

Apelação Cível n. 0318913-04.2017.8.24.0038
Relator: Desembargador Marcus Túlio Sartorato

CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. PLANO DE SAÚDE. AUTOR QUE APRESENTOU DIAGNÓSTICO DE NEOPLASIA MALIGNA DE CÓLON NÍVEL 4. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO NEGADO AO ARGUMENTO DE NÃO PREENCHIMENTO DAS DIRETRIZES DA ANS. DESCABIMENTO. CLÁUSULA EXPRESSA QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE QUIMIOTERAPIA. DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS INTERPRETADAS DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CDC. DEVER DE PROPORCIONAR A REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO CONFIGURADO. INAFASTÁVEL DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 20.000,00 QUE SE MOSTRA ELEVADO PARA O CASO CONCRETO E DIANTE DOS PARÂMETROS DA CÂMARA. REDUÇÃO PARA R\$ 10.000,00. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Quando o plano de saúde contratado abrange a possibilidade de tratamento quimioterápico, não há razão que justifique a negativa da utilização dos medicamentos que assegurem ao enfermo maior eficiência esperança de dias melhores, pois se existe a possibilidade de melhora na saúde do paciente, por certo, o procedimento não pode ser negado ao argumento de não estar previsto no rol da ANS.

2. Diante da angústia, do sofrimento, da tristeza, e da in tranquilidade a que foi submetido o autor ante a negativa da ré em custear o tratamento quimioterápico para o seu quadro grave de câncer de cólon, deve esta ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

3. Para a fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômicofinanceira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um

enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína

1

do outro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0318913-04.2017.8.24.0038, da comarca de Joinville 7ª Vara Cível em que é Apelante _____ Saúde S/A e Apelado _____.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e fixar honorários recursais nos termos do voto. Custas legais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni e a Exma. Sra. Des.^a Haidée Denise Grin.

Florianópolis, 16 de abril de 2019.

Desembargador Marcus Túlio Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado às fls.

258/259, *in verbis*:

_____ ajuizou ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos morais em face de _____ Administradora de Planos de Saúde S/A.

Narrou, em síntese, que é beneficiário de plano de saúde firmado com a ré, o qual prevê assistência ambulatorial e hospitalar. Nesse passo, contou que, após atendimento emergencial ocorrido em julho de 2015, foi diagnosticado neoplasia maligna de colon nível 4.

Explanou que foi submetido à cirurgia de urgência e realizou tratamento de quimioterapia até janeiro de 2017. Em junho/julho de 2017, passando por novos exames, restou confirmada a existência de outro tumor, com indicação pelo médico especialista de retirada através de Quimioterapia Hipertérmica Intraperitoneal durante cirurgia, procedimento esse que foi negado pela ré sob a alegação de ausência de previsão no rol da ANS.

Referindo-se às disposições da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor, além de julgados sobre a matéria, pugnou, ao final, pela procedência dos pedidos cominatório e indenizatório, com todos os efeitos. Requeru, outrossim, a antecipação da tutela, a inversão do ônus da prova e a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Anexou procuração (p. 18) e documentos (p. 19-81).

Foram deferidas a tutela e a gratuidade provisoriamente; a inversão, de sua vez, postergada (p. 83-87).

O autor juntou documentos referentes ao pedido de justiça gratuita (p. 92-112).

Frustrada a tentativa de conciliação (p. 146), citada (p. 90), a ré ofereceu contestação, afirmando, em resumo, que o procedimento pleiteado pelo autor não se encontra previsto no rol das exigências mínimas estabelecidas nas resoluções da ANS, motivo por que seu custeio não é de sua alçada. Negou, ainda, tratar-se de situação de urgência. Além do mais, afirmou que a responsabilidade da operadora de plano de saúde não é ilimitada, sustentando que não há dever de cobertura, tampouco direito do autor aos danos morais.

Concluiu pugnando pela improcedência da pretensão.

Juntou procuração (p. 178-179) e documentos (p. 181-227).

Houve réplica (p. 230-231).

Sobreveio decisão proferida pelo TJSC que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela ré (p. 235-257).

É o breve relatório.

O MM. Juiz de Direito, Doutor Leandro Katscharowski Aguiar,

decidiu a lide nos seguintes termos (fls. 264/265):

3

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por _____ em face de _____ Saúde S/A e, via de consequência:

- CONDENO a ré a fornecer ao autor o tratamento denominado quimioterapia hipertérmica intraperitoneal, conforme indicação médica, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), confirmando a antecipação da tutela (p. 83-87);

- CONDENO a ré a pagar ao autor a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescida de correção monetária pelo INPC/IBGE (Provimento CGJ-SC nº 13/1995), a partir do arbitramento (STJ, Súmula 362), e juros de mora de 1% ao mês (CC/02, art. 406, c/c CTN, art. 161, §1º), desde o evento lesivo (STJ, Súmula 54).

Em virtude da sucumbência, condeno a vencida, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados, consoante o grau de zelo profissional e a complexidade da causa, em 15% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, ex vi do disposto no art. 85, § 2º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, cobradas as custas, arquivem-se.

Opostos embargos declaratórios, estes foram acolhidos para corrigir erro material contido no dispositivo da sentença, cuja redação foi modificada nos seguintes termos:

"Em virtude da sucumbência, condeno a vencida, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados, consoante o grau de zelo profissional e a complexidade da causa, em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, ex vi do disposto no art. 85, § 2º, do CPC." (fl. 6 dos autos em anexo).

Inconformada, a ré _____ Saúde S/A interpôs recurso de apelação (fls. 270/297), no qual reafirma que o plano contratado não contempla procedimentos não inclusos no denominado "rol de procedimentos e eventos em saúde" editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, não sendo obrigatória a cobertura do tratamento para a patologia apresentada pelo autor. Assevera a inexistência de dever de indenizar, uma vez que lícita sua conduta e

não comprovado o abalo anímico indenizável. Pede, ao final, a improcedência dos pedidos iniciais ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório.

Em contrarrazões (fls. 304/310), o autor pugna pelo desprovimento
4
do recurso.

VOTO

1. Inicialmente, há que se reconhecer a relação de consumo existente entre as partes, as quais se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor de serviços, estatuídos nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Prescrevem mencionados dispositivos que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final*”, e que “*fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*”.

Destarte, são considerados fornecedores todos aqueles que proporcionam a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, com o propósito de atender as necessidades dos consumidores. Para o caso em específico, aliás, prescreve a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: “*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*”.

Ada Pellegrini Grinover, citando Zelmo Denari, afirma que “*a colocação de bens ou serviços no mercado de consumo a cargo dos fornecedores in genere suscita, em contrapartida, a relação de responsabilidade, decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual) [...] Código pretende alcançar todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo, vale dizer, todos aqueles que desenvolvem as atividades descritas no art. 3º do CDC*” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 1997, 5ª ed., p. 138)

Nelson Nery Júnior, por sua vez, é categórico ao afirmar que “a

relação jurídica de consumo se verifica entre o fornecedor e o consumidor, que dela são sujeitos. As partes devem, portanto, suportar os ônus e obrigações

6

decorrentes do contrato de consumo, incluído entre elas o dever de indenizar (op. cit., p. 410).

Na presente *quaestio*, infere-se dos documentos acostados à petição inicial (fls. 40/80) que o autor recebeu diagnóstico de adenocarcinoma moderadamente diferenciado (fl. 68), necessitando, para adequado tratamento da doença, ser submetido a peritonectomia seguido de quimioterapia hipertérmica intraperitoneal (HIPEC), conforme indicado nos documentos de fls. 64/66. Em contrapartida, sustentou a ré, ao negar a terapia (fls. 70/71), que "o procedimento de quimioterapia intraperitoneal hipertérmica não tem cobertura obrigatória (não consta no rol da ANS), além disso, não segue recomendação do CFM segundo a qual: Pode ser considerado apenas em casos selecionados, após discussão multidisciplinar, em hospitais de referência" (visto não haver qualquer evidência de que o local indicado para a realização do procedimento seja, de fato, referência para tal tipo de tratamento)".

O argumento, como se verá, não merece ser acolhido.

Na cláusula 5.2, "b" item 2, do contrato firmado entre as partes, consta expressamente que o plano inclui a realização de quimioterapia. Há, nos autos, relatório assinado pelo Dr. João César da Rocha Santos, especialista em oncologia (CRM/SC 5062), confirmando a indicação da quimioterapia hipertérmica intraperitoneal durante o procedimento cirúrgico para o caso.

Por certo, não se mostra razoável e nem jurídico negar à parte autora, no caso em apreço, o custeio do procedimento, ainda que a sua utilização para tratamento da moléstia que a acomete o autor não esteja contemplado na Resolução mencionada, pois se existe a possibilidade de melhora na saúde da paciente, por certo, o procedimento não pode ser negado ao argumento de estar excluído do rol da ANS, até pelo fato de o mesmo ser exemplificativo e não taxativo.

Vale ressaltar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, já afirmou

7

que o plano médico deve prever a cobertura para a patologia, e não o tipo ou a forma de tratamento ou de medicamento a ser empregado:

O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas (AgRg no Ag 1350717/PA, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.3.2011).

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.

1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido (Resp 668216/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.3.2007).

Há ainda outra razão que a consolidada jurisprudência alude para considerar abusiva, em casos como o presente, a negativa da operadora de plano de saúde. É que, se o contrato celebrado entre as partes prevê a cobertura para o tratamento, não se justifica a negativa da operadora do plano de saúde de fornecimento dos quimioterápicos indispensáveis para a terapia, uma vez que, se há cobertura contratual para a patologia diagnosticada, é dever da operadora de plano de saúde fornecer todos os meios necessários, indicados pelo médico responsável, para o combate da enfermidade.

Sobre esse aspecto, merecem transcrição os relevantes argumentos lançados pelo Ministro Carlos Menezes Direito no julgamento do REsp n. 668.216/SP:

A orientação que se vem firmando, e que merece exame da Corte, é sobre esse ponto, considerando a consolidação legislativa vigente com a Lei nº 9.656/98. O que se procurou fazer, pelo menos no meu entender, foi estabelecer critério para proteger o consumidor e ao mesmo tempo assegurar a viabilidade empresarial dos planos privados de saúde. De fato, não se pode negar o direito

do contrato de estabelecer que tipo de doença está ao alcance do plano oferecido. Todavia, entendo que deve haver uma distinção entre a

8

patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor. [...] Nesse sentido, pareceme que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. (Grifou-se)

Sobre o assunto, colhe-se dos precedentes desta Corte:

EMBARGOS INFRINGENTES. CONSUMIDOR E PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COM INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. UNIMED. CÂNCER NO TIMO. MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO. NEGATIVA DE CUSTEIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - ACÓRDÃO DE REFORMA. (1) CDC. APLICABILIDADE. - Tratando-se de relação de consumo a estabelecida entre o usuário e a empresa de plano de saúde, aplica-se à espécie as regras do Código de Defesa do Consumidor. Entendimento consolidado por meio do enunciado da Súmula n. 469 do Superior Tribunal de Justiça. (2) TRATAMENTO EXPERIMENTAL E OFF LABEL. ALEGAÇÃO AFASTADA. INDICAÇÃO PARA ONCOLOGIA. RECOMENDAÇÃO DO MÉDICO ASSISTENTE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. DEVER DE COBERTURA. - Existente cobertura para anomalias situadas no âmbito da oncologia, revela-se sem guarida a pretensão do plano de saúde de, ao cabo, substituir-se ao especialista na escolha do medicamento a ser utilizado, principalmente na ausência de qualquer elemento a indicar a sua ineficácia ou contraindicação. Ademais, não é possível a isenção pretendida a partir da alegação de tratamento experimental e off label se a própria bula do medicamento chancela a sua indicação para o combate oncológico. [...] (4) DANOS MORAIS. NEGATIVA INJUSTIFICADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. - "A

jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia

9

no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral *in re ipsa*.

Precedentes" (STJ, AgRg no REsp n. 1.526.392/RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 9.6.2015). (5) QUANTUM. FIXAÇÃO. FINS REPARATÓRIO, PEDAGÓGICO E INIBIDOR. - A compensação por danos morais deve considerar, além da extensão do dano e do grau de culpa do ofensor, os fins pedagógico, inibitório e reparador da verba, a fim de que reste proporcional. Observadas essas balizas, o valor arbitrado deve ser preservado. ACÓRDÃO ALTERADO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Embargos Infringentes n. 2014.081376-1, de Caçador, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 10-02-2016).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE FÁRMACO UTILIZADO EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. RECUSA FUNDADA NA AUSÊNCIA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO EXPERIMENTAL (OFF-LABEL). PREVISÃO EXPRESSA DE COBERTURA PARA A REALIZAÇÃO DE QUIMIOTERAPIA. DEFINIÇÃO EXCLUSIVA DO MÉDICO. ABALO ANÍMICO CONFIGURADO. QUANTUM COMPENSATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO E DO AUTOR PROVIDO. I - Afigura-se injustificada a recusa da administradora de plano de saúde ao pagamento de medicação, sob a alegação de tratar-se de tratamento experimental (off-label), quando verificado que tal fármaco é ministrado como quimioterapia, cuja cobertura é garantida pelo contrato, sobretudo se o remédio foi subscrito por médico especialista. II - Para caracterização dos danos morais, é imprescindível a demonstração de que o abalo anímico sofrido atingiu relevante grandeza a ponto de configurar ato ilícito e justificar a compensação pecuniária. In casu, diante da recusa da Ré em fornecer medicamento para realização quimioterapia, cuja cobertura é abrangida pelo contrato e, porque o Autor, temeroso por sua vida, necessitou socorrer-se do judiciário para obter o tratamento da doença a que estava acometido, de rápida progressão, afiguram-se evidentes os danos morais por ele sofridos. III - Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, servindo como medida punitiva, pedagógica e inibidora. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.049349-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 09-04-2015).

PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CÂNCER. TRATAMENTO COM O FÁRMACO "AVESTIN". QUIMIOTERAPIA. PREVISÃO CONTRATUAL QUE ABRANGE O TRATAMENTO. RECOMENDAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE QUE APENAS DESOBRIGA, MAS NÃO VEDA, AS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE DA COBERTURA DE MEDICAMENTO EXPERIMENTAL (OFF-

10

LABEL). RESPONSABILIDADE DA DEMANDADA RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. É obrigação da operadora de serviços de plano de saúde fornecer ao contratado o tratamento de saúde a que se comprometeu contratualmente, incluídos nesse tratamento os medicamentos indispensáveis à plena recuperação da saúde do beneficiário, fazendo-se abusiva a negativa do fornecimento do medicamento "Avestin", ao argumento de que se trata de medicamento experimental, ausente a sua cobertura no plano de saúde sob as diretrizes da Agência Nacional de Saúde. Ademais, o que prevalece em hipóteses tais é a existência de previsão contratual de cobertura para a patologia e não a forma como o tratamento será feito, pois não é dado aos planos de saúde estabelecer os procedimentos médicos que devem ser observados. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.037484-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18-09-2014).

CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DANOS MORAIS E MATERIAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. SUSCITADA EM CONTRARAZÕES A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INSUBSTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 1.010, II E III, DO CPC/2015. PRELIMINAR AFASTADA. PLANO DE SAÚDE. RELAÇÃO CONTRATUAL INCONTESTE. AUTOR QUE APRESENTA DIAGNÓSTICO DE CÂNCER DE BEXIGA. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DA EVOLUÇÃO CLÍNICA POR MEIO DO EXAME PET/CT SCAN. NEGATIVA DE COBERTURA DA COOPERATIVA RÉ PAUTADA UNICAMENTE NA ALEGAÇÃO DE NÃO PREENCHIMENTO DAS DIRETRIZES DA ANS. INSUBSTÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DA RÉ DE FORNECER AO AUTOR OS EXAMES DESSA NATUREZA, CONFORME PRESCRITO PELO MÉDICO COOPERADO. CONTRATO ENTABULADO ENTRE AS PARTES QUE PREVÊ COBERTURA PARA EXAMES ONCOLÓGICOS. ROL DA ANS APENAS EXEMPLIFICATIVO. DEVER DE COBERTURA INCONTESTE. REEMBOLSO DO VALOR GASTO COM O EXAME NA VIA PARTICULAR QUE É DEVER DA APELANTE. INCONFORMISMO QUANTO À CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS. SUBSTÊNCIA. ABALO MORAL INEXISTENTE EM DECORRÊNCIA DA NEGATIVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. LIMINAR DEFERIDA LOGO APÓS O

AJUIZAMENTO DA DEMANDA. EXAME REALIZADO MESMO COM A NEGATIVA DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. NÃO-VERIFICAÇÃO DE PREJUÍZO OU AGRAVAMENTO DO ESTADO CLÍNICO DO AUTOR. ABALO PSICOLÓGICO NÃO COMPROVADO. REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NOS ARTIGOS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL NÃO EVIDENCIADOS. ÔNUS PROBATÓRIO QUE INCUMBIA AO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e

11

indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade" (STJ, Resp. n.º 202.654/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). (TJSC, Apelação n. 001981392.2013.8.24.0008, de Blumenau, deste Relator, com votos vencedores dos Exmos. Des. Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 02-08-2016).

Dessa forma, diante da abusividade da negativa da operadora do plano de saúde, é de se manter a sentença que condenou a ré a fornecer os quimioterápicos prescritos pelo médico assistente.

2. No tocante ao abalo moral sofrido em face do inadimplemento contratual, ensina Yussef Said Cahali:

No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana, uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; o direito à reparação pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre o caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor.

Na realidade, conforme ensina Viney, toda forma de responsabilidade, qualquer que seja a causa ou a natureza, induz, a cargo do responsável, o desgosto, os sofrimentos e frustrações provocados pelo seu autor: sob esse

aspecto, impõe-se constatar que a distinção, se ainda posta em confronto, entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual, não tem hoje senão uma importância mínima; a obrigação de reparar os danos extrapatrimoniais, tende, quase toda, a assumir o domínio contratual, com a mesma importância que em matéria delitual (Dano moral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 527)

[...] tem-se reconhecido da existência de dano moral reparável, sempre que da omissão de uma parte contratante resultar para outra uma situação incômoda ou constrangedora.

Neste contexto, desde que admitida a responsabilidade pré-contratual, deixando de consumar-se o contrato por fato culposo imputável a uma das partes, a frustração da expectativa sofrida pela outra pode, em tese, produzir dano moral indenizável, em função das circunstâncias de cada caso concreto

12

(Ob. cit. p. 532).

Acerca da ocorrência de danos morais quando da recusa do plano de saúde em arcar com os encargos do tratamento, colhem-se os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Seguro Saúde. Internação de emergência. Cláusula abusiva. Reconhecimento pelo acórdão de nulidade de pleno direito. Dano moral. A negativa de cobertura de internação de emergência gera a obrigação de indenizar o dano moral daí resultante, considerando a severa repercussão na esfera íntima do paciente, já frágil pela patologia aguda que o acometeu. Recurso especial conhecido e provido (Resp n.º 618.290-0, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Seguro saúde. Recusa em custear o tratamento de segurado regularmente contratado. Suspeita de câncer. Dano moral.

1. A recusa em arcar com os encargos do tratamento da agravada, com suspeita de câncer, já definida nas instâncias ordinárias como indenizável por danos morais, constitui fato relevante, principalmente por ocorrer no momento em que a segurada necessitava do devido respaldo econômico e de tranqüilidade para realização de cirurgia e posterior recuperação. A conduta do agravante obrigou a recorrer a procurar outra seguradora, o que atrasou seu tratamento em aproximadamente 06 (seis) meses. Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico.

2. Agravo regimental desprovido (AGA n.º 520.390, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral (Resp n.º 259263, Min. Castro Filho).

Conforme precedentes da 3.^a Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito" (Resp n.º 657717, Min. Nancy Andrighi).

E desta egrégia Corte de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE
TRATAMENTO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ NÃO

13
COMPROVADA. PRÉVIO EXAME NÃO EXIGIDO NO ATO

CONTRATAÇÃO. CIRURGIA REALIZADA APÓS O AFORAMENTO DA AÇÃO.

DA

SUBSISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL CAUSADO AO AUTOR PELOS ENTRAVES IMPOSTOS PELA RÉ NO MOMENTO EM QUE HAVIA URGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO E DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (CORRESPONDENTE AO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL/02). RECURSO DESPROVIDO (AC n.º 2006.039606-4, deste relator, com votos vencedores dos Desembargadores Fernando Carioni e Des. Henry Goy Petry Júnior).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTOR QUE SOFREU DIVERSOS ENFARTOS. INDICAÇÃO MÉDICA DE IMPLANTAÇÃO DO STENT. AUTORIZAÇÃO DA UNIMED. PACIENTE QUE ESTAVA NA SALA PARA REALIZAR CIRURGIA. DESAUTORIZAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇO. FATOS NÃO IMPUGNADOS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA CONTRATUAL NEGANDO A COBERTURA DO STENT. CLÁUSULA DE DIFÍCIL COMPREENSÃO. UTILIZAÇÃO DE PALAVRAS TÉCNICAS QUE IMPOSSIBILITAM CONHECIMENTO DA CLÁUSULA PELO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. NEGATIVA INDEVIDA. DANO ANÍMICO CONFIGURADO DEVIDO ÀS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. REFORMA DA SENTENÇA. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA (AC 2004.029743-0, Des. Jorge Schaefer Martins).

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAIS C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – SEGURO SAÚDE OCORRÊNCIA DO RISCO CONTRATADO – NEGATIVA DE COBERTURA PROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO INSURGÊNCIA – AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL – AFASTAMENTO – PAGAMENTO DO PRÊMIO PELO SEGURADO OCORRÊNCIA EXPRESSA PREVISÃO DO RISCO CONTRATADO REEMBOLSO DEVIDO PELA SEGURADORA – QUANTUM NÃO IMPUGNADO DANO MORAL ANGÚSTIA E HUMILHAÇÃO PELA RECUSA DA SEGURADORA AO PAGAMENTO CIRÚRGICO CONFIGURAÇÃO – PEDIDOS DE EXONERAÇÃO E MAJORAÇÃO POSSIBILIDADE DO ÚLTIMO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INTENÇÃO DE PREJUDICAR AUSÊNCIA DÚVIDA NA APLICAÇÃO DA MENCIONADA PENA – SUPREMACIA DO LIVRE ACESSO À JURISDIÇÃO – SANÇÃO INACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Havendo pedido de reembolso por integrante de plano de saúde que pagou intervenção cirúrgica, não pode a cooperativa médica negar-se ao respectivo pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito.

A humilhação à qual é submetido o consumidor, que mesmo sendo beneficiário de prestação de serviços médicos e hospitalares, recebe recusa da fornecedora a cobrir o valor do trabalho cirúrgico, obrigando-o a esperar horas

para a liberação cirúrgica com alto risco de vida, enseja a reparação por danos morais (AC n.º 2003.016524-0, Des. Monteiro Rocha).

Com efeito, analisando-se detidamente os julgados acima transcritos, bem como em vista das particularidades do caso em apreço, tem-se que o autor sofreu muito mais do que um simples aborrecimento diante do inadimplemento contratual, uma vez que, consoante a gravidade do quadro clínico apresentado, seria potencializada a probabilidade de não obter êxito no tratamento caso não fosse prontamente realizada a terapia no momento adequado.

Ademais, destaca-se que justamente no momento em que o autor mais necessitou dos benefícios contratados, ela se negou a adimplir sua obrigação ao argumento pueril de exclusão contratual. Além disso, tratava-se de paciente em estado extremamente delicado de saúde, sendo presumível o abalo anímico decorrente dos obstáculos impostos pela ré para o prosseguimento e êxito de seu tratamento.

Portanto, diante da angústia, do sofrimento, da tristeza, e da intranqüilidade a que foi submetido o autor ante a negativa da ré em custear o tratamento quimioterápico para seu quadro grave de câncer, deve esta ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

3. A indenização a título de danos morais deve ser arbitrada de forma a compensar o abalo experimentado pela parte autora, além do intuito de alertar a ofensora a não reiterar a conduta lesiva. Entretanto, não existem parâmetros legais objetivos para se fixar a reparação.

A doutrina e a jurisprudência têm firmado entendimento de que: "a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento

assumido, ou o evento lesivo advindo. Consustancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Carlos Alberto Bittar, Reparação civil por danos morais, RT, 1993, p. 220).

Conforme esclarece José Raffaelli Santini, "inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz" (Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática, Agá Júris, 2000, p. 45).

Sobre o tema, tem decidido este Sodalício que:

Para a fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro (TJSC, Apelação Cível n. 2012.070924-6, de Trombudo Central, deste relator, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Saul Steil, j. 23-10-2012).

O dano moral é o prejuízo de natureza não patrimonial que afeta o estado anímico da vítima, seja relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à incolumidade física e psíquica. Assim, para que se encontre um valor significativo a compensar este estado, deve o magistrado orientar-se por parâmetros ligados à proporcionalidade e à

razoabilidade, ou seja, deve analisar as condições financeiras das partes envolvidas, as circunstâncias que geraram o dano e a amplitude do abalo

experimentado, a fim de encontrar um valor que não seja exorbitante o suficiente para gerar enriquecimento ilícito, nem irrisório a ponto de dar azo à renitência delitiva (TJSC, Apelação Cível n. 2012.072715-8, de Mafra, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste Relator e da Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 30-10-2012).

Nesse passo tem-se fixado o *quantum* indenizatório de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando em conta, sobretudo: a malícia, o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; os antecedentes pessoais de honorabilidade e confiabilidade do ofendido; a intensidade do sofrimento psicológico; a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato ilícito não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não lhe propicie uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico (TJSC, Apelação Cível n. 2012.050604-2, de Pomerode, rel. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste relator e do Exmo. Sr. Des. Saul Steil, j. 23-10-2012).

No caso em exame, o MM. Juiz de Direito fixou a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia que se mostra excessiva para o caso concreto e dissonante dos parâmetros desta Câmara.

Embora não se ignore a angústia do autor, não houve, na hipótese, prejuízos objetivos em seu quadro clínico, porquanto o paciente logrou realizar o ato cirúrgico em questão com o deferimento da medida liminar (fls. 83/87).

Assim, mostra-se prudente reduzir a indenização para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser acrescida de correção monetária a partir desta data e de juros moratórios a partir da citação, uma vez que se trata de responsabilidade civil contratual.

4. Apesar do parcial provimento do recurso, mantém-se os ônus sucumbenciais da causa conforme distribuídos na sentença porquanto o autor se sagrou vencedor na maior parcela do pleito (ganhou o pedido de obrigação de fazer e 2/3 – dois terços – do valor pleiteado a título de danos morais). A ré deve,

portanto, ser condenada a arcar, integralmente, com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Nesta sede, com fulcro no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, diante da sucumbência recíproca entre as partes, arbitram-se honorários advocatícios recursais no valor de 1% (um por cento) da condenação para cada parte, vedada a compensação, e observado o deferimento da gratuidade da justiça em favor do autor (fl. 86).

5. Ante o exposto, vota-se no sentido de dar parcial provimento ao recurso a fim de reduzir o valor da indenização para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de correção monetária a partir da data deste julgamento e de juros de mora a contar da citação. Fixam-se honorários recursais em 1% (um por cento) sobre o valor da condenação para cada parte em sede recursal, vedada a compensação, e observada a concessão da gratuidade da justiça em favor do autor.