, em suma, caracteriza-se pelo dever do segurador de reembolsar as eventuais despesas médicas e hospitalares do segurado, mediante uma contribuição mensal deste.

O Decreto-Lei nº 73 alude a duas modalidades distintas de contrato de seguro-saúde: o art. 129 garante o *reembolso* das despesas médicas, após o atendimento, e o art. 135 envolve o *pré-pagamento* de despesas eventual e futuramente havidas com tratamento de saúde. Esse pré-pagamento supõe a realização anterior de cálculos estatísticos específicos para o ramo de seguros, chamados atuariais, que levam em conta a probabilidade de ocorrência do sinistro a partir de critérios calcados na exposição natural do segurado a situações de risco (como idade e profissão). Como ensina Cláudia Lima Marques, ambas as modalidades incluem-se no âmbito do seguro-saúde, que é diferente dos contratos de assistência médica, denominados pela professora gaúcha de

contrato de medicina paga, em contraposição à medicina pré-paga.¹

Ainda conforme aquela autora, a principal característica do contrato de seguro-saúde é o trato sucessivo, a relação contínua que protraí a execução das obrigações, configurando um contrato de longa duração. Nesses contratos, a relação de confiança que se forma entre as partes e a expectativa que o consumidor nutre relativamente ao prestador do serviço tornam-se dados juridicamente relevantes para a determinação da abusividade.

2. Natureza do contrato de seguro-saúde

O contrato de seguro-saúde é, fundamental e obviamente, um contrato de seguro e como tal assume a conformação própria dessa modalidade contratual. Sobre o tema, Saulo Ramos citou Pontes de Miranda, para quem “a natureza do contrato de seguro é uma só para todas as espécies”², a fim de escorar raciocínio mediante o qual deseja que o cálculo securitário e atuarial sirva isoladamente de critério para a cobertura de sinistros. Esses pressupostos técnicos não permitiriam a limitação à liberdade econômica pelo Estado, pela imposição de ônus maiores que os contratados. Assim, a natureza do contrato de seguro implicaria a restrição das partes e das obrigações unicamente à vontade externada no instrumento, em conformidade com o princípio tradicional do auto-regramento da vontade.

Essa restrição, contudo, não se reveste de ilicitude alguma. O negócio jurídico encerrado no contrato de seguro-saúde exerce um papel econômico e social de tamanha relevância que o Estado não se pode manter indiferente. Ao inverso, a determinação do regime legal aproxima-se até do direito público³ – ainda que dele se distancie seguramente – em vista da restrição cada vez maior da liberdade de contratar por conta de normas inderrogáveis, de observância irresistível para as partes. De resto,

¹ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 40.

² RAMOS, José Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 12, p. 290, jul./set. 1995.

³ GOMES, Orlando. Seguro-saúde : regime jurídico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 251, out./dez. 1985.

a liberdade de iniciativa prevista na Constituição não configura permissão para a imposição de cláusulas exonerativas de responsabilidade. Porém, e conforme será investigado, a inexistência de cobertura a determinados procedimentos médicos pode não configurar limitação ou exoneração de responsabilidade, mas apontar em direção à ampla liberdade de contratar.

Ainda, conforme Voltaire Marensi⁴, o seguro-saúde assume a característica de contrato bilateral (direitos reflexos mútuos), de adesão, condicional (ocorrência do sinistro), oneroso (pagamento de prêmio) e aleatório (imprevisibilidade do sinistro). Isso permite concluir que se trata de um verdadeiro contrato de *risco*, para as duas partes: se nada ocorrer com o segurado, o segurador incorpora o prêmio ao seu patrimônio sem nada oferecer em troca; se supervier o sinistro, o segurador cobre os custos advindos ao segurado. Quanto ao primeiro aspecto, não existe dissenso acerca da licitude de o segurador reter o prêmio. A discussão, todavia, e como será visto, concentra-se no segundo aspecto, relativamente ao alcance da cobertura.

3. Previdência privada e previdência social

A previdência social e a previdência privada estão dispostas no mesmo compartimento formal da Constituição. Ambas foram insculpidas no quadro da Seguridade Social (Título VIII, Capítulo II). No entanto, não há que se confundir a regulamentação dos institutos. Por um lado, invoca-se a dissidência entre a prestação de serviços por meio da esfera pública e da privada. No primeiro caso, o Estado providenciará com preferência a saúde dos cidadãos e essa relação é dirigida por normas de direito público; no segundo caso, há contratação privada (da qual o seguro-saúde é espécie) entre empresa especializada e o particular, relação regida por normas de direito privado. Por outro lado, pretende-se a desoneração da atividade privada de cumprir deveres típicos da previdência pública, mesmo quando aquela assume integralmente a tarefa desta perante o particular.

Claramente não é viável alargar ao contrato de seguro-saúde a interpretação exclusiva do direito público, típica para a relação entre Estado e cidadão. A previdência social não

encerra conteúdo econômico a ser explorado; ao inverso, pretende despojar-se da competição e das regras de mercado.⁵ Ou seja, a previdência social configura direito do cidadão e dever do Estado. Apesar disso, é notória a incapacidade do poder público de prover toda a população de assistência médica. Nesse campo, nem seria demasiado considerar que a crise em plano universal que atinge a previdência social determina a impossibilidade perene de o Estado cumprir esse desígnio constitucional. De maneira ampla, pode-se aludir à previdência privada em acepção análoga à *assistência privada*, como o gênero que inclui os regimes da previdência privada propriamente dita e aquele reservado aos seguros em geral. No entender de Arnaldo Rizzardo,

“os seguros envolvem uma gama maior de coberturas, enquanto a previdência privada não passa de uma suplementação da receita da pessoa, em ocorrendo certos estados de necessidade, ou o implemento do período de contribuições contratado. A rigor, não há presença do risco, próprio do seguro, mas há presença de um evento certo e de ocorrência necessária”⁶.

A distinção serve para firmar que este estudo abrange apenas o seguro-saúde, cujo contrato submete-se à ocorrência do risco.

Diante do panorama que demonstra a deficiência do poder público na área da saúde, o seguro-saúde privado encontra campo fértil para prosperar. Logo, haverá maior probabilidade de lucro sobre a atividade da assistência privada em vista da inoperância da assistência pública. A previdência privada, além de estar garantida constitucionalmente, submete-se igualmente aos princípios de mercado e livre concorrência que norteiam a ordem econômica brasileira. Vale dizer: na medida em que o lucro é maior, o risco aumenta proporcionalmente. Por isso, não se sustentam as posições⁷

⁵ JOURDAN, Maria Leonor Baptista. Questões atuais do seguro-saúde. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 34, jul./set. 1993.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 81.

⁷ Tais como as de José Saulo Ramos (não obstante o mérito de ter produzido texto, ora citado, consistente e bem fundamentado) e de A.B. Cotrim Neto.

⁴ MARENSI, Voltaire. Breves comentários da lei previdenciária privada e do seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 699, p. 263, jan. 1994.

destinadas a desobrigar o segurador de cobertura integral, sob o argumento de que o Estado descumpriu o dever de atender as moléstias mais onerosas, deixando meramente a complementação menos custosa (capaz de proporcionar lucro) à iniciativa privada.

4. Assistência à saúde na Constituição Federal

A omissão legal acerca da participação da iniciativa privada nos serviços de saúde correspondeu à liberação aos particulares para o exercício de atividade a eles relacionados. A Constituição federal de 1988 recepcionou a legislação infraconstitucional anterior e deliberou expressamente que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (CF, art. 199), condicionando entretanto a atividade à complementação do sistema público (CF, art. 199, §1º). Ou seja, apesar de constituir dever do Estado (CF, art. 196), a manutenção da saúde dos cidadãos pode ser exercitada mercantilmente por pessoas jurídicas de direito privado, o que está conforme, também, com a CF, art. 170 e parágrafo único. Saulo Ramos identificou o sentido da norma da CF, art. 199:

“Em suma, as empresas privadas de assistência à saúde podem, como excedentes de um serviço complementar, participar do SUS, mediante a celebração de ‘contrato de direito público ou convênio’, ou cumprir sua atividade independente de tal participação nos serviços públicos, desenvolvendo serviços privados no setor, igualmente considerados de relevância pública, que as enaltecem como atividade, mas não as transformam em oficiais ou paraestatais.”⁸

No entendimento do advogado paulista, o caráter suplementar da iniciativa privada no âmbito da saúde desonera as empresas de saúde de cobrir despesas advindas de enfermidades expressamente excluídas do contrato; os particulares, em suma, não podem ser constringidos a suprir o fracasso do Estado no setor da saúde. Mas, se por um lado a comunidade admite a exploração mercantil da moléstia e do infortúnio alheios, a permissão constitucional para a contratação privada tendo como objeto a saúde implica a submissão do contrato às normas infraconstitucionais diretamente ligadas à matéria. Esse vínculo ressalta da CF, art. 197, que dispõe ser

⁸ RAMOS, op. cit. p. 285.

“de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Apesar da intensa desregulamentação do setor, identificada por Cláudia Lima Marques⁹, as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresentam-se plenamente suficientes para conceder coerência e consistência ao sistema jurídico dos contratos de seguro-saúde.

Parte II. Submissão do contrato de seguro-saúde ao Código de Defesa do Consumidor

5. Conteúdo do contrato de seguro-saúde

O contrato de seguro-saúde preverá obrigatoriamente os riscos a que o segurador está submetido. Tanto o risco é elemento do contrato de seguro¹⁰ que o Projeto de Código Civil, já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando análise no Senado Federal, incluiu-o como tal, juntamente com o interesse, a garantia e o prêmio. É o dever de repor o montante pecuniário do tratamento de saúde, e não a incolumidade da saúde em si, que o segurador assume:

“Não haveria possibilidade de assegurar-se ninguém contra a enfermidade, seria juridicamente impossível o contrato que promettesse devolver ao segurado a saúde perdida. Assegura-se, pois, o valor que será despendido com o tratamento, ou o próprio tratamento da doença, sem o compromisso com o sucesso do resultado, tal como, no seguro de vida, é contratada uma indenização ao beneficiário indicado, jamais a garantia da vida em si mesma do segurado.”¹¹

⁹ A autora identificou a omissão do Estado e a “grande força econômica dos agentes econômicos que exploram a prestação de assistência médica no Brasil” como fatores determinantes do que denominou *crise da desregulamentação* do setor privado de saúde (MARQUES, op. cit. p. 47).

¹⁰ Na expressão de Cláudia Lima Marques, a *transferência do risco* do segurado para o segurador assume verdadeiramente a condição de objeto do contrato de seguro-saúde.

¹¹ RAMOS, op. cit. p. 291.

Sem razão, portanto, Galeno Lacerda ao asseverar que: “Ou será que a seguradora não deseja que a saúde, objeto do contrato, retorne à segurada?”¹²

Como se disse, a controvérsia mais acesa recai justamente sobre a extensão da cobertura e os riscos assumidos pelo segurador. De um lado, há corrente defendendo que cumpre ao segurador escolher ao seu talante a quais riscos deseja submeter-se, invocando a liberdade de contratar para escapar dos tratamentos de custo mais elevado; de outro lado, outros argumentam com a impossibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade frente ao Código de Defesa do Consumidor. A solução para o impasse, ao inverso do que supõem as duas correntes, pode ser obtida a partir da consideração menos de fatores econômicos do que jurídicos. Estes, sim, são capazes de oferecer uma resposta razoável e adequada aos contratos de seguro-saúde. Não se haverá de pautar a solução por métodos carentes de dignidade científica e amparados unicamente no interesse econômico de cada uma das partes.

Menção necessária à Resolução n° 1401, de 11 de novembro de 1993, do Conselho Federal de Medicina, cujo art. 1° estabeleceu que:

“As empresas de seguro-saúde, empresas de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras, que atuem sob forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médicos hospitalares estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Nacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza.”

Apesar do aparente exaurimento do problema, a resolução refoge do tema proposto e, ademais, sofre contestação específica – que redundaria em abordagem isolada – sob os aspectos da competência do Conselho, da aplicabilidade do Código da OMS, da ilegalidade da resolução, dentre outros.¹³

Louve-se, de outra parte, o trabalho de Arnaldo Rizzardo, que excedeu a análise abstrata dos princípios norteadores dos

contratos de assistência médica e forneceu uma extensa relação descritiva das cláusulas mais comumente encontradas nos contratos de seguro-saúde que encerram abuso e, por decorrência, nulidade.¹⁴

6. Contratação por adesão e abuso

A doutrina não discrepa que a relação entre segurador e segurado se aperfeiçoa sob a forma de contratação por adesão, mediante a qual o estipulante-segurador define previamente os termos contratuais e os apresenta ao aderente-segurado, que se adstringe sem poder discuti-los ou modificá-los. O estipulante é o fornecedor de produtos ou serviços e dispõe de superioridade econômica em relação ao aderente, o consumidor. A hegemonia do estipulante no contrato se revela em maior ou menor intensidade, sem que isso seja capaz de descaracterizar a contratação como sendo por adesão e, desse modo, também submetida ao regime das nulidades do CDC. Somente por essa descrição já se vislumbra a inteira submissão do contrato de seguro-saúde ao Código do Consumidor: afinal, o contrato de adesão está expressamente previsto como incurso nas normas daquele diploma (CDC, art. 54). Mais ainda: a relação instituída entre segurador e segurado carrega consigo todas as conformações de relação de consumo. De todo modo, o próprio CDC, art. 3°, §3°, dispõe que:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e *securitária*, salvo as decorrentes de relações de caráter profissional.”

A contratação por adesão pode-se revelar abusiva ou não. O abuso não se manifesta unicamente na relação contratual, mas pode alcançar abrangência mais ampla, atingindo idênticamente situações em que o consumidor não participa de relação contratual, apesar de estar exposto às práticas abusivas (CDC, art. 29). Importa que o contrato por adesão reúna fornecedor e consumidor sob regras jurídicas franca e assumidamente favoráveis ao segundo, conforme reza o art. 4°, I, do CDC. Essa opção ideológica pelo benefício do consumidor foi limitada pelo próprio art. 4°, III, do CDC, que submete todo o sistema à *harmonia de interesses* que integram o contrato, indicando que a prevalência dos interesses do consumidor

¹² LACERDA, Galeno. Seguro de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 717, p. 121, jul. 1995.

¹³ Sobre a questão, confira-se RAMOS, op. cit. p. 288; MARENSI, RT, 710/45; JOURDAN, op. cit. p. 35.

¹⁴ RIZZARDO, op cit. p. 87-101.

encontra limite quando o fornecedor exercita o poder econômico em conformidade com a CF, art. 170, e vice-versa. Como assinala Nelson Nery Júnior, a expressão abuso não é adotada pelo CDC no mesmo sentido de *abuso de direito* do Cciv, art. 160, mas sim no sentido de que houve o estabelecimento de excessiva onerosidade ao consumidor.¹⁵ Mas Cláudia Lima Marques ponderou que o abuso se revela também quando a deficiência ou o vício do serviço (CDC, art. 20) frustra a *expectativa* do segurado quanto ao cumprimento dos deveres do segurador¹⁶. Nessa hipótese, também haverá abuso, já que a consideração subjetiva do consumidor – cuja relevância foi ampliada pelo legislador a ponto de tornar-se compulsória para o fornecedor – definirá como desproporcionais as prestações de cada qual das partes. Em vista dessas considerações, deve-se considerar que o *abuso* somente ocorre quando, de alguma forma, o equilíbrio do contrato é quebrado.

7. O problema do equilíbrio contratual

A destruição do equilíbrio contratual acontece, em detrimento do consumidor, na conjugação de hipóteses de diminuição e adição de direitos e deveres: do lado do consumidor, a *diminuição (ou supressão) de faculdades* e a *adição de ônus*; do lado do fornecedor, a *diminuição (ou supressão) de ônus* e a *adição de faculdades*. Ou seja, quando há estabelecimento de condições excessivamente onerosas (inquinadas de abusivas) ao consumidor por uma dessas quatro hipóteses, dela decorrendo vantagem pecuniária ao fornecedor, quebra-se a harmonia contratual e revela-se o abuso.

No contrato de seguro-saúde, identifica-se a onerosidade excessiva para o segurado por meio de raciocínio que tenha em conta a existência de um contrato de risco. Esse, precisamente, é o critério definidor do equilíbrio do contrato de seguro-saúde: se o segurador puder escolher as situações de risco que lhe aprouver, é previsível que somente escolherá aquelas cujo prêmio mensal naturalmente já cobriria os custos – eis que a relação entre o custo e o prêmio poderá ser facilmente definida pelo segurador mediante cálculos atuariais. Assim,

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. p. 334.

¹⁶ MARQUES, op. cit. p. 46.

o equilíbrio subsiste enquanto houver possibilidade de o segurador auferir benefício econômico se não ocorrer a condição contratual (o sinistro) e, ao mesmo tempo, mas inversamente, suportar prejuízo no caso de superveniência da condição. O evento capaz de determinar o rompimento do equilíbrio desfavoravelmente ao segurado é a manobra do segurador – hábil dominador da técnica atuarial – tendente a reduzir seu risco a zero, entregando-o todo ao segurado. O desequilíbrio abusivo estaria configurado em adição de ônus ao segurado e diminuição de ônus ao segurador.

Nesse caso, a quebra do equilíbrio contratual será proveniente da desfiguração da natureza do negócio jurídico consubstanciado no contrato de seguro. O Projeto do Código Civil prevê, no art. 424, que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Esse princípio já existe no sistema do CDC, nos dispositivos que impedem a renúncia a direitos indisponíveis e prevêm a nulidade de cláusulas abusivas, tal como será visto adiante. Na hipótese do seguro-saúde, a *natureza do negócio* se esvai pela supressão da possibilidade de risco ao segurador – tendo em conta que o risco, a aleatoriedade e a condicionalidade são características inerentes à natureza do contrato de seguro. A disposição contratual (expressa ou – quanto mais – oculta) exoneradora do risco configura abuso porque impõe a desproporção de prestações em favor do segurador, que manteria o recebimento mensal de prêmios pagos pelo segurado. Não será permitido ao segurador invocar excessiva onerosidade em seu desfavor quando sobrevier a condição, vez que a assunção desse risco é típica do contrato de seguro.

O sistema econômico adotado no Brasil supõe o lucro subordinado ao risco, à concorrência e ao respeito ao consumidor. Logo, a posição contrária às considerações acima parecem pretender a instituição de uma espécie de *capitalismo sem risco* e sem os ônus próprios da liberdade de iniciativa, absolutamente incompatível com o ordenamento constitucional.

8. Princípio geral da boa-fé no contrato de seguro-saúde

O princípio da boa-fé consiste em um dever geral de conduta que se estende a ambos os

contratantes. Sua utilidade deriva da necessidade de manutenção da confiança recíproca dos contratantes durante todo o curso do processo que é o contrato de longa duração¹⁷. Mais que entabular contrato mediante boa-fé, é preciso que a consecução do contrato seja presidida por esse princípio. Ou seja, não basta que as cláusulas contratuais prevejam prestações equivalentes, se durante o desenvolvimento do contrato a parte adotar procedimentos, formal e aparentemente lícitos, que causem lesão à outra. Assim, o vínculo se estende no tempo e carrega consigo as obrigações originais que se destinam, conforme Cláudia Lima Marques, a evitar “a lesão a parceiro contratual somente porque as partes firmaram um contrato, escolhendo-se mutuamente de maneira livre no mercado”. São os *deveres anexos*, assim denominados pelos alemães (*Nebenpflichten*) e que se firmam na órbita jurídica mediante a previsão de uma sanção pelo descumprimento. Esses deveres qualificam-se como catalizadores ou equalizadores dos deveres primordiais do fornecedor, sem os quais a consecução do objetivo do contrato fica frustrada. Tais são os deveres de informação, de cooperação, de aconselhamento.¹⁸

A cláusula geral da boa-fé foi erigida também como princípio basilar que orienta a atividade interpretativa do CDC e dos contratos por ele regulados, notadamente porque nos contratos de longa duração a abusividade (ou ausência de boa-fé) revela-se posteriormente ao ajuste inicial, no correr das respectivas prestações. Além do seu art. 4º, III, o CDC, no art. 51, IV; alude à boa-fé para fulminar de nulidade as disposições que tendam a violá-la. Não é necessário que haja previsão expressa da cláusula no instrumento, pois sua aplicação decorre da lei, como bem asseverou Nelson Nery Júnior.¹⁹

A boa-fé é reconhecida expressamente pela Suprema Corte italiana como instrumento de interpretação, como anuncia Guido Alpa:

“Isso, segundo os cânones da Suprema Corte, ‘constitui um meio

¹⁷ A autora invoca Karl Larenz para identificar a *série de deveres de conduta* que une as partes durante o *processo sócio-jurídico* que é o contrato (MARQUES, op. cit. p. 52).

¹⁸ MARQUES, op. cit. p. 53-55.

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 61.

subsidiário de interpretação, ao qual é consentido recorrer sempre que persista a concreta impossibilidade de identificar de modo claro a vontade negocial através da interpretação literal e a procura lógica da intenção comum das partes’ (Cass. 16 novembro 1973, n. 3058, in Giust. civ., 1974, I, 1278).”²⁰

Ao inverso da jurisprudência italiana, a lei brasileira não considera o princípio da boa-fé um meio subsidiário à interpretação literal. Antes, emerge como princípio hermenêutico, a ser considerado pelo aplicador ao primeiro tempo da interpretação:

“Portanto, o magistrado deverá, isto sim, julgar de acordo com os modernos princípios de direito do consumo, fulcrados no equilíbrio real da relação de consumo, boa-fé e equidade, princípios esses constantes das novas regras estipuladas pelo CDC.”²¹

Trata-se de regra geral de comportamento que instrui o aplicador e contém comando adstringindo-o a investigar se os sujeitos da relação de consumo estão voltados

“em última análise, ao objetivo comum de melhor e mais eficientemente fazer circular mercadorias e serviços com conseqüente geração de riquezas e benefícios a todos os partícipes do mercado de consumo.”²²

Tal regra, ao invés de deter apenas o fornecedor, abrange também o consumidor e veda a vantagem desmedida a este no contrato pela aplicação dos benefícios que lhe reservam o CDC. Essa conciliação foi identificada por Fábio Nusdeo, para quem

“a proteção do consumidor pode perfeitamente harmonizar-se com as demais metas da política econômica, desde que não seja vista como uma cruzada antiempresa, mas, pelo contrário, como uma forma de aperfeiçoamento do sistema empresarial, inclusive com a finalidade de dotá-lo de maior competitividade e eficiência.”²³

Ou seja, o princípio da boa-fé constitui

²⁰ ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*, p. 241. Tradução livre.

²¹ NERY JÚNIOR, op. cit. p. 48.

²² ALVIM, J.M. Arruda et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 47.

²³ CRETELLA JR., José et al (Coord.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 28.

standard jurídico que, por um lado, impede o fornecedor de se prevalecer maliciosamente da supremacia econômica e muitas vezes jurídica, mas, por outro, impõe obstáculo a que a relação seja desequilibrada favoravelmente ao consumidor mediante a aplicação das normas do CDC que lhe são benéficas – e que visam unicamente ao equilíbrio entre as partes.

O dever de boa-fé não adstringe apenas o segurado, ao prestar declarações sobre seu estado de saúde. Incumbe identicamente ao segurador aplicar cálculos atuariais que reflitam efetivamente o risco do insucesso e não apenas aquele risco *impróprio*, consistente na alternativa de ganhar muito ou não perder nada. A supressão da possibilidade de risco para o segurador caracteriza exemplo acabado de incursão na previsão do art. 24 do CDC, que impede a exoneração contratual pelo fornecedor. À parte das situações abusivas comuns a todos os contratos, a boa-fé especificamente do segurador na formulação do contrato não reside na contemplação absoluta de todo e qualquer serviço médico por um prêmio irrisório, o que configuraria onerosidade excessiva para o fornecedor, mas na demonstração plena da subsistência do risco para si também durante a consumação do contrato.

Parte III. O sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor

9. Cláusula ilícita, cláusula ilegal

O fornecedor é a parte que oferece os produtos ao consumidor e domina a técnica negocial. Bem por isso, estabelece as regras da avença de modo a contratar com o maior número de pessoas dentro do menor espaço de tempo possível. Essa é a matriz do contrato por adesão, cujas fórmulas jurídicas de estipulação, de acordo com Stiglitz e Stiglitz, “transformam al contrato por adesión en un potencial instrumento de injusticia contractual”²⁴. A cláusula abusiva surge a partir da inexistência de discussão paritária e prévia no contrato por adesão. Isso não significa que a predisposição de cláusulas consista em um mal apriorístico, mas somente que a concentração de poder de negociação integralmente em um dos pólos configura um poder passível de ser exercitado

²⁴ STIGLITZ, Rúben et al. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1985. p. 95.

abusivamente. Caso isso ocorra, as cláusulas que espelharem esse desequilíbrio e redundarem em uma vantagem econômica para o estipulante serão abusivas. A inclusão dessas cláusulas encerram a intenção clara de consolidar a inexistência de reciprocidade nas prestações entre as partes e o alcance da vantagem econômica indevida para o estipulante.

Conforme Alberto do Amaral Júnior,

“cláusula abusiva será toda cláusula que, por apresentar caráter extremamente opressivo ou causar excessiva onerosidade para o consumidor, perverte o equilíbrio das prestações nos contratos para o consumo”.²⁵

Apesar do resultado idêntico previsto pelo direito para a cláusula abusiva e a cláusula ilícita, a amplitude conferida pelo Código à abusividade é maior que à ilicitude, com o que concordam Stiglitz e Stiglitz, para quem “cláusula abusiva, no implica necesaria y fatalmente que sea formalmente ilícita. No se trata de expresiones intercambiables”²⁶. Citado pelos professores argentinos, Acuña Anzorena considera que o direito são mais os princípios que a lei escrita, e esta nada mais é que uma das formas técnicas do justo. Explicam os autores, em suma, que não haverá maiores dúvidas quando a cláusula for ilegal: sua nulidade frente ao Código será manifesta. Todavia, há condições contratuais formalmente legais que serão sempre abusivas, mesmo que a lei silencie sobre elas. Resulta que não existe coincidência direta entre o ilícito e o ilegal; aquele é o gênero que inclui, além da ilegalidade, a abusividade, que também é ilicitude por implicar desequilíbrio com reflexos econômicos favoráveis ao fornecedor, em afronta ao princípio geral da boa-fé. Ou seja, a cláusula pode ser abusiva sem que seja expressamente prevista como ilegal, mas será certamente ilícita e reconhecível como tal pelo juiz.

Por isso, o fato de ser exemplificativo o elenco do art. 51, *caput* do CDC, não constitui impedimento para a aplicação da norma. A situação abusiva haverá de ser identificada pelo aplicador por meio da investigação dos pressupostos informadores da delimitação do valor do prêmio. Então, a revisão contábil dos cálculos estatísticos realizados previamente

²⁵ AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 256.

²⁶ STIGLITZ, op. cit. p. 96.

pelo segurador será sempre útil para esclarecer a existência ou não de cláusulas abusivas destinadas a suprimir o risco do fornecedor no contrato de seguro-saúde.

10. Nulidade e inexistência

Conforme a teoria geral do negócio jurídico, há três modalidades possíveis de imperfeições do negócio jurídico em que não há produção de efeitos típicos dos contratos: a inexistência, a nulidade e a ineficácia. Cada qual encerra uma disfunção a atingir as diferentes etapas de formação da relação contratual. No primeiro caso, não subsistem os pressupostos de existência do negócio; no segundo, há alguma invalidade que o atinge após sua existência; no terceiro, apesar de existente e válido, o contrato submete a produção de seus efeitos a um evento futuro ou impede a continuidade dos efeitos pela superveniência de um fato. A identificação de cada evento impeditivo da produção de efeitos determinará as decorrências jurídicas adequadas à solução do problema.

A verificação da existência se submete ao exame dos fundamentos anteriores até à formulação do negócio. Todavia, não se pode olvidar que há atos que não congregam os dados suficientes para serem reconhecidos pelo direito e, ainda assim, produzem efeitos aparentes na realidade jurídica. Ocorre que a verificação *material* de sua existência não implica a existência *jurídica* do ato. São categorias distintas evidenciadas por Teresa Arruda Alvim: “Atos inexistentes, segundo Couture, são na verdade meros fatos, e não atos jurídicos.”²⁷ Logo, os meros *fatos* não são capazes de produzir os efeitos reservados aos *atos jurídicos*. Os fatos sem qualidade jurídica também podem produzir efeitos, mas não aqueles próprios dos atos jurídicos. Os atos *típicos* são exclusivos dos atos jurídicos. Ainda conforme Teresa Arruda Alvim,

“normalmente, atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos: mas de seus efeitos típicos, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos.”²⁸

Essa distinção não é unânime na doutrina.

²⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*, 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 99.

²⁸ Idem, p. 69.

Giancarlo Filanti se opõe à contraposição entre inexistência jurídica e material:

“Se a inexistência material é chamada para resolver um problema jurídico, ou melhor, o mesmo problema cuja solução é preordenada à inexistência jurídica, é essa mesma um conceito jurídico: afastado o verbalismo, é propriamente inexistência jurídica. Registra-se assim sobre o plano aplicativo a falência de uma duplicação inadmissível sob o plano conceitual. A inexistência que interessa ao jurista é a inexistência jurídica: essa não se contrapõe à inexistência material, a qual, ao inverso, do ponto de vista do direito, à identidade da outra, é mero não-ato e, portanto, nela resulta absorvida.”²⁹

Conforme o pensamento do autor italiano, a inexistência jurídica equivale à nulidade, porque a produção de efeitos está sujeita à verificação judicial. Até poderia haver a verificação de determinados efeitos, tendentes à desconstituição pela via judicial. A posição de Hegel não fica distante disso.³⁰ Para ele, a ilicitude aparece no contrato como a negação de um *direito particular*, que chega a existir devido à coincidência acidental de uma vontade individual. O injusto é uma *aparência de direito* que, na verdade, é nula. O direito se restabelece rechaçando essa negação e, com um processo de conciliação, de *retorno da negação*, determina-se como real e válido.

Por esses raciocínios, portanto, pouco importa se a desnaturação do seguro-saúde pela supressão do risco acarretará a inexistência ou a nulidade do contrato. Eventualmente, um argumento (falacioso, sem dúvida) seria a insubmissão do *contrato inexistente* ao ordenamento consumerista, até por incompatibilidade lógica, já que o CDC abrange as relações *contratuais* entre fornecedor e consumidor. Relevante é determinar que o resultado final da análise jurídica, por qualquer ângulo, estará restrito à órbita do CDC.

11. Nulidade e ineficácia

Mais candente é a discussão acerca da nulidade e ineficácia da cláusula contratual, já que diversos sistemas jurídicos não distinguem

²⁹ FILANTI, Giancarlo. *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*. p. 7-8. Tradução livre.

³⁰ STIGLITZ, op. cit. p. 228.

os institutos, adotando ambos os termos para indicar uma só situação de direito. São os casos do sistema alemão, que usa apenas o termo *ineficácia* para nominar a *nulidade*, e do espanhol, que utiliza ora um, ora outro, indistintamente no mesmo sentido. A ineficácia se distingue da nulidade porque incide sobre os efeitos do negócio jurídico em uma fase avançada da execução desse mesmo negócio. Então, supõe-se que a cláusula cuja ineficácia foi declarada se aperfeiçoou perante o mundo do direito e já foi reconhecida por ele como existente e válida: “solo sus consecuencias se malogran, en virtud de circunstancias extrínsecas y repercutiendo recién sobre los tramos pendientes de la relación contractual.”³¹ Assim, o impedimento dos efeitos do ato ineficaz se produz *ex nunc*, ou seja, a declaração de ineficácia não retroage para alcançar as decorrências já verificadas no passado da relação contratual – ao inverso da imposição da nulidade.

Nem sempre é benéfica ao consumidor essa retroação com o reconhecimento da nulidade, sem que se possa preservar os atos e consequências pretéritas da cláusula nula e sem que o juiz possa aditar ao contrato condições identicamente favoráveis ao aderente. Enfim, o art. 51 do CDC promove a restituição da harmonia contratual em termos de equiparação negativa: o juiz não está autorizado a *conceder* os mesmos privilégios para o consumidor, mas deve somente *retirar* os que o fornecedor se autoconcedeu ou eliminar os ônus do consumidor sem correspondentes ao fornecedor. Apenas nesse sentido, Saulo Ramos tem razão ao discorrer sobre a má técnica judicial de incluir no contrato deveres ao segurador não-previstos originalmente:

“Nenhum comando existe, posto que seria inconstitucional, autorizando o Judiciário a manter o contrato mediante inovação de cláusulas e criação de obrigações novas ou direitos diversos dos que foram contratados.”³²

Mas o juiz dispõe do poder-dever de, como se disse, eliminar as restrições para instituir uma cobertura que atenda aos preceitos constitucionais da livre iniciativa condicionada ao respeito ao consumidor, contemplando os riscos típicos da atividade securitária e inclusive identificando a disposição contratual que conduza a um resultado ilícito.

³¹ STIGLITZ, op. cit. p. 230.

³² RAMOS, op. cit. p. 284.

12. Construção jurisprudencial do contrato de seguro-saúde

A nulidade é o sancionamento compulsório para a cláusula reconhecida como abusiva. Entretanto, a imposição dessa consequência extrema em qualquer caso de abusividade pode resultar em prejuízo para o consumidor, em vez de beneficiá-lo. É o caso retratado em acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná na apelação cível nº 83.327-2. O segurado ajuizou ação de indenização em face do segurador, que recebeu acolhimento em primeira instância. O segurador recorreu e a apelação foi parcialmente provida na questão da multa contratual. É que o contrato de cobertura de serviços médicos (análogo ao seguro-saúde) previa, no caso de inadimplemento do *consumidor*, a multa de 10% sobre o valor devido, sem que houvesse a correspondente previsão dessa multa para o caso de inadimplemento contratual do *fornecedor*. O relator Noeval de Quadros aplicou acertadamente a norma do art. 51, XII, do CDC, que impõe a nulidade de pleno direito da cláusula que obrigue o consumidor sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor. Reconhecida a abusividade da cláusula, impôs-se a nulidade dela. Como a nulidade opera efeitos *ex tunc*, considerou-se a multa como se jamais tivesse sido convencionada para qualquer das partes, sendo portanto inaplicável. Logo, desonerou-se o segurador da condenação ao pagamento da multa correspondente.

Outro julgado, do Tribunal de Justiça de São Paulo³³, descaracterizou os interesses existentes no contrato de seguro-saúde como interesses difusos ou coletivos, declarando inclusive a ilegitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor para a causa. No corpo do acórdão, a fundamentação considerou que

“os interesses dos contratantes com as rés não podem ser tidos como interesses difusos ou coletivos, porque nascidos de uma relação contratual individual, personalizada, cuja solução dos conflitos surgidos pode e deve ser decidida através da ação ordinária comum [...]”.

O Supremo Tribunal Federal prolatou acórdão reconhecendo que

“os valores recebidos do associado não

³³ TJSP, *RJTJSP*, 138/28. Rel. Des. Célio Filócomo. In: JOURDAN, op. cit. p. 37.

se destinam à contraprestação imediata por qualquer serviço médico ou hospitalar pela entidade. Quem presta os serviços de assistência é o médico ou o hospital credenciado, sob responsabilidade própria. Riscos futuros”³⁴.

Houve reconhecimento expresso, como ora se pretende, de que não há vínculo entre o prêmio mensal e o serviço médico futuro e incerto. O contrato submete-se unicamente ao risco, passível de ser suprimido por cálculo estatístico elaborado unilateral e previamente pelo segurador. É sobre esse cálculo que se estabelece o valor do prêmio que, enfim, é imposto ao segurado sem que tenha oportunidade de revisar cálculo e valor ou substituí-los por outros.

Saulo Ramos noticiou julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³⁵, que rejeitou pretensão de cobertura de custos para o tratamento da AIDS, fundada na Resolução nº 1.401/93 do CFM e não no contrato. O acórdão declarou que a resolução contraria os princípios da legalidade (CF, art 5º, II) e da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXV). Confirma-se a maior robustez dos argumentos amparados no CDC para definir a questão, bastando a mera notícia da existência da aludida resolução.

Por fim, aluda-se à sentença proferida por Ronaldo Alves de Andrade³⁶, que admitiu a exclusão de serviços do contrato por atendimentos especiais ou fatos extraordinários, como autolésão, transplantes, cirurgias estéticas, ferida de guerra etc. No entanto, considerou abusiva a cláusula que prevê exclusão de ferimento por “agressão”, vocábulo desacompanhado no instrumento contratual de qualquer qualificativo, que considerou demasiado amplo para justificar a exceção. Trata-se de outra circunstância, a par das demais anteriormente aludidas, capaz de suprimir o risco do contrato de seguro-saúde e propiciar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

³⁴ STJ, RE 115.308-3/RJ. Rel. Min. Nery da Silveira. In: COTRIM NETO, A.B. A Constituição, o seguro-saúde e a seguridade social. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 155, jul./set. 1993.

³⁵ TJSP. Ap. Civ. 256.554, Santo André, 31.3.95. Rel. Des. Marrey Neto. *Resenha Legislativa*, 78/655, In: RAMOS, op. cit. p. 303.

³⁶ SANTOS (SP). 7ª Vara Cível. Ação declaratória de anulação de título nº 687/93. Otávio Martina Barroso e Hospital Ana Costa S/A. Juiz Ronaldo Alves de Andrade. 6 dez 1993. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 161, jan./mar. 1994.

Bibliografia

- ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*. Milão : Giuffrè, 1983.
- ALVIM, J.M. Arruda et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- COTRIM NETO, A.B. A Constituição, o seguro-saúde e a seguridade social. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 152-156, jul./set. 1993.
- CRETELLA JR., José et al (Coord.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe : sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona : Bosch, 1965.
- GOMES, Orlando. Seguro-saúde : regime jurídico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 249-258, out./dez. 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.
- JOURDAN, Maria Leonor Baptista. Questões atuais do seguro-saúde. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 33-38, jul./set. 1993.
- LACERDA, Galeno. Seguro de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 717, p. 115-121, jul. 1995.
- MARENSEI, Voltaire. Breves comentários da lei previdenciária privada e do seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 699, p. 262-268, jan. 1994.
- _____. As Obrigações de boa-fé nos contratos de seguro-vida e seguro-saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 710, p. 42-46, dez. 1994.
- MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 34-77.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 45-77.
- RAMOS, José Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 12, p. 280-305, jul./set. 1995.

- RIZZARDO, Arnaldo. O Código de defesa do consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 77-102.
- SANTOS (SP). 7ª Vara Cível. Ação declaratória de anulação de título nº 687/93. Otávio Martina Barroso e Hospital Ana Costa S/A. Juiz Ronaldo Alves de Andrade. 6 dez. 1993. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 160-161, jan./mar. 1994.
- STIGLITZ, Rubén S. et al. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1985.
- WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. 2. ed. Madri : Civitas, 1986.