

ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

LIMITATIVE ABUSIVE CLAUSES OF REIMBURSEMENT OF MEDICAL HOSPITAL EXPENSES IN HEALTH PLANS'S CONTRACTS

VINICIUS DE NEGREIROS CALADO¹

RESUMO

O presente trabalho visa verificar a existência de abusividade em cláusulas contratuais inseridas nas condições gerais de contratos celebrados entre operadoras de planos de saúde e seus usuários que versam sobre a limitação de reembolso de despesas médico-hospitalares despendidas pelos pacientes delas usuários. Para atingir tal desiderato, além da revisão de literatura sobre a matéria, foram realizados estudos de casos, com a escolha de contratos de operadoras de planos de saúde com atuação no estado de Pernambuco que tenham sido levados a juízo pelos usuários consumidores. O estudo analisa as cláusulas contratuais à luz da boa fé objetiva e do dever de informar das operadoras como fundamentos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor – CDC que atuam como vetores de coibição do abuso contratual, bem como verifica na jurisprudência o reconhecimento da abusividade em situações concretas.

Palavras chave: Abusividade; Planos de saúde; Reembolso; Boa fé; Dever de informar.

ABSTRACT

This study aims to verify the existence of unfair terms entered in general conditions of contracts between health health plan operators and their users that dictate about limiting reimbursement of hospital medical expenses spent by users of these patients . To achieve this aim , besides reviewing the literature on the subject , case studies were performed , with a choice of health plan operators acting in Pernambuco state contracts that have been prosecuted by users consumers . The study analyzes the contract in the light of objective good faith and the duty to inform as principles of the Code of Consumer Protection - CDC that acts as vectors avoidance of contractual abuse, as well as checks the recognition of abusive terms in jurisprudence in situations concrete .

Keywords : abusive clauses ; health plans; reimbursement; good faith; duty to inform.

Introdução

Não é novidade o estudo da abusividade em cláusulas contratuais inseridas nas condições gerais de contratos celebrados entre operadoras de planos de saúde e seus usuários,

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap e professor da mesma instituição.
Email: professor@viniciuscalado.com.br

sendo, contudo, escassas as pesquisas de campo, com o levantamento de inteiro teor dos contratos em situações reais vivenciadas pelos usuários que precisaram levar seus pleitos ao Poder Judiciário.

Assim, objetiva-se colaborar para o aprofundamento da temática através da presente pesquisa com o estudo de casos envolvendo operadoras de planos de saúde e seus usuários especificamente no tocante as cláusulas que versam sobre a limitação de cobertura dos valores despendidos pelos pacientes delas usuários.

Inicia-se o estudo discorrendo brevemente sobre os contratos de prestação de serviços de assistência à saúde, os chamados planos de saúde, situando a legislação aplicável e o posicionamento da doutrina e jurisprudência.

Posteriormente, através da revisão de literatura, aborda-se a abusividade das cláusulas contratuais limitadoras de reembolso de despesas médico-hospitalares a partir do princípio da boa fé objetiva e do dever de informar, colhendo-se também a visão da jurisprudência brasileira.

Por fim, realiza-se efetivamente o estudo dos casos envolvendo as operadoras de planos de saúde escolhidas: Bradesco Saúde, Sul América Saúde, Golden Cross e Cassi. Em todos os casos, os usuários dos planos de saúde tiveram reembolsados valores menores do que despenderam com as despesas médico-hospitalares.

Busca-se demonstrar que as cláusulas contratuais que versam sobre a limitação de cobertura dos valores despendidos pelos consumidores são abusivas, pois, em seu texto, se referem a “tabelas” ou outros documentos/elementos aos quais os consumidores nunca tiveram acesso e, no mais das vezes, sequer tomaram conhecimento de sua existência.

1 Contratos de prestação de serviços de assistência à saúde: os planos de saúde

A assistência à saúde no Brasil através do Sistema Único de Saúde – SUS é prestada de modo precário e ineficiente, como noticia todos os dias a grande mídia, o que leva milhões de brasileiros a firmarem contratos privados de prestação de serviços de assistência à saúde com operadoras de planos de saúde.

Atualmente segundo a base de dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, disponível em seu sítio na internet e atualizada até setembro de 2013, são mais de 68 milhões de usuários de planos de saúde no Brasil.

A Lei n.º 9.656/98, a chamada Lei dos Planos de Saúde, em seu art. 1.º determina a submissão das empresas que operam planos de assistência à saúde (também conhecidos na doutrina como planos de assistência médico-hospitalar) às disposições estabelecidas em seu texto, definindo o seu campo de abrangência através da definição de três pontos básicos, são eles, plano de assistência à saúde, operadora de plano de saúde e carteira. A Lei adota a seguinte definição para plano privado de assistência à saúde:

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Ao analisarmos o texto legal acima transcrito, observamos que se englobou em uma única definição, como plano de assistência à saúde, as várias formas de atuação das empresas que até então operavam com este segmento de mercado, quais sejam, as que prestavam seus serviços através de um sistema de rede credenciada e aquelas que o faziam através do sistema de reembolso (especificamente as seguradoras). Desta sorte o consumidor contratante tem a sua disposição duas categorias de sistemas: o de rede e o de reembolso. A categoria de rede se materializa através de um sistema em que o consumidor contratante tem direito a assistência à saúde por meio de prestadores credenciados, cooperados ou referenciados da operadora, constantes numa relação pré-definida pelo fornecedor, com livre escolha pelo consumidor, desde que limitada a mesma. Na prática o fornecedor elabora uma lista com os serviços e profissionais credenciados e a edita no formato de um livro, entregando-o ao consumidor ou apenas disponibiliza essas informações on-line em seu sitio na internet. Já a categoria de reembolso, praticada por empresas constituídas na forma de seguradoras, se dá através da livre escolha do prestador de serviço pelo consumidor contratante, sendo o mesmo reembolsado nos limites pactuados.

Ou seja, o consumidor contratante realiza o procedimento necessário com um prestador de sua escolha, faz o pagamento diretamente a ele e, posteriormente, solicita o reembolso dos valores despendidos a operadora. Porém, é muito comum nos dias atuais, as operadoras praticarem conjuntamente as duas categorias, ou ao menos aquelas que atuam na forma de reembolso terem uma relação não vinculativa de serviços nos quais o consumidor contratante não precisa antecipar o pagamento, o mesmo é feito diretamente pela operadora ao seu serviço referenciado, o que seria uma categoria mista de rede e reembolso.

Além de aglutinar numa única definição as várias formas societárias adotadas pelas empresas, a nova legislação tratou de trazer em sua definição características essenciais ao serviço que se pretendeu regulamentar.

Sempre se discutiu quanto a natureza jurídica deste tipo de contrato, ora se dizia que era securitária, ora obrigacional. A definição legal acabou com a controvérsia e concatenou numa definição única as duas modalidades: a prestação de serviços e a cobertura de custos. Contudo, ambas as modalidades têm natureza jurídica securitária, pois estão sujeitas à álea, a uma situação de risco por parte das empresas que exploram este segmento de mercado.

A assistência prestada ou garantida é aquela que visa a, unicamente, garantir a integridade à saúde do consumidor contratante, ou seja, a assistência médica, hospitalar ou odontológica. Afastando, assim, do enquadramento legal empresas que operem outros tipos de serviços ou garantias, ainda que relacionadas à saúde, observadas, contudo, as ressalvas do parágrafo primeiro do mesmo artigo.

O preço ou contribuição mensal paga pelo consumidor contratante pode ser pré ou pós-estabelecido, sendo prevalecente o sistema de pré-pagamento, principalmente em relação aos planos individuais ou familiares.

No tocante a limitação financeira do risco, ou seja, o limite financeiro da prestação ou da cobertura, comumente estipulado no passado, majoritariamente pelas empresas seguradoras que operavam no segmento, este não mais poderá existir, pois a lei determina que não há teto financeiro para a prestação ou cobertura.

Entende-se como operadora de planos privados de assistência à saúde, ou simplesmente OPS, aquelas empresas que atuam operando produtos, serviços ou contratos de assistência à saúde (contratos de assistência médico-hospitalar), constituídas sob a forma de sociedade civil (inclusive seguradoras), comercial, cooperativa ou de autogestão. Estas empresas estão subordinadas a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, criada pela Lei n.º 9.961/00 como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde.

Desta sorte, a forma de constituição societária da empresa operadora não influi na caracterização dela como tal, sendo interessante destacar que as empresas seguradoras que operam planos privados de assistência à saúde tiveram que constituir sociedades seguradoras especializadas por força da Lei n.º 10.185/01. Ou seja, as sociedades seguradoras que já

operavam neste mercado necessitaram constituir uma nova pessoa jurídica, ou alterar seus estatutos sociais, de modo a especializar-se em assistência à saúde.

A Lei n.º 9656/98 traz as definições básicas do Sistema Nacional de Saúde Suplementar. Ainda que não o crie formalmente, posto que não há norma expressa quanto a esta definição, este é uma clara realidade estabelecida pelas Leis n.º 9.656/98 e n.º 9.961/00, e suas alterações posteriores, em complementação ao SUS – Sistema Único de Saúde, que não vem conseguindo atender as demandas crescentes de seus usuários.

Dentre as suas definições básicas encontramos duas de essencial estudo para a delimitação e conceituação do sistema, são elas a de Plano Privado de Assistência a Saúde, infra comentado, e a de Operadora de Plano de Assistência à Saúde. O texto legal assim dispõe:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente, escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

Da leitura do *caput* observamos que apenas pessoas jurídicas de direito privado podem operar planos de saúde, havendo uma vedação indireta para que pessoas jurídicas de direito público venham a fazê-lo, mesmo que seja com as mais belas e prosaicas intenções. Contudo, os sistemas e institutos de previdência complementar dos estados e municípios oferecem serviços semelhantes, sem que, no entanto, sejam regulados pela legislação em estudo.

Ainda no *caput* percebe-se que o legislador tomou o cuidado de ressaltar que as disposições legais elencadas na Lei n.º 9656/96 não substituem as legislações específicas de regência das atividades de cada modalidade pessoa jurídica, em face da diversidade de modalidades possíveis. Desta forma a cooperativa tem que obedecer às disposições da Lei do Cooperativismo, as sociedades mercantis e civis aos seus preceitos normativos de constituição

e organização.

Contudo, como bem observa o Rizzatto Nunes, as operadoras de planos de saúde estão enquadradas no conceito de fornecedoras, conforme o art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), e por via de consequência são os seus usuários considerados consumidores para todos os fins de direito, aplicando-se o CDC nas suas relações decorrentes. (NUNES, 2000. p.13)

No inciso I encontramos a definição de Plano de Saúde onde há uma junção de conceitos, de origem variada, justamente para abranger tanto sociedades de natureza securitária quanto de natureza apenas prestacional (obrigações de dar e de fazer, essencialmente distintas). Assim, seja através de uma prestação de serviços, seja através de atividade securitária pode-se estar diante de um plano de saúde (acabando com a antiga definição distintiva de seguro saúde e plano de saúde).

Foi fixada também a finalidade, objetivo maior do plano, qual seja, garantir a assistência à saúde, e ainda, sem qualquer limite para a consecução deste fim. Em suma a natureza jurídica do contrato de plano de saúde é eminentemente securitária, uma vez que sua finalidade é uma garantia de assistência à saúde.

Para Marilise Baú são os contratos de planos de saúde:

[...] revestidos de características especiais que envolvem um feixe de relações, com prestação de serviços contínuos, massificados, prestados por pequeno grupo de empresas, no geral, com a utilização de terceiros para a realização do verdadeiro objetivo contratual, ou seja, a prestação direta do serviço ao consumidor. Para a realização de tal desiderato, ocorre uma cadeia invisível de fornecedores diretos e indiretos, isto é, médicos, paramédicos, prepostos dos hospitais, laboratórios etc. (2001, p. 48)

Ainda sobre a conceituação dos contratos de plano de saúde, o Superior Tribunal de Justiça – STJ definiu:

O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. (Excertos do AgRg no REsp 707.286/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 18/12/2009)

A segunda definição básica, a de OPS – Operadora de Plano Privado de Assistência a Saúde, faz uma clara restrição às pessoas naturais, sendo lícito apenas às pessoas jurídicas comercializarem planos de saúde, restrição esta expressa em seu parágrafo quarto. A definição engloba como OPS todas as pessoas jurídicas de direito privado que comercializam os planos de saúde, sem fazer qualquer distinção entre sociedades civis, mercantis,

cooperativas ou empresas de autogestão. Várias fontes apontam as entidades de autogestão como referencial durante a elaboração da Lei dos Planos de Saúde, pois em face de sua finalidade assistencial e não lucrativa, pode-se chegar a uma análise real de custos, receita e despesa. Atualmente existem cerca de 300 organizações que se utilizam do sistema de autogestão no Brasil, sendo 23 destas no estado de Pernambuco (VALENÇA, 2002, p.27).

Já as cooperativas, como, por exemplo, as Unimed's, que são as mais famosas no Brasil, são sociedades civis, regidas pela Lei n.º 5.764/71 (Lei do Cooperativismo), e não têm finalidade de lucro. Contudo, a experiência tem mostrado que muitas vezes, em face das leis de mercado, as cooperativas de trabalho médicas que operam planos de saúde têm se desvirtuado, e, ao invés de “vender” serviços médicos, tem buscado construir serviços próprios e autônomos, de modo a garantir a sua fatia de mercado dentre dos planos de saúde, sendo este um grande filão, fugindo da característica básica e da essência do ato cooperativo, mas isto é uma outra análise e seu enquadramento no CDC é pacífico.

Em suma, as operadoras de planos de saúde, ou simplesmente OPS, são pessoas jurídicas privadas que, nos moldes da Lei n.º 9656/98 (e não há a possibilidade de se operar outro modelo de forma lícita) disponibilizam a consumidores produtos (contratos) que visam a garantia de assistência à saúde, mediante pagamento pré ou pós fixado, protraindo-se no tempo de modo indeterminado, gerando para o consumidor expectativa de segurança e proteção quanto aos riscos relativos a sua saúde.

No tocante a natureza jurídica dos contratos de assistência à saúde (ou contratos de assistência médico-hospitalar) os mesmos não são simples contratos de seguro que envolvem prestações de dar, mas sim contratos complexos que envolvem prestações de dar e de fazer. Estando as OPS obrigadas diretamente, ou através de seus prepostos, credenciados, contratados ou referenciados.

Cláudia Lima Marques ao se debruçar sobre o tema, tentando desvendar sua finalidade maior e precípua, aduz:

Além da finalidade de assegurar ao consumidor e seus dependentes contra os riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida, parece-nos que a característica comum principal dos contratos de seguro-saúde é o fato de ambas as modalidades envolverem serviços (de prestação médica ou de seguro) de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual (1999, p. 192).

Os contratos de prestação de serviços de assistência à saúde são tipicamente contratos de adesão, os quais por sua vez, se constituem como um mecanismo que as corporações têm para massificar os seus produtos e serviços, na medida em que a dinâmica

das relações decorrentes do capitalismo moderno não permite que a cada caso concreto (aquisição de produto ou serviço pelo consumidor) seja celebrado um contrato diverso, amplamente discutido entre as partes contratantes.

Limita-se o contrato a ser aceito ou não pelo consumidor interessado, não lhe sendo permitido alterar substancialmente o mesmo. Dessa simples constatação depreende-se a clara necessidade de proteção do consumidor, pois há uma “imposição” unilateral do contrato, pois o mesmo não foi negociado – para usar a expressão consagrada no direito civil - as partes não sentaram à mesa para discutir as suas cláusulas, “não existe nenhum tipo de discussão entre o fornecedor e consumidor quanto às cláusulas do contrato, que, por isso, é chamado de adesão” (RIOS, 1997, p. 86).

A interpretação dos contratos de adesão prevista no art. 54 do CDC não pode ser dissociada das regras contidas do art. 46 do mesmo diploma, pois “o fato de o consumidor aderir a este contrato não significa que tenha tomado conhecimento integral do seu conteúdo, nem esteja de acordo com as cláusulas ajustadas.” (EFING, 1999, p. 172-173).

A definição legal do art. 54 engloba não só aqueles contratos unilateralmente elaborados pelos fornecedores, mas também aqueles que tenham sido previamente aprovados pelas autoridades competentes, de modo a não afastar de sua incidência os contratos que tenham sido submetidos aos órgãos competentes e ainda assim estejam eivados de cláusulas potencialmente lesivas ao consumidor.

Os quatro parágrafos do art. 54 abordam características dos contratos de adesão que devem ser observadas pelos fornecedores quando da redação dos mesmos, pugnando pela clareza do seu conteúdo e destaque das cláusulas que limitem os direitos dos consumidores de modo a chamar a atenção dos mesmos. Passemos a análise individual dos comandos normativos.

O parágrafo primeiro acresce a definição contida no caput de modo a permitir a inserção de cláusulas em contrato de adesão por formulário não desvirtuando a natureza do mesmo. Ou seja, mesmo que o fornecedor permita a alteração de parte do contrato de adesão com a implementação de cláusulas específicas para determinado consumidor, tais cláusulas não terão o condão de retirar a característica essencial do mesmo, pois, sendo inserida em formulário previamente elaborado, presume-se que não irá alterar a substância deste (característica fundamental do contrato de adesão contida no caput do art. 54).

O parágrafo segundo trata da questão do rompimento do contrato, afirmando de

forma categórica que a escolha pelo desfazimento ou continuidade do liame pertence exclusivamente ao consumidor. Caso o consumidor opte pelo desfazimento deverá arcar com os ônus decorrentes (prejuízos causados e benefícios auferidos pelo consumidor). Assim, nos contratos de adesão o fornecedor não pode rescindir unilateralmente o contrato, sendo a faculdade exclusiva do consumidor.

Já o parágrafo terceiro estabelece que a redação dos contratos de adesão deverá pautar-se pela clareza de seu conteúdo e ainda utilizar-se de texto em tamanho condizente com a capacidade média de leitura do cidadão comum, de modo que seja compreensível pelo consumidor.

Assim, a prática nociva e usual do passado de redação de instrumentos absolutamente ilegíveis em face do diminuto tamanho do texto utilizado está proibida pelo CDC. Como, por exemplo, os antigos contratos de seguro saúde onde a proposta constava no anverso e as cláusulas contratuais no verso, numa única lauda em que o consumidor não conseguiria ler o texto nem mesmo com uma lupa.

Além da redação com tamanho de texto coerente com a capacidade de leitura do cidadão médio, os contratos de adesão necessitam ainda de especial destaque para as cláusulas que estabeleçam limitação para os direitos do mesmo. Ou seja, uma cláusula que restrinja um direito do consumidor tem que se destacar no contrato chamando a atenção do mesmo para que ele facilmente a identifique e compreenda.

Desta feita as cláusulas limitativas de direitos do consumidor inseridas em contratos de adesão que não observem as regras dos parágrafos terceiro e quarto do art. 54 não tem força vinculativa, sendo expurgadas do contrato por violar o comando normativo.

Externando consonância com a interpretação doutrinária, o STJ já teve oportunidade de se manifestar pelo reconhecimento da flagrante violação ao direito de identificação das cláusulas limitativas por parte do consumidor:

Ementa: Seguro saúde. Cláusula limitativa. Art. 54, §§ 3.º e 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. 1. Nos contratos de adesão as 'cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão'. Se assim não está redigida a cláusula limitativa, não tem força para alcançar o consumidor, presente flagrante violação, que merece reconhecida. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 255064 / SP Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma - DJ 04.06.2001 p. 172)

Ementa: DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. TRANSPLANTE. COBERTURA DO TRATA-MENTO. CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ART. 54, § 4º, CDC.

RECURSO ESPECIAL. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 5. PRECEDENTES. RECURSO NÃO-CONHECIDO. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular nº cinco. II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga. (REsp 311509/SP - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Quarta Turma - DJ 25.06.2001 p. 196)

Assim, estando os contratos de assistência à saúde regidos pelo CDC deve a interpretação dos mesmos ser realizada conforme seus princípios e regras, notadamente no tocante a limitação ou restrição de direitos dos consumidores, sob pena de caracterização de abusividade.

2 Boa fé e direito à informação nas condições gerais dos contratos de adesão

Ricardo Lorenzetti assevera que o direito à informação tem dupla face, o direito de informar e de estar informado, o que acarretaria duas problemáticas:

A primeira é a tradicional, o direito a informar que se vincula com a liberdade de expressão. É um direito do emissor da mensagem informativa, do titular da informação a fazê-la chegar ao destinatário sem obstáculos arbitrários no caminho. O segundo é novo. É o direito do receptor da mensagem, do consumidor de informação a ser informado para poder decidir livremente. (1998, p.512)

É esse novo direito, esse direito à informação que qualifica a decisão do consumidor, que se materializa como um dos pilares do CDC (art. 6º, III), sendo reforçado quando se analisa a relação a partir de um instrumento escrito e submetido ao consumidor para sua adesão (art. 54), destacando Cláudia Lima Marques que “o primeiro e mais conhecido dos deveres anexos é o dever de informar (*Informationspflicht*), imposto pelos arts. 6º, III, 8º, 10, 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 35, 46, 51, 52 e 54 do CDC.” (2004a, p. 23).

O conteúdo de uma cláusula contratual não é capaz de obrigar os consumidores acaso não tenham eles a oportunidade de tomar conhecimento prévio ou seja a mesma redigida de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46). Essa é a pedra fundamental da proteção contratual no CDC, cuja força vinculante entre fornecedor e consumidor não prevalece caso este último não tenha tomado conhecimento do conteúdo do contrato com antecedência, pois, como é óbvio, ninguém tem condições de aderir a um contrato conscientemente sem antes lê-lo (conhecê-lo, se verbal) com o devido cuidado e atenção. De igual modo se o contrato estiver redigido de maneira ininteligível para o consumidor.

Em resumo, o consumidor só se vincula ao fornecedor e as regras contratuais estabelecidas por este último caso seja dado ao consumidor conhecimento prévio do contrato, devendo o mesmo ser redigido de maneira que o consumidor possa entendê-lo e bem compreendê-lo.

Ao tratar-se especificamente dos contratos de planos de saúde verifica-se que muitas são as formas de limitações de cobertura, sendo objeto do presente estudo apenas as cláusulas contratuais limitadoras de reembolso de despesas médico-hospitalares. Nesse sentido busca-se inicialmente definir qual seria o conteúdo do direito à informação nessas cláusulas, sendo certo que:

O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado *a priori*. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. (MIRAGEM, 2010, p.128)

O conteúdo dessas cláusulas, então, deve de modo adequado e claro (art. 6º, III do CDC) fixar os limites de reembolso de modo que o consumidor não tenha qualquer dúvida quando necessitar utilizar essa faculdade ou for obrigado a utilizar profissionais/entidades de fora da rede no caso de ausência de credenciados/referenciados, destacando-se que “o significado de adequação remete ao de finalidade. Ou seja, será adequada a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com a mesma, o que no caso é o esclarecimento do consumidor” (MIRAGEM, 2010, p.129).

Deve-se ainda verificar que as disposições contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, justamente porque os contratos são unilateralmente elaborados pelas operadoras de planos de saúde e submetidos à adesão do consumidor e a eventualidade de cláusula ambígua ou contraditória deve proteger a parte mais fraca na relação, uma vez que a operadora teve bastante tempo para pensar e repensar as cláusulas contratuais a que submeteu o consumidor (art. 47). Até mesmo o Código Civil vigente (Lei 10.406/2002) trouxe em seu art. 423 a estipulação de que se deve adotar interpretação mais favorável a parte aderente quando existirem no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, pelo que existe, de fato, um constante diálogo entre essas fontes, sendo certo que em ambas são encontrados princípios norteadores pautados na boa fé, daí a sua importância (MARQUES, 2004b, p. 57).

Menezes Cordeiro (2001, p.17) em tratado dedicado ao tema afirma que:

A boa fé surge, com frequência, no espaço civil. Desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa fé informa previsões normativas e

nomina vectores importantes da ordem privada. As figuras de ponta da civilística estão-lhe associadas: a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional.

É justamente no campo do abuso de direito que o dever de informar do fornecedor se destaca e salta aos olhos, sendo por esse motivo que o direito à informação do consumidor é tão caro a principiologia do CDC, “uma vez que sua garantia tem por finalidade promover o equilíbrio de poder de fato nas relações entre consumidores e fornecedores, ao assegurar a existência de uma equidade informacional das partes. (MIRAGEM, 2010, p.129)

Na seção II do Capítulo VI do CDC – “Das cláusulas abusivas” - há um rol exemplificativo dessas cláusulas referidas no título da seção (art. 51), sendo certo que o Código instituiu com o artigo mencionado um novo conceito de cláusulas abusivas, pois estabeleceu a nulidade absoluta destas cláusulas (são nulas de pleno direito). Por nulidade absoluta deve-se entender que as cláusulas eivadas deste vício já nascem mortas e, portanto, não podem produzir nenhum jurídico efeito. É como se a cláusula não existisse no contrato, tanto melhor, como se nunca houvesse existido, onde “o efeito da sentença que decreta a nulidade de cláusula é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade.” (NERY JR., 1999, p. 1840)

O CDC adotou uma sistemática que deixa, em última instância, para o Poder Judiciário o controle das cláusulas abusivas, o controle do abuso de direito contratual. Tal fato deu-se em virtude “do componente social do direito dos contratos, gerado ante a faculdade de o predisponente estabelecer as cláusulas contratuais de seu interesse, para as futuras relações jurídicas concretas que venha a estabelecer com os consumidores.” (BELMONTE, 2002, p. 51)

A abusividade de cláusulas contratuais na sistemática do CDC pauta-se pelo princípio da boa fé objetiva, o qual “foi refuncionalizado no direito do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos” (LÔBO, 2001, p.67)

Entende Paulo Lôbo (1991, p.145) que a “boa fé subjetiva diz respeito à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro, ou então, à convicção justificada de ter um comportamento conforme o direito”, concluindo que é “uma boa fé de crença”. Já a boa fé objetiva seria uma “regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais”, visualizando-a como uma regra de comportamento que é esperado socialmente. Nas palavras do autor:

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento. (2011. p. 72-73)

Já para Judith Martins-Costa a boa-fé objetiva não teria seu conteúdo aprioristicamente fixado, dependendo de cada caso concreto, seria uma “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*”. (2000, p. 412, itálico no original)

Alinhando-se à opinião da autora, busca-se, então, extrair dos casos concretos, materializados através das cláusulas contratuais oriundas de situações reais levadas ao Poder Judiciário, a informação nelas contida, bem como verificar o cumprimento da regra de conduta em questão, sob pena de caracterização de abusividade, tendo em vista que

Da violação do dever de informar decorrem diversos efeitos jurídicos em direito do consumidor. Considerando-se que sua eficácia não decorre apenas da boa-fé objetiva, como também de normas jurídicas específicas previstas no CDC, deve-se ter em vista as sanções que tais normas estabelecem com este fim. (MIRAGEM, 2010, p.189-190)

Nessa esteira de raciocínio é possível afirmar que as cláusulas contratuais restritivas de direitos devem passar pelos filtros do princípio da boa fé objetiva e direito à informação adequada e clara.

3 Estudo de casos: abusividade das cláusulas contratuais limitadoras de reembolso de despesas médico-hospitalares

O presente trabalho selecionou contratos de quatro operadoras de planos de saúde, sendo duas seguradoras (Bradesco Saúde S/A e Sul América Seguro Saúde S/A) e duas não-seguradoras (Cassi – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil e Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda), de modo a não limitar a análise a um único tipo de natureza jurídica empresarial. A escolha recaiu sobre empresas que possuem forte atuação no estado de Pernambuco, onde detém um número razoável de consumidores e, via de consequência, de demandas judiciais.

Em todos os quatro casos os usuários realizaram procedimentos médicos-hospitalares e tiveram que arcar diretamente com despesas, tendo em vista a inexistência de médicos

credenciados pelas operadoras na especialidade que necessitaram, vindo, posteriormente, a requerer o reembolso integral das despesas.

De igual sorte, em todos os quatro casos os consumidores receberam algum valor de reembolso, mas sempre inferiores e sem receber com clareza informações acerca da forma do cálculo, sob o fundamento da limitação contratual.

O caso concreto, a casuística, na visão de Teresa Negreiros deve ser valorizada, pois

[...] integra a estrutura de todos os princípios e cláusulas gerais que os expressem, não sendo este um dado que, isoladamente, sirva à caracterização do dever de boa-fé contratual. De um lado, o papel sobredeterminante das circunstâncias concretas, assim qualificado como uma manifestação do princípio da boa-fé enquanto regra de interpretação, assume os contornos de uma verdadeira tautologia: a boa-fé não tem conteúdo até o instante em que seu conteúdo é invocado. De outro lado, esta indefinição em torno de um elemento material unificante das decisões fundadas na boa-fé a torna alvo fácil de críticas, no sentido de que sua aplicação possibilita que as mesmas circunstâncias erigidas em fundamento decisório, conduzam a resultados opostos, comprometendo-se pela raiz a segurança jurídica. (1998, p. 226)

Assim, justamente porque a segurança jurídica contratual resta comprometida pela possibilidade de decisões díspares no caso concreto é papel da doutrina e da jurisprudência minimizar essa problemática, cabendo a primeira orientar e fornecer o caminho a ser seguido e a segunda uniformizar entendimentos, notadamente quando, por se tratar de relações massificadas, inúmeros casos idênticos ou análogos são judicializados.

Para Cláudia Lima Marques, a boa fé possui uma “função limitadora” que atua “reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas” (2006, p. 215). É justamente esse o papel do judiciário na análise de cada caso concreto: reconhecer a abusividade das cláusulas por violação da boa fé.

Iniciando a análise das cláusulas contratuais verifica-se certa uniformidade de conduta das quatro operadoras quanto ao *modus operandi*, como se demonstra adiante.

O contrato analisado da seguradora BRADESCO SAÚDE S/A possui a seguinte cláusula contratual versando sobre o reembolso:

2.29 – Tabelas da Bradesco Saúde

Tabela de Honorários e Serviços Médicos (THSM) – É a que apresenta a relação de procedimentos automaticamente cobertos, bem como aqueles que dependem de autorização prévia da seguradora. Essa tabela define, também, a quantidade de CRS-DM a ser considerada, para cada procedimento, no cálculo referido na alínea “b” do subitem 2.19.1.

Tabela de Serviços Hospitalares (TSHB) – É a tabela que define as quantidades de CRS_DH, para fins de reembolso das despesas hospitalares (diárias, taxas diversas, aluguéis de equipamentos...) de acordo com o padrão de seguro contratado. Essas tabelas, arquivadas de acordo com as normas expedidas pelo poder público

competente, encontram-se à disposição do estipulante nas sucursais e demais unidades da seguradora.

Da leitura do texto da cláusula contratual salta aos olhos a seguinte passagem: “Essas tabelas, arquivadas de acordo com as normas expedidas pelo poder público competente, encontram-se à disposição do estipulante nas sucursais e demais unidades da seguradora.”

A própria cláusula, na forma posta, deixa evidente que o consumidor aderente não teve prévio acesso às “tabelas” nela referidas justamente porque as mesmas encontram-se “à disposição do estipulante nas sucursais e demais unidades da seguradora”.

Essa conduta não é leal, pois não haveria qualquer dificuldade para a empresa seguradora integrar as tabelas mencionadas ao contrato (como anexos, por exemplo) para, no mínimo, permitir o conhecimento de seu conteúdo pelo consumidor, haja vista que, no mais das vezes, o consumidor só tomará conhecimento da existência das mesmas quando necessitar realizar um reembolso, o que aconteceu no caso concreto.

Nessa esteira de raciocínio existe violação da boa fé objetiva por falta de lealdade contratual, uma vez que uma informação de relevo não fora prestada ao consumidor, o qual, inexoravelmente não teve prévio acesso ao conteúdo contratual supostamente integrado por “tabela” que na prática nunca esteve a sua disposição.

A prática empresarial, então, configura-se como abusiva, pois vai de encontro aos artigos 6º, III; 8º; 14; 46; 47; 51, IV, XIII, XV; 54, § 3º e 4º, todos do CDC.

No tocante ao contrato analisado da segunda empresa seguradora, a SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A, transcreve-se parcialmente a cláusula objeto de estudo:

9.1 – A CONTRATADA se obriga a prestar serviços de assistência médico-hospitalar observando as condições a seguir indicadas:

[...]

D) Reembolsar, nos casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços de rede referenciada da CONTRATADA, as despesas efetuadas pelos usuários, de acordo com os múltiplos de reembolso indicados nas Tabelas inseridas nos itens 7.1 e 12.1.4 do Termo de Referência, pagáveis no prazo máximo de 15(quinze) dias úteis, a contar da data de apresentação do comprovante de pagamento;

E) Reembolsar, mediante apresentação dos comprovantes do pagamento efetuado pelo beneficiário, as despesas referentes aos procedimentos cobertos pelo(s) Planos(s) de Assistência médico-hospitalar contratados, efetuados pelo uso do direito de livre escolha de profissionais e prestadores de serviços, de acordo com os múltiplos de reembolso indicados nas Tabelas inseridas nos itens 7.1 e 12.1.4 do Termo de Referência, pagáveis no prazo máximo de 15(quinze) dias úteis, a contar da data de apresentação do comprovante de pagamento;

De modo mais rebuscado que a BRADESCO, a SUL AMERICA se utilizada de “Tabelas” e de “Termo de Referência”, realizando um cruzamento de informações que, ao fim e ao cabo, só servem para confundir o consumidor. As tabelas na verdade não contém valores, mas “múltiplos” que apenas podem ser utilizados para a realização de cálculos acaso se tenha conhecimento do “Termo de Referência” e dos valores praticados, dados esses que não se encontram a disposição do consumidor.

Assim, chega-se sem muito esforço as mesmas conclusões acerca da abusividade da cláusula contratual em questão nos mesmos moldes externados para o primeiro caso.

A terceira empresa que teve o contrato analisado foi a CASSI – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL, cuja cláusula dispõe:

Cláusula 16ª – Quando os serviços cobertos forem realizados em localidade sem prestadores de serviços próprios da CASSI ou por ela credenciados, ou nos casos de urgência, o PLANO reembolsará as despesas feitas pelo PARTICIPANTE até o limite de 100% (cem por cento) do valor constante em sua Tabela Geral de Auxílios para cada serviço utilizado.

O *modus operandi* da CASSI é idêntico ao da BRADESCO e da SUL AMERICA, na medida em que a sua cláusula contratual limitadora do reembolso remete a “Tabela Geral de Auxílios”, a qual, por sua vez, não faz parte do contrato nem de qualquer anexo ao mesmo.

Ao pesquisarem-se casos análogos enfrentados pelo judiciário, constata-se que a prática é rotineira, tanto que nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 405.297 - RJ (2013/0334658-9), cujo relator fora o Ministro Sidnei Beneti e que figurou como Agravante a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, houve discussão sobre a “Tabela Geral de Auxílios”, não tendo a entidade conseguido provar, no caso julgado pelo STJ, que “o procedimento a que submeteu-se a sua associada estivesse expressamente excluído pela tal Tabela Geral de Auxílios do Plano”, tendo o relator afirmado:

10. Além do mais, casos idênticos a este, já foram objeto de exame em diversos precedentes, que foram mencionados na inicial de fls. 4/6, aos quais nos reportamos.
11. Portanto, não há como afastar-se a responsabilidade da 1ª apelante, pelo reembolso dos valores pretendidos.

Ou seja, a cláusula contratual, ora objeto de análise no presente estudo, já foi inúmeras vezes questionada judicialmente, sendo expurgada do contrato justamente pela sua abusividade.

De igual sorte, a abusividade da cláusula contratual é patente nos mesmos moldes externados para o primeiro e segundo caso.

Por fim, o último contrato analisado foi o da empresa GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA, cuja cláusula possui o seguinte teor:

Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Segunda – Os reembolsos efetuados ao CONTRATANTE, serão realizados de acordo com os múltiplos de Tabela de Honorários Médico-Hospitalar da Golden Cross.

Da leitura das cláusulas anteriores não é difícil perceber que a forma de atuação é exatamente a mesma, havendo apenas pequenas alterações pouco relevantes do texto contratual, mas que sempre se reportam a documento que não se encontra integrado ao contrato, que no caso da GOLDEN CROSS é a “Tabela de Honorários Médico-Hospitalar da Golden Cross”.

O que se verifica, de um modo geral, partindo-se da análise dos quatro contratos analisados é que as empresas se utilizam da estratégia de referir-se a “tabelas” que não fazem parte integrante da proposta de adesão ou das condições gerais dos contratos.

Conclusões

A revisão de literatura tratou de delimitar os contornos dos contratos de prestação de serviços de assistência à saúde, os chamados planos de saúde, situando ainda a legislação aplicável, sendo pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que as operadoras de planos de saúde estão enquadradas no conceito de fornecedoras, aplicando-se, pois, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), nas suas relações com seus usuários.

Nesse sentido, os contratos estudados são tipicamente contratos de adesão, pois elaborados unilateralmente pelas operadoras e submetidos aos seus consumidores, sendo certo que o conteúdo de uma cláusula contratual não é capaz de obrigar os consumidores acaso não tenham eles a oportunidade de tomar conhecimento prévio ou seja a mesma redigida de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O recorte do presente trabalho recaiu sobre uma das muitas formas de limitações de cobertura por parte dos planos de saúde, qual seja, cláusulas contratuais limitadoras de reembolso de despesas médico-hospitalares.

O conteúdo do direito à informação dessas cláusulas deve de modo adequado e claro fixar os limites de reembolso de modo que o consumidor não tenha qualquer dúvida quando

necessitar utilizar essa faculdade ou for obrigado a utilizar profissionais/entidades de fora da rede.

A abusividade de cláusulas contratuais na sistemática do CDC pauta-se pelo princípio da boa fé objetiva, sendo essa visualizada como uma regra de comportamento que é esperado socialmente.

Nessa esteira de raciocínio é possível afirmar que as cláusulas contratuais restritivas de direitos devem passar pelos filtros do princípio da boa fé objetiva e direito à informação adequada e clara.

Os casos selecionados para o estudo recaíram sobre quatro operadoras de planos de saúde que possuem forte atuação no estado de Pernambuco, sendo analisada especificamente em cada contrato a cláusula contratual limitadora de reembolso.

Da pesquisa de campo colheu-se a informação de que em todos os quatro casos os consumidores realizaram procedimentos, vindo a arcar com as despesas face à inexistência de médicos credenciados e não obtiveram reembolso integral das mesmas, sem que, contudo, tenham recebido com clareza informações sobre tal limitação, ainda que contratualmente prevista, o que os levou a baterem às portas do judiciário.

A abusividade das cláusulas contratuais limitadoras de reembolso de despesas médico-hospitalares inseridas nas condições gerais de contratos celebrados entre operadoras de planos de saúde e seus consumidores revelou-se nos quatro casos estudados.

A análise das cláusulas contratuais revelou o *modus operandi* das operadoras, as quais se utilizam de uma estratégia bem definida e adrede preparada, pois o texto contratual refere-se sempre a “tabela” ou “tabelas” que supostamente seriam parte indissociável do contrato, mas que não fazem parte integrante da proposta de adesão ou das condições gerais dos contratos.

Dita conduta não pode ser entendida como é leal, pois não permite o conhecimento de seu conteúdo pelo consumidor, haja vista que o consumidor só tomará conhecimento da existência das mesmas quando necessitar realizar um reembolso e tiver a sua legítima expectativa frustrada.

Achados jurisprudenciais demonstraram que cláusulas contratuais que foram objeto análise no presente estudo, já haviam sido inúmeras vezes questionadas judicialmente, sendo expurgadas do contrato justamente pela sua abusividade.

Conclui o estudo que existe violação da boa fé objetiva por falta de lealdade contratual quando informações relevantes não estão claramente previstas contratualmente, sendo abusivas as cláusulas assim dispostas por contrariar os artigos 6º, III; 8º; 14; 46; 47; 51, IV, XIII, XV; 54, § 3º e 4º, todos do CDC.

REFERÊNCIAS

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção Contratual do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 34-67.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários a Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIOS, Josué Oliveira (et alli). **Código de Defesa do Consumidor ao seu alcance**. São Paulo: IDEC, 1997.

VALENÇA, Aníbal. **Gremes – 20 anos de Autogestão em Saúde no Estado de Pernambuco**. Recife: GREMES, 2002.