

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSO EM
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

ALESSANDRA SOARES FERNANDES

**PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E CLÁUSULAS ABUSIVAS:
UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
VIOLADOS NOS CASOS DE CLÁUSULAS QUE
ESTABELECEM PERÍODO DE CARÊNCIA**

**VITÓRIA
2016**

ALESSANDRA SOARES FERNANDES

**PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E CLÁUSULAS ABUSIVAS:
UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
VIOLADOS NOS CASOS DE CLÁUSULAS QUE
ESTABELECEM PERÍODO DE CARÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Profª Drª. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.

**VITÓRIA
2016**

ALESSANDRA SOARES FERNANDES

**PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E CLÁUSULAS ABUSIVAS:
UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
VIOLADOS NOS CASOS DE CLÁUSULAS QUE
ESTABELECEM PERÍODO DE CARÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____de dezembro de 2016.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profª Drª. Elda Coelho de Azevedo
Bussinguer
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Profº Drª. Paula Castello Miguel
Faculdade de Direito de Vitória

Profº Dr. Lucas Gonçalves da Silva
Universidade Federal de Sergipe

Ao Vitor e a Mariana, filhos queridos e amados, amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como gratidão por essa conquista, agradeço a Deus, a São Judas Tadeu e a Nossa Senhora da Conceição, aos meus filhos queridos e amados Vitor Fernandes Albino, Mariana Fernandes Frizzera e Tohr, a minha mãe Maria Luzia, a minha tia Vera e a minha vovó Mira *in memoriam*, pois tenho certeza que onde ela estiver está olhando por mim e a Maria do Carmo da Silva, por também fazer parte da minha família, sendo todos importantes nessa nova conquista.

Aos meus amigos, em especial, ao professor Geova Alves da Silva, ao professor Joaquim Marolas, por estarem sempre ao meu lado em todas as horas e momentos difíceis, a minha sócia e amiga Laura Pimenta Krause Tose por estar sempre comigo em todos os momentos de batalhas e de grandes lutas e, também, ao meu amigo Ricardo Matos de Souza, por estar sempre ao meu lado auxiliando em vários momentos, pessoas estas que sempre posso contar, sendo todos cruciais por mais esta vitória.

A todos os mestres e doutores que de alguma forma me ajudaram a chegar até aqui, em especial, a minha professora e orientadora, Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinger, por me ajudar nesta caminhada na busca pelo conhecimento, sendo peça fundamental para essa vitória.

“Quando a alma está feliz, a prosperidade cresce, a saúde melhora, as amizades aumentam, enfim, o mundo fica de bem com você! O mundo exterior reflete o universo interior”.
Mahatma Gandhi

RESUMO

Analisa através de uma breve contextualização histórica e pelo viés jurídico, o direito fundamental à saúde, com base na Constituição Federal de 1988, demonstrando a nova política de saúde após a Carta Magna, bem como, a questão do “fenômeno” denominado de judicialização da saúde, vez que, normalmente, como forma de garantir esse direito, o Judiciário aparece como protagonista. Ademais, destaca os Princípios Constitucionais e Cíveis violados nos casos de cláusulas que estabelecem período de carência. Constatando-se que alguns princípios são violados, em especial o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Boa-Fé, devendo o Magistrado no caso em concreto preservar o bem da vida, mais do que o bem contratual, estipulando por consequência indenizações. Neste sentido, o trabalho cumpre com o objetivo de considerar os planos privados de saúde e os abusos cometidos por esses planos, em especial a questão sobre o período de carência e os princípios Constitucionais violados, tendo em vista a procura crescente de contratação desses planos, mas que por sua vez, aumentou os problemas ocasionados aos consumidores que necessitam de um plano particular, vez que a expansão das contratações dos planos de saúde no país desencadeou diversas questões de âmbito judicial, tal como visto no decorrer da pesquisa. Por fim, destacou-se a necessidade de uma fiscalização mais veemente que poderá ser exercida pelas autoridades competentes, assim como realçou a necessidade de uma reestruturação dos Órgãos existentes e o estabelecimento prático das normas em vigor.

Palavras-chave: planos de saúde; cláusulas com período de carência; princípios violados.

ABSTRACT

It analyzes, through a brief historical context and the legal bias, the fundamental right to health, based on the Federal Constitution of 1988, demonstrating the new health policy after the Magna Carta, as well as the question of the "phenomenon" Health, since, normally, as a way of guaranteeing this right, the Judiciary appears as the protagonist. In addition, it highlights the constitutional and civil principles violated in cases of clauses that establish grace period. It should be noted that certain principles are violated, especially the Dignity of the Human Person and that of the Good Faith, and the Magistrate in this case must preserve the good of life, rather than the contractual good, thus stipulating indemnities. In this sense, the work fulfills the objective of considering the private health plans and abuses committed by these plans, especially the question about the grace period and constitutional principles violated, in view of the increasing demand for contracting these plans, But which in turn has increased the problems for consumers who need a particular plan, since the expansion of contracting health plans in the country has triggered a number of issues of a judicial nature, as seen in the course of the research. Lastly, it was stressed that there was a need for more effective supervision by the competent authorities, as well as the need for a restructuring of the existing Bodies and the practical establishment of the rules in force.

Keywords: health insurance; Clauses with grace period; Principles violated.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar;
Art – Artigo;
CC – Código Civil;
CF – Constituição Federal;
CNJ – Conselho Nacional de Justiça;
CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados;
DF – Distrito Federal;
ES – Espírito Santo;
IRB – Instituto de Resseguros do Brasil;
OMS – Organização Mundial de Saúde;
PEC – Proposta de Emenda à Constituição;
RJ – Rio de Janeiro;
RN – Rio Grande do Norte;
RS – Rio Grande do Sul;
SADT – Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapêutico;
SP – São Paulo;
STF – Supremo Tribunal Federal;
STJ – Superior Tribunal de Justiça;
SUS – Sistema Único de Saúde;
SUSEP – Superintendência de Seguros Privados;
TC – Tocantins.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E A SUA INSERÇÃO NA NOVA POLÍTICA DE SAÚDE PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	19
1.1 DOS PLANOS DE SAÚDE	25
1.1.1 Do Período de carência.....	27
1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
1.3 CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E A QUESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA	41
1.4 O ESTADO COMO REGULADOR DOS PLANOS DE SAÚDE	48
1.4.1 Do princípio da complementariedade e a sua relação com o privado.....	56
2 DA MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE	59
2.1 DO MERCADO DOS PLANOS DE SAÚDE.....	62
2.2 O SISTEMA DE SAÚDE ATRAVÉS DAS COOPERATIVAS	65
2.3 O SISTEMA DE SAÚDE UNIVERSAL PELO VIÉS DO DIREITO COMPARADO.....	68
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	75
3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE E SUA ARTICULAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL	78
3.2 AS POSSÍVEIS ALTERNATIVAS FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES DE SAÚDE	83

4 CLÁUSULAS QUE ESTABELECEM O PERÍODO DE CARÊNCIA E O SEU REFLEXO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CIVIS VIOLADOS.....	88
4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CIVIS PELO VIÉS DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E DA INTERPRETAÇÃO	88
4.2 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A PARTIR DO ANO DE 2013	94
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	122
6 REFERÊNCIAS	125
ANEXOS.....	135

INTRODUÇÃO

O período posterior a segunda guerra mundial, pode ser considerado como um marco histórico em termos de conquista para a sociedade, tendo em vista que, a partir desse período tornou-se importante destinar ao cidadão a proteção dos seus direitos e garantias fundamentais, sendo tais direitos imprescindíveis para uma vida digna, sobretudo, diante de todas as violações praticadas no decorrer dos períodos em que esses direitos não eram reconhecidos, tais como: a educação, a saúde, a alimentação.

No cenário nacional, em que se torna latente o debate a respeito da necessidade do Estado, enquanto um dos garantidores dos Direitos Fundamentais e, também, estando entre os seus objetivos, proporcionar aos cidadãos uma ampla possibilidade de acesso aos bens básicos, intrínsecos ao ser humano, a saúde aparece no rol dos direitos sociais como aquele bem a que se deve destinar uma atenção especial.

Seguindo esta tendência, a Constituição Federal Brasileira de 1988, diferentemente dos textos anteriores, ressalta, em um capítulo próprio, a importância que deve ser dispensada à saúde, estabelecendo no art. 196, ser um direito de todos e dever do Estado. Denota-se que, além de ser considerado um direito individual, a saúde, foi consubstanciada como um direito coletivo, o que desvela o caráter peculiar da norma, em que se almejam políticas eficazes afastando a característica de uma norma apenas programática.

Ocorre que, apesar de devidamente previsto na Constituição de 1988, a saúde enquanto direito de todos, que deveria ser garantido pelo Estado, diante da insuficiência de recursos públicos, passou também a ser objeto de interesse privado, o que de certo modo, reflete a questão da mercantilização da saúde. Dentro desse contexto, o panorama tornou-se favorável para a entrada de planos de saúde privado, com o objetivo de oferecer os serviços de saúde mediante contraprestação daqueles que aderissem a esses planos.

Dessa forma, percebe-se que, a questão da saúde, no caso brasileiro, é considerada como um sistema, em que se coloca em discussão tanto os recursos públicos, mas, também, recursos privados, provenientes dos planos de saúde e demais entidades que atuam no sistema de saúde, através do fomento do Estado, tais como os organismos do terceiro setor.

Entretanto, apesar de todas as diretrizes que são estabelecidas para o seu desenvolvimento junto à sociedade, alguns embates surgem com a atuação dos planos privados, sendo que um dos mais marcantes funda-se na questão da exigência do período de filiação do segurado junto ao plano para que lhe seja permitido à realização de alguns procedimentos. A este fato denomina-se período de carência.

Com o objetivo de compreender esta questão, assim como os posicionamentos que são desenvolvidos a respeito deste tema, os argumentos contrários e favoráveis às cláusulas que estabelecem o período de carência, bem como os princípios porventura violados em casos concretos, este trabalho se propõe a abordar os princípios constitucionais que são afrontados, na prática, através da exigência do período de carência na contratação de planos privados de saúde, bem como, a interpretação equivocada e desfavorável de determinadas empresas de saúde aos consumidores que buscam pelos planos privados de saúde, o que justifica várias demandas judiciais.

Vale ainda esclarecer que a pesquisa tem por finalidade compreender essas incoerências, que surgem a partir da expansão dos planos de saúde no país, em que se constata o aumento do número de pessoas com contratos de planos privados de saúde que, por sua vez, tem trazido à tona as contradições de um modelo que, publicamente, através da mídia, apresenta-se como alternativa mais adequada para garantir o acesso e o atendimento efetivo às necessidades de saúde de seus usuários, mas que, na prática, tem deixado evidentes as fragilidades e o descompromisso com os direitos e garantias daqueles que fazem a opção por um atendimento privado de saúde.

Deste modo, a existência de cláusulas abusivas nos contratos firmados, mostra-se de forma mais contundente na exigência de que seja guardado um período de carência para se ter acesso/direito a tratamentos de alto custo, tais como cirurgias e exames de alta complexidade, bem como atendimentos de urgência, entre outros.

Com a finalidade de compreender como esse problema pode ser enfrentado, o trabalho se propõe a investigar que princípios constitucionais podem ser considerados violados em face da exigência de período de carência nesse tipo de contrato.

A partir da análise da doutrina, jurisprudência e de outras pesquisas que se propuseram a investigar o tema, será feito um estudo de alguns princípios importantes, que também podem ser considerados como violados, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Boa-Fé, que acabam sendo afrontados sempre que os usuários desses planos deixam de ser atendidos em casos de urgências ou de cirurgias necessárias dentro do período considerado de carência.

Sendo assim, na perspectiva do direito fundamental à saúde, tem-se o seguinte problema de pesquisa: Que princípios constitucionais são afrontados em razão da exigência do período de carência nas contratações de planos de saúde particulares?

Vale destacar que, a referida pesquisa se justifica, levando-se em consideração que o número de pessoas que aderiram aos planos de saúde nas últimas décadas do século XX foram significantes, ou seja, o setor público, passou a diminuir o seu espaço de atuação, enquanto os planos de saúde privado passaram a ganhar notoriedade no meio econômico, razão pela qual, torna-se imprescindível analisar como o Estado tem fiscalizado essa atuação do setor privado na área da saúde, justamente por ser um direito de todos, conforme previsão na Constituição Federal.

Assim sendo, no intuito de responder ao questionamento, o objetivo é justamente investigar a origem e evolução histórica do contrato de plano de saúde privado; apresentar as justificativas elencadas pelos planos de saúde com a exigência do período de carência; investigar que princípios constitucionais são afrontados em razão da exigência do período de carência nas contratações de planos de saúde particulares; avaliar que medidas ou quais argumentos são apresentados diante de

uma negativa de tratamento por questões ligadas a não cumprimento do período de carência; demonstrar por meio de análise das decisões jurisprudenciais acerca da indenização por dano moral em virtude da negativa de cobertura em situações emergências, período de carência e analisar se a fundamentação jurisprudencial em casos de negativa contempla os princípios violados e identificados.

A necessidade da pesquisa se revela diante do fato que, se por um lado tem-se a iniciativa privada, no âmbito dos planos de saúde, crescendo de forma a preencher a lacuna do Estado, por outro lado, não pode ser deixado ao arbítrio destes planos privados o regramento das situações que colocam em risco a questão do direito a saúde, o que evidencia diretamente o direito à vida.

Com o intuito de preencher este espaço, não estudado por grande parte da doutrina e pesquisadores, esta análise se justifica pelo fato de que em razão da expansão dos planos de saúde no país, constatada no aumento do número de pessoas com contratos de planos privados de saúde, visto que esses têm se apresentado como alternativa mais adequada para garantir o acesso e o atendimento efetivo à necessidade de saúde de seus usuários.

Neste sentido, a relevância é dada pelo significativo número de pessoas que fazem a opção pela contratação deste tipo de planos privados de saúde, pois conforme o site da ANS, até o mês de junho do ano de 2016, o número de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia foi de 48.487.129, o que acarreta, por consequência, alta rentabilidade das empresas que desenvolvem este tipo de atividade. Evidencia-se ainda que, em que pese a tais empresas ter por desiderato o retorno econômico, não justifica a violação de princípios básicos em detrimento do fator econômico.

Os dados acima demonstram que, o setor sofreu e sofre grande influência do capital privado, pois se tornou evidente a mercantilização do direito à saúde, uma vez que, essas empresas sejam elas nacionais ou internacionais, encontraram na lacuna do Estado, diante dos limitados recursos, a possibilidade de aumentar o ganho econômico. Vale demonstrar ainda que, no caso brasileiro, a situação que se afigura nesse ano de 2016 é ainda mais complexa, tendo em vista que foi aprovada a PEC 241, limitando os investimentos na área de saúde e, também de educação, o que

significa um retrocesso, em termos de conquista dos direitos já consagrados constitucionalmente.

Dessa forma, infelizmente, a PEC acaba por estabelecer um limite para as despesas para todos os poderes. A grande questão, que se refere justamente a pesquisa, é que há, também, limitação aos gastos na área de saúde.

É este o contorno que se procura traçar nesta pesquisa, sobretudo, demonstrando qual a maior preocupação, diante de um caso concreto, sendo que por uma percepção mais subjetiva, tem se destacado as fragilidades e o descompromisso com os direitos e garantias daqueles que fazem a opção por um atendimento privado de saúde, quando são recusados atendimentos sob a justificativa de que não estão aptos a tratamentos ou cirurgias, tendo em vista não ter sido completado o período de carência.

Logo, diante do quadro apresentado, o estudo afigura-se como adequado, em razão da violação desses direitos, tornando-se, em linhas gerais, inválida a cláusula que estabelece o período de carência, podendo o juiz, com base na preservação dos valores existenciais e do direito à vida e à saúde, de natureza mais relevante do que os valores patrimoniais, arbitrar indenizações aos usuários que assim demandarem.

Com a finalidade de responder ao problema formulado realizou-se uma análise jurisprudencial no site do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Tocantins, Rio Grande do Norte e Distrito Federal, analisando alguns julgados envolvendo os planos de saúde da Unimed, Bradesco Saúde e SulAmérica Saúde, dentre outros que envolvam este período de carência.

Buscou-se fazer uma análise bibliográfica das categorias de estudo, quais sejam: planos privados de saúde, cooperativas, princípios, demonstrando o que os autores da área têm a contribuir, estabelecendo, então, um diálogo entre esses diferentes autores. Posteriormente, com base na descrição dessas categoriais, foi feita uma análise de julgados dos Tribunais Superiores, tendo por finalidade descrever na prática, que princípios são considerados violados frente a essas cláusulas que limitam o consumidor.

Quanto à metodologia, optou-se pelo desenvolvimento do trabalho através do método dialético, o que fica demonstrado por meio do diálogo entre os diferentes autores apresentados nesta pesquisa, tendo por desiderado estabelecer os dessemelhantes pensamentos a respeito do tema.

Pois, o método dialético é a maneira pelo qual é realizada a análise da realidade através de teses e ou teorias. Desse modo a dialética acaba sendo uma verdadeira investigação, demonstrando e confrontando diversos conceitos que se mostram como verdade com outras realidades até que se possa chegar a uma nova conclusão.

O trabalho foi dividido em 4 (quatro) capítulos, sendo o primeiro um relato sobre os planos privados de saúde e a sua inserção na nova política de saúde pós Constituição de 1988, fazendo a correlação com o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Dirigente, descrevendo as suas principais características e fazendo correlação com a questão da saúde.

Já no segundo capítulo, foi abordada a questão da Mercantilização da Saúde, descrevendo, sobretudo, como funcionam as Cooperativas em Saúde e, por fim, o Sistema de Saúde Universal pelo viés do Direito Comparado.

Na sequência, no terceiro capítulo, foi apresentado o fenômeno da judicialização da saúde dentro do ordenamento jurídico brasileiro, posto que, dentre os diversos temas das disciplinas jurídicas, destaca-se, por sua amplitude, a questão da divisão dos poderes, análise esta idealizada primeiramente por Aristóteles e posteriormente por Montesquieu entre outros. Ocorre que, em que pese à referida divisão trazer em seu escopo a delimitação de cada poder, no âmbito desta pesquisa, busca-se analisar àquele, entre os três, ao qual se confere poder de decisão, qual seja, o Poder Judiciário, tendo passado por diversas mudanças, em vista a crescente demanda da sociedade, uma vez que este tem por finalidade trazer soluções para as lides que lhe são apresentadas.

Sendo assim, discute-se nesse capítulo, a mudança de paradigma do Poder Judiciário, após a Constituição de 1988, com o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição cabendo a esse a efetivação dos

direitos básicos, tais como a saúde, razão pela qual, tornou-se notório nos últimos anos o crescimento de demandas nessas áreas, ou seja, o cidadão passa a requerer do Poder Judiciário uma postura mais ativa, no sentido da efetivação dos direitos. O capítulo traz ainda a busca por outros paradigmas com o propósito de superar a atual crise do sistema judiciário brasileiro, tendo em vista a expansão de direitos. Desse modo o presente trabalho visa analisar possíveis alternativas para a propagação de direitos e a expansão do poder judicial.

Assim, pode-se verificar que o Poder Judiciário vem sendo apresentado como solução para grandes litígios que versam sobre as questões políticas morais vivenciadas pela sociedade.

Desta maneira, tem-se um verdadeiro aumento do poder dos juízes, ao analisar o texto normativo de nossa Carta Magna, acarretando, por consequência, uma mudança de paradigma na função do Poder Judiciário, passando por um ativismo judicial.

A construção da pesquisa parte de um pressuposto geral, quando se analisou, com base em doutrinas da área, a mudança de paradigma do Poder Judiciário, que passou a não mais ser um mero poder de atribuir direito as partes, ou aplicador do direito ao caso concreto, mas, iniciou uma nova fase que passou a efetivar esses direitos, considerando que muitos deles estavam apenas positivados na CF, mas que, na prática necessitam de maior efetividade. Assim, passa-se a abordar essa complexa atividade jurisdicional que vem causando questionamentos por parte de alguns doutrinadores, no que tange a sua limitação, em razão dessa judicialização considerada, por alguns estudiosos da área, como excessiva.

E, no último capítulo, são abordados que princípios constitucionais são violados nos casos de cláusulas que estabelecem período de carência, com base em alguns planos de saúde como da Unimed, Bradesco Saúde e SulAmérica, dentre outros, tendo como norte alguns julgados recentes, para que seja possível verificar os princípios violados e interpretação equivocada das empresas de plano de saúde, com a justificativa do período de carência, mas que não pode ser considerada como exaustiva no período que se propõe, através da análise de alguns julgados do

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Tocantins, Rio Grande do Norte, Distrito Federal e STJ.

1 DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E A SUA INSERÇÃO NA NOVA POLÍTICA DE SAÚDE PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 deu um enfoque especial à questão dos Direitos Fundamentais, trazendo no rol do artigo 6^a os direitos sociais: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988, p. 9-10).

Primeiramente, realizando um histórico da sociedade brasileira, é importante observar que, a partir da migração da população rural para as áreas urbanas, principalmente a partir da década 60 e seguintes do século XX, iniciou-se o processo de busca dos diversos direitos pelos cidadãos, tendo em vista que na maioria dos casos, esses cidadãos não possuíam acesso à questão da saúde. Observa-se que, esse processo mostrou-se mais latente nas cidades, considerando que, a partir da aglomeração da população nas áreas urbanas, surgem os diferentes problemas, tais como: a questão da moradia, transporte e também os problemas relativos à questão da saúde, tal como as epidemias. Como forma de explicar esse processo, vale destacar a visão dos autores Alex Abiko e Odair Barbosa de Moraes (2009, p. 6), para quem:

O processo de urbanização é uma realidade constatada mundialmente. Em todo o mundo este processo tem sido intenso, modificando rapidamente a dinâmica das cidades. No Brasil, esse fato iniciou-se em meados do século XX sob a influência de diversos fatores, como a migração rural urbana e a explosão da industrialização nas grandes cidades.

Assim, esse fator foi determinante para a construção dos diferentes problemas, enfrentados na atualidade, o que foi evidenciado a partir das bases de construção do Estado brasileiro, demonstrando a dificuldade do Estado em enfrentar os problemas desencadeados através da demanda da população, surgindo nesse cenário, os questionamentos sobre os direitos básicos, a exemplo da educação, habitação, alimentação e, principalmente, a questão da saúde, como salientado anteriormente.

Dessa forma, a legislação existente em termos do direito à saúde reflete a conquista alcançada ao longo dos anos por questionamentos apresentados pela população, sendo, então, atualmente, considerado como Direito Fundamental.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, reflete o que se entende por “Constituição Cidadã”, pois busca concretizar diversos direitos e requer do Estado um posicionamento positivo para efetivá-los. Assim sendo, de acordo com André Luís Luengo (2008, p. 69): “[...] a Constituição Cidadã garante aos indivíduos que os órgãos executores dos seus primados executem os serviços de forma a cumprirem seus princípios norteadores”. Desse modo, a cidadania pode ser compreendida como resultado do reconhecimento dos Direitos Fundamentais, diante do espaço ocupado por esses nas sociedades modernas e nos Regimes Democráticos (LUENGO, 2008, p. 68).

É evidente que todas essas conquistas, atualmente positivadas na Constituição Federal, foram alcançadas por meio de grandes embates, sejam eles no campo sociológico ou legislativo e, somente, conquistaram a importância referida, pelo fato da sociedade ter passado a considerá-los, enquanto aqueles que merecem uma atenção especial, por se mostrar entre as necessidades básicas do cidadão na qualidade de detentores de direitos.

Nesse passo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito se destacou, principalmente, na direção social que tomara espaço a nova carta. Vale ressaltar que a referida Constituição tornou-se reconhecida pelo viés que foi dado, de construção de uma sociedade cidadã, tendo como escopo trazer uma maior amplitude para o acesso aos bens básicos, isso sem levar em consideração as questões administrativas e formais necessárias à ordem dos poderes estabelecidos. Esse entendimento encontra-se alinhado as palavras de Tasca (2013, p. 96) referindo-se a essa Constituição Cidadã de 1988 que:

[...] Sem dúvidas foi a que mais ampliou os direitos e garantias fundamentais quando o assunto é direitos sociais, sendo a saúde, o tema mais relevante até hoje tratado, esparsos em seu bojo, sendo fonte de inspiração para as demais disposições infralegais.

Entretanto, não bastava estabelecer tais direitos, era preciso tratá-los de modo diferenciado, razão pela qual, possuem determinadas peculiaridades, pois a

diferenciação quanto a esses direitos, diz respeito a sua aplicabilidade, devendo ser imediata, tal como disposto no art. 5º, §1º da CF, devendo seguir a mesma diretriz quando se trata da questão dos direitos sociais, cujo rol inclui o direito à saúde (TASCA, 2013, p. 96).

Logo, o direito a saúde, acaba por fazer correlação com a cidadania, ou pelo menos como um fundamento que norteia o Estado brasileiro. É dentro deste contexto, em que se coloca em debate a questão intrínseca da cidadania, apresentada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, p. 5), como descrito a seguir: “[...] A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II- a cidadania”.

Seguindo nesta diretriz, com esse viés cidadão, a Constituição Federal de 1988 ainda em seu art. 6º descreve quais são os direitos sociais, como mencionado anteriormente, incluindo nesse rol o direito fundamental à saúde. Ocorre que, em que pese o Constituinte tenha descrito tais direitos nesse rol, o legislador pode inserir novos direitos que vierem a ser conquistados pela sociedade, a exemplo de como se deu a questão da moradia, assim como se analisa o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais individuais e coletivos elencados no art. 5º antecedendo à disciplina dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, previstos no artigo 7º.

Nesse sentido, apesar de o Estado gerir a questão do direito fundamental à saúde, os recursos públicos são finitos, por diferentes fatores, a exemplo da má gestão desses recursos, bem como os desvios no âmbito do segmento saúde. Neste caso, com o objetivo de implementar a questão da saúde junto com o setor público, a iniciativa privada adentra neste espaço, por meio de permissão do próprio Estado, com fito de contribuir para o melhor desenvolvimento do sistema de acesso à saúde.

Tal fato, descrito acima, não advém inusitadamente, mas, surge com o passar do tempo, em que começa a ser questionada a qualidade do serviço de saúde disponibilizada ao cidadão. As políticas de saúde, desenvolvidas no Brasil, contribuíram ou favoreceram a descentralização da saúde, deixando o Estado de ser o único ator a prestar ou oferecer esse serviço, diante da inserção de consultórios

médicos particulares, assim como pelo retorno financeiro oferecido pelo Estado, como forma de contraprestação aos serviços prestados pelas unidades de diagnóstico e de tratamento específicos de saúde (PAIM *et al* 2011, p.19).

Nota-se que, a privatização das questões atinente à saúde foi crescendo na mesma medida em que foi sendo desenvolvido o processo democrático brasileiro, pois foi a partir deste momento de transição, tal como será apresentado a seguir, que foi sendo mais visível essa compatibilização entre o setor público e o setor privado, no aspecto de saúde. Logo: “A descentralização do sistema de saúde esteve vinculada a um processo mais amplo de transição política e de reconfiguração da Federação Brasileira, iniciado pelos movimentos democráticos da década de 1980” (PAIM *et al* 2011, p.19).

Por essa nova forma que foi estabelecida a questão da saúde, foi perceptível a desvinculação dos Municípios da centralidade da União. Entretanto, apesar dessa desvinculação, ocorreu o aumento dos recursos financeiros e tornou-se mais fiscalizada a gestão desse capital. Sendo assim, essa mudança de paradigma, pode ser considerada como “radical”, com relevante investimento, normatização e fiscalização das questões referente à saúde através da União (PAIM *et al* 2011, p.19).

Surgem, então, com o propósito de regulamentar as questões referentes ao acesso ao serviço de saúde as denominadas agências, que são idealizadas para gerir, de forma mais veemente, todos os abusos e arbitrariedades que são cometidos, em caso de violação ao direito daqueles que necessitam do serviço. Dentro desta perspectiva foi criada, no ano de 2000, como forma de regulamentar o setor privado de saúde. Com tal propósito,

[...] a Lei 9.656/98 tornou ilegais a negação de cobertura, por parte dos planos de saúde privados, a pacientes com doenças e lesões preexistentes, e vedou a limitação do uso de serviços ou procedimentos de saúde específicos. Ainda assim, como a expansão contínua do subsetor privado é subsidiada pelo Estado, o subsetor público se torna subfinanciado, o que potencialmente compromete sua capacidade de assegurar a qualidade do cuidado e o acesso da população aos serviços (PAIM *et al* 2011, p. 20).

Com base na citação anterior, tornou-se evidente a necessidade de que, fosse inserida a regulamentação da questão da saúde, daí o surgimento da agência,

sendo que, as críticas acima, revelam a importância de se analisar em que medida a inserção dos recursos privados, vieram a comprometer a qualidade da questão da saúde, pois na dependência de recursos privados, é perceptível a relativização com o interesse público, caso não exista uma fiscalização mais veemente por parte do Estado.

Nesse caso, analisando a norma, os autores Andrea Pereira Macera e Marcelo Barbosa Saintive (2004, p. 18-19) descrevem que conforme a Lei nº 9.656, de 1998, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, trouxe em seu artigo 1º, o conceito de Operadoras de Plano de Assistência à Saúde, enquanto “empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde”. Por sua vez, o parágrafo único descreve ainda que operar significa: “as atividades de administração, comercialização ou disponibilização dos planos”.

Pois bem, a própria norma sintetiza que se trata de um mercado no campo da saúde, ou seja, essas empresas, tal como na conceituação, passam a ser protagonistas da área da saúde, em razão da impossibilidade do Estado em atender a todas as demandas da população. Cabe ainda descrever que, não foi sempre deste modo, tendo em vista que:

Anteriormente a 1998, dos segmentos que operavam com planos/seguros-saúde, apenas as seguradoras possuíam sua atividade especificamente regulada – desde aspectos pertinentes à constituição da empresa até detalhes contábeis e operacionais. As sociedades seguradoras faziam parte do Sistema Nacional de Seguros Privados, cujo órgão normativo máximo é o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). Este sistema é constituído, também: a) pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), o órgão executor da política traçada e fiscalizador das atividades; b) pelos corretores de seguros, que são os intermediários oficiais para a comercialização de seguros; c) pelo Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), que funciona como o segurador das seguradoras (MACERA; SAINTIVE, 2004, p. 21).

Essa compreensão pode ainda ser complementada, através de estudo realizado por Juliana Costa Zaganelli e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2016, p. 63-64) cujo entendimento é de que: na oportunidade em que o Sistema Único de Saúde - SUS estava se constituindo, havia também a inserção do capital privado, o que compreendem as autoras por ser um sistema dual, mas que na prática não tem sido efetivado, razão pela qual se torna motivo de grande reflexão, diante da fragilidade

que se estabelece a despeito das conquistas já alcançadas pelo Movimento de Reforma Sanitária.

Esse sistema dual referido pelas autoras reflete a realidade atual que se observa no Brasil, ou seja, no segmento saúde, existe o SUS com suas especificidades, em pleno funcionamento, bem como as empresas privadas, que desenvolvem as suas atividades, através de uma contraprestação financeira pelos serviços oferecidos. Dessa forma, a Constituição Federal em seu artigo 197, demonstra a responsabilidade do Estado nas questões de saúde, ao esclarecer que:

Art. 197. São 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 (BRASIL, 1988, p. 65).

A respeito dessa participação do setor privado na questão da saúde, o artigo 199 da Constituição Federal é elucidativo, tendo em vista que, descreve a forma da participação complementar, que se perfaz por meio de um pacto ajustado entre o setor público ou acordo, sendo preferenciada as entidades sem fins lucrativos (BRASIL, 1988, p. 65).

Ainda sobre essa participação do setor privado, como afirma Jairnilson Paim *et al* (2011, p. 25): “Na sua grande maioria, as unidades de atenção básica e as de emergência são públicas, enquanto os hospitais, ambulatorios e serviços de apoio diagnóstico e terapêutico (SADT) são majoritariamente privados”.

Por fim, fazendo uma correlação entre os autores mencionados e a norma estabelecida, o que se coloca em debate no referido trabalho é o direito a saúde, enquanto um Direito Fundamental, tal como descrito no art. 196 da Constituição Federal, que estabelece a saúde enquanto direito de todos, sendo efetivado através de atividades desenvolvidas pelo Poder Público, que contribuam para “à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção e recuperação” (BRASIL, 1988, p. 65).

Assim sendo, conforme Ana Carolina Maia, Mônica Viegas Andrade e Ana Maria Hermeto Camilo de Oliveira (2004, p. 3): “O sistema de saúde brasileiro pode ser

caracterizado como um sistema de saúde misto, onde os setores público e privado atuam no provimento e no financiamento dos bens e serviços de saúde”.

1.1 DOS PLANOS DE SAÚDE

O número de pessoas que aderiram aos planos de saúde nas últimas décadas, do século XX, foi significativa, ou seja, o setor público, passou a diminuir o seu espaço de atuação, enquanto os planos de saúde privados passaram a ganhar notoriedade no meio econômico, razão pela qual, torna-se imprescindível analisar como o Estado tem fiscalizado essa atuação do setor privado na área da saúde, justamente por ser um direito de todos, conforme previsão na Constituição Federal.

Assim, em virtude desse significativo número, conforme dados retirados do site da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que apurou até o mês de junho do ano de 2016, o número de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia foi de 48.487.129, tais dados revelam que há uma demonstração de que a atividade desenvolvida por esses planos acarreta uma alta rentabilidade. Evidencia-se ainda que, em que pese tais empresas ter por desiderato o retorno econômico, não justifica a violação de princípios básicos em detrimento do fator econômico (ANS, 2016).

Os dados acima demonstram que, o setor sofreu e sofre grande influência do capital privado, pois se tornou evidente a mercantilização do direito à saúde, tema a ser tratado em capítulo próprio, uma vez que, essas empresas sejam elas nacionais ou internacionais, encontraram na lacuna do Estado, diante dos limitados recursos, a possibilidade de aumentar o ganho econômico. Neste sentido, o interesse e o capital privado de determinadas empresas particulares de saúde, acabam por determinar o direcionamento, em muitos casos do segmento saúde, o que em certa medida, podem comprometer o serviço.

Vale demonstrar ainda que, no caso brasileiro, a situação que se afigura nesse ano de 2016 é ainda mais complexa, tendo em vista a aprovação da PEC 241, com a conseqüente limitação de investimentos na área de saúde e, também de educação.

A referida PEC acaba por comprometer todo o serviço público, gerando diversos prejuízos em especial na área da saúde, tendo em vista que a Câmara dos Deputados e o Senado já aprovaram a PEC 241, fazendo com que ocorra uma limitação dos gastos públicos.

Notadamente a essa participação dos planos no segmento saúde, Ligia Bahia (2009, p. 755) em comentário ao art. 199 da CF, sintetiza como se escalona essa participação, ou seja:

O artigo 199 da Constituição de 1988 estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e dedica seus parágrafos à regulação das relações entre o público e o privado no sistema de saúde. O §1º modula a participação das instituições privadas no SUS. Os §2º e o §3º vedam a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde. E o §4º proíbe a comercialização de órgãos, sangue e seus derivados.

Desse modo, está consagrado no texto constitucional que esta assistência a saúde é livre e pode com isso ter a iniciativa privada, inclusive sua participação no SUS. Neste caso, “[...] Desde então, a emissão de políticas de estímulo à aquisição de planos e seguros privados de saúde e incentivos à oferta privada de serviços de saúde cursa *pari passu* aos esforços de implementação do SUS” (BAHIA, 2009, p. 755).

Com isso, pode-se perceber como se desenha o modelo brasileiro, que sofre influência veemente do capital privado, pois juntamente com o sistema público, as empresas privadas, nomeadas pelos autores Scheffer e Bahia (2013, p. 97) como iniciativa privada, pautam suas ações com o intuito econômico e de interesse próprio. E neste caso, figuram junto ao Poder Público, no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, buscando estabelecer diretrizes para a questão da saúde, assim como através dos seus interesses, acabam por “inibir a intervenção estatal voltada à correção das falhas do imperfeito mercado da saúde”. Ressaltando ainda os autores que, trata-se de diferentes empresas, de marcos distinto, com especificações diferentes quanto a sua atuação, objetivos e interesses (SCHEFFER; BAHIA, 2013, p. 97).

Diante do exposto, mostra-se notório que as grandes empresas privadas do segmento saúde, polarizam os seus interesses no intuito de fortemente angariar recursos e, fomentar o crescimento empresarial no sistema de saúde.

1.1.1 Do Período de carência

Como forma de compreender o presente trabalho, se faz necessário entender o que vem a ser o período de carência alegado pelos planos privados de saúde, utilizado como justificativa para não cobrir os custos com o tratamento de saúde com doenças de seus usuários, caso não tenham sido cumpridos os requisitos legais, fato esse que por consequência provoca inúmeras ações judiciais, tendo o Estado que intervir prolatando decisões em favor dos consumidores. Logo, segundo Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2001, p. 51): “As carências são cláusulas que operam uma limitação na eficácia do contrato: para determinadas doenças ou espécie de tratamentos”.

Pois advêm do conceito que, a obrigação da contratada somente inicia tendo sido cumprido o requisito temporal. Com evidência nessa questão, a cláusulas de carência, estabelecem conexão com o Princípio da Boa-Fé, assim como a própria essência do contrato, ou seja, é uma regra que serve como forma de afastar consumidores que busquem a aderência ao contrato de plano de saúde, apenas com o intuito de se beneficiar dos recursos da empresa, através da prestação de serviço de saúde “mais complexo, permitindo, ainda, o recebimento de um numerário mínimo do consumidor ingressante, para a capitalização do fundo mútuo utilizado para a cobertura de todos os eventos” (PFEIFFER, 2001, p.51).

Desse modo, tal período de carência acarreta por consequência um limite ao contrato, e por isso, demonstra como as empresas procuram se resguardar para não arcarem com os custos de determinados procedimentos, sem que seja estabelecido um prazo mínimo para a sua realização. Neste aspecto, segundo o Pfeiffer (2001, p.51), em análise ao art. 12, V, são reconhecidos os seguintes prazos: “[...] a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta

dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência".

Nesse sentido, como forma de regular a situação, o artigo 12 da Lei 9656/98, acaba por limitar o prazo máximo do período de carência, sendo qualquer prazo superior ao estabelecido, considerado nulo, o que de certo modo, preserva o interesse do consumidor e, também, não impede o ajuizamento de uma demanda, diante de um caso concreto. Ocorre que, as determinações contratuais, quando estipula um prazo imoderado para cobertura, devem ser consideradas como "nula de pleno direito, aplicando-se as normas do inciso IV e § 12, I, II e III do art. 51 do CDC" (PFEIFFER, 2001, p. 52).

Portanto, é crucial o respeito por parte das operadoras dos planos de saúde ao período de carência, o que por muitas vezes não se justifica, o que acaba por infringir diversos princípios constitucionalmente previstos, acarretando demandas judiciais na busca da efetivação de direitos.

Neste mesmo contexto, importa salientar que a carência legalmente é conceituada de acordo com a Resolução Normativa - RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009, em seu art. 2º, inciso III:

carência: é o período ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato, conforme previsto no inciso V do artigo 12 da Lei nº 9656, de 1998, nos termos desta Resolução (ANS, 2009).

A respeito da conceituação, descrita na norma, Renata Palheiro Mendes de Almeida (2012, p. 111) ainda acrescenta que: "Entende-se por carência o prazo pactuado no contrato de seguro para que o segurado tenha direito à determinada garantia em face de riscos previstos".

Importante salientar que os prazos de carência estão previsto na Lei 9656/98, bem como, no próprio contrato. Desse modo, de acordo com o artigo supramencionado, a Lei estabelece os prazos máximos para fixar o período de carência. Não obstante à Lei 9656/98, em seu artigo 35C, menciona as situações que obrigam a cobertura dos planos privados de saúde, quais sejam:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; III - de planejamento familiar (BRASIL, 1998).

Ademais, importante salientar ainda que o artigo 2º da Resolução do CONSU nº 13/98, estabelece o prazo, limitado, de atendimento das primeiras 12 (doze) para os casos de urgência e emergência, sendo que neste caso, tal como prescreve a norma em questão, “a responsabilidade financeira” passa a ser do contratante” (ANS, 1998).

Por sua vez, o art. 3º da Resolução do CONSU n. 13/98, menciona que, os pactos relativo a “plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções”. Neste sentido, o parágrafo 1º, complementa que em casos de emergência, mesmo que não tenha cumprido a carência, “este deverá abranger cobertura igualmente àquela fixada para o plano ou seguro do segmento ambulatorial, não garantindo, portanto, cobertura para internação” (ANS, 1998).

Dessa forma, é possível entender que a Resolução supramencionada acaba por restringir o que dispõe o artigo 35C da Lei 9656/98 em razão do dispositivo estabelecer a cobertura total, quando a mesma é constatada a emergência.

Tomando por base o julgamento da Ação Civil Pública, no ano de 2012, que tramitou perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo, tendo por objeto a análise de violação à Lei nº 9.656/98, restou demonstrado o enfrentamento dessa questão, sendo que em recurso de apelação a conclusão do julgamento foi no sentido de negar provimento, tal como descreve a ementa do julgado, processo nº. APELREEX 11100 SP 0011100-77.2002.4.03.6105. Terceira Turma. Julgamento: 20 de Setembro de 2012. Relator: Desembargadora Federal Cecilia Marcondes, a seguir: **“EMENTA:** APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PLANO DE SAÚDE. LEI Nº 9.656/98. RESOLUÇÃO CONSU Nº 13/98. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA”. Pois, conforme a conclusão, embora tenha sido apresentado o questionamento sobre a validade da Resolução nº 13/98, conclui-se que: “tendo em vista que a Resolução CONSU nº 13/98 não dispõe acerca do

prazo de carência para os casos de urgência e emergência, não merece ser acolhido o pedido de anulação por descumprimento da Lei nº 9.656/98 no que se refere ao mencionado prazo”.

A partir desse exemplo e acrescentando neste mesmo contexto o pensamento de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2001, p. 52), relacionando a Lei nº 9.656/98 e a Lei 8.078/90 (CDC) há verdadeira obrigatoriedade quanto a forma de redigir as cláusulas que impliquem restrição dos direitos do consumidor, pois em tais situações, as mesmas devem ser escritas de modo que, seja permitida a sua imediata identificação, bem como o seu fácil entendimento.

E deste modo, caso não seja cumprido o estabelecido na norma legal, torna-se inválida a cláusula que estabelece o período de carência, podendo o juiz, com base na preservação dos valores existenciais, tal como a vida e a saúde, por ser de natureza mais relevante em comparação aos valores patrimoniais, arbitrar indenizações aos usuários que assim demandarem.

Por sua vez, é importante também mencionar o Princípio da Força Obrigatória dos contratos (*Pacta Sunt Servanda*) que advêm do Princípio da Autonomia Privada e, neste caso, o seu escopo é estabelecer que, o que foi pactuado entre as partes deve ser preservado e cumprido, demonstrando a importância as observações e cláusulas estabelecidas na relação jurídica (TARTUCE, 2016, p. 91).

Assim, tal princípio acaba por restringir a liberdade, a partir do momento em que as partes resolveram contratar de forma consensual e autônoma, pois acaba sendo que a regra do contrato se constitui lei entre as partes.

Segundo Arnaldo Rizzardo (2015, p. 23) a obrigatoriedade dos contratos “é irreduzível o acordo de vontades, conforme regra consolidada no direito canônico, através do brocardo *pacta sunt servanda*”. Assim sendo, tanto a lei e os contratos devem ser obedecidos, ou seja, a partir do momento em que as partes resolveram pactuar de forma consensual, as partes devem cumprir o que fora acordado.

Diante da sua importância, vale ainda trazer à baila os aspectos Constitucionais inerente ao princípio, pois de acordo com a CF, fica assegurada a livre iniciativa,

mas isso não quer dizer que as seguradoras podem desrespeitar o direitos dos usuários.

A livre iniciativa, na perspectiva estudada, possui dois viesés, pode ser considerada um valor ou regra de otimização, também conhecida como princípio. Neste caso, trata-se de um verdadeiro objetivo com a finalidade de estabelecer uma sociedade de participação, em que é possibilitada a inserção ou desvinculação daqueles que tenham por objetivo a interferência no domínio econômico. Diferentemente, “enquanto princípio, a livre iniciativa adquire um caráter normativo, consubstanciando-se numa norma de elevada abstração que visa exatamente resguardar o valor livre iniciativa” (ROCHA, 2009, p. 4279).

Como já relatado a livre iniciativa está consagrado de forma expressa no texto Constitucional, em seu artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Acrescenta ainda o mencionado artigo, em seu parágrafo único, que fica resguardado “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1988, p. 60).

Tal artigo preleciona os princípios gerais da ordem econômica, como por exemplo, a a liberdade de iniciativa do setor privado, mas também estabelecendo seus limites contidos no texto Constitucional, primando sempre pela preservação e proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Nesta direção, é que se entende que a livre iniciativa estabelece condições de perspectivas negativa e positiva no âmbito Estatal, sendo as primeiras, aquelas que revelam a proibição da interferência do Estado nas questões econômicas, como forma de resguardar o espaço privado e, quanto a perspectiva positiva, revela a necessidade do Estado formentar a iniciativa privada, com incentivo “à economia e ao desenvolvimento privado” (ROCHA, 2009, p. 4280-4281).

Por conseguinte, analisa-se que, tal como o julgado mencionado processo nº. 0011100-77.2002.4.03.6105 e fazendo conexão ao que se mencionou a respeito da dignidade, observa-se que, deve o Julgador diante de um caso concreto, mesmo

avaliando os aspectos da empresa de saúde, pautar sua decisão com base no respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo Tinti Herbella e Cláudio José Palma Sanchez (2013, p.7), não há uma única corrente de pensamento, para definir o que vem a ser Neoconstitucionalismo, mas sim várias ideias, com o propósito de apontar uma nova formação da cultura jurídica, abarcando várias ramificações do direito. Tal panorama emergiu após a Segunda Guerra Mundial, mudando toda a visão do âmbito jurídico, de forma radical na análise da interpretação do Poder Judiciário.

Dessa forma, é importante salientar que a Constituição deixou de ser apenas uma mera carta política, se tornando, ao longo dos anos, um documento com diretrizes a serem cumpridas, ou seja, deixou de ser um documento apenas com escopo promissor e tornou-se mais comprometido com os valores e objetivos do seu povo. Neste sentido, passou a ter caráter normativo, muda-se o paradigma completamente, consolidando uma participação mais efetiva da sociedade, no que tange ao controle dos atos incompatíveis ou em falta de assonância com o texto legal (LIMA, 2016, p. 15).

A partir do pensamento anterior, percebe-se que, essa guinada da Constituição contribuiu para o estabelecimento de promessas a serem cumpridas no Estado Democrático de Direito, ou seja, não bastava estabelecer normas, sem que as mesmas estivessem revestidas de aplicabilidade e eficácia para o seu destinatário imediato, o povo. Esse pensamento pode ser explicitado através das palavras de Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Jackson Tavares da Silva de Medeiros (2013, p. 4) ao descreverem que:

Essa evolução do constitucionalismo, chegando ao neoconstitucionalismo, reflete a necessidade de se garantir e efetivar direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento é que se reconstrói a atuação do Poder Judiciário, que

ganha rótulo de protagonista em razão da suma importância que tem de guardar a Constituição e efetivar a vontade desta, bem como ser colaborador da realização da democracia. Transmuta-se de um Estado legislativo de direito para um Estado Constitucional de direito.

Logo, essa mudança de paradigma do Poder Judiciário, demonstra a necessidade de que o mesmo, atento aos anseios da sociedade, tivesse por escopo a efetivação de políticas públicas para resguardar os direitos fundamentais, a exemplo da saúde. Acrescenta-se ainda que, esse processo foi relevante para o desenvolvimento da democracia, por colocar à disposição dos cidadãos, instrumentos capazes de contribuir para efetivação dos direitos e garantir condições mínimas de acesso aos bens, em igualdade de condições, por parte desses.

Dessa premissa, extrai-se a ruptura com o modo de tradicional de enxergar a Constituição, tornando-a a partir desse contexto, uma Carta de suma relevância para nortear as ações no Estado Democrático de Direito, destacando sobretudo, o exercício de interpretar as demais normas, tendo sempre como norte a referida Carta, de modo que todas as decisões e objetivos do aparato Estatal, passando a ter correlação com o texto normativo, sob pena de torná-la esvaziada do seu sentido axiológico (NELSON; MEDEIROS, 2013, p. 5).

Esse pensamento estabelecido anteriormente, colabora com o que se desenvolve a respeito do Neoconstitucionalismo, pois segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 84) o Neoconstitucionalismo se destaca em dois grupos, quais sejam: “por simplicidade: um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne elementos materiais”. Assim, tais características podem ser descritas da seguinte forma:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição (BARCELLOS, 2005, p. 84).

Neste ínterim, tais premissas são herdadas de toda uma construção histórica, tornando a Constituição um documento político, mas, também, democrático. Ou seja, seu desafio, é romper com a distinção entre o que se estabelece na teoria e se

efetiva na prática, inserindo a doutrina Constitucional nos diferentes debates postos pela sociedade, mas, também, buscar a participação social nesses debates, contribuindo para o estabelecimento de uma prática jurídica com viés Constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 84-85). Ademais, relativo à característica material do Neoconstitucionalismo, acrescenta-se que:

[...] ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 85).

A autora afirma que essa segunda característica diz respeito a questão de conflitos, onde “no direito constitucional contemporâneo, tanto sob a perspectiva da teoria jurídica, como da experiência observada nos juízos e tribunais, é possível falar de conflitos específicos e de um conflito geral” (BARCELLOS, 2005, p. 86).

Nesse sentido, torna-se evidente que, a partir de uma lente que visualize os direitos fundamentais como pano de fundo, as normas têm a finalidade de contribuir, apesar dos conflitos, para o estabelecimento de uma vida digna para cada um dos cidadãos, diante das mazelas acumuladas, ao longo dos anos, pelo acirramento da desigualdade de acesso aos bens básicos, como a saúde, educação e moradia.

Sendo assim, conforme Humberto Ávila (2009, p. 3): “O fundamento normativo do “neoconstitucionalismo” estaria na instituição, exclusiva ou preferencial, dos princípios nas Constituições do pós-guerra, de que seria exemplo a Constituição Brasileira de 1988”.

Essa visão de Ávila pode ainda ser complementada pelas palavras de André Puccinelli Júnior (2015, p. 65), para quem: “O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Democrático e Social de Direito”. Neste desiderado, o mesmo contribui para o estabelecimento “da justiça distributiva” e cria condições para “a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais” e como resultado dessa atividade, tem-se a “vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas”.

Conseqüentemente, todo o Ordenamento Jurídico, deve favorecer a eficácia dos direitos fundamentais, sob o temor das normas servirem de entraves para o estabelecimento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o que seria totalmente contrário ao ideal dessa corrente de pensamento. Cabe ainda destacar que:

Traço marcante do neoconstitucionalismo é, portanto, a substituição do Estado Legislativo pelo Estado Constitucional de Direito, que aloca a Constituição no centro do sistema jurídico e confere roupagem axiológica às suas normas com a incorporação de valores como a justiça social e a moralidade pública. Do ponto de vista material, a hierarquia entre as normas constitucionais e ordinárias já não é apenas formal, mas axiológica ou valorativa (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p. 65-66).

Nesse aspecto, de acordo com essa visão, todos os preceitos constitucionais possuem observância obrigatória, competindo ao Estado, assim como os seus representantes, o fiel cumprimento dos deveres estabelecidos, descrevendo, inclusive, penalidades para os casos de inobservância.

Dentro desse mesmo contexto, revela-se importante as palavras de Aloísio Alencar Bolwerk e Francisco Atanagildo Melo Silva (2012, p. 44), ao expressarem, na mesma linha dos autores acima, que o neoconstitucionalismo, busca efetivar a participação do povo, ao que denominaram de “liberdade democrática”.

Assim, apesar de não se referir exatamente a temática principal da pesquisa, mas que contribui para a sua reflexão, o ordenamento jurídico deve pautar as suas normas, com base nos princípios que restabeleçam a ordem e resguardem a integridade e o respeito ao ser humano, em suas diferentes concepções, tal como o autor buscou destacar com o rompimento dos regimentos totalitários, outrora estabelecido na sociedade.

Evidencia-se ainda que, com esse rompimento e estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, busca-se garantir o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fruto de embates sociais e mecanismo de proteção da vida, em suas diferentes esferas, o que é extraído a partir do pensamento de Isan Almeida Lima (2016, p. 18).

Observa-se que, toda essa modificação na forma de pensamento, evidenciou as transformações, descritas pela autora abaixo, dando uma nova forma de enxergar a

Constituição, a partir de um viés interpretativo que buscasse contemplar o ser humano, destinatário principal, conforme salientado anteriormente. Nesse caso, Bárbara Dayana Brasil (2007, p. 229) observa “o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional”.

Quanto à importância de se observar os princípios, a autora revela que a medida que o Legislador inseriu os princípios no sistema jurídico, buscou ressaltar a necessidade de que os mesmos estivessem dotados de uma verdadeira efetividade (BRASIL, 2007, p. 230).

Toda essa força normativa da Constituição, estabelecida pelo Neoconstitucionalismo, inaugurou uma nova fase de interpretação das normas, tendo por foco ampliar o acesso de modo democrático a todos os bens, necessários a sobrevivência, por parte do ser humano.

A ideia trazida por Brasil, ainda pode ser complementada por Maurício Moreira Toledo e João Manoel dos Santos Reigota (2011, p. 6-7) ao descreverem que o Neoconstitucionalismo estabelece uma nova vertente de pensamento para os direitos fundamentais, atribuindo mecanismos e diretrizes para a sua eficácia, competindo aos poderes públicos, bem como aos particulares o fiel cumprimento das normas, que tenham por finalidade garantir os direitos básicos.

Sobre o Neoconstitucionalismo, cabem, ainda, as palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p. 15), para quem essa corrente trouxe algumas mudanças de paradigmas, tais como:

[...] (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Diferentemente das Constituições meramente positivistas, a Constituição compromissória, tem a finalidade de ressaltar os valores conquistados e contribuir para o estabelecimento dos princípios. Ocorre que, apesar de devidamente

estabelecidos não há um encerramento da atividade legislativa e jurisdicional, pois se faz necessário, para a sua verdadeira aplicabilidade estabelecer um método ou técnicas que contribuam para o seu desenvolvimento e aprimoramento de diálogos plurais e o estabelecimento “do princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para essas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias de argumentação jurídica”. Esse discurso ainda buscava inserir na sua pauta, questões deixadas à margem pelo positivismo, principalmente aquelas que tinham como discussão a moral (SARMENTO, 2009, p. 272-273).

A citação anterior acaba por desvelar que, existe colisão entre princípios, o que se estabelece como possível solução a técnica da ponderação. Entretanto, deve-se observar que, tais fatos ocasionaram o que se pode denominar de ativismo judicial, aumentando por consequência a importância política do Poder Judiciário, dando aos juízes o poder das decisões em questões aclamadas pela sociedade, afastando o positivismo clássico.

De forma um tanto quanto radical, essa ruptura com o positivismo clássico, mencionada anteriormente, acaba por tornar esclarecedora a importância que o positivismo teve durante vários anos, para que então, com as posteriores reflexões, torna-se necessário modificar o pensamento de que o Juiz era um “mero aplicador da norma”, antes, porém, foi salutar a necessidade de remover todo um pensamento arraigado, o que se pensaria muitas vezes ser imutável. Este novo paradigma, que passou a conferir maiores poderes ao juiz em face dos jurisdicionados, permitiu que se colocasse em diálogo todo o ordenamento, sendo que a Lei passou a ser apenas uma das fontes, mas sem ser considerada a única.

Da constatação anterior, de que junto à Lei, os princípios passaram a ser tornar fonte do direito, demonstrando a importância do seu status, foi sendo estabelecida a nova ordem Constitucional, na qual foi se delineando a importância dos princípios. É justamente com esta visão que, Antonio Cavalcanti Maia (2009, p. 8), apresenta a sua tese de que nas últimas décadas, em razão da Constituição Federal de 1988, nos pautamos em uma nova ótica Constitucional, numa matriz principiológica.

Assim sendo, fazendo uma correlação do ordenamento jurídico brasileiro em detrimento ao ordenamento jurídico europeu, resta evidente para o autor que, relativo ao sistema europeu, há uma sintonia entre a Constituição e as demais normas, de modo que se preza pelo respeito aos “direitos fundamentais”, o que deixa claro ser “um sistema de garantias jurisdicionais, e um quadro de separação de poderes horizontal e vertical” (MADURO 2006, p. 27).

Guardadas as suas proporções, o pensamento de Maduro revela que o ordenamento brasileiro, tem trilhado o mesmo caminho do europeu, isto pode ser confirmado pelo fato de que do mesmo modo em que o europeu, o brasileiro, é pautado na Constitucionalização, ou seja, em conceitos de Direito Constitucional. Conseqüentemente é possível afirmar, com base na premissa anterior, a existência de uma correlação entre os dois ordenamentos, tendo em vista que o que está acontecendo com o sistema jurídico brasileiro é como o sistema português, justamente a excessiva judicialização da política.

Neste sentido, segundo Samuel Meira Brasil Jr (2010, p. 110):

Na moderna teoria constitucional, uma Constituição é formada por princípios, que são normas com alto grau de generalização (vagueza e ambigüidade), cuja aplicação funda-se na seleção do peso dos valores enunciados e que podem ser realizados em graus. Se a Constituição encontra-se desse modo estruturada, então podemos compreender a Constituição como mensagem e os princípios constitucionais como informação. Desse modo, o acoplamento estrutural busca afastar a irritação (gerada pela ambigüidade) com operações internas ao sistema, mas observando a observação da comunicação do outro sistema, tratando tanto a mensagem (Constituição) quanto a informação (princípios constitucionais), compreendendo, ainda, a diferença que existe entre elas.

Assim, é da própria Constituição, tal como enuncia o autor que se extrai a questão dos princípios, sendo que a mesma é considerada enquanto mensagem e já a informação é extraída dos princípios, ou seja, esses últimos estão acoplados no sistema maior que é, justamente, a Constituição.

Segundo Robert Alexy (2014, p. 5-6) os “princípios são comandos de otimização”. E complementa o autor ao afirmar que “a natureza dos princípios como comandos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da proporcionalidade”.

Desta forma, apesar da existência dentro do mesmo sistema de Normas e Princípios, José Afonso da Silva (2014, p. 93) diferencia-os, destacando que:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.

Refletindo sobre as compreensões trazidas por José Afonso da Silva, é possível entender que, enquanto as normas possuem preceitos para instruir a ação seja através de um fazer ou não fazer, os princípios, por sua vez, contribuem para a elucidação dessas normas e é, justamente, essa conexão que torna o sistema mais harmônico, de modo a se compreender e interpretar a norma.

Por sua vez, segundo Sarmiento (2009, p. 274), em detrimento a essa força normativa dos princípios, com essa carga axiológica, como “dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral”. É evidente que o debate as questões afins a saúde, acabam por entrar nessa celeuma de discussão, ainda que não seja o objeto principal desse trabalho, mas que acaba por contribuir sobre a necessidade do operador do direito analisar pelo viés moral questões que dizem respeito a efetivação de direitos sociais. Contribuindo para essa questão, Lenio Luiz Streck (2013, p. 18) a luz desse novo constitucionalismo, destaca que, entre as suas características, inclui-se a necessidade de que o direito não permaneça alheio ou desconexo das questões sociais, mas que juntamente com outras ciências, consiga compreender os problemas da sociedade a que está inserido.

Neste ínterim, podemos observar que o Neoconstitucionalismo trouxe a preocupação do Direito de não estar indiferente às injustiças sociais, agravadas na modernidade, o que sustenta esse Estado Democrático de Direito, tal como Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 67-68) demonstram que:

Ao longo do século XX a norma constitucional recebeu status de norma jurídica, deixando de ser vista como um mero documento político. A Constituição passa a ter um caráter vinculativo e obrigatório pelo

reconhecimento de sua força normativa e a inobservância de seu cumprimento gera o direito de recorrer aos meios coercitivos para promover o seu cumprimento forçado.

É evidente que, inobstante a existência de toda uma diretriz, as normas necessitam da interpretação à luz desse Constitucionalismo, cujo objetivo é buscar no entendimento do texto, o verdadeiro intuito do legislador, alinhando-se aos interesses da coletividade.

Em suma, essa interpretação e conseqüentemente ativismo judicial, dá ao interprete a oportunidade de buscar, cada vez mais, nos casos difíceis, uma solução justa, sendo influenciado pelos princípios e dando força aos valores constitucionais previstos, o que nas palavras de Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 69): “O ativismo surge para dar efetividade às demandas sócias e promover o equilíbrio entre o poder público e a sociedade, extraindo do texto constitucional a sua máxima essência para que seja proporcionado o bem maior para a sociedade”.

Assim sendo, o ativismo judicial, na visão de Pereira e Nelson, ocorre quando há sobreposição do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, quais sejam: o Legislativo e Executivo, sendo que esse último no embate com o Judiciário, resta “vencido” e por consequência, a sociedade, enquanto destinatária dos direitos sociais, fica com o aspecto positivo desse embate, na medida em que os direitos tornam-se efetivos (PEREIRA; NELSON, 2012, p. 70).

Em consideração ao mencionado acima, a questão que se coloca em debate, é a relativização da Teoria da “Separação dos Poderes” diante dessa nova postura do Judiciário, em vista do seu atual contexto, que através do seu posicionamento tem suprimido parcela de atribuições de alguns poderes.

1.3 CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E A QUESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA

Antes de ser abordada a questão do Constitucionalismo Dirigente, faz-se necessário conceituar o que vem a ser saúde, para, posteriormente, estabelecer a sua relação com o Constitucionalismo. Dessa forma, nas palavras de Euclides Benedito de Oliveira (2001, p. 37): “Entende-se por saúde da pessoa não apenas o equilíbrio somato-psíquico, definido pelos romanos sob o aforisma *mens sana in corpore sano*. Também não se trata simplesmente de ausência de doença”.

O conceito do que se entende por saúde, também é apresentado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) visto que, de modo “mais abrangente, preciso e objetivo”, observa-se em “sua constituição, datada de 26 de julho de 1946, em seu preâmbulo” que saúde é considerada enquanto “estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” (OLIVEIRA, 2001, p. 37).

Nesse sentido, o conceito de saúde da pessoa, é muito mais abrangente, não sendo considerado tão somente como falta de doença, e sim um bem estar, seja ele físico psíquico e também social.

Complementa o autor ao afirmar que: “Conseqüência natural do mais relevante dos direitos humanos, que é o direito à vida, situa-se em plano de igual importância o direito à saúde, nos seus aspectos individual e social” e no caso brasileiro, a questão da saúde, foi incluída no rol dos direitos sociais, especificadamente, no art. 6º da CF (OLIVEIRA, 2001, p. 40).

Desse modo, o legislador inovou garantindo o direito a saúde como direito social de forma expressa no texto constitucional, consagrando desta forma a preservação de uma vida digna. Logo, “A expressa referência da Constituição de 1988 à saúde como direito social do trabalhador constitui necessário reflexo da proteção à vida das pessoas, no sentido de sua preservação para uma existência digna” (OLIVEIRA, 2001, p. 41).

É evidente a importância que o legislador procurou demonstrar no que se refere a questão da saúde, assim como outros direitos constitucionalmente garantidos, a tal ponto que destina um artigo específico para tratar do tema. Neste caso, através das palavras de Oliveira (2001, p. 46) no que tange as normas constitucionais e infraconstitucionais a respeito da saúde, é possível compreender que:

A extensa e firme normatização constitucional e infraconstitucional sobre o direito à saúde, sua proteção e garantias, exige efetiva implementação com instrumentos hábeis ao alcance dos seus fins. Não se cuida de regras de mera intenção ou de normas programáticas, que a nada levariam no plano concreto de atendimento aos carentes. A doença, quando não prevenida a contento, exige pronto remédio. E o Estado vê-se obrigado a essa prestação em garantia e salvaguarda do direito violado.

O Estado ao longo dos anos foi modificando o seu papel na atuação junto ao mercado e a sociedade. Dessa forma, se antes o seu papel se limitava a apenas acompanhar a atuação do mercado, o desenvolvimento socioeconômico, passa a ser determinante para uma atuação mais eficaz, no sentido de cuidar das relações básicas estabelecidas principalmente entre o mercado e a sociedade. Ao passo que, o Estado passou a estabelecer, através das normas, em especial a Constituição Federal, os direitos básicos do cidadão, passam a ser encarados não como “meras” normas, mas como alvos a serem atingidos, o que já reflete uma ideia preliminar de Constitucionalismo Dirigente.

Sobre essa mudança de paradigma do Estado, vale mencionar as palavras de Susete Barboza França (1998, p. 91) que no início da década de 30, o Estado, mantinha uma postura de gerir as demandas de interesse coletivo, visando estabelecer o controle das “endemias que tolham o desenvolvimento da economia agroexportadora”. Contudo, “a partir do final dos anos 30, o Estado passa a intervir de forma crescente na economia e a assumir um novo papel na área social, na procura de legitimidade e hegemonia”. Todavia, somente na década de 50 que se observa o começo do “aprofundamento do modelo de desenvolvimento capitalista adotado, e a ação estatal se direciona no sentido da modernização da estrutura produtiva do país”. Restando evidente que, para isso, foi necessário o Estado se adaptar a este novo modelo econômico.

Posteriormente ao período ditatorial, após 24 anos, em opção ao regime democrático, o Brasil, tendo como marco a CF de 1988, volta a adotá-lo, em uma

nova perspectiva, justamente, buscando romper com as bases do autoritarismo. Sobre essa questão, Luengo (2008, p. 74), destaca que essa nova Carta, intitulada de Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, inaugurando juntamente com ela, um processo político diferenciado “ampliando as liberdades civis e os direitos e garantias fundamentais e com isto instituindo um verdadeiro Estado Social”.

Assim sendo, a Constituição da República não pode mais ser considerada como uma “mera carta”, sendo necessário o cumprimento dos ditames por ela estabelecidos, tal como o direito à saúde. É de suma importância à análise a questão da saúde tanto pública quanto privada, pois o Estado tem o dever de resguardar, conforme previsto no art. 196 da CF. Diante disso, conforme Isabela Rebouças Maia e Frederico Magalhães Costa (2013, p. 3) com o advento da CF de 1988, nasce com ele a proposta de um Novo modelo Constitucional, traçando “metas, com juridicidade e força vinculante, que deveriam ser cumpridas pelo Estado”, destacando a importância singular dos princípios.

Pois bem, conforme descrevem os autores, esses princípios, servem como norteadores para as metas a serem atingidas, na medida em que favorecem o desenvolvimento do caráter vinculante das normas, rompendo com a característica de “mera positivação legal”. Neste caso, a Constituição, enquanto documento de um Constitucionalismo Dirigente, tem por escopo ou atribuição contribuir para as mudanças sociais, na medida em que se confere “força jurídica para a alteração da sociedade” (SCHOLZE, 2014, p. 2).

Decerto que, toda essa forma de atribuir valor e eficácia aos direitos fundamentais, pelo viés do Constitucionalismo Dirigente, tem um objetivo maior que é, justamente, contribuir para uma mudança social, desempenhando, inclusive, a capacidade emancipatória da sociedade, no sentido democrático, na oportunidade em que seus direitos são reconhecidos e que essa passa a requerer dos Poderes instituídos ações positivas em favor dos cidadãos. Ademais, essa proposta revela-se adequada diante do atual estágio vivenciado pela sociedade. Dessa forma, as normas que buscam resguardar os direitos fundamentais, estão estabelecidas para que sejam, efetivamente, cumpridas e, em caso de descumprimento por letargia “enseja a inconstitucionalidade por omissão” (SCHOLZE, 2014, p. 2).

Ainda sobre o Constitucionalismo Dirigente, André Puccinelli Júnior (2015, p. 52-53) acrescenta que esse, “está ligado a movimentos voltados à limitação jurídica do poder e à preservação de direitos fundamentais”, se distinguindo em: “[...] três ordens de limitações ao poder político preconizadas pelo constitucionalismo: materiais, orgânicas e processuais”. Sendo assim, extrai-se que a característica material liga-se “aos valores e direitos fundamentais que tornam factível e possível o convívio social, dentre os quais se destaca o respeito à dignidade da pessoa humana”. Por sua vez, “organicamente reclama-se que as funções de legislar, administrar e julgar sejam exercidas por órgãos distintos e independentes, em um sistema de freios e contrapesos, de modo a um controlar a atividade do outro”. E por fim, “as limitações processuais, por seu turno, condicionam a validade das decisões estatais à observância de um rito específico, previamente estabelecido”. Neste caso, essas últimas, asseguram a tomada de decisão tendo a participação de todos os cidadãos, ao atribuírem possibilidade de discurso.

Essa divisão é importante, pois descreve os mecanismos que devem ser observados pelo Estado, quando busca efetivar os direitos fundamentais, inclusive delimitando o espaço de atuação de cada um dos Poderes, sob o temor de ultrapassar os limites estabelecidos e, neste caso, estabelecer conflito de suas competências, uma das críticas observadas no que se refere ao Ativismo Judicial.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 52), ainda destaca que a Constituição passou a ocupar um espaço de destaque, demonstrando um documento de relevo para as sociedades contemporâneas, com as seguintes “dimensões”:

- (1) ordenação jurídico política plasmada num documento escrito;
- (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia;
- (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Diante disso, o que se coloca em destaque é o fato de analisar o conceito histórico da Constituição, para a partir desse, estabelecer uma interpretação de acordo com a necessidades do momento em que a Constituição está em vigor. Nesse caso, segundo Canotilho (2003, p. 53):

Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político social. Este conceito utilizado sobretudo por historiadores serve também

para nos pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroactivas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoravam instituições, regras, princípios e categorias jurídico políticas radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política.

Nessa mesma linha, a partir da sua inserção no Ordenamento, torna-se notório que ela busca romper com uma forma já estabelecida de pensamento, apresentando novos objetivos e ditames para alcançar a efetividade prática da norma e, dessa forma, almeja estabelecer limites para a atividade política, assim como resguardar as individualidades e “liberdades do indivíduo”, o que se compreende como “sentido moderno da Constituição” pela caracterização “de modelos teóricos - o modelo historicista, o modelo individualista e o modelo estadualista”. Que por sua vez, serve como instrumentos “capazes de explicar o desenvolvimento da ideia constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 54-55).

De igual modo, toda a construção do Constitucionalismo Dirigente, reflete a necessidade de reconhecer que as formas de poder estabelecidas pelo Estado não podem ser ilimitadas, mas devem existir freios e, especialmente, devem ser respeitadas as garantias e liberdades do indivíduos, já mencionadas. Complementando essa ideia, João Fernando Vieira da Silva (2006, p. 3): “[...] traz para o centro do debate jurídico a política. Com isto, cria um agradável nexos entre Direito, Moral e Política, suplantando defeitos do positivismo de outrora”. Ademais, Sueli Gandolfi Dallari (2009, p. 27) avaliando a edificação do direito a saúde, neste modelo de Constitucionalismo Dirigente, desvela que apesar do direito à saúde, com todo o seu histórico de conquista, descrito na Constituição, faz-se necessário “o controle popular das políticas públicas” mas a sua concretização, tem sido efetivada com “muita lentidão pelo Poder Judiciário”. E neste caso, a autora apresenta possíveis justificativas para explicar a questão, quais sejam: “a dificuldade de compreender a amplitude do direito à saúde é devida tanto aos fatores culturais quanto, sobretudo, à inexperiência dos operadores do direito no tratamento jurídico das políticas públicas”.

O pensamento acima contribui para exata dimensão em que as questões atinentes aos direitos sociais podem desencadear, com destaque para o fato de que torna-se necessário munir os operadores do direito para lidar com essas demandas, pois são

eles que na maioria dos casos, tem a finalidade de transmitir as inquietações da sociedade, em busca do direito à saúde.

Consubstanciando a questão do Constitucionalismo, José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 11) salienta a importância de entender justamente “o que deve (e pode) uma constituição ordenar nos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”.

Tal questionamento revela-se importante na medida em que traz uma reflexão sobre as diretrizes estabelecidas na Constituição, pois são estes pontos que tem a finalidade de direcionar os Administradores, assim como os demais representantes da sociedade no desenvolvimento de políticas públicas.

Adiciona-se a esse pensamento, o fato de que a respeito da Constituição Dirigente, o problema é “concretização constitucional. Mais rigorosamente: a realização constitucional é um problema de normação ou regulação e um problema de aplicação – interpretação que se deve captar através de uma ajustada medida constitucional” (CANOTILHO, 1994, p. 59).

De acordo com Nelson Camatta Moreira (2008, p. 1), “o ideal de um Constitucionalismo Dirigente consiste numa construção interpretativa, que teve como base normativa o texto da Constituição portuguesa de 1976, elaborada por Canotilho”. Nesse caso,

A partir de um viés hermenêutico-filosófico, a Constituição pode ser entendida como um conjunto de valores compartilhados por determinada comunidade política, cabendo ao intérprete revelar à sociedade o seu existir comunitário. E esse processo de revelação não se faz possível, no campo jurídico, principalmente, quando não há a devida adaptação de teorias importadas desde modelo centrais (MOREIRA, 2008, p. 2).

Por sua vez, estabelecendo um diálogo entre os autores, acrescenta-se que, a dualidade na reflexão da Constituição, tendo em vista que: “Uma irreduzível dualidade parece marcar as discussões em torno da constituição: a ideia de sociedade civil e liberdade dos homens, assente no mercado; a ideia de sociedade e igualdade, assente no Estado”, cujo o intuito é colocar os cidadãos no debate, com o propósito de contribuir para a alteração da “realidade” (CANOTILHO, 1994, p. 70).

Assim, segundo Canotilho (1994, p. 71) “[...] a constituição tem sempre como tarefa a realidade. O justificar constitucionalmente esta tarefa ou abandoná-la à política é, porém, um jogo”. Por sua vez, Luís Roberto Barroso (1998, p. 12-13) salienta que a Carta Magna estabeleceu de modo veemente o papel do Poder Judiciário e, neste caso, o STF passou a ocupar um papel de notoriedade, assim como se mostra como novidade neste espaço, o Superior Tribunal de Justiça, “novo órgão criado”, com a competência de “uniformização” das decisões judiciais quanto a matéria “infraconstitucional federal, mediante apreciação do recurso denominado especial”. Com isso, surge também a competência do STF de zelar pelos preceitos Constitucionais.

Nesse cenário, o papel desempenhado pelo STF, na área de efetivação e interpretação do direito a saúde apresenta-se de suma relevância, pois consegue identificar os ditames estabelecidos pela Constituição e, acima desta questão, tratar de modo peculiar os Direitos Fundamentais Sociais, conforme buscou o legislador resguardar, o que descreve o modo como deve ser encarado a questão do Constitucionalismo Dirigente.

Em assonância com a questão acima, revelam-se mais uma vez adequadas às palavras de Canotilho (1994, p. 176) a respeito da concretização da Constituição Dirigente

deve problematizar-se tendo em conta a ordenação de competência e o sistema constitucional de responsabilidade e de controle. Deduz-se que os problemas do cumprimento de imposições constitucionais são, em larga medida, problemas jurídico-dogmáticos, a analisar em face do esquema de competências concretamente fixado numa constituição positiva.

A Constituição Dirigente, segundo o autor “se executa através de leis e que a legiferação é, em princípio, uma competência do parlamento. Daqui resultaria a legitimação do parlamento para tomada de decisões concretizadoras, sobre ele incidindo também a respectiva responsabilidade” (CANOTILHO, 1994, p. 177).

É evidente que, a Constituição, tal como descrita no pensamento anterior, requer de cada um dos representantes do povo, o esforço no sentido de atribuir valor prático aos direitos garantidos, pois de outro modo trata-se apenas de norma sem reconhecimento. “Disso se extrai a importância que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento dos

direitos e que pretende contribuir com a concretização dos direitos fundamentais” (STRECK 2002, p. 75).

Dito dessa forma, a inserção de políticas públicas no contexto atual brasileiro, é uma forma de reconhecer a preocupação em tornar a norma viva e sua concretização na prática, mas que não pode ser concebida como única alternativa, em vista da necessidade do diálogo entre os poderes com finalidade de compreender a verdadeira intenção da carta, a partir da sua elaboração e, contextualizando, com o atual momento.

1.4 O ESTADO COMO REGULADOR DA SAÚDE

Se por um lado o Estado muda o seu paradigma, por outro, torna-se evidente a inserção do capital privado nas suas relações com a sociedade, toda essa alteração influenciou e influencia diretamente na relação público e privado, relacionada às questões de saúde. Nesse caso, de acordo com Giandomenico Majone (1999, p. 8) com o crescimento do Estado regulador, “o novo modelo, que começou a surgir no fim dos anos 70, inclui a privatização, a liberalização, a reforma dos esquemas de bem-estar e também a desregulação”. O autor ainda observa que, juntamente, com a descentralização advêm “a desregulação”.

Nesse caso, diante dessa característica acima, fica demonstrada a importância do Estado, diante do papel que lhe cabe, regular a questão da saúde. Em assonância com esse pensamento, Paulo Todescan Lessa Mattos (2006, p. 1) descreve que: “A existência de um modelo de Estado regulador não constitui uma novidade no Brasil, apesar de muitos preferirem qualificá-lo de Estado planejador ou Estado desenvolvimentista”.

A abertura do interesse privado não ocorreu de modo aleatório, mas pelo contrário, foi fruto das mudanças ocorridas posteriores a criação do SUS e as conseqüentes mudanças econômicas, sintetizando esse fato, Carlos Henrique Assunção Paiva e Luiz Antonio Teixeira (2014, p. 25-26) destacam que em razão da implementação do

“SUS e da Lei Orgânica de Saúde (1990)” sendo fatores determinantes para as transformações que “viriam a ocorrer”. Ocorre que, em decorrência da crise instalada “no governo Sarney” esvaiu-se a possibilidade ou a esperança de implementação de um sistema de saúde eficaz, diante dos interesses das empresas detentoras do capital, evidenciando ainda as dificuldades de alteração do sistema, considerando ainda, as dificuldades pela dessemelhanças históricas do país.

Nota-se que, esse interesse no segmento saúde, advém da importância que gira em torno do bem em discussão, pois de acordo com Jairnilson Paim (2012, p. 11), a saúde passou a ser exergada e encarada de modo diferenciado, sendo o foco das atenções “de muita pessoas, governos, empresas e comunidades”. Muito embora a saúde possa ser considerada “um estado da vida, isto é, a um modo de levar a vida”. E neste caso, pela forma em que é considerada, compõe, também, um “setor da economia onde se produzem bens e serviços”.

No caso brasileiro, o serviço de saúde se desenvolve de duas formas, através da iniciativa privada, como nos casos das operadoras de planos de saúde e, também, através do Sistema Único de Saúde - SUS. Neste caso, é inegável a importância desse sistema para a efetivação do direito fundamental à saúde, pois apesar dos entraves, sejam pelos escassos recursos ou pela má administração desses recursos. Ocorre que, o desenvolvimento desse sistema público, vem sendo gradual, pois desde a sua fase inicial, tem-se percebido uma evolução significativa. Jairnilson Paim (2012, p. 13) analisando o Sistema de Saúde e o seu principal órgão destaca que embora trata-se de uma sigla conhecida, a sua simples leitura, não conduz, necessariamente, ao entendimento dos serviços desenvolvidos por esse. Ademais, a “palavra único”, recorda-se a ideia de “filho único”. Quanto a nomenclatura “sistema não é tão familiar, podendo abranger coisas distintas, como o sistema solar, o sistema nervoso ou o sistema de freios de um veículo”.

Analisando o contexto das políticas de saúde, Paim revela que as medidas adotadas favoreceram ou contribuíram para o desenvolvimento da iniciativa privada, pois essa dita “estimulação” citada pelo autor foi desencadeada pela fragilização do sistema, sendo que, atualmente, esse sistema tem sido fomentado pela contribuição de trabalhadores. Neste caso, “Historicamente, as políticas de saúde estimularam o setor privado no Brasil e promoveram a privatização da atenção à saúde”. Assim

sendo, seja pela criação de consultórios médicos, dentre outros, ou “ainda mediante incentivos às empresas de planos e seguros de saúde” (PAIM *et al*, 2011, p. 5-6).

Por sua vez, Carlos Henrique Assunção Paiva e Luiz Antonio Teixeira (2014, p. 26) observa que:

Se o contexto de crise econômica e democratização nos anos 1980 havia contribuído para o debate político da saúde no período de consolidação dos princípios do SUS – equidade, integralidade e universalidade –, nos anos 1990 a concretização desses princípios gerou tensões contínuas em um momento em que a concepção de Estado mínimo, ditada pelo neoliberalismo em ascensão na Europa e nos EUA, propunha restringir a ação do Estado na regulação da vida social. A onda conservadora de reformas no plano político, econômico e social dos vários países repercutiria fortemente no Brasil, reforçando as tendências de adoção de políticas de abertura da economia e de ajuste estrutural, com ênfase, a partir de 1994, na estabilização da moeda; privatização de empresas estatais; adoção de reformas institucionais fortemente orientadas para a redução do tamanho e das capacidades do Estado. O SUS encontraria, nesse contexto, seu estrutural cenário de crise.

Destarte, pelas palavras de Paiva, Teixeira e Paim resta demonstrado a dificuldade de se entender o sistema apenas pela análise da sigla, pois a sua simples leitura não conduz, necessariamente, a completude do mesmo. Ou seja, trata-se na realidade de um conjunto de atividades, na área de saúde, disponíveis para a sociedade, assim como as reformas econômicas que contribuíram para as dificuldades do SUS. Ainda sobre a nomenclatura, observa-se que, com a leitura da mesma, dá-se a entender como “um conjunto de serviços, estabelecimentos, profissionais, medicamentos, equipamentos, etc”. Neste caso, também não basta simplesmente uma leitura para se compreender a amplitude dos serviços, pois ele se revela de modo bem mais amplo do que se possa imaginar (PAIM, 2012, p. 13).

Diante dessas considerações, apesar do desafio em entender o sistema, apenas pela sigla, Paim (2012, p. 13-14), de modo elucidativo, descreve como ocorre essa participação, seja das agências ou dos agentes, como forma de desenvolvimento do SUS, visto que tais agências e agentes “fazem parte de algo maior, ou seja, o sistema de saúde. Tais organizações e pessoas que integram o sistema são partes de um todo, mas cabe alertar que o todo pode ser mais que a mera soma das partes”.

Por fim, a dinâmica para um melhor desenvolvimento do SUS foi a opção pela descentralização, pois com ela tornou-se, ainda, evidente a necessidade de

estabelecer metas de modo que fossem atingidos os objetivos do sistema, com tal perspectiva, Jairnilson Paim *et al* (2011, p. 5) sintetiza que: “foram necessárias legislação complementar, novas regras e reforma administrativa em todos os níveis do governo”. Com essa legislação, surge também um novo desenho das responsabilidades em cada uma das esferas do governo, como forma de contribuir para a “atenção básica”. Em suma, quanto a essa nova perspectiva, “Desde 2006, algumas dessas normas foram substituídas pelo Pacto pela Saúde, um acordo no qual os gestores de cada nível de governo assumem compromissos mútuos sobre as metas e responsabilidades em saúde”.

Por fim, e em alinhamento a essa questão do SUS, importa destacar que, embora o mesmo tenha sido estabelecido desde a década de 90, tem se observado na contemporaneidade algumas críticas positivas e negativas quanto a esse sistema, a exemplo do estudo realizado por (MOIMAZ *et al*, 2010, p. 1419-1437) em que os autores concluíram a existência dos seguintes aspectos: avaliação positiva quanto à forma de desenvolvimento do serviço, mas insatisfatória quanto ao acolhimento, com situações pontuais de falta de humanização, com tempo demasiado tempo de espera, ausência de recursos nos diferentes aspectos.

Analisando por esse viés, no que tange o direito à saúde, o Estado é peça fundamental como meio de regular esse direito, posto que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 2), o direito a saúde foi estabelecido de forma expressa no texto Constitucional, visto que após sua consagração, e demais direitos fundamentais. Podemos constatar assim que, “antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” [...] ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência.”

Desse modo, a Constituição Federal de 1988, avançou ampliando e consagrando os direitos e garantias fundamentais. De acordo com Sueli Gandolfi Dallari (2009, p.15) em especial na área de saúde: “como parte da seguridade social (art. 194), a Constituição abraçou a concepção atual de saúde, que não se limita à ausência de doenças e outros agravos, exigindo a realização de políticas públicas que tenham como finalidade “a redução do risco de doença e de outros agravos” e o “acesso universal igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação” (art.

196). Ao pensar nessa organização da saúde, fica evidente também que, busca-se a participação cidadã como forma de efetivar tais políticas, bem como o seu alinhamento aos preceitos do “Estado Democrático de Direito, dispôs que todas as ações e serviços de saúde se realizem com a efetiva participação da comunidade (art. 198)”.

Nada obstante as considerações anteriores, todas as ações que envolvem questão de saúde demandam previsão no orçamento, pois as efetivações de políticas públicas somente se tornam eficazes através do desenvolvimento de atividades positivas que buscam minimizar as dificuldades básicas dos cidadãos, diante da dívida “social e moral” acumulada ao longo dos anos pelo Poder Público junto à sociedade. Assim, complementando essa ideia, o sistema público de saúde, “deve ser financiado pelo orçamento da seguridade social, e das respectivas esferas de governo (art. 198, § 1º)”. Desse modo, passar a compreender a saúde e consagrá-la como “direito universal” necessita de grande dinheiro público, previsto no orçamento. “Assim, em setembro de 2000, foi aprovada uma Emenda Constitucional definindo recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde” (DALLARI, 2009, p.15).

Sobrevém que, muito embora esteja devidamente estabelecido o direito à saúde, esse ainda se coloca como um desafio a ser alcançado pelo Estado brasileiro, visto que, se a Constituição é datada de 1988, ainda temos caminhado no sentido de trazer à tona, a importância estabelecida para esses direitos, compreendidos como direitos fundamentais. Sobre essa concepção, Sueli Gandolfi Dallari (2009, p. 34) salienta que existe um longo percurso a ser traçado, de forma a tornar o direito mais efetivo, mas de qualquer modo, como reconhece a autora, essa busca tem contribuído para “a implementação da política sanitária desenhada na Constituição, tanto por meio de leis quanto dos demais atos normativos, como, também, pelo ainda incipiente — mas crescente — controle judicial de sua realização”.

De acordo Mário Scheffer (2001, p.18) a questão da regulamentação possui um histórico, que por sua vez, colabora para a compreensão do desenho do aspecto da saúde, no caso brasileiro. Destarte que somente no começo dos anos 90 que foi realizada a regulamentação dos planos de saúde e vários fatores foram de grande importância para que ocorresse tal regulamentação, quais sejam: “Manifestações

públicas, legislações estaduais, resoluções de conselhos profissionais e jurisprudência acumulada nas diversas instâncias do Judiciário ajudaram a criar convicção coletiva de que era inadiável a regulação do setor”.

Complementado o ensinamento de Scheffer, Anete Maria Gama *et al* (2002, p. 6) afirmam que: “Enfim, a Lei n.º 9.656/98 foi aprovada pelo Congresso incorporando a ampliação da cobertura dos contratos de prestação de assistência médica e hospitalar, bem como os aspectos de regulamentação da situação econômico-financeira das empresas de planos e seguros de saúde”. Importa mencionar que, antes do surgimento da legislação em análise, as empresas de planos de saúde, a seu talante, praticavam as seguintes condutas: “exclusões de cobertura e negação do acesso à serviços médico-hospitalares. As operadoras tendiam a excluir de seus contratos as doenças crônicas e degenerativas, doenças infecciosas, doenças preexistentes, doenças mentais, tratamentos de alto custo”. Adicionando a essa questão, ainda estabeleciam “limitações para utilização de procedimentos e dias de internação, e de idade para acesso e permanência no plano”.

Tendo por base a aprovação da referida lei, denota-se que, fazia-se necessário a regulação por parte do Estado, de modo que o consumidor, parte vulnerável nessa relação, não permanesse sendo prejudicado nesse embate com as empresas de planos de saúde. Com tais evidências, percebe-se que: “A criação de legislação específica não só homogeneizou os contratos de planos e seguros de saúde, como ampliou a cobertura assistencial destes” (GAMA *et al*, 2002, p. 6). A notoriedade quanto a inserção da norma pode ser revelada diante dos seguintes aspectos:

[...] não foi mais permitida a exclusão de patologias, nem a limitação de números de procedimentos ou dias de internação; estão cobertos os transplantes de rim e córnea, e as doenças mentais. Em relação às condições dos indivíduos foi ampliado o acesso aos portadores de doenças e lesões preexistentes (DLP) e aos idosos. No caso dos primeiros, os clientes têm a opção de cumprir cobertura parcial temporária (CPT) pelo prazo máximo de dois anos, onde não estão cobertas as internações e os procedimentos de alta complexidade referentes a DLP, ou pagar um acréscimo na mensalidade do plano para ter cobertura imediata. Em relação a idade, a operadora não pode mais recusar o cliente em razão da idade (GAMA *et al*, 2002, p. 6).

Em termos gerais, a norma pode ser considerada como um avanço no sentido de resguardar o consumidor das arbitrariedades das grandes empresas, que possuíam

apenas a finalidade lucrativa. Neste caso, com o estabelecimento de várias regras a serem cumpridas por tais empresas, passou-se, então, a resguardar a vida, bem principal do ser humano, pois nos casos dos idosos, a recusa dos planos de saúde, em sua adesão, demonstrava verdadeira afronta a dignidade das pessoas nessa faixa etária. Assim, aduz Anete Maria Gama *et al* (2002, p. 5-6) que: “o Ministério da Saúde mobiliza atores e interesses presentes no mercado de medicamentos e na assistência médica suplementar”. Essa mobilização que aduzem os autores, surge, principalmente, com a criação das seguintes “instituições voltadas à defesa dos direitos dos consumidores de insumos e planos de saúde: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)”. Contudo, além desse significativo avanço, deve-se, ainda, considerar que ocorreu o alargamento “do segmento, impregna a legislação, propondo, inclusive, a mercantilização das interfaces dos planos e seguros de saúde com o Sistema Único de Saúde (SUS), através do ressarcimento dos serviços prestados”. E diante desse fato, a atividade pública passou a ser “mais uma “opção” para os clientes de planos e seguros a serem remunerados segundo a lógica privada”.

Observa-se que, diante dessa forma de atender a questão da saúde, o Estado, criou um sistema que catalisa a força do público e do privado, como meio de melhor desenvolver a prestação do serviço, que apesar dos entraves, tem vigorado e contribuído para o acesso da população. Nada obstante, Anete Maria Gama *et al* (2002, p. 7) descreve que:

[...] o processo de regulamentação tem como marcos iniciais: 1) a redução do conceito de saúde ao de assistência médico-hospitalar e o de boa saúde à maior quantidade e possibilidade de escolha dos prestadores de serviços; 2) a crença na necessidade de intervenção governamental para incrementar o mercado, dotando-o de mecanismos competitivos e um certo menosprezo pelas instâncias legislativas.

Por sua vez, Ligia Bahia (2001, p. 336) analisa que, com a implementação da Lei 9.656/98, ocorreu a diminuição dos abusos cometidos perante os consumidores e, diante desse fato, a autora reconhece a importância inegável que a norma possui, tendo em vista que passou a contribuir para que o Estado pudesse acompanhar de perto as questões relativa à saúde. Nota-se que, apesar da aderência de muitos autores quanto à interferência Estatal, a única questão que se coloca em voga é a “intensidade da regulamentação”. Tal regulamentação dos planos privados de saúde

fez com que garantissem os direitos dos consumidores, que constantemente são violados por essas operadoras.

Com isso, percebe-se que há uma competitividade de mercado dos planos privados de saúde. Todavia, a instituição da ANS junto à ANVISA, demonstra ser a expansão “das atribuições setoriais” com isso percebe-se que a agência contribui de sobremaneira para “a defesa dos consumidores” e, neste cenário, “a incorreta, mas legitimada, expressão saúde suplementar parece condensar as dificuldades para a formulação e implementação de políticas públicas para a regulação do mercado de planos de saúde” (BAHIA, 2001, p. 338).

Dessa forma, com o advento da ANS, é possível observar uma alteração significativa na área da fiscalização e controle da saúde, o que desvela a importância conferida a esse direito, não podendo ser gerido pelos interesses particulares sem que o Estado esteja analisando e chancelando todas as decisões que envolvam esse direito. Ademais, de acordo com Ligia Bahia (2001, p. 338-339):

De todo modo a escolha da ANS como locus regulatório da assistência médica suplementar vem sendo poupada de críticas radicais. Os conflitos em relação às normas legais gravitam em torno da intensidade e oportunidade das ações regulatórias. Deduz-se, portanto, que a regulamentação avançou mais velozmente no plano político-institucional do que na implementação das regras legais.

Em que pese todas as críticas tecidas em consideração a ANS, a sua criação apresenta um novo mecanismo de contribuição para regular o direito do cidadão de um lado, e do outro, as pessoas jurídicas de direito privado que intervêm no campo da saúde. Neste caso, a partir da sua criação em 2001, a ANS surge como forma de garantir a regulamentação das questões atinentes à saúde, em específico as questões das regras a serem inseridas no contexto da saúde, o acréscimo nas mensalidades, cuidando também da vigilância quanto aos recursos financeiros das empresas particulares, e para melhoria do serviço, passou a ter “indicadores de qualidade da assistência intermediada ou prestada diretamente pelas empresas de planos de saúde (BAHIA, 2005, p. 27).

Logo, o progresso neste campo é notório, vez que “a lei dos planos de saúde aprovada em 1998 (Lei n. 9.656/1998), dez anos após a inscrição do Sistema Único de Saúde na Constituição Federal, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar

(ANS), criada em 2000”, apesar dos entraves vivenciados na área da saúde, concebem de certo modo, um progresso no que tange “a assistência médica suplementar” (BAHIA, 2013, p. 97).

Vale ressaltar que com o advento da Lei 9.656/98 e a ANS foram pontos marcante de um verdadeiro avanço, para quem se utiliza de planos privados de saúde. Não obstante, os planos privados de saúde, tratam-se de relação de consumo “enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores, conforme dispõe o art. 3º, § 2º do CDC” (PFEIFFER, 2001, p. 41-42).

Desse modo é de suma importância a mudança de paradigma, tendo o Estado como regulador da área de saúde. Passemos a analisar o Princípio da Complementariedade e a sua relação com o privado, posto que o Estado acaba sendo complementado pelo setor privado.

1.4.1 Do princípio da complementariedade e a sua relação com o privado

Como dito anteriormente, o Estado, alterou seu paradigma passando a regular a área de saúde. Ocorre que, existem outras formas de assistência à saúde, no caso a suplementar, o que evidencia o Princípio da Complementariedade, complementando o setor público através das instituições privadas. Diante de tais evidências, muito embora a CF tenha destinado um “capítulo próprio para o tratamento da questão” demonstrando a importância com os aspectos inerentes da “saúde pública” e apesar da existência de empresas de capital privado neste espaço, cabe por parte dessas empresas, “atender a algum dos princípios constitucionais, já que são considerados também de relevância pública (art. 197, da Constituição Federal)”. Acrescentam ainda os autores que, o número de pessoas que aderiram aos planos aumentou, tendo em vista o fato de “não confiarem no serviço de saúde disponibilizado pelo Estado” (PFEIFFER, 2001, p. 39-40).

Neste interim, percebemos que os serviços de saúde oferecidos pelo Estado, acabam por gerar insatisfação aos usuários, bem como, desconfianças, o que

acarreta por consequência uma grande procura pelos planos privados de saúde, ou seja, segundo Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2001, p. 40):

[...] o art. 1º, III, da CF estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. E os direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana são, além dos dispostos em seu art. 5º, também os enumerados no art. 6º, ou seja, os direitos sociais, dentre os quais foi incluída, de forma expressa, a saúde. Assim, o art. 1º, III, da CF estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. E os direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana são, além dos dispostos em seu art. 5º, também os enumerados no art. 6º, ou seja, os direitos sociais, dentre os quais foi incluída, de forma expressa, a saúde.

Desse modo, o texto constitucional consagra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como direitos sociais, inclusive colocando a saúde nesses direitos de forma expressa. Denota-se que, a questão de muitos usuários aderirem aos planos de saúde privado, liga-se a lógica do desenvolvimento da sociedade, que através do processo de aglomeração nas áreas urbanas e diante das dificuldades do poder público em prover as questões dos direitos do cidadão, não deixou alternativa senão ampliar através do capital privado o oferecimento desses serviços para buscar efetivar tais direitos, é o que pode ser confirmado através das palavras de Ceres Albuquerque *et al* (2008, p. 2):

O mercado dos planos privados de assistência à saúde está relacionado, desde o seu início, à urbanização, à industrialização do país, à renda e ao emprego formal. Por tratar-se de um segmento não normatizado até 1998, e não regulado no âmbito da saúde até a Lei nº 9.656/98, as operadoras de planos privados atuavam no atendimento aos beneficiários a partir de critérios próprios do mercado.

E continuam os autores a afirmarem que até o ano de 2000, em âmbito nacional, pouco se conhecia sobre esse mercado de saúde suplementar. Ademais, segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 690) com relação ao direito a saúde e o sistema privado:

Ainda que constituído como sistema público, a rede privada de saúde pode igualmente integrar o SUS, por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público. Tanto a rede pública como a privada acabam por formar uma rede regional, para melhor adequação as particularidades locais, concretizando, com isso, diretrizes da própria Organização Mundial de Saúde e, observando um conjunto de princípios que regem o sistema – integralidade, igualdade e participação da comunidade.

Por tais aspectos diversos, o que aqui procurou desenvolver nesse capítulo é a explanação da questão do direito fundamental à saúde, pela sua conquista ao longo

dos anos, assim como o seu desenho enquanto setor público e privado nas questões atinentes a sua política, como forma de trazer o debate a ser enfrentado. Posteriormente, ainda como meio de atingir os objetivos propostos, será desenvolvido em capítulo específico os diversos princípios, possivelmente, afrontados quando em um caso vivenciado por cidadãos é negado o acesso à saúde, o que de certo modo, faz a correlação do primeiro capítulo, ao se questionar as lutas em questões de saúde, tendo em vista que essas, atualmente, passam a perder a sua força diante do mercado, que enfraquece em determinados casos os direitos dos cidadãos.

2 DA MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE

Michael Sandel (2012) em seu livro “O que o dinheiro não compra” retrata os problemas existentes em razão da mercantilização de tudo e de todos, posto que a todo momento vivemos incentivados pelo consumo, numa sociedade altamente voltada para o consumo.

Residimos atualmente num verdadeiro avanço na lógica do mercado, posto que nem todos os bens eram postos como objeto, mas hoje diversos direitos sociais, como educação e saúde, também estão sendo colocados a venda. Logo, Sandel (2012, p. 109-110) afirma que: existem “dois tipos de argumentos reverberam nos debates a respeito do que o dinheiro deve ou não comprar”. Destarte, a relação do mercado pode ainda contribuir para a fragmentação das relações sociais, tendo em vista a forma como os bens passam a se tornar interesse desse “comércio”.

O pensamento de Sandel se revela importante para essa pesquisa, tendo em vista que ele contribui para uma reflexão de como os bens, que na realidade são imensuráveis de um valor monetário, mas, que, através da lógica mercadológica, passam a ser interesse do mercado, sendo, então, constituídos enquanto “mercadorias”.

Importante questionamento sobre essa questão, Michael Sandel (2012, p. 112) apresenta, ao propor a seguinte indagação: “De que maneira os valores de mercado corrompem, dissolvem ou deslocam as normas alheias a ele?”. Para responder tal questionamento o autor traz o Princípio da Mercantilização de um bem, demonstrando que: “A lógica econômica habitual parte do princípio da mercantilização de um bem – botá-lo à venda – não altera seu caráter. As trocas de mercado aumentam a eficiência econômica sem modificar os bens em si mesmos”. Desse modo, podemos constatar que por tal razão que de uma maneira geral os economistas se utilizam de alguns meios para de alguma forma promover estímulos “financeiros para gerar comportamentos desejados; negociar entradas no mercado negro para espetáculos e eventos esportivos muito procurados a até missas papais; recorrer as cotas negociáveis para distribuir refugiados ou direitos de poluir ou

procriar”. Neste entendimento, percebemos que essas “trocas de mercado” contribuem para todos os envolvidos “sem prejudicar nenhuma delas – se partimos do princípio de que as relações de mercado e as atitudes que fomentam não diminuem o valor dos bens trocados” (SANDEL, 2012, p. 112-113).

Por fim, em razão desse Princípio da Mercantilização, muitas vezes ao se colocar preço em um comportamento, acaba por consequência diminuindo sua incidência. Como forma de estabelecer um diálogo entre a questão da mercantilização e o direito à saúde, Sonia Fleury e Assis Mafort Ouverney (2008, p. 17) salientam que com a implementação, criação dessa política “de saúde como política social envolve diversos aspectos políticos, sociais, econômicos, institucionais, estratégicos, ideológicos, teóricos, técnicos, culturais, dentre outros”.

Conquanto a política pública tenha essas nuances acima, fica evidente que ela em seu conjunto, tem uma extensa relação estabelecida entre diferentes grupos, ou seja, ocorre por meio de diversas Instituições, a exemplo da família, operadores da área de saúde e também, os gestores do segmento saúde. Desse modo, podemos perceber que o Estado, a sociedade e o mercado estão diretamente ligados a política de saúde. Ademais segundo os autores

O conceito mais difundido de política de saúde, e internacionalmente adotado, enfatiza seu caráter de estratégia oficial organizada em ações setoriais a serem desempenhadas de acordo com normas legalmente construídas, tendo por objetivo maior a qualidade de vida da população (FLEURY; OUVERNEY, 2008, p. 17).

Inobstante todo o sistema, mais uma vez, é imprescindível que o Estado e, também, a sociedade, estejam atentos a todas as decisões e a interferências no segmento saúde, tal como Mário Scheffer (2006, p. 317) adverte que, “o Controle Social precisa se ocupar também em combater a total inversão de valores: os recursos públicos, hoje, são majoritariamente repassados para o setor privado”. Diante de tais fatos, acaba por fomentar uma busca pelo “lucro” nestas “práticas curativas, que querem receber por serviços prestados”. Com tais evidências, apesar de utilizarem a “roupagem” de empresas prestadoras de saúde, buscam na sua individualidade, atender os interesses adstritos a questão econômica e, neste aspecto, de modo clarividente quem perde é a população, pois sai prejudicada quanto a melhores condições de acesso à saúde.

Essa compreensão a respeito do papel da população no controle das questões de saúde, ainda pode ser acrescentada com o entendimento de que, mesmo indiretamente, há dinheiro do povo nessa questão. Desse modo, o povo tem que ser conscientizado de que os “recursos públicos que pagam os planos privados do funcionalismo; que ela, a sociedade, é quem paga os planos coletivos dos empregados das empresas, embutidos nos preços dos produtos e serviços que todos consumimos”. Como se não bastassem às questões acima, deve-se ainda ressaltar que são esses mesmos recursos, provenientes da arrecadação de tributos, que contribuem para fomentar “a Agência Nacional de Saúde” (SCHEFFER, 2006, p. 317).

Em consideração a esse pensamento anterior, vale destacar que, se não existe uma fiscalização por meio da sociedade, quem ganha com essa omissão são as próprias empresas privadas, sem que seja estabelecido um limite para a sua atuação. Por esse viés, tal como descreve Maria Valéria Costa Correa (2010, p. 15) quando a mesma afirma que “a participação social” no setor saúde foi outorgada no sentido de manejar o controle social de maneira que “os setores organizados na sociedade civil participarem desde as suas formulações - planos, programas e projetos –, acompanhamento de suas execuções, até a definição da alocação de recursos”, com o fito de atingir os “interesses da coletividade”. Assim sendo, foi criada a Lei 8.142/90, justamente com esse propósito de “avaliar e propor diretrizes para a política de saúde nas três esferas de governo”.

Pois bem, tal como os autores mencionaram, a participação da população na fiscalização é adequada para o bom funcionamento do sistema de saúde e, dito dessa forma, pensar em sociedade participativa é buscar alinhar o projeto de cidadania descrito na Constituição, como forma de empoderar a sociedade para que possa gerir as decisões de seu interesse.

2.1 DO MERCADO DOS PLANOS DE SAÚDE

A palavra mercado é justamente o local onde se realizam as trocas, uma verdadeira realização, sendo o consumo, conforme Paola Zucchi *et al* (2000, p. 131): “O consumo consiste no uso de bens ou de serviços visando a satisfação direta das necessidades. Podemos falar em consumo de bens e serviços de saúde, que trazem uma melhora do bem estar e das condições de existência de uma população”.

Levando-se em consideração as transformações ocorridas no último século, resta caracterizado que a sociedade passa a sofrer influência direta dos contornos do mercado, sobretudo no que se refere a produção de diferenças no acesso aos bens básicos (PORTO; GARRAFA, 2005, p. 111).

Notadamente a essa “produção de desigualdades”, tal como se referiu os autores, o que fica perceptível é o descaso com o ser humano, que diante das forças, na maioria dos casos, invisíveis do mercado, é colocado nesse jogo, sem qualquer possibilidade de romper com as bases da lógica econômica e, neste caso, suas dificuldades, com o passar dos anos, só se acirraram.

De acordo com Paola Zucchi *et al* (2000, p. 130) “O crescimento dos gastos em saúde depende do mercado, ou seja, do encontro entre os que querem adquirir os bens e serviços de saúde e aqueles que os oferecem”. Por sua vez, Ana Luiza D’Ávila Viana e Paulo Eduardo M. Elias (2007, p. 1766) analisam que, existem, 3 dimensões da saúde quais sejam:

1. A saúde como direito - desmercantilização do acesso - sistemas de proteção social.
2. A saúde como bem econômico - mercantilização da oferta - assalariamento dos profissionais, formação de empresas médicas e intermediação financeira (planos).
3. A saúde como espaço de acumulação de capital - formação do complexo industrial da saúde globalização e financeirização da riqueza.

Assim, como podemos perceber há dimensões diferentes da questão da saúde, ou seja, embora estejamos falando de um mesmo bem, existem diferentes nuances para a mesma questão e, neste caso, é evidente que: “o mecanismo do mercado criou a ilusão do determinismo econômico como lei geral para toda a sociedade humana. Numa economia de mercado, é claro, essa lei é válida”. Desse modo, nesta

economia tal Lei acaba sendo o direcionamento, onde estabelece normas a serem cumpridas por toda uma sociedade (POLANYI, 2012, p. 220).

É preciso que a análise sobre a questão dos planos de saúde e suas cláusulas seja evidenciada com base nessa proposta anterior, de compreender uma mesma questão por meio de ângulos diferentes. Outrossim, no que diz respeito ao mercado dos planos de saúde, Ligia Bahia (2001, p. 332) destaca no trecho abaixo o seguinte pensamento:

A revelação da existência de um grande mercado de planos de saúde, no final da década de 1980, ocorreu simultaneamente a uma importante intensificação da comercialização de planos individuais, a decisiva entrada de grandes seguradoras no ramo saúde, adesão de novos estratos de trabalhadores, particularmente, funcionários públicos da administração direta, autarquias e fundações à assistência médica supletiva e uma inequívoca vinculação da assistência privada ao financiamento da assistência médica suplementar.

Diante disso, verifica-se um grande mercado de planos de saúde no Brasil a partir de 1980 e de sobremodo, “esse processo de expansão acentuou a organização de sub-redes e atingiu o ápice da fragmentação quando um mesmo hospital além de estar conveniado com o SUS”, bem como, de grande empresas de “assistência suplementar”, passando a ser “empresa de plano de saúde”. Frisa-se que na trilha do plano real, gerou um enorme poderio de compra de grande parte da população e organização do mercado de trabalho promoveram a “comercialização de planos individuais por hospitais filantrópicos e empresas médicas regionalizadas”. Importante esclarecer que esses planos acabam por restringir certa parcela de serviços ou apenas um “único estabelecimento hospitalar geralmente localizado em periferias das grandes cidades ou em municípios de médio e pequeno porte” (BAHIA, 2001, p. 332-333).

Desse modo, compreender essa questão dos planos de saúde requer do interprete uma atividade de reflexão no que tange em buscar a lógica do mercado adicionando a perspectiva da Constituição e, assim, esta esfera saúde se manifesta no sentido de organizar o projeto de mercado. No que tange a oferta, com relação ao lucro, este “não é por si só um motivo adequado para explicar o “mercado” da saúde, como é para outros tipos de bens e serviços, dado que há um grande número de instituições públicas e privadas não lucrativas que prestam serviços de saúde”. Neste sentido, há diversas empresas não lucrativas sejam elas privadas ou públicas

que acabam por fornecer tal serviço à saúde. Ademais, esses serviços não têm e não podem ter um preço pré-fixado, estabelecido no mercado, o que impossibilita mensurar a “preferência dos consumidores” por tais serviços, tal como afirma Paola Zucchi *et al* (2000, p. 131).

Portanto, pensar neste aspecto relativo ao mercado da saúde é compreender que existem determinados pontos principais que orientam este segmento, tal como a citação abaixo acaba por demonstrar: que tal dispêndio de saúde possui 03 sustentações diversas, quais sejam, “medicamentos, honorários de médicos, dentistas e auxiliares dos serviços médicos e, finalmente, gastos em hospitalização e tratamento”. Neste sentido, essas expensas “em hospitalização e tratamento encabeçam as despesas do consumo em saúde” (ZUCCHI *et al*, 2000, p. 131).

Logo, é forçoso concluir que, são essas as principais orientações desse campo, pautando o “mercado da saúde” através dessas estruturas. Em especial ao aspecto da sua organização, Paola Zucchi *et al* (2000, p. 137) destaca que foi justamente a Lei Orgânica da Saúde que determinou a “descentralização política e administrativa, enfatizando a municipalização”, em um de seus princípios ementares. Neste sentido, tal Lei estabelece as competências e responsabilidades de cada esfera de governo.

É evidente que, todo esse sistema não pode ser considerado como simples de ser compreendido, levando-se em consideração todos os interesses que estão por detrás, assim como os demais fatores referenciados por Paola Zucchi *et al* (2000, p. 138), observados ao mencionar que segundo os autores neste “mercado capitalista, o consumo em saúde decorre de um complexo conjunto de elementos de decisão, valores, representações, padrões culturais e práticas individuais, familiares e de classe social”.

Ademais, podemos constatar que mesmo após a regulamentação, não foi possível demonstrar com exatidão as informações relativas ao mercado dos planos e seguros de saúde, o que é evidenciado nas palavras de Liga Bahia (2000, p. 1-2) ao analisar que: “Os cadastros (registro) das operadoras, junto ao Ministério da Saúde e à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) do Ministério da Fazenda, contêm um número mínimo de variáveis e não permitem inferir, por enquanto, sequer o total

de operadoras que atuam no mercado, uma vez, que os prazos legais para adaptação das operadoras ainda não expiraram”.

Ocorre que, em que pese a ausência de dados governamentais, outros dados obtidos por outros meios alternativos, são capazes de contribuir para um panorama sobre o perfil dos usuários optantes de saúde privada, o que pode se revelar como interessante para o desenvolvimento de demais pesquisas na área, sobretudo para, a partir desses dados esclarecer quais os critérios e o que esses usuários esperam ao contratarem determinadas operadoras em detrimento de outras.

Em alinhamento a esse tópico, cabe salientar que, não basta tentar entender o mercado dos planos de saúde, por meio do capital das empresas privadas, e sua correlação com os interesses do Estado, sem que seja compreendida, também, o desenvolvimento da sociedade e suas complexidades.

2.2 O SISTEMA DE SAÚDE ATRAVÉS DAS COOPERATIVAS

Importante frisar que, a Constituição Federal de 1988 deu importância peculiar ao direito fundamental à saúde, que por sua vez, “estabelece o direito social à saúde, a universalização da assistência e a conformação de um sistema único de saúde, regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde (nº 8.080/90), não faz referência específica ao setor de saúde suplementar”. Com a criação do CDC, Lei 8.078/90, influenciou também com bastante relevância este mercado de planos de saúde. (ALBUQUERQUE *et al*, 2008, p. 3).

Desse modo, o texto constitucional garante o direito à saúde o consagrando como direito social e com a criação do CDC foi resguardado ainda mais a questão das práticas entre o consumidor e o fornecedor, neste último caso, o plano de saúde, por se tratar tipicamente de uma relação de consumo, entre a fornecedora de serviço e o consumidor. Pois bem, mais uma vez ressalta-se que, no ano de 2000, foi instituída a “Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no âmbito do Ministério da Saúde, com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na

assistência suplementar”. Assim, a assistência suplementar privada teve como base as “Lei nº 9.656, de 1998, e pela Lei nº 9.961, de 2000” que estabeleceu as competências da ANS (CERES *et al*, 2008, p. 4).

Em assim considerando, destaca-se o papel de relevância na defesa do interesse público, desempenhado pela ANS, pois a mesma tem o objetivo de atender os anseios da coletividade, desempenhando papel de importância nas questões que envolvem planos de saúde e consumidores. Logo, as Leis 9.656 e 9.961, foram a base da assistência suplementar. Frisa-se que ocorreram diversas alterações, que segundo Ceres Albuquerque *et al* (2008, p. 4) destacam as seguintes:

Entre as mudanças introduzidas se destacam: obrigação de oferta de ampla cobertura dos serviços de saúde, incluindo assistência a todas as patologias da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), a assistência psiquiátrica e os transplantes de rim e de córnea, e a proibição do limite do tempo e do número de internações e procedimentos. Também foram definidas regras para os casos de beneficiários demitidos do emprego, aposentados e portadores de doença ou lesão anterior à aquisição do plano; tempo máximo de carência, atendimento de urgência e emergência (para planos novos e antigos); e rescisão de contrato por parte da operadora e parâmetros para a sustentabilidade econômica das operadoras (reservas técnicas e provisões financeiras).

Desse modo, constatamos algumas mudanças introduzidas pela lei, ampliando os direitos aos assegurados, inclusive em caso de rescisão. Sobre a assistência médica suplementar, Ana Carolina Maia, Mônica Viegas Andrade e Ana Maria Hermeto Camilo de Oliveira (2004, p. 4) expõem que existem 04 categorias dessa assistência médica suplementar, quais sejam: “a medicina de grupo, as cooperativas médicas, os planos próprios das empresas (autogestão) e as seguradoras. Elas distinguem quanto à forma de contratação dos serviços de saúde”.

Essas modalidades, apresentadas anteriormente, diferenciam pelo modo em que o usuário vai aderir, sendo que melhor explicitando a questão pelos autores, resta consignado que: “A medicina de grupo constitui empresas médicas que administram planos de saúde para empresas, indivíduos e famílias, com atendimento baseado, principalmente, numa rede credenciada de serviços”. Já com relação aos planos das pessoas jurídicas, os funcionários de forma instântanea são inseridos nos planos pelo seu empregador quando este efetua o encargo sozinho, porém tem a situação em que o empregado participa de forma opcional. E por último, as cooperativas que

configuram os sócios, que são médicos e estes também prestadores dos serviços de forma conjunta (MAIA; ANDRADE; OLIVEIRA, 2004, p. 4).

Inobstante todas as alterações normativas, cabe salientar que, a efetividade da norma não ocorreu no mesmo instante da implementação da lei, sendo uma questão gradativa, tal como salientam os autores. Ou seja, sucede que, embora desde 1988 já exista essa previsão de cooperativas, a norma, não passou a ser efetivada no mesmo momento, pois segundo Ana Carolina Maia, Mônica Viegas Andrade e Ana Maria Hermeto Camilo de Oliveira (2004, p. 4) afirmam que “muito embora a regulamentação se deu em 1998, apenas em aproximadamente metade de 2000, que foram realmente efetivadas e cumpridas”.

O atendimento referente as questões de saúde pode ocorrer de diferentes maneiras, tendo em vista que: “A população brasileira possui diferentes formas de cobertura para buscar atenção preventiva, de cura ou reabilitação”. Assim existem o “Sistema Único de Saúde (SUS), público, de contribuição obrigatória a todos os cidadãos, e pela medicina supletiva”, que é composta pelas “cooperativas médicas, medicina de grupo, sistemas de autogestão, planos de administração e seguro-saúde” (BITTAR, 1999, p. 59).

No mercado brasileiro são evidentes as diferenças em termos de prestação de serviço de saúde, tendo em vista que existe uma divisão de como ocorre o desenvolvimento desse serviço, pois conforme salienta Olímpio J. Nogueira V. Bittar (1999, p. 59) descrevendo esses planos de seguro de saúde, é possível compreender que:

medicina de grupo - empresas médicas prestam atendimento médico-hospitalar através de serviços próprios ou conveniados; sua estrutura inclui médicos contratados e credenciados, serviços auxiliares de diagnóstico e tratamento especializado; cooperativas médicas - são entidades formadas por médicos cooperados e hospitais e serviços credenciados; autogestão - sistema utilizado por grandes empresas industriais, comerciais ou de serviços que bancam e administram seus próprios serviços, oferecendo atendimento médico-hospitalar exclusivo aos seus funcionários e dependentes; planos de administração - assemelham-se ao sistema de auto gestão, com diferença na forma de administração, que não é feita pela própria empresa, mas por contratadas que intermediam a prestação de serviços; seguro-saúde - modalidade administrada por empresas seguradoras, que permite aos usuários livre escolha de médicos e hospitais e oferece serviço médico, hospitalar e ambulatorial pelo sistema de reembolso de despesas.

Desse modo, a classificação acima, descreve em que medida a prestação de serviço de saúde, seja através de cooperativas ou medicina de grupo, no nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro existe as cooperativas médicas que vem a auxiliar a saúde no Brasil.

2.3 O sistema de saúde universal pelo viés do Direito Comparado

Conforme Ligia Bahia (2001, p. 339) na questão da saúde, existe a divisão de sistema público e privado, ou seja, clientes que arcam com a contraprestação do serviço e outros que não desembolsam tais valores, sendo assim, “a divisão entre sistema público e privado segue baseada na idéia de clientes pagantes e não pagantes”. Assim, é de suma relevância conhecer este sistema de saúde suplementar o que faz com que tenhamos condições de entender nosso sistema de saúde.

Entretanto, o sistema nem sempre ocorreu dessa forma, visto que esse processo atual só foi desenvolvido com o rompimento do modelo anterior, ressaltando, então, ser de suma importância o estudo sobre a assistência médica suplementar, para com isso ampliar o conceito de saúde. A autora afirma que “O atual sistema de saúde brasileiro, baseado no direito universal à saúde representa uma ruptura com as formas pretéritas de organização das políticas sociais no País” (BAHIA, 2005, p. 10).

Complementando essa compreensão de Bahia, a respeito dos sistemas de saúde, Ana Luiza D’Ávila Viana e Paulo Eduardo M. Elias (2007, p. 1766), salientam que:

[...] os modernos sistemas de saúde são o resultado da complexa interação de processos econômicos, políticos e sociais, [...] um processo dinâmico e virtuoso que combina, ao mesmo tempo, crescimento econômico, mudanças fundamentais na estrutura produtiva e melhora do padrão de vida da população.

Desse modo, cabe a observação de que, a estrutura da sociedade e o seu desenvolvimento influenciam diretamente nas questões de saúde, fazendo até

correlação com o processo de desenvolvimento de cidadania, tal como identificou Ligia Bahia (2005, p. 13), tendo em vista que:

A convivência de um sistema de saúde universal com a preservação de coberturas caracterizadas pela organização de subsistemas privados segmentados, segundo critérios de status sócio-ocupacional, diferencia o sistema de saúde brasileiro, tanto daqueles orientados predominantemente pelo mercado, quanto dos caracterizados pelo financiamento público e prestação ou compra de serviços pelas instituições governamentais. A singularidade brasileira não se localiza, propriamente no hibridismo do modelo - presente em quase todos os sistemas de proteção social - mas sim nas interpretações opostas sobre a apropriação das proporções mercado/Estado para justificar a primazia do mercado ou a legitimidade da intervenção estatal na saúde. O sistema de saúde brasileiro, quando apresentado pelos integrantes da gestão pública, é visto como emblema de um processo exitoso de extensão de cidadania. Mas para os representantes dos serviços e empresas privadas de comercialização de planos de saúde, o mesmo sistema é o locus de um poderoso mercado privado, movido pela dinâmica da estratificação de benefícios.

Em termos de organização e funcionamento, o caso brasileiro, com suas peculiaridades, diferencia de alguns países, como no exemplo dos EUA, sendo este de forma majoritária privada, conforme Almeida (1999, p. 269) observa que: “nos EUA, onde o sistema é majoritariamente privado, tem significado também aumento da regulação pública e privada”.

Vale acrescentar, por ser um bom exemplo, a reforma ocorrida nos EUA através do governo Obama, pois através das palavras de Júlio Pinto da Costa (2013, p. 4): “O projeto para a Saúde de Barack Obama e Joe Biden apela à redução dos custos para que o sistema de saúde trabalhe para as pessoas e para as empresas”. Deste modo, complementa o autor que: “As melhorias ao nível da acessibilidade e da universalidade assentam em diversos princípios, dos quais se destacam a garantia da elegibilidade (pelas companhias de seguros) dos cidadãos, independentemente do seu historial de saúde”.

Portanto, tal como descrevem as principais medidas, adotadas com a reforma, há na realidade uma preocupação com a melhoria do atendimento à saúde e, principalmente, com o ser humano, sendo esse o fator mais importante, pois retrata a razão pela qual foi idealizada a reforma, e com isso a população passa a ter a sua disposição um serviço de melhor qualidade, como se observam as palavras a seguir:

Inicialmente o projecto previa a criação de um Seguro Nacional de Saúde alternativo. Esta medida foi, contudo, retirada da votação, com o objectivo de facilitar a sua aprovação. Esta reforma, cujo prazo de implementação é

bastante alargado (de 2010 até 2018), não altera na sua essência a natureza do sistema de saúde. Os aspectos que mudam são, principalmente, os seguintes: extensão da cobertura; redução do défice (nem todos concordam que isto seja possível); maior atenção dada à promoção da saúde e prevenção da doença; eliminação dos co-pagamentos por parte dos utilizadores dos subsistemas públicos e incentivo aos privados para seguirem a mesma orientação; melhoria da eficiência; melhoria da qualidade dos cuidados de saúde prestados; reforço da regulação do Estado; melhoria da integração dos subsistemas públicos e privados; colocação do doente no centro do sistema (COSTA, 2013, p. 4).

Desse modo, complementa o autor ao afirmar que:

Um dos aspectos cruciais da reforma assenta na criação dos *benefits exchanges*, ou seja, de um mercado organizado de venda de planos de saúde, designado de *National Health Insurance Exchange*, diferente do mercado geral, que se caracteriza por ter pacotes definidos pela autoridade sanitária, ser fortemente regulado, ter preços mais baixos, repartição dos riscos, resseguro, acessibilidade das pequenas empresas e de cidadãos com baixos rendimentos (não elegíveis pelos programas públicos), portabilidade do seguro aquando da mudança de empregador e impedir a rejeição de pessoas com riscos de saúde pré-existentes. Esta condição é também imposta ao mercado de seguros individuais e ao dos pequenos grupos. As companhias de seguro não são obrigadas a participar neste mercado, podendo continuar a vender os seus planos dentro do esquema tradicional (COSTA, 2013, p. 4).

Entrementes, apesar dos aspectos positivos, citados anteriormente, a reforma ainda possui pontos críticos que merecem uma reflexão, essa afirmação encontra respaldo nas palavras de Costa, para quem: “A reforma Obama tem um factor crítico: o dos custos, independentemente de serem resultantes dos pagamentos das companhias de seguros privadas aos prestadores de serviços (que poderão fazer aumentar os prémios)”, ou ainda provenientes da expansão “da elegibilidade dos subsistemas públicos. É nestes aspectos que se deverá concentrar a atenção dos governantes (COSTA, 2013, p. 4).

Neste sentido, percebemos que a diferença significativa entre o Brasil e os EUA se refere à forma da sua cobertura, sendo expressivamente menor que no caso brasileiro, em que pese o alto custo do sistema. Por sua vez, no que tange a análise dos países europeus, segundo Almeida (1999, p. 269):

[...] preservaram-se os princípios de universalização e os mecanismos originais de financiamento dos sistemas de serviços de saúde, não como revalorização da solidariedade, mas como uma dimensão crucial da regulação estatal, asseguradora tanto da contenção de custos quanto de padrões mínimos redistributivos. Os modelos que incorporam a separação de funções de financiamento e provisão têm prosperado nas diferentes

reformas e a introdução de mecanismos competitivos tem sido muito criticada.

Destaca-se por oportuno que, no caso europeu, em semelhança em alguns aspectos do caso brasileiro, preserva-se a intenção de regulação através do Estado.

Dito isso, como já relatado a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, conforme preceitua o art. 196 da CF. Alguns países se utilizam do sistema de saúde universal. Desse modo, traçando uma comparação entre Brasil e Europa, resta consignado conforme acentua Silvia Gerschman (2007, p. 1442) que: “Nos estados membros da União Européia (EU), a cobertura de saúde é pública e universal como parte de um amplo sistema de proteção social”.

Diante da fala acima, diferentemente do caso dos EUA, mas que se assemelha ao sistema brasileiro em alguns aspectos, o sistema europeu tem por fundamento prover a questão da saúde, com base na ideia de “cidadania social”, como idêntica a autora: “Nesta estrutura político-econômica, a política de saúde, que é parte da seguridade social e formulada sobre os mesmos princípios, é pública e tem cobertura universal sustentada na cidadania social” (GERSCHMAN, 2007, p. 1442).

Já no que se refere às diferenças entre o sistema brasileiro e europeu, Silvia Gerschman (2007, p. 1444), observa que: “Na experiência brasileira, diferentemente dos países europeus, o setor privado da saúde antecede historicamente a formulação do SUS”, ou seja,

[...] preservou-se o sistema de contratação e convênios com o setor privado, do antigo INAMPS, cuja diretriz política era a expansão de serviços e coberturas e a consolidação da iniciativa privada em saúde, que auferia os benefícios da contratação para prestação direta de serviços de saúde financiados pelo setor público (GERSCHMAN, 2007, p. 1444).

A respeito da forma como o sistema de saúde foi sendo construído no caso brasileiro, entendemos que só veio a favorecer a inserção do capital privado, como forma de fomentar o sistema e atender interesses particulares, a perspectiva apresentada pela autora evidencia essa questão, cujo pensamento é capaz de desvelar o complexo sistema brasileiro que coaduna interesse privado e público dentro de um mesmo segmento social.

Assim sendo, “à época da criação do SUS e da extinção do INAMPS, houve articulações claras do empresariado da medicina para ofertar planos simplificados ao Estado” (GERSCHMAN, 2007, p. 1444-1445). A autora afirma que

O Brasil implementou um sistema de saúde público e universal tardio, numa conjuntura internacional adversa, no que se refere quer ao papel do Estado na provisão de benefícios sociais universais resultante de direitos de cidadania social, quer a políticas econômicas baseadas no desenvolvimento nacional. Estas foram substituídas pela globalização econômica, por tendências neoliberais de liberalização do mercado e pela não interferência do Estado no mercado, com exceção das salvaguardas necessárias a sua otimização, do financiamento do próprio mercado (GERSCHMAN, 2007, p. 1445).

Compreendendo essa ponderação de Gerschman, é interessante notar que, apesar da questão inerente a saúde, não devesse ser direcionada pelas diretrizes estabelecidas no mercado, isso não ocorreu, como comprova o texto anterior, pois o modo como o mercado articulou na área da saúde, demonstra que as regras por esse instituídas foram determinantes para a construção do “mercado da saúde”.

Diferentemente do caso brasileiro, a Inglaterra implantou determinadas mudanças que, a princípio encontraram resistências, mas que após alguns embates foi capaz de contribuir para a melhor gestão e utilização dos recursos públicos, o que vem em consideração a fala de Rosana Kuschnir e Adolfo Horácio Chorny (2010, p. 2310-2311): “Inserida na ampla agenda de reforma do Estado e no questionamento de seu papel na execução de políticas, a primeira fase da reforma do sistema de saúde britânico foi implementada no início dos anos noventa, durante o governo de Margareth Thatcher”. Desse modo, mesmo que de forma inicial propor uma alteração a “base do financiamento”, a resistência política à mudança dos princípios do NHS fez com que as medidas fossem focadas no aumento da eficiência no uso dos recursos públicos”.

O exemplo do caso britânico, pode contribuir para a reflexão da imprescindibilidade de participação da sociedade nos contornos e nas medidas que devem ser tomadas quanto aos recursos atinentes a saúde, o que pode ficar de contribuição para o processo de tomada de decisão no caso brasileiro. Ademais, esse processo contribui para a construção da cidadania da sociedade brasileira, quanto se refere a efetivação desses direitos não só por meio do Estado, mas construir uma sociedade

capaz de gerir e administrar os seus recursos, indicando como e onde eles devem ser aplicados.

No que diz respeito a experiência norte americana, conforme Rosana Kuschnir e Adolfo Horácio Chorny (2010, p. 2310-2311), salientam que: “Baseado em seguro voluntário de empresas e dois grandes programas públicos – o Medicare, de responsabilidade federal e dirigido à população maior de 65 anos e o Medicaid, para cobertura de populações de baixa renda”, cujo dever compete aos Estados, esse sistema é configurado “pela segmentação e por um grau de fragmentação incomparavelmente maior que os sistemas públicos, inclusive os de seguro social”.

As observações anteriores trazidas pelos autores só comprovam que, cada país possui suas peculiaridades no que se refere às questões de saúde, alguns distanciando, significativamente, do caso brasileiro, mas que, não ficam ilesos aos problemas e desafios para a excelência na prestação do serviço de saúde, como no Chile, em que Maria Eliana Labra (2001, p. 366-367) destaca que: “O problema da organização dos serviços de saúde pública arrastava-se no Chile desde fins do século XIX, sendo parcialmente resolvido em 1918, quando é publicado o primeiro Código Sanitário que criou a Dirección General de Sanidad”. Ademais, no ano de 1924 foi instituído um “Seguro Social Operário Obrigatório”, onde foi “promulgada a Constituição liberal moderna (1925) que estabeleceu o dever do Estado de manter um serviço nacional de saúde pública graças”.

O processo de construção de reconhecimento a saúde, enquanto direito social, requer da sociedade assim como dos representantes da coletividade o norte que pretendem seguir o direcionar a comunidade para a efetividade desses direitos, pois se for adotado a proposta de inserir o capital privado e fomentar a lógica mercadológica, certamente, a proposta de uma “medicina social” fundada em atender a todos, de modo igual e justa, restará fragmentada. Apesar de não ser intrinsecamente essa questão apresentada a seguir, ela pode servir de base para essa reflexão, visto que:

[...] a polarização político-ideológica do país, demonstrada nas eleições presidenciais de dezembro de 1999, quando o candidato da “Concertação” ganhou por apenas 2,6% dos votos de seu rival ultradireitista, augura um futuro incerto ou mesmo bloqueado quanto a novas reformas que atendam a objetivos de maior igualdade social na atenção à saúde. Isto porque a

polarização se traduz em duas propostas radicalmente opostas para o setor: uma, da direita, de aprofundar a privatização aplicando a lógica lucrativa das Isapre no setor estatal; outra, progressista, que propõe retornar ao ideário de medicina social que encarnara o ex-SNS, com isso implicando atendimento estatal fundamentado em princípios de igualdade, universalidade, integralidade e participação (LABRA, 2001, p. 369).

Essa complexa “rede”, que coloca em um mesmo patamar interesses públicos e privados, provenientes de empresas que fomentam o mercado de plano de saúde, pode revelar um sistema em certa medida antagônico, que por sua vez, aos olhos de alguns autores, mostram-se como desintegrado e irracional, tal como Maria Eliana Labra (2001, p. 370) identifica

A história política e social e a vastidão territorial do país tornaram o desenvolvimento das instituições encarregadas de cuidar da saúde da população (e dos setores sociais em geral) um conjunto extremamente complexo e heterogêneo que nunca chegou a formar um sistema integrado e racional.

Traçando um ato comparativo entre o Brasil e a União Européia, percebemos que segundo José Antonio de Freitas Sestelo, Luis Eugenio Portela Fernandes de Souza e Lígia Bahia (2013, p. 859) percebe-se que: “Na comparação entre políticas de saúde suplementar da União Europeia e do Brasil, identifica-se naquela região a disposição de um espaço bastante limitado e bem definido, onde os planos e seguros de saúde se acomodam”, e, se conectam com a infraestrutura e a atividade “do Estado de bem-estar social”. Já o Brasil, ao contrário do sistema europeu, verifica-se “a vigência de uma política de estímulos sub-reptícios à expansão do esquema dos planos ao lado de uma mitigação do caráter público e universal do sistema de saúde”, onde caracteriza-se “de fato, segmentado e focalizado nos aspectos menos rentáveis da atividade de provimento de serviços de saúde”.

Guardada as suas devidas proporções, pode-se observar que, é possível estabelecer essa comparação entre o sistema europeu e o brasileiro. Entretanto, como restou demonstrado na citação anterior, a diferença marcante é que, enquanto na Europa esse campo mostra-se plenamente definido, no Brasil, há um fortalecimento desse sistema privado em detrimento do sistema público.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A sociedade de outrora, encontrou em meio aos entraves, a possibilidade de questionar os seus direitos e fazer valer a Carta Constitucional, seja através de demandas individuais ou mecanismos coletivos, razão pela qual, afigura-se adequado mencionar esse fator na introdução desse capítulo, para, então, iniciar a discussão a respeito da judicialização da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a sua articulação com o ativismo judicial. Neste ponto, segundo Maria dos Remédios Mendes Oliveira (2013, p. 80) quanto ao

O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, sem dúvida, é um dos temas de maior destaque atualmente, sempre presente e de forma crescente nos debates envolvendo a academia, operadores do direito, a máquina estatal e a própria sociedade civil. A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”.

Sobrevém da fala da autora o atual contorno do “fenômeno da judicialização”, visto que tem sido um dos temas recorrentes em termos de pesquisa na área da saúde, principalmente no que diz respeito a sua eficácia em prol da coletividade. Dessa forma, conforme Maria dos Remédios Mendes Oliveira (2013, p. 81) a busca por remédios e as demais atividades de saúde, através da movimentação do Poder Judiciário “fez surgir no Brasil, como já se frisou, o fenômeno da judicialização, que expõe limites e possibilidades estatais e instiga a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, do setor de saúde e da justiça”.

Ademais, afirma Maria dos Remédios Mendes Oliveira (2013, p. 82) que: “O envolvimento efetivo das instituições públicas e do próprio Poder Judiciário, certamente trará importantes avanços nesta questão da judicialização da saúde, levando o cidadão cada vez mais a ter uma saúde de qualidade”.

Cabe assim ao STF, enquanto guardião da justiça, preservar o direito a saúde segundo Maria dos Remédios Mendes Oliveira (2013, p. 83) cabe: “[...] ao STF, em última análise, decidir acerca do direito à saúde, posto que, reconhecido formalmente como um direito humano fundamental à preservação da vida e dignidade humana”. Por sua vez, no intuito de zelar pela atuação do Poder

Judiciário, o “Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o órgão do Poder Judiciário encarregado de controlar a atuação administrativa e financeira dos demais órgãos daquele poder”, bem como averigar das obrigações atribuídas aos Juízes, conforme estabelece o “§ 4º do art. 103-B da CF/1988” (OLIVEIRA, 2013, p. 83).

Observa-se que, a inserção do CNJ no Ordenamento Jurídico ocorreu apenas recentemente, sendo as suas atribuições de suma importância, em vista do seu poder de controle, sendo, então, o indicador de direção para os demais órgãos do Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito a qualidade e a presteza no desenvolvimento da atividade jurisdicional. Neste caso, entre as finalidades do CNJ, inclui-se a de dotar o cidadão do poder fiscalizatório, vez que coloca a sua disposição diferentes instrumentos que contribuem para o “seu cumprimento”. Logo, entre outros aspectos, o órgão ainda contribui para que todas as direções guardem assonância com a Constituição Federal, protegendo a sociedade” (OLIVEIRA, 2013, p. 84).

Imediatamente, suas contribuições se revelam imprescindíveis, em vista do atual estágio do Poder Judiciário, assim como a sociedade, cabendo não somente a ele, mas também parcela desse controle aos integrantes da própria sociedade, como forma de contribuir para uma melhor prestação jurisdicional, pois na medida em que o órgão passa a atuar e, conseqüentemente, há um efetivo respeito aos direitos fundamentais, incluindo-se aí o direito à saúde, revela um acalento para aqueles que têm seus direitos violados (OLIVEIRA, 2013, p. 85).

Comparando o sistema jurídico brasileiro, nos aspectos relativo à saúde, com outros sistemas, por contribuir para a pesquisa, a medida que traz legislações diferenciadas pelo viés dos sistemas *civil law* e *common law*, o Poder Judiciário, no caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, ainda ressalta com veemência a questão da jurisprudência, muito embora nos EUA observa-se “a existência de uma Constituição dotada de supremacia formal” (RAMOS, 2010, p. 105).

Neste caso, por essa concepção, a jurisprudência passa determinar as diretrizes do sistema, restando pouco espaço para as demais fontes do direito. Por sua vez, no sistema *civil law*, segundo o autor “a jurisprudência move-se dentro de quadros

estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer quadros” (RAMOS, 2010, p. 105).

Em complementação a essa fala, Elival da Silva Ramos (2010, p. 109) comentando o sistema *common law*, afirma que:

[...] as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (*in fieri*) batizadoras de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que é móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva.

Podemos observar que no sistema *common law*, o ativismo judicial é bem amplo, não existe uma negatividade nesse ativismo, nesta prática da jurisdição. Elival da Silva Ramos (2010, p. 111) menciona a relação entre a separação de poderes e esse ativismo, pois apesar da existência dessa característica do ativismo, estabelecida no Poder Judiciário, busca-se sempre pelo viés do constitucionalismo, sendo que “uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos poderes”.

O ativismo, na sistemática *common law*, contribui para eficácia dos direitos sociais, pois convive em plena harmonia com o sistema. Acrescenta ainda o autor que “[...] o princípio da separação dos poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins” (RAMOS, 2010, p. 112). Já no que tange ao ativismo judicial é justamente “[...] o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente a função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função do governo” (RAMOS, 2010, p. 116). Neste caso, apesar de se referir a um tema único, qual seja, o ativismo, é mais adequado falar em diferentes espécies de ativismo, pois a depender do modo e da forma em que é aplicado, há diferenciação substancial na sua identificação.

Pois bem, o cenário que se buscou desenhar até aqui, tem a finalidade de demonstrar até que ponto, o Judiciário, enquanto poder do Estado, tendo por órgão o CNJ interfere nas questões apresentadas pela sociedade, o que leva-nos a conclusão de que, o Judiciário desse século XXI se mostra bem mais proativo no se

refere ao objetivo de efetivar tais direitos, o que pode ser devido a omissão dos demais poderes na implementação de políticas públicas.

3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE E SUA ARTICULAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL

Como identificado no capítulo anterior, o Poder Judiciário, alterou significativamente a sua postura na eficácia dos direitos sociais, tal como é o caso da saúde. É justamente com o intuito de esclarecer esta alternância entre a passividade e atividade que Gustavo Rabay Guerra (2009, p. 3), evidencia que “A expansão do poder dos magistrados a partir da assunção do papel normativo da Constituição e como isso acarretou uma mudança comportamental da função judiciária, que da emudecida passividade passou à judicialização excessiva”.

Deste modo, a citação anterior, pode trazer a constatação de que ocorreu a modificação de paradigma trazendo uma transformação de postura do Poder Judiciário, trazendo com isso uma judicialização excessiva, ocasionando uma ditadura dos Magistrados. Melhor esclarecendo essa questão, mostra-se necessário destacar que, antes adstrito apenas a um poder julgador, que se limitava a atribuir uma decisão as partes, passa a não apenas dizer o direito, mas por outro lado, conferir o cumprimento destas decisões, o que implica dizer que o mesmo passou ir além das suas funções típicas e adentrar em funções atípicas. Isto desvela a necessidade de estabelecer limites à atuação, sob o sério temor de colocar em risco o próprio sistema dos poderes.

Nesta direção, de estabelecer limites, é certo que, embora tenha sido conferida esta abertura, é preciso que a “Constituição Viva” com valores sólidos, diante do estabelecimento de se conferir a mesma como norma suprema que guarda os valores de uma sociedade. Ainda que não seja intrinsecamente esta questão, mas que pode ser refletida para este viés, pois através de uma “Constituição Viva”, tal como mencionou Pedra, há um fortalecimento do processo de alteração, de modo

que o mesmo não é tão simples, ou seja, “dificultado em relação ao procedimento previsto para as leis infraconstitucionais para adições, supressões ou alterações no texto constitucional” (PEDRA, 2013, p.151).

Observa-se que, não basta apenas estudar este fenômeno de modo isolado, mas, entretanto, é evidente que este acaba por fazer correlação a outras questões, a exemplo da relação entre os poderes, sendo que este fato perpassa desde a estrutura do poder até os contornos realizados para atingir seus objetivos. Logo, a análise que deve ser feita para essa judicialização é na análise de Bernardo Sorj (2006, p. 103):

- O nível dos processos mais gerais de intervenção de direitos, associados a grandes momentos históricos, cujo impacto se estende em processo de longa duração e afetaram todas as sociedades que se integram à modernidade. - Os processos sociais específicos dentro dos quais surgiram e/ou foram absorvidas as diversas ondas de direito. - O impacto desses processos nas relações entre os poderes. - As transformações específicas do Poder Judiciário, sua organização e composição social e ideológica.

Diante de tais análises o autor aduz como essa evolução de direitos, acarreta novas interpretações, passando a valorizar certas dimensões até então esquecidas.

Importante esclarecer o que vem a ser essa judicialização ou juridificação, que segundo Gustavo Guerra (2009, p. 5) “é entendida como viga-mestra da democracia constitucional, o triunfo da ordem jurídica sobre o despotismo; de outra sorte, na idéia de dominação legal e da própria normatividade”.

Assim, pode-se perceber segundo Gustavo Guerra (2009, p. 6) essa nova visão do Poder Judiciário, trazendo à baila uma nova postura, um verdadeiro exercício da democracia, pautada em decisões que vão além dos dispositivos legais e da normatização. Neste aspecto, o ativismo, imprime um desafio, qual seja, o estabelecimento de uma linha de separação entre as atribuições de cada um dos Poderes, de forma que para alguns estudiosos da área se refere a questão de acumulação de poderes por parte dos magistrados, ao que o autor denominou de “ditadura dos magistrados”.

Este pensamento, deixa antever que embora sejam os Magistrados dotados de poder, quando no exercício da função que lhe cabe, não podem ultrapassar o limite estabelecido constitucionalmente, o que evidencia o caos entre os poderes. É dentro

deste contexto que, surge à necessidade de que essas barreiras ou, nesta compreensão, limites, se revelam de suma importância, pois se assim não for a sua criação não faz sentido.

Entretanto, em que pese à referida reflexão, não é ilusória esta idéia visto que não são raras às vezes em que é percebida ou noticiada a intromissão de um poder no âmbito de atuação do outro. Neste caso, essa nova postura faz com que venhamos a nos preocupar em estabelecer limites para não incorremos em uma ditadura dos Magistrados e é esse justamente o trabalho do constitucionalismo, estabelecer limites em busca de um equilíbrio entre a atuação do poder e as regras postas. Esta compreensão pode ainda ser esclarecida a partir da percepção de Gustavo Guerra (2009, p. 12) para quem conquanto o Poder Judiciário, tenha interferido nos demais poderes, na oportunidade em que decide mediante “liminares” questões atinentes à saúde, um número não significativo dessas ações chegam a uma decisão final sobre o assunto que busca solucionar e, dessa forma, restam poucas contribuições no que se refere às políticas públicas, razão pela qual esse processo pode ser considerado como “embrionário” e em contrapartida, só contribui para o interesse do governo.

Assim sendo, pode-se perceber que essas novas decisões esculpidas pelo Poder Judiciário, venham a privilegiar a maior parte das políticas governamentais.

Torna-se notório que o Poder Judiciário surge como o protagonista do exercício da moralidade pública, tendo em vista essa mudança de postura nos julgamentos, fazendo com que quebre as tradições, numa nova vertente, num verdadeiro exercício de cidadania e democracia.

Ao analisar essa questão, Samuel Meira Brasil Jr (2010, p. 108) observa que:

O sistema político oferece as premissas de decisão do sistema jurídico. O sistema político edita as leis, que são os pressupostos operativos do sistema jurídico. No entanto, há sempre uma pressão contínua pela “desdiferenciação” de um sistema, ou seja, um sistema sempre tenta dominar o outro. Ocorre que a pressão gera, quando muito, uma instabilidade e não a própria desdiferenciação, caso contrário não haveria mais sistema. Ainda que o direito tenha uma pressão constante para exercer função política (desvalorizando a produção legislativa e interferindo em todos os aspectos da vida), chega um momento em que a comunicação trava e impede o sistema jurídico de prosseguir. Caso contrário, não haverá função jurídica, mas somente função política.

As considerações trazidas por Brasil Júnior são relevantes, pois revelam os limites que a atividade jurisdicional está adstrita, pois apesar das pressões, tal como destaca o autor, deve-se respeitar os limites legais estabelecidos, para que não ocorra a supressão de um poder por outro, o que revela a falta de estabilidade. Sendo assim, conclui o autor que:

[...] o acoplamento estrutural permite a abertura (cognitiva) para o sistema circundante ao mesmo tempo em que mantém o fechamento (operativo) do sistema. Para Luhmann, o que une e separa o direito e a política – ou seja, o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político – é a Constituição. Ela estabelece limites políticos ao direito e limites jurídicos à política (BRASIL JR, 2010, p. 109).

Diante desse fato, a Constituição, se mostra como o mecanismo que estabelece os limites, pois é a ela que deve-se recorrer, como forma de observar se os limites estão sendo respeitados. Logo, Samuel Meira Brasil Jr (2010, p. 112) destaca que:

Mas a decisão política, seja ela qual for, terá consequências jurídicas, pois irá deflagrar a atuação dos tribunais, notadamente mediante a reivindicação por parte daquele que ficou privado do tratamento médico. A saúde e, em alguns casos, a própria vida do cidadão estarão comprometidas se o judiciário não atuar. E o sistema jurídico protege, por intermédio de princípios constitucionais, a saúde de todos. Principalmente, quando houver a possibilidade de se assegurar uma sobrevida. A doutrina (teoria jurídica) e a jurisprudência reconhecem que, apesar de o princípio estabelecer um programa normativo (natureza programática), o mesmo tem eficácia imediata e plena, por se tratar de um direito fundamental (parágrafo único do art. 5º da CF/1988).

Mas apesar de esferas diferentes, quaisquer que sejam as decisões, quando são exaradas, devem ser bem refletidas, visto que elas refletem, mesmo que indiretamente, nas outras instâncias, tal como destacou o autor. Deste modo, as interpretações constitucionais, antes pautadas em regras, são agora alicerçadas nos princípios, se desvinculando das próprias regras constitucionais, sendo um dos motivos que acarreta essa judicialização, quebrando os paradigmas, sendo o Judiciário o aplicador da moralidade pública. Ocorre que, esta questão, ao mesmo tempo que destaca esta dita moralidade pública sendo aplicada, lança luz sobre outros pontos antes obscuros, tal como o fortalecimento de um poder em detrimento de outro. Isso tem o condão de demonstrar a necessidade de se analisar as implicações de cada decisão não apenas no âmbito de um único poder, mas, sobretudo, os seus reflexos sobre os outros poderes, bem como o desencadeamento de uma série de consequências para sociedade.

Segundo Ingeborg Maus (2000, p. 191), a nossa Carta Magna “passa a ser o objeto de controle de sua própria constitucionalidade”.

Pode-se perceber segundo o autor supramencionado que a Constituição Federal deve ser o centro norteador de todo o controle das decisões estabelecidas pelo Poder Judiciário, controlando por consequência à própria constitucionalidade.

Vale ressaltar que conforme Jocimar Antonio Tasca (2013, p. 94):

Hoje, inclusive, é pacífico o entendimento de que a abstenção na obrigação de fazer e dar coisa certa por parte do Estado, como é o caso da obrigatoriedade no tratamento e entrega de medicamentos, gera indenizações por parte deste, como também legitimidade do ente judiciário em bloquear valores, caso venha a descumprir ordem judicial.

A exata compreensão do direito à saúde, tal como se observa atualmente, somente ocorreu com o rompimento do paradigma liberal, passando, então, para o reconhecimento do direito em prol do cidadão. Dessa forma, segundo Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 75): “O direito à saúde é inserido do rol dos direitos sociais, sendo um direito fundamental da pessoa humana, integrando a segunda dimensão dos direitos fundamentais”.

Importante contribuições Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 76) trazem, ao considerar que, o legislador procurou resguardar qualquer modificação que fosse prejudicial a coletividade, no que tange ao aspecto do direito à saúde, pois, “O direito à saúde encontra-se protegido por se enquadrar no conjunto de cláusulas pétreas, não podendo, portanto, serem modificadas (a não ser para aumentar sua abrangência), abolidas ou restringidas”.

Apesar de todo o esforço, tal como sinaliza Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 78), a sua concretização ainda se mostra como um objetivo a ser atingido, visto que: “A concretização dos direitos fundamentais e a promoção do bem estar à sociedade é o grande desafio a ser vencido pelo nosso Estado Democrático de Direito nos dias atuais”.

Importante salientar que, com a quebra desses paradigmas, o que acontece é a independência da justiça, onde as decisões passam a se pautar em favor do povo, porém muitas vezes tais decisões ultrapassam os limites da própria constitucionalidade.

3.2 AS POSSÍVEIS ALTERNATIVAS FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES DE SAÚDE

Segundo Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 82), o Estado Democrático de Direito, em termos de concretização dos direitos sociais, diferencia significativamente da lógica liberal, tendo em vista que: “Se no Estado Liberal, o poder Judiciário apenas aplicava a lei, de forma neutra e a política, apenas com base em critérios técnicos, no Estado Democrático de Direito a lei passa a expressar opções políticas” e, por fim, revela-se como desejo da coletividade.

Através dessa fala, percebe-se como o modo que o Juiz passou a lidar com a lei, foi significativo no Estado Democrático de Direito, pois se antes a lei era o fim, nesse último ela passa a ser apenas um meio de modo a contribuir na eficácia dos direitos. Assim, Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (2012, p. 88) descrevem que: “[...] a teoria da reserva do possível possui suas limitações, mediante a ponderação de princípios de que as necessidades são ilimitadas e os recursos limitados”.

O Neoconstitucionalismo faz com que os Magistrados sejam os verdadeiros protagonistas, afastando a força do Poder Legislativo, o que gera várias críticas a esse novo paradigma.

Insta frisar que essa humanização das decisões judiciais, gera uma preocupação em estabelecer limites nessa nova interpretação dos Magistrados nas normas estabelecidas no texto Constitucional.

De acordo com Tinti Herbella e Cláudio José Palma Sanchez (2013, p. 8), em razão do surgimento do Neoconstitucionalismo, cresce o problema da interpretação, da hermenêutica, posto que os Magistrados, nos casos em concreto, têm dificuldade de aplicar os princípios com a justificação que os mesmos têm em sua carga normativa.

Neste interim, pode-se perceber o problema enfrentado pelo Neoconstitucionalismo, tendo em vista que segundo essa nova interpretação os Magistrados acabam

incorrendo em decisões equivocadas em razão da carga valorativa dos princípios e dos demais Direitos Fundamentais em detrimento as normas.

Pode-se elencar como exemplo o julgado abaixo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 10183130108917001, Relatora Heloisa Combat, Data de publicação: 01/11/2013, na qual retrata justamente o tema em foco, posto que ocorreu a judicialização de política pública, onde houve decisão concedendo o direito ao menor que tinha alergia à proteína do leite de vaca, *in verbis*:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. MENOR IMPÚBERE COM ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. PEDIDO DE FORNECIMENTO DE NEOCATE PELO MUNICÍPIO DE CONSELHEIRO LAFAIETE. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. DENUNCIÇÃO DA LIDE AO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA E RELATIVIZAÇÃO DO RESERVA DO POSSÍVEL. MULTA PECUNIÁRIA. CABIMENTO. – [...] O serviço público de assistência à saúde deve ser integral, incumbindo ao Poder Público disponibilizá-lo, à luz dos princípios constitucionais, haja vista a condição do menor impúbere, com quadro de alergia a proteína do leite de vaca e soja, sem condições financeiras para adquirir o insumo nutricional. - Presente o perigo da demora inverso, prevalecendo o risco de dano em desfavor do agravado, cuja saúde pode ser comprometida pela negativa do Poder Público em fornecer-lhe o Neocate (interesse de agir configurado). - A judicialização de política pública harmoniza-se com a Constituição de 1988, pois a concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. - Preliminares rejeitadas e recurso não provido.

Em reflexão ao julgado acima, o que deve ser ressaltado é o fato de que os Juízes ao se depararem com casos concretos devem primar por um julgamento fundamentando suas decisões, porém tendo o cuidado de se pautar em premissas quando da prolação de suas decisões. Ademais, a jurisprudência traz a baila justamente a aplicação pela via judiciária, dessa ponderação de direitos que deve ser pontuada e observada nos casos em concreto, protegendo, por consequência, a Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais, sem se esquecer das normas estabelecidas.

Quanto ao mencionado julgado, ainda cabe mencionar que, o critério utilizado para a a decisão foi, justamente, avaliar diante desse caso concreto, qual o bem a ser sacrificado e, neste caso, caso o Poder Judiciário se mantivesse inerte, certamente, haveria um sacrifício de um bem maior, qual seja, a vida. Por outro lado, é

inadmissível não reconhecer a dificuldade em julgar situações como a descrita acima, visto que os recursos destinados à saúde nem sempre correspondem a real necessidade daqueles que precisam, ou seja, devem as decisões ser pautada na razoabilidade, respeitando a limitação orçamentária administrativa.

Neste caso, tendo por finalidade estabelecer um diálogo entre os eixos acima e, contextualizando, com a questão do plano de saúde, deve o julgador balizar sempre o seu julgamento diante de um caso concreto pelo viés da Constituição, ou seja, compatibilizar o seu entendimento com base na intenção do legislador de resguardar o interesse do cidadão e dar significância a Dignidade da Pessoa Humana, enquanto princípio.

Desse modo, deve-se considerar que, conforme Leonardo Araujo Negrelly (2010, p. 1418), a expansão das atribuições conferidas ao Poder Judiciário, tem que existir com equilíbrio, posto que, deve-se primar pela limitação do poder político, bem como, na garantia da soberania popular, garantindo os direitos de todos os cidadãos.

Vale ressaltar que, não existe problema na limitação de poder do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, desde que, sejam respeitados os limites impostos pela Constituição. Não obstante, essa judicialização da política ocorre à necessidade de estabelecer limites à atuação, sob o sério temor de colocar inclusive em risco o próprio sistema dos poderes.

Neste sentido, ao estabelecer limites, faz-se necessário que a Constituição permaneça rígida, ou seja, uma norma suprema que guarda os valores de uma sociedade. Desse modo, Leonardo Araujo Negrelly (2010, p. 1417), afirma que faz-se necessário a separação dos poderes, para esse Estado Democrático de Direito, porém esse exercício da função jurisdicional, tem que atuar dentro dos limites estabelecidos na nossa Carta Magna.

Entretanto, deve-se estabelecer limites a essas decisões e que realmente só poderão se feitos através de casos em concreto, devendo o Magistrado exercer esse juízo de ponderação de valores.

De tal forma, essa tarefa hoje conferida aos Magistrados deve ser realizada com cautela, em cada situação que lhe for posta, onde essas decisões judiciais devem mensurar os valores e limites éticos desse ativismo dos juízes.

Em arremate ao presente tópico, compreende-se que esse Neoconstitucionalismo, tem que ser percebido com alguma ressalva, posto que, não deve-se desprezar as regras em detrimento a supervalorização dos princípios, devendo ser ponderada sua aplicação no ordenamento jurídico, posto que, deve haver uma harmonia entre os poderes, evitando assim a ditadura dos Magistrados.

Superada a fase do positivismo clássico, surge frente aos novos paradigmas, uma nova concepção do Poder Judiciário, que visa cooperar com o desenvolvimento da cidadania, ainda que, para este desenvolvimento, seja lhe atribuído além da função de julgar, mas, sobretudo, efetivar os direitos. Nesta direção, em que se pretendeu investigar o âmbito de atuação deste poder, bem como os embates encontrados no desenvolvimento de sua atuação, foi que o tema objeto desse trabalho, trouxe a percepção da importância da análise das decisões judiciais, frente essa nova visão do Poder Judiciário, onde o Magistrado deve fazer um juízo de ponderação de valores no caso em concreto.

Dessa forma, em razão de diversas demandas contra os planos privados de saúde, no mês de outubro de 2016, foi julgado o Agravo de Instrumento no Tribunal de São Paulo, processo nº 2108001-89.2016.8.26.0000, Agravante: Bradesco Saúde S.A, Agravados: Marco Feitosa Porcino Reinaldo Freitas (menor representado), Marco Feitosa de Albuquerque Freitas e Janayna Porcino Reinaldo Freitas. Juiz: Renato Acacio de Azevedo Borsanelli, voto nº 10.314, de 04 de outubro de 2016, justamente em relação ao período de carência, como a ementa a seguir revela:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO Plano de Saúde Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Reparação por Danos Morais Decisão que deferiu a tutela de urgência para determinar que a ré arque com os custos de internação e tratamento do menor Inconformismo Alegação de período de carência contratual Inadmissibilidade - Existência dos elementos previstos no art. 300 do NCPC - Incontroversa a relação contratual entre as partes, e relatório médico solicitando internação de urgência - Aparente situação de urgência que deve ser coberta mesmo em período de carência Inteligência dos artigos 12 e 35-C da Lei nº 9.656/98 e Súmula 103 desta Corte Recurso desprovido.

O presente agravo fora julgado improvido, tendo em vista estarem presentes os requisitos para a concessão da medida de urgência e conforme relatado no presente a parte contrária, Bradesco, em caso de improcedência poderá requerer ressarcimento, o que justifica a permanência da medida.

Acrescenta-se, ainda, outro julgado recente da Unimed no mês de setembro de 2016, também referente ao período de carência no Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1006940-67.2014.8.26.0100, Apelante: Arthur Joanes Gomes de Oliveira (menor representado), Apelada: Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, Relator: Elcio Trujillo, de 27 de setembro de 2016, abaixo transcrito:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE - Pedido de cobertura das despesas com a internação do autor em UTI Pediátrica - Negativa da ré fundada na ausência de cumprimento integral do período de carência - Ação julgada parcialmente procedente para condenar a ré na obrigação de arcar com o tratamento que se fez necessário - Indeferido, por outro lado, o pedido de indenização por danos morais - Reforma necessária - Inegável o abalo emocional decorrente da privação de assistência médica em situação de delicada enfermidade que exigia atendimento de urgência - Ação totalmente procedente - RECURSO PROVIDO.

O presente recurso supramencionado fora provido, modificando a Sentença, e por consequência condenando a Unimed a pagar uma indenização ao Autor por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Se antes era possível dizer, com veemência, quais os limites que estavam adstritos ao Poder Judiciário, hoje não se pode afirmar com tamanha segurança, diante do fato da necessidade de se atribuir novos desafios em prol da construção da cidadania.

Com a análise do tema proposto, pode-se perceber a importância da participação política através da cidadania nas decisões judiciais. Todavia, os limites das decisões judiciais devem se ater ao caso em concreto, para com isso mensurar os limites éticos desse ativismo dos juízes.

Nesta direção, os Magistrados devem pautar suas decisões com razoabilidade perante os ditames constitucionais, ou seja, devem fundamentá-las, sendo desta forma o verdadeiro exercício do Estado Democrático de Direito.

4 CLÁUSULAS QUE ESTABELECEM O PERÍODO DE CARÊNCIA E O SEU REFLEXO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CIVIS VIOLADOS

Tendo como referência os capítulos anteriores, com o desenvolvimento de alguns tópicos, a exemplo do direito fundamental à saúde, Neoconstitucionalismo e ativismo judicial, que por sua vez, contribuem para a construção desse último capítulo, deve-se ressaltar que, ao longo do desenvolvimento dos anteriores, foram abordados, ainda que indiretamente, diferentes aspectos concernentes à violação de princípios Constitucionais e Civis, diante de cláusulas que estabeleçam prazo de carência para a realização de tratamento de saúde.

Além das questões acima, busca-se ainda no decorrer desse, analisar as decisões, erroneamente, interpretadas pelas empresas privadas de planos de saúde, que conseqüentemente constituem violação dos diversos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, com o objetivo de responder ao questionamento orientador dessa pesquisa, almeja-se, nesse capítulo, fazer a relação das jurisprudências selecionadas e estabelecer o diálogo entre os autores da área, situando a vinculação entre o discurso e a prática.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CIVIS PELO VIÉS DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E DA INTERPRETAÇÃO

Os princípios de modo geral, na atualidade, têm ocupado um papel de destaque no ordenamento jurídico, considerando os gerais e os específicos de cada um dos ramos do direito, razão pela qual são analisados, no decorrer desse capítulo, desde a conceituação até a diferença quanto às normas jurídicas. Nessa linha, antes de serem abordados os princípios que visivelmente são violados, assim como a

interpretação equivocada das empresas prestadoras de saúde em desfavor dos usuários, cabe esclarecer que, em especial, essa pesquisa se pauta na análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça-STJ, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Tocantins, Rio Grande do Norte e Distrito Federal, referente às decisões dos planos de saúde da Unimed, Bradesco Saúde e SulAmérica, entre outros, mas que, jamais, tem a pretensão de exaurir a questão, alocando-a apenas no debate acadêmico.

Tomando por base tais critérios, o objeto principal desta pesquisa foi justamente verificar que princípios são violados em razão da justificativa das operadoras de saúde para a alteração do período de carência. Ocorre que, apesar da pesquisa ter por escopo principal a questão dos princípios constitucionais, torna-se adequada a abordagem a respeito da função social dos contratos e da boa-fé, desenvolvidos no âmbito do Direito Civil, por serem ressaltados em grande parte das demandas apresentadas ao Poder Judiciário, cuja positivação no ordenamento jurídico brasileiro se dá nos artigos, 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E também, no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 1988, p. 183).

Desta forma, ao longo do tempo, observa-se que os contratos passam de um cunho eminentemente tradicional e positivado para exercer um alcance além do texto legal, ou seja, passa a fazer parte do contexto social de forma mais veemente, principalmente com o surgimento dos contratos de adesão, típicos da relação de consumo no âmbito virtual. Corroborando com esse entendimento e acrescentando alguns aspectos sobre o princípio da função social, apesar do art. 420 do Código Civil não mencionar diretamente esse princípio, Judith Martins Costa (1998, p. 13), observa que: “o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas”.

Desse modo, é inegável a importância do Princípio da Função Social dentro do ordenamento jurídico brasileiro, posto que acaba por garantir a real concretização dos direitos dos cidadãos. É através dessa lógica que os princípios podem ser compreendidos enquanto valores básicos, sendo à base da sociedade. Embora alguns aspectos de diferenciação entre Princípios e Normas já tenham sido

trabalhados no Capítulo 1, vale reforçar para uma melhor compreensão, o conceito de princípio, tal como afirma Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 154) ao mencionar que, diferentemente dos objetos que possuem uma corporificação, os princípios não são “paupavéis”, razão pela qual, a maior parte da doutrina os considera “abstrações” e neste caso,

[...] mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua identificação relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa etc.).

A partir dessa contextualização, fica demonstrada a relevância que possui o estudo dos princípios, dentro da lógica jurisdicional e legislativa brasileira, como ressalta Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 32-33) ao analisar que no percurso da doutrina brasileira, os princípios, tiveram por desafio encontrar o espaço para serem aplicados, tendo em vista que, inicialmente, tinham por características principais: “a abstração” e a “generalidade”. Contudo, ganharam esse espaço ao longo do tempo e apesar da inexistência de “hierarquia entre esses e as normas” por força do que mencionam os autores do “princípio da unidade da Constituição” convivem em harmonia dentro do “ordenamento jurídico”.

Decorre da fala dos autores, a compreensão de que, tal como posto no sistema brasileiro, os princípios e as regras convivem conjuntamente, sendo que cada um desempenha funções distintas. Entretanto, como forma de esclarecer a questão, vale trazer à baila a compreensão de Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 610) contribuindo para a diferenciação entre essas duas categorias, a partir de estudiosos da área, tal como descreve adiante:

Alexy parte de um pressuposto semelhante ao de Dworkin: o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa e não de grau. Sua principal contribuição foi precisar algumas premissas básicas dessa idéia e, principalmente, desenvolver a idéia de princípios como mandamentos de otimização.

Por seu turno, seguindo uma linha próxima a de Virgílio Afonso da Silva, Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 160) destaca que os princípios, como resultado dessa longa evolução doutrinária, foram então definidos como “deveres de otimização” aplicáveis em vários graus segundo “as possibilidades fáticas e normativas”.

Decerto que, pela fala dos autores, observa-se a transcendência em relação aos princípios, tendo em vista que os mesmos não se aplicam a uma só disciplina do direito, mas ao contrário, revestem de um caráter peculiar à medida que podem ser utilizados para aplicação em diferentes situações, principalmente quando se busca resguardar os direitos fundamentais. No mesmo contexto, Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 158), explica o conceito de princípio e estabelece ainda a diferença nas “possibilidades normativas e fáticas”. Ou seja, “normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem”. Já a fática, diz respeito a necessidade de um caso concreto para análise ou decisão conforme o princípio.

Neste caso, os princípios têm a finalidade de servir como norte e orientação para a atividade Estatal. Sobre a diferença, Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 617) acrescenta ainda que: “A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos”. Diante dessa distinção trazida pelo autor, vale ainda destacar que, muito embora tanto os princípios como as regras passam por uma “interpretação prévia” as regras após esse exercício já podem ser aplicadas, ao contrário, os princípios, podem se mostrarem contraditórios a outros e neste caso, deve-se fazer o exercício do “sopesamento”.

Apesar da convivência dentro de um mesmo sistema, como reflete o autor acima, não há impossibilidade da colisão entre dois princípios, razão pela qual, dentro de um caso concreto, deve ser feito o “sopesamento” de modo a não negar a validade de qualquer um dos dois. Diante de tais evidências, Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 155) reflete que: “a busca de uma definição mais precisa de princípios jurídicos é necessária. Não tanto pela diferença da denominação, mas pela distinção estrutural entre os fenômenos jurídicos que se procura descrever mediante o emprego de diversas categorias jurídicas”.

Nessa linha, a respeito da compreensão de princípios e, também, dos Direitos Fundamentais, cabe descrever o pensamento de Alexy (1999, p. 67) para quem:

Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva. Por outro, porém, eles indicam além do sistema nacional. Nessa passagem do nacional deixam-se distinguir dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por

razões substanciais, o quadro nacional, porque eles se querem satisfazer os requisistos que lhes podem ser postos, devem incluir os direitos do homem.

Neste sentido, os Direitos Fundamentais foram conquistados e inseridos no Ordenamento Jurídico, tendo por finalidade estabelecer condições mínimas de garantia para os cidadãos, como forma de que esses não permaneçam subjugados ao arbítrio de suas decisões, ou seja, há uma proteção que confere liberdade, dentro de determinados limites para que possam exercer seus direitos, no espaço que entendemos ser um Estado democrático de direito. Em sendo assim,

A maioria das constituições contém hoje catálogo de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma disciplina jurídica, é a interpretação desses catálogos. Nisso, valem as regras tradicionais da interpretação jurídica. Estas, todavia, na interpretação dos direitos fundamentais, chocam-se logo com limites. Uma razão essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 68).

Apesar de toda construção histórica constitucional, com o objetivo de conferir aos cidadãos os Direitos Fundamentais, tal como inscrito anteriormente, é possível que em determinados casos concretos, exista a violação a Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a princípios, podendo, inclusive, existir colisão entre alguns. Assim sendo, diante da possibilidade de colisão entre princípios e do reflexo nos Direitos Fundamentais, há verdadeira interpretação desses direitos. Ademais, conforme preleciona Fabiola Sulpino Vieira (2008, p. 3):

Necessidade das políticas para garantia do direito à saúde Nesse ponto, cabe lembrar que como está expresso no Art. 196 da Constituição Federal, o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, a própria Constituição reconhece que para garantir a saúde é preciso muito mais que acesso a serviços. Faz-se necessário dispor de políticas que possibilitem aos indivíduos a moradia adequada, saneamento básico, emprego, renda, lazer e educação. Considerando que a escassez de recursos é fato, verifica-se que não é possível prescindir das políticas quando o objetivo é garantir a observância aos princípios de universalidade, integralidade, igualdade e equidade no acesso aos serviços de saúde.

Diante de tais falas, podemos constatar que o direito à saúde no Brasil foi garantido de modo amplo, que vai desde a atenção básica até situações mais complexas que demanda do Estado um maior afincamento no sentido de resguardar a vida do cidadão. Desse modo, nas questões referente ao direito à saúde, revela-se importante contextualizar e compreender os Princípios de Universalidade, Integralidade, Igualdade e Equidade. Dito isso, de acordo com José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento (2007, p. 255-256):

A disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de reforma do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das promessas perdidas.

Assim sendo, o objeto da presente pesquisa é justamente as situações de cláusulas abusivas, desencadeando ações judiciais, demonstrando o desrespeito a diversos princípios constitucionalmente e civilmente previstos, que, constantemente, acabam sendo violados, necessitando por consequência da intervenção do Poder Judiciário.

De acordo com Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 94) não se deve fazer preferência entre Regras e Princípios, pois com base em uma leitura da obra de Alexy, a autora salienta que esse “[...] defende com propriedade a existência de um sistema misto de regras e princípios”. Complementando o pensamento anterior, mas descrevendo a possibilidade de conflitos dentro de um sistema jurídico, Alencar (2012, p. 8) analisa que:

É possível que em um mesmo sistema jurídico constitucional tenhamos princípios que se encontrem em rota de colisão com outros. Esse entendimento de que o conflito entre princípios, por se situar na esfera do seu peso ou valor (e não no plano da sua validade) deve ser solucionado sem que se tenha de alijar um ou outro dos princípios em choque, mas, simplesmente, pelo reconhecimento de que diante daquele caso concreto um deles merece ser mais considerado (não significando que em outra situação não se possa entender de modo diverso) é dominante, na atualidade.

Desta maneira, é necessário que no caso em concreto seja analisado qual princípio deverá sobrepor, aplicando-se a ponderação. Assim sendo, em virtude do direito à saúde ser considerado constitucionalmente como direito social, muitas vezes o mesmo não é garantido, sem que haja a interferência do Poder Judiciário, buscando estabelecer a sua eficácia, tal como descreve Oliveira (2001, p. 47) nas palavras a seguir:

Sendo a saúde um direito fundamental das pessoas e considerando-se a auto-aplicabilidade dos regramentos protetivos ditados pela Constituição Federal, mais o comando advindo de expressas e claras disposições de normas infraconstitucionais, tem-se por necessária conclusão que, falhando o Poder Público na prestação dos serviços assistenciais que lhe competem, haverá de se garantir a efetivação daquele direito mediante o instrumental jurídico da alçada do Poder Judiciário.

Através do pensamento anterior é possível reconhecer que o Estado, através do desenvolvimento de suas atividades e em razão de alguns entraves, não seja plenamente eficiente nas questões do serviço de saúde, razão pela qual é garantido o acesso ao Judiciário para que tal direito seja garantido. Assim, assevera mais uma vez Oliveira que: “Os meios legais de proteção judicial do direito à saúde compreendem a plenitude dos remédios constitucionais e processuais, sejam individuais ou coletivos, no intuito de obter plena e efetiva assistência” (OLIVEIRA, 2001, p. 47).

Com isso, a partir do próximo tópico, passamos a descrever situações enfrentadas pelo Poder Judiciário, demonstrando a violação a princípios já estabelecidos pelo ordenamento jurídico, o que pode refletir, mesmo que indiretamente, na violação ao Direito Fundamental à saúde.

4.2 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A PARTIR DO ANO DE 2013

Como salientado anteriormente, os princípios são importantes em nosso ordenamento jurídico brasileiro e por tal motivo são objeto da presente pesquisa, sendo perceptíveis nos julgados que determinados princípios acabam sendo violados, sob a justificativa dos planos privados de saúde, ao defenderem a tese de que as cláusulas que estabelecem período de carência, mesmo no caso de afronta ao direito à vida, revestem-se de legalidade, assim como diante da interpretação equivocada dessas empresas, que acabam por demonstrar a violação a esse direito fundamental.

Assim sendo, como forma de delimitar a presente pesquisa, buscou-se analisar algumas decisões dos Tribunais brasileiros, inclusive do STJ, tendo como marco a partir do ano de 2013 uma análise das decisões de alguns planos de saúde como o da Unimed, Bradesco Saúde e SulAmérica Saúde, dentre outros.

Destarte, segundo os diversos julgados pesquisados, constatamos que determinados princípios estão sendo constantemente violados, como por exemplo: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Boa-Fé.

Ocorre que, retomando a questão da interferência do setor privado nas questões de saúde, nesta oportunidade, revela-se adequado, a análise referente ao Princípio da Livre Iniciativa que nas palavras de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (2005, p. 76) pois o mesmo, “surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo”.

Desse modo, a liberdade de iniciativa somente é legítima quando atende a justiça social. A nossa Constituição Federal garante a livre iniciativa à empresa, tendo limites na ordem Constitucional, conforme preceitua o artigo 170, inciso IV e V da CF, destacando que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”, estabelecendo como direcionamento: da justiça social, livre concorrência; defesa do consumidor (BRASIL, 1988, p. 60).

Nada obstante, existem limites constitucionais para o exercício da livre iniciativa, conforme aduz o artigo 173, § 4º da CF:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988, p. 61).

Outro limite constitucional para o exercício da livre iniciativa está estampado no mesmo dispositivo supramencionado, em seu § 5º da CF: ao responsabilizar os atos, por parte dos dirigentes, que afronte contra a “Ordem Econômica” (BRASIL, 1988, p. 61).

Ou seja, a existência da norma busca coibir as arbitrariedades que poderiam ser cometidas pelo capital privado, caso não existisse a interferência do Estado em situações como essas.

A partir dessa contextualização do princípio e já analisando pelo viés do julgado abaixo, podemos constatar que as empresas têm o direito de se ver assegurado o Princípio da Livre Iniciativa, porém sob essa justificativa, tais cláusulas não podem lesar os consumidores que necessitam de seus serviços de saúde. Portanto, conforme o julgamento do processo nº. 20150410069778APC - 0006872-28.2015.8.07.0004, Data de Julgamento: 24/02/2016. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Relator: Flavio Rostirola - Apelante: Helena Maria Saboia Santos - Apelada: Amil Assistência Médica Internacional LTDA, proveniente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, analisado em fevereiro de 2016, observa-se que os planos privados de saúde acabam por prejudicar o consumidor, afrontando, ainda, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme a ementa:

EMENTA: CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO DE EMERGÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº. 9.656/98. RECUSA INJUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Vide inteiro teor (ANEXO A).

Desta forma, em análise ao caso da ementa, observa-se que, o Julgador, menciona o aspecto da hermenêutica das normas, pois nos casos relativo à saúde, deve-se optar pela regra mais favorável ao consumidor. Sendo assim, tal como demonstra o julgado: “Na relação jurídica entre operadora de plano privado de saúde e respectivo membro-segurado, o ordenamento jurídico brasileiro impõe interpretação mais benéfica à parte que se apresenta vulnerável”. Acrescenta ainda a questão da cobertura, mesmo nos casos da cláusula de carência, pois, “Comprovada a necessidade de submissão do beneficiário de plano de saúde a tratamento quimioterápico de emergência, deve o Plano de Saúde contratado oferecer cobertura completa para o procedimento, afastando o período de carência contratual”.

Deve-se ainda observar a correlação estabelecida no julgado, entre o direito almejado pelo consumidor e a sua fundamentação, pois através do exercício do

Julgador, ocorreu um realce quanto ao direito fundamental à saúde, de modo a garantir ao consumidor o direito ao seu tratamento, justamente, como mecanismo de proteção da sua dignidade, pois no mesmo é mencionado que: “A consagração da dignidade da pessoa humana em nível constitucional representa o reconhecimento de que o ser humano não pode ser considerado reflexo da ordem, mas seu objeto supremo”.

Importante frisar mais uma vez que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um princípio crucial e podemos observá-lo em várias decisões judiciais. Em sendo considerada a afronta, percebe-se na verdade a inobservância a própria carta constitucional, principalmente, ao seu art. 1º, tendo em vista o seguinte teor:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2016, p. 5)

Salienta-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não está apenas colocado de forma expressa no artigo supramencionado, mas, também, em outros dispositivos da própria Constituição, como, por exemplo, os artigos 226, parágrafo 7º, artigo 227 e artigo 230. Importante esclarecer o que vem a ser essa Dignidade da Pessoa Humana, assim, afirma Jorge Pereira da Silva (2015, p. 113-114) que: “A idéia de dignidade da pessoa humana corresponde, certamente, ao mais importante conceito de gramática dos direitos fundamentais”, sendo a Dignidade da Pessoa Humana a base para a concretização dos demais direitos. Segundo Ingo Sarlet (2007, p. 367) o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é compreendido

— independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos — mesmo o maior dos criminosos — são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas — ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

O Julgador, de igual modo, em análise a questão da urgência no atendimento e por via de consequência ao bem da vida, fundamenta o Acórdão de acordo com a Lei 9.656 de 1998, descrevendo que: “Nos termos do artigo 35-C da Lei nº.9.656/98, é obrigatória a cobertura do atendimento médico nos casos de emergência, como tal

definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente”.

Por fim, e não menos importante, restou demonstrado também, como forma de retribuir aos desgastes sofridos pelo consumidor, a indenização pelos danos morais, ao mencionar o modo e o agravamento do dano, tal como se observa no trecho a seguir:

A razoabilidade é critério que deve imperar na fixação da quantia compensatória dos danos morais. Para além do postulado da razoabilidade, a jurisprudência, tradicionalmente, elegeu parâmetros (leiam-se regras) para a determinação do valor indenizatório. Entre esses, encontram-se, por exemplo: (a) a forma como ocorreu o ato ilícito: com dolo ou com culpa (leve, grave ou gravíssima); (b) o tipo de bem jurídico lesado: honra, intimidade, integridade etc.; (c) além do bem que lhe foi afetado a repercussão do ato ofensivo no contexto pessoal e social; (d) a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; (e) o antecedente do agressor e a reiteração da conduta; (f) a existência ou não de retratação por parte do ofensor (TJ/DF20150410069778APC, 24/02/2016).

No segundo julgado em análise, processo: 20150110643476APC - (0018294-09.2015.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). Data de Julgamento: 28/09/2016. Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Relator: Simone Lucindo. Apelante(s): Bradesco Saúde S/A, Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. Apelado: Luiz Carlos Coelho de Medeiros, observa-se mais uma vez a questão inerente ao direito do consumidor “Conquanto não seja a administradora de benefícios diretamente responsável pela autorização e negativa de procedimentos, esta, na condição de fornecedora, possui responsabilidade solidária por eventuais falhas na prestação do serviço, de acordo com os artigos 7º, parágrafo único, e 14 do CDC”. Nesse sentido, descreve a responsabilidade das operadoras, como forma de resguardar o direito fundamental à vida, tal como descreve a ementa a seguir:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REJEIÇÃO. MÉRITO. QUADRO DE ANGINA INSTÁVEL. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. LIMITAÇÃO DE TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. SÚMULA 302 DO STJ. PERÍODO DE CARÊNCIA. LEI Nº 9.656/98. OBRIGATORIEDADE DE ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE CARÊNCIA APENAS DE 24 HORAS. CONDUTA ABUSIVA. DANOS MORAIS IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. Vide inteiro teor (ANEXO B).

Questões como a enfrentada acima, só revelam a necessidade do Julgador, atento a situações que colocam em xeque o direito à vida em detrimento do interesse econômico, busque através das normas legais, ressaltar a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois tal como adverte Jorge Pereira da Silva (2015, p. 116):

[...] o Estado não está apenas obrigado a respeitar a dignidade da pessoa humana – não produzindo decisões ou adotando medidas que atentem diretamente contra ela -, mas esta igualmente vinculado a garantir a sua proteção efetiva contra idênticas ameaças, embora com origem fora do círculo de poderes estaduais.

Assim, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é de suma importância, devendo ser observado sempre, sendo tal Princípio consagrado no texto Constitucional de forma expressa e como observado, tal Princípio acaba sendo constantemente violado. Com tais evidências, o julgado destaca o seguinte entendimento:

A constatação de quadro de angina instável patenteia a necessidade de internação em unidade de terapia intensiva, demodo que, a recusa por parte da seguradora de saúde em custear as despesas de internação mostra-se indevida, ferindo não só o princípio da boa-fé objetiva, mas também a cláusula geral de índole constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, que abrange tanto a tutela ao direito à vida, quanto o direito à saúde (Processo: 20150110643476APC. Data de Julgamento: 28/09/2016).

Além do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, outro princípio constantemente violado, tal como demonstram a decisão acima é o da Boa-Fé que no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso III confirma que nas relações de consumo a Boa-Fé tem que estar presente. Ou seja:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1988, p. 729).

Ademais, o Código Civil em seu artigo 113, demonstra que a Boa-Fé tem que estar sempre presente em todas as relações: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL,

1988, p. 165). Complementando o art. 187 do Código Civil afirma que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 1988, p. 169).

De acordo com o Código Civil de 2002, surge uma nova concepção de Boa-Fé, onde a mesma deve ser guardada e respeitada, desde as tratativas, bem como durante e após o término dos contratos. Analisando, ainda, a questão do Princípio da Boa Fé, Judith Martins Costa (1998, p. 14), descreve que:

Na tradição do direito brasileiro, é conotada à expressão “boa-fé” a aceção subjetiva, assim constando do vigente Código, entre outras passagens, as normas dos artigos 221, caput e parágrafo único, e 490, caput e parágrafo único. Contudo, a norma do art. 421 do Projeto trata da boa-fé em aceção objetiva.

É justamente neste sentido de Costa, que Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 40), complementa essa questão, ao destacar que:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

De tal modo, a Boa-Fé é crucial e tem que estar presente em todas as relações, valendo-se desde as tratativas, durante e após o encerramento de toda e qualquer forma contratual. Podemos constatar que além da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Boa-fé está sendo constantemente violado, como exemplificam as decisões judiciais, o que justifica a sua menção no presente trabalho.

Nesta mesma linha dos dois julgados anteriores, o terceiro julgado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, analisado em 25/09/2013, Apelação nº: 0309869-57.2010.8.19.0001. Des(a). Lúcio Durante - Julgamento: 25/09/2013 - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor. Apelante: Gisele Dias da Silva. Apelado: Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro LTDA. Relator: Desembargador Lúcio Durante descreve a violação ao Princípio da Dignidade da

Pessoa Humana bem como o Princípio da Boa-fé Objetiva, com os seguintes aspectos:

Violação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da boa fé objetiva, do dever de lealdade e de informação, que devem nortear as relações contratuais e, em especial as relações de consumo, na qual o consumidor é, em geral, a parte mais fraca (TJ/RJ Apelação nº: 0309869-57.2010.8.19.0001. Data do Julgamento: 25/09/2013).

A ementa ficou descrita da seguinte forma: “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PARTO FUTURO. RECUSA DE COBERTURA. CARÊNCIA. MIGRAÇÃO DE PLANO. DANO MORAL CONFIGURADO”. Vide inteiro teor (ANEXO C).

O que diferencia esse julgado dos demais é o fato de muitas operadoras de planos de saúde, após admitir a migração de usuários de outros planos, não aceitam a questão da carência anterior, embora no momento da elaboração do pacto concordem com essas regras, mas posteriormente discordam e, neste caso, entendem por bem estabelecer um novo prazo, descumprindo com o que foi pactuado, justamente como ocorreu neste julgado, tal como demonstra o seguinte trecho:

Hipótese em que a Autora, após pedir demissão, migrou de plano dentro da própria empresa, UNIMED, tendo sido informada que o padrão do plano seria mantido e que não haverianova carência. Descoberta posterior pela consumidora, durante a realização de um exame pré-natal, de que o plano não viria a dar cobertura a seu parto, por ainda estar no período de carência (Apelação nº: 0309869-57.2010.8.19.0001. Data de Julgamento: 25/09/2013).

Tal como demonstra o julgado supramencionado e os anteriores, neste quarto julgado também é recorrente à violação de alguns princípios, por meio das operadoras dos planos de saúde, porém além dos princípios, como ocorre nesse caso e reflete as ações de muitas empresas, há uma insistência em interpretar a norma de forma desfavorável aos usuários dos planos, como se observa no caso apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, julgado em 24/06/2014, processo nº 206386720128080347. Recurso Inominado. Juiz: Victor Queiroz Schneider. Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal da Capital. Recorrente: SAMP - Espírito Santo Assistencia Medica S/C LTDA, Recorrida: Francine Ramos Gonzaga, Relator: O Sr. Juiz de direito Victor Queiroz Schneider, tendo por objeto

uma ação de indenização em face da SAMP, pois no caso em apreço, o plano insistiu em interpretar a norma de forma desfavorável ao consumidor, sendo tal prática altamente abusiva, como se observa no resumo do caso, descrito a seguir:

EMENTA: Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por FRANCINE RAMOS GONZAGA em desfavor de SAMP - ESPIRITO SANTO ASSISTENCIA MEDICA S/C LTDA. A autora, ora recorrida, relatou em síntese que é beneficiária do referido plano de saúde e que necessitava com urgência realizar intervenção cirúrgica para retirada de cálculo renal. Não obstante isso, alega que a recorrente negou-se a acobertar o procedimento sob a justificativa de que o plano estava em período de carência. Vide inteiro teor (ANEXO D).

As empresas, elaboram as suas fundamentações, sempre alegando que os consumidores não cumpriram com o período de carência e, por tais razões, não fazem jus à cobertura para o seu tratamento, como se analisa no fragmento adiante: “De outro turno, afirmou que caso tivesse ocorrido a negativa, essa seria lícita, uma vez que a recorrida ainda não havia cumprido os 180 (cento e oitenta) dias de carência para a realização do procedimento cirúrgico” (Processo nº 206386720128080347. Data do Julgamento: 24/06/2014).

Entretanto, situações como essa só desvelam o desrepeito aos preceitos Constitucionais, principalmente ao art.1º da CF que preza pela Dignidade da Pessoa Humana, e por tais razões, a conclusão do julgamento, foi estritamente no sentido de reconhecer os direitos inerentes ao consumidor. Ou seja,

Sobreveio sentença (item nº 32) em que o juízo a quo julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a recorrente ao pagamento da quantia de R\$ 10.685,00 (dez mil seiscentos e oitenta e cinco reais) a título de danos materiais e R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a título de danos morais. Irresignado com o comando sentencial, o recorrente interpôs o presente recurso inominado (item nº 37). Reporta-se aos argumentos trazidos na contestação e pugna pela reforma in totum da decisão. Contrarrazões devidamente apresentadas, item nº 41. É o sucinto relatório. Em pauta para julgamento. Deste modo, pelos mesmos fundamentos da sentença, voto no sentido de MANTER a condenação por danos morais, dada a flagrante e deliberada conduta lesiva da recorrente. Ante ao exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da condenação (Processo nº 206386720128080347. Data do Julgamento: 24/06/2014).

No quinto julgado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, analisado em 2016, Processo n. AgInt no AREsp 858013 / DFAgravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2016/0030227-7. Ministro: Ricardo Villas Bôas Cueva (1147). T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento: 09/08/2016, há uma demonstração que os planos privados de saúde não podem se recusar ao atendimento em caso de emergência, sob a alegação de que não ocorreu o preenchimento quanto ao período de carência, pois tal prática se torna abusiva, incidindo a Súmula 568 do STJ:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA. ABUSIVIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 568/STJ. INCIDÊNCIA. Vide inteiro teor (ANEXO E).

O que se observa no julgado supramencionado que mesmo com a Súmula n. 568 - STJ as empresas de planos privados de saúde acabam interpretando de forma errônea, se negando a cobertura do plano, insistindo em não conceder o direito do segurado. A Súmula 568 do STJ aduz que: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema” (BRASIL, 2016, p. 1707). As operadoras de plano privado de saúde não estão interpretando a norma de forma devida, vindo a prejudicar os consumidores, conforme o trecho do julgado:

Esta Corte Superior firmou o entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado (Processo n. AgInt no AREsp 858013. Data do Julgamento: 09/08/2016).

Não obstante, no sexto julgado, o STJ no ano de 2015, processo n.: AgRg no AREsp 520750/SP, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0119072-7. Ministro: Raul Araújo (1143). T4 - Quarta Turma. Julgamento: 05/02/2015, julgou não só concedendo a cobertura do plano, por considerar, mais uma vez, a cláusula de carência, ilegítima nos casos de urgência “firmou-se no sentido de considerar que a existência de cláusula que prevê período de carência para uso do plano de saúde afigura-se legítima, exceto se servir para excluir tratamentos de natureza emergencial”. Mas, também, no caso concreto, permaneceu com o valor arbitrado de danos morais, como se observa abaixo:

Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter pedagógico da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do quantum indenizatório em R\$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais)” (STJ, RECURSO ESPECIAL 2014/0119072-7. Data do Julgamento: 05/02/2015).

Neste caso, favoreceu o consumidor, não considerando a decisão desproporcional quanto à fixação do valor ora arbitrado, conforme descreve a ementa a seguir:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. PLANO DE SAÚDE. DENGUE TIPO HEMORRÁGICA. PESSOA IDOSA (79 ANOS). SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RECUSA DE COBERTURA. CLÁUSULA QUE PREVÊ PERÍODO DE CARÊNCIA. CARÁTER ABUSIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. Vide inteiro teor (ANEXO F).

Em suma, conforme julgado acima o valor arbitrado foi concedido de forma razoável e proporcional, tendo em vista não ter sido reconhecido o direito do usuário a utilizar do plano de saúde, antes do ajuizamento da ação, o que demonstra uma total abusividade por parte da operadora.

Neste mesmo sentido, o sétimo julgado, de origem do STJ, no ano de 2013, processo n. AgRg no AREsp 327767/CE Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0108936-7. Ministro: Sidnei Beneti (1137). T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento: 25/06/2013, também analisando a questão do atendimento emergencial, com a justificativa do período de carência, apresentado pelo plano, arbitrou indenização de modo proporcional, ressaltando mais uma vez, a importância de aplicar a penalidade, ainda que pecuniária, em situações que demonstre a afronta a Direitos Fundamentais. Neste caso, a ementa, contribui para o que se estabeleceu no diálogo a respeito do direito fundamental à saúde e questão da proporcionalidade, tal como se observa a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ATENDIMENTO EMERGENCIAL NEGADO EM RAZÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. SÚMULA STJ/83. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. Vide inteiro teor (ANEXO G).

A diferenciação desse julgado com relação aos demais, diz respeito ao papel do STJ no que compete a uniformização da jurisprudência no País, tendo em vista o papel de zelar pela questão infranconstitucional:

A intervenção do STJ, Corte de Caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o País e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo (RECURSO ESPECIAL 2013/0108936-7. Data do Julgamento: 25/06/2013).

Com base no julgamento, o que resta demonstrado é que, o julgador, atento ao bem principal, qual seja, a vida, tem buscado através de condenações em danos morais razoáveis, coibir qualquer ação que afronte ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sobretudo pelo fato que a maior parte do período de carência já havia sido cumprido, segundo o fragmento a seguir:

Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para a recusa de internação urgente da Recorrida para realização de parto de trigêmeos, tendo cumprido 95% (noventa e cinco por cento) do prazo de carência, foi fixada, em 28.03.2010, a indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de dano moral (RECURSO ESPECIAL 2013/0108936-7. Data do Julgamento: 25/06/2013).

Por sua vez, ao se analisar o oitavo julgado, do Tribunal de Justiça Estado do Tocantins, Apelações Cíveis nº 0017330-61.2015.827.0000, Rel. Desa. Maysa Rosal, 4ª Turma da 1ª Câmara Cível, julgado em 16/03/2016. Referente: Ação de Obrigação de Fazer nº 5006771-58.2013.827.2706. Origem: 2ª Vara Cível de Araguaína. Apelantes: PLANSAÚDE/UNIMED - Confederação do Centro Oeste e Tocantins e Osvaldo Costa da Silva. Apelados: Osvaldo Costa da Silva e PLANSAÚDE/UNIMED - Confederação do Centro Oeste e Tocantins. Relatora: Desembargadora Maysa Vendramini Rosal, podemos perceber que além da concessão da situação de emergência as empresas também estão sendo condenadas em indenizar moralmente esses consumidores. Neste caso, apesar dos danos à questão da vida ser imensuráveis, optou o legislador em atribuir um valor à título de pecúnia, como forma de amenizar os danos sofridos pelo usuário, quando encontra-se prejudicado, através das atitudes das operadoras de plano de saúde. Destarte, a ementa a seguir, contribui para o entendimento e reflexão sobre essa questão. Veja-se:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. PLANSÁUDE. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. QUANTUM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS. Vide inteiro teor (ANEXO H).

A peculiaridade do presente julgado se revela na oportunidade em que é analisada a questão da preexistência da doença, tendo em vista que ao enfrentar o tema, pois no nosso entendimento, houve nesse caso um verdadeiro diálogo, estabelecido entre as questões do direito material e processual, quando se estabeleceu a responsabilidade à operadora de saúde pela confirmação de que a doença apresentada pelo consumidor, era efetivamente anterior a data de contratação, tal como se infere da leitura do seguinte trecho:

Embora o segurado ainda se encontrasse no prazo de carência, não poderia a operadora do plano de saúde negar a cobertura de procedimento necessário porquanto houve a indicação de urgência pelo médico cooperado. 3. O art. 11 da Lei nº 9.656/98, ao dispor sobre a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação, atribui à operadora do plano de assistência à saúde o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário, mas no caso em tela a Unimed deixou de fazer essa prova, valendo-se de mera retórica ao imputar essa condição ao recorrido (TJ/TC APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0017330-61.2015.827.0000. Data do Julgamento 16/03/2016).

Por fim, e não menos importante, diante da perspectiva trabalhada ao longo dessa pesquisa, o julgado ainda revela a importância com a existência do ser humano, tendo em vista que: “Afetação da vida privada do autor, que mesmo acometido de moléstia grave, foi-lhe negada à realização do necessário procedimento indicado por médico cooperado” (TJ/TC Apelações Cíveis nº 0017330-61.2015.827.0000. Data do Julgamento 16/03/2016).

No mesmo entendimento do julgado supramencionado, no nono julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na ementa abaixo, de janeiro de 2016, Apelação Cível nº 2015.002118-9. Origem: 4ª Vara Cível Não Especializada da Comarca de Natal/RN. Apelante: Asl - Assistência Médica à Saúde Ltda – Amil. Apelado: Roseane Duarte Câmara da Silva Gomes e outro. Relator: Desembargador Cornélio Alves. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Julgamento 28/01/2016, constata-se que novamente houve indenização por Danos Morais em razão da abusividade cometida pelas empresas privadas de saúde:

EMENTA: DIREITO PROCESSO CIVIL, CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELOS APELADOS PELA AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO LEGAL. REGULARIDADE. REJEIÇÃO. CIRURGIA DE HÉRNIA INGUINAL EM RECÉM NASCIDO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. PERÍODO DE CARÊNCIA DE 24 MESES. LAUDO MÉDICO QUE INDICOU A NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO, CARACTERIZADO COMO DE EMERGÊNCIA. APLICAÇÃO AS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI Nº 9.656/98. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. **OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA AFASTADA. EMERGÊNCIA/URGÊNCIA EVIDENCIADAS. ABUSIVIDADE. INDENIZAÇÃO QUE SE IMPÕE. VALOR PROPORCIONAL. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA (Vide inteiro teor (ANEXO I)).

Com as citações acima, nota-se mais uma vez que, um dos princípios basilares que são invocados quando se trata do direito fundamental à saúde, é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como abordou o julgador adiante:

LAUDO MÉDICO QUE INDICOU A NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO, CARACTERIZADO COMO DE EMERGÊNCIA. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI Nº 9.656/98. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Apelação Cível nº 2015.002118-9. Data do Julgamento: 28/01/2016).

Entretanto, apesar da grande menção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como observado até aqui, é preciso estabelecer uma ressalva importante. Há algumas críticas da doutrina, referente ao modo em que o princípio tem sido utilizado, diante de alguns casos que não se utilizam o mesmo com critérios sérios e, neste caso, diante desse fato evidencia-se o desmerecimento quanto a sua importância, o que revela que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deve ser considerado como peculiar, em vista dos demais, considerando a sua autoridade para a eficácia dos Direitos Fundamentais, tal princípio pode ser analisado em vários casos nos Tribunais do Brasil, pois tal como revela o décimo julgado do Tribunal de São Paulo, Voto nº: 10488 – Apelação Cível nº: 1010712-49.2014.8.26.0161 - Comarca: Foro de Diadema - Apelante: Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico - APELADO: Lucas Gabriel Rodrigues Nogueira (menor rep.) e outro - Juiz:Dra. Marisa da Costa Alves Ferreira, o mesmo serve para balisar questões que são levadas ao Poder Judiciário e colocam em xeque o direito

fundamental à saúde. Logo, essa questão fica clarividente, como demonstra a ementa a seguir:

EMENTA: Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Internação de emergência de menor. Recusa de custeio pelo Plano de saúde sob alegação de período de carência 180 dias, somente se responsabilizando pelas doze primeiras horas no setor de emergências. Cobranças do hospital em relação aos autores, ante a negativa do plano de saúde. Súmula 103 do TJSP. Vide inteiro teor (ANEXO J).

Por fim, o que destoa desse julgado quanto aos demais é, justamente, a questão dos danos morais, ou seja, apesar de ter sido observado o direito fundamental, tal com o se vê no intervalo da ementa a seguir, não houve a condenação em danos morais, expondo que apesar de se tratar do bem fundamental: a vida, para que exista a condenação em danos morais, deve ficar latente a violação a moral. Neste caso:

A garantia à Saúde não pode ser limitada por um número determinado de horas ou até evoluir para internação, conforme regulamentado pela CONSU, posto que a gravidade do quadro de saúde depende da evolução do paciente ao tratamento e das avaliações médicas. Menor com 15 dias devida com problemas respiratórios graves, agudos, de forma que não há como afastar o estado de emergência. Danos morais descabidos. (APELAÇÃO CÍVEL nº: 1010712-49.2014.8.26.0161).

Segundo o julgado abaixo do Bradesco Saúde no ano de 2016 do TJ-SP, Apelação nº: 1005622-11.2015.8.26.0554 - Comarca: Santo André, Apelante: Bradesco Saúde S/A, Apelados: Vanessa Tiueko de Oliveira Geronymo e Fabio Sabino Geron, verificamos que as empresas de planos de saúde insistem em lesar os consumidores, interpretando de forma errônea as cláusulas contratuais, além do Princípio da Dignidade Humana, Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, o que pode ser observado no julgamento:

EMENTA: Paciente grávida acometida de forte hemorragia interna constatada de abrupta que da dos batimentos cardíacos do nascituro – imediato encaminhamento ao centro cirúrgico – situação de urgência/emergência – negativa de cobertura - restrição contratual alegada carência - abusividade – incidência do Código de defesa do consumidor e da Lei nº 9.656/98 (35-C) cobertura de terminada dano moral configurado – Sentença mantida – Recurso Desprovido. Vide inteiro teor (ANEXO K).

Assim, segundo o julgado apesar da parte esta amparada pela legislação, qual seja, o CDC e pela Lei 9.656/98, a operada insiste em lesar tais direitos fundamentais, posto que na própria decisão consta a aplicação do art. 35C da Lei 9.656/98, onde o

ilustre julgador menciona que: “No caso vertente, inegável que o procedimento indicado a paciente quadra-se nas situações descritas pelo dispositivo mencionado, conforme se infere dos documentos médicos acostados aos autos”.

Como também presente no julgado a aplicação do CDC de forma expressa quando o julgador aduz que: “No caso, devem ser aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem que o objeto do contrato deve ser respeitado e que a interpretação da norma e do contrato deve ser interpretado em favor do consumidor”.

Importante destacar ainda que o julgador neste julgado mencionou de forma expressa o Princípio da Autonomia da Vontade, porém é notório que o mesmo não é absoluto:

Ressalte-se que o princípio da autonomia privada previsto no artigo 170, da Constituição Federal não é absoluto e deve conviver com outros princípios de direito contratual, todos de natureza cogente, tais como o da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato (TJ-SP, Apelação nº: 1005622-11.2015.8.26.0554).

Desse modo, o julgamento também aduz a aplicação da Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que se considera “abusiva a Cláusula contratual de plano de que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Ademais, o julgado afirma que: “Nesta senda, não se verifica violação ao pacta sunt servanda, na medida em que reconhecida a abusividade da cláusula contratual que impede a internação em caso de urgência, sob a alegação de não cumprimento da carência”.

Em razão da demanda a parte em razão de diversas violações fora concedido uma indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, onde fora salientado no referido julgado que: “Na fixação do valor da compensação, devem ser considerados a jurisprudência da Corte em casos análogos, as particularidades do caso concreto, e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Em análise ao julgado anterior, resta compreensível a violação dos direitos dos usuários, sendo tal prática altamente abusiva. A violação do Princípio da Proporcionalidade pode ser também demonstrada na prática. Em exame a esse Princípio, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 71) salienta que:

Considerando o percurso histórico da proporcionalidade desde sua concepção original na filosofia grega aristotélica, passando pela Idade Média com seu ideal limitador do poder do soberano, até a concepção atual ligada à história do constitucionalismo moderno, cumpre destacar a existência de uma conexão, historicamente posicionada entre a ampliação do ideal de Direitos Humanos, a democracia e a proporcionalidade. Ou seja, na medida em que se expande a luta pela declaração e reconhecimento de direitos, torna-se mais nítida e sofisticada a ideia do princípio que passaria de mero coadjuvante a princípio constitucional de grandeza tal que chega a superar, como já destacado, princípios como a liberdade, corolário maior da Revolução Francesa e de todos os demais movimentos de lutas políticas e sociais pela democracia e pela consolidação de Estados considerados ao mesmo tempo democráticos e de Direito, como os temos hoje.

Advém dessa concepção que, ao longo do tempo, o Princípio da Proporcionalidade foi ganhando notoriedade na ciência jurídica, capaz de, atualmente, alocar na sistemática jurídica como um dos mais importantes. Desse modo, podemos perceber que o Princípio da Razoabilidade vai muito além da apreciação do sistema jurídico, bem como, se foram realmente respeitados todas as Normas e Princípios. Segundo Weida Zancaner (2001, p. 6):

O princípio da razoabilidade propicia, portanto, a fiscalização da obediência a todos os demais princípios e regras albergadas pelo sistema. Assim, quando o aplicador da norma elege prioridades sem atentar para os vetores indicativos do sistema, está incorrendo em comportamento ilícito por desobediência ao princípio da razoabilidade.

Segundo o Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 2016, Apelação Cível nº 70070714670, nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelante: Unimed Porto Alegre Coop. Médica Ltda, Apelados: Sabrina Silveira Alves e André Luís Machado Bueno, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, julgado em 30/11/2016, uma gestante teve negativa de cobertura em razão de período de carência, demonstrando total abusividade dos planos privados de saúde:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. GESTANTE. PARTO. CESARIANA. PRÉ-ECLÂMPSIA. NEGATIVA DE COBERTURA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. DESCABIMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRAZO DE CARÊNCIA DO RECÉM-NASCIDO. INAPLICABILIDADE. CASO CONCRETO. Vide inteiro teor (ANEXO L).

Assim, o caso versa sobre “prazo de carência do recém nascido”, onde restou notório no referido julgado que: “é obrigatória a cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, do atendimento nos casos de urgência”. E complementa o julgador ao

afirmar que: “Por consequência, era descabida a negativa de cobertura para a realização de parto”.

Buscou-se com o julgado demonstrar como as empresas vêm cometendo ilícitudes, o que justifica a indenização concedida nos autos, conforme menciona o julgado: “Reconhecida a conduta ilícita da requerida e caracterizado o dano moral *in re ipsa*, pois, no momento da negativa de cobertura, os autores encontravam-se psicologicamente fragilizados”.

Podemos observar com o julgado supra que o Código de Defesa do Consumidor esta presente nestas relações contratuais, que envolvam planos de saúde, conforme dispõe a Súmula 469, do STJ. Assim as decisões devem ser prolatadas e interpretadas de forma mais favorável à parte mais fraca nesta relação, qual seja, o consumidor. Sendo assim, tal como descreve Ingo Sarlet resta violado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como a decisão acima elucidou.

Segundo o julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul do ano de 2016, Apelação Cível nº 70067932269, nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelante: Unimed Porto Alegre - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, Apelados: Timoteo dos Santos e Marlene Ferreira dos Santos, Relator: Alex Gonzalez Custodio, Julgado em 14/07/2016. A Unimed ao recorrer alegou estar ainda no período de carência ao ser realizada a portabilidade, julgado este na qual a sentença fora mantida, conforme discriminado abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. PORTABILIDADE. PERÍODO DE CARÊNCIA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRELIMINAR DE NULIDADE. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA PORTABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. Vide inteiro teor (ANEXO M).

Diferentemente do alegado pela apelante no presente julgado foi reconhecida na r. Decisão que é “forçosa a interpretação da apelante de que a simples alteração, pelo magistrado, do nome do plano de saúde ao qual os autores pediram ser enquadrados sem exigências de carência tornaria a sentença *ultra petita*”. Ademais, trata-se de relação de consumo, aplicando as regras dispostas no CDC, conforme estabelece a Súmula 469 do STJ.

As operadoras insistem em interpretar a norma de forma que venham a lesar os usuários dos planos, prática esta veda e reconhecida nos Tribunais Superiores, como exemplo do julgado supramencionado.

Desse modo, podemos constatar com o julgado supra citado que se aplica o Código de Defesa do Consumidor, apesar de ter ocorrido a portabilidade, tendo direito a parte Autora o direito a portabilidade sem prazo de carência, o que justificou a presente demandada, por total desrespeito as normal por parte da operadora. Outrossim, tal desrespeito aos consumidores acaba por afrontar ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse caso, diversos Princípios acabam sendo totalmente violados em decorrência dessa negativa das empresas privadas de saúde, com a justificativa do período de carência, bem como, a interpretação equivocada em desfavor dos usuários de planos de saúde por parte das operadoras, em especial o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto que, tal princípio é fundamental, que de acordo com Rizzatto Nunes (2013, p. 64-65) o referido princípio esta consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, sendo um direito constitucionalmente garantido, posto que a Dignidade tem que ser preenchida *a priori*.

Desta forma, podemos constatar que a nossa Constituição Federal preserva a ideia de que qualquer que seja a relação entre consumidor e fornecedor tem que permear os Princípios que resguarda o respeito ao indivíduo, como por exemplo: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Todavia, a questão que se põe em debate não é apenas essa, pois se faz necessário que a norma Constitucional seja o norte para o desenvolvimento da temática. Corroborando com tal entendimento no que se refere à Supremacia da Constituição, José Afonso da Silva (2014, p. 48) aduz que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Isto posto, podemos perceber que sendo a Carta Magna um parâmetro, todas as outras relações devem sempre almejar o respeito às normas constitucionais, ou seja, uma vez que a Constituição determina a Dignidade da Pessoa Humana e as relações de consumo também o fazem, evidencia-se que todos devem submeter-se ao respeito a este Princípio.

Sequencialmente, de acordo com o julgado do Tribunal do Rio de Janeiro no ano de 2016, Recurso - 0228116-05.2015.8.19.0001 - Apelação Cível, Apelante: Pame Associação de Assistência Plena em Saúde, Apelado: Carlos Roberto Mobarak Gomes, Juízo de Origem: 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro. Des. Relator: Ricardo Alberto Pereira, descrito abaixo, em que apesar da parte necessitar de implante de cardiodes fibrilador, a parte recorrente, neste caso a empresa, vem com a justificativa do período de carência, mas o julgado da apelante foi desprovido, sendo conforme decisão o valor da indenização fixado com base nos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade:

EMENTA: Recurso sob a égide da Lei 5.869/73. Ação indenizatória. Plano de saúde. Autor que acionou o plano de saúde em razão de parada cardiorrespiratória e necessidade de implante de cardiodesfibrilador. Procedimento não autorizado pela ré por não haver completado período de carência. Vide inteiro teor (ANEXO N).

In casu restou demonstrado a aplicação que a “carência máxima admitida para tratamentos de casos de emergência que implicarem risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis para o paciente é de vinte e quatro horas (art. 12, V, “c”, da Lei n. 9.656/1998) diante do tratamento de emergência”. No presente caso houve o reconhecimento dos danos sofridos pela parte onde no julgado se afirmou que: “A negativa de cobertura por parte da ré acarretou abalo psicológico grave na parte autora em face da gravidade de sua saúde. Dano moral configurado. Sumula 219 do TJRJ”, bem como, se afirmou no julgado que o valor arbitrado se pautou nos “princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Ademais, quanto à proporcionalidade, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 110) destaca que:

A proporcionalidade se encontra hoje como *status* de princípio plenamente consagrado na doutrina e na jurisprudência dos países de tradição democrática e de órgãos internacionais de defesa dos Direitos Humanos Fundamentais, devendo, portanto, ser plenamente assimilada e ter sua metodologia de aplicação compreendida não apenas por aqueles que se

propõem a aplicá-la, mas também por aqueles que, por dela discordar, precisam ter o domínio suficiente para que possam se contrapor ou recorrer de decisões que tenham sido tomadas com base nela.

Diferentemente da questão da proporcionalidade, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 104) analisa a razoabilidade pelo seguinte viés:

A palavra razoabilidade implica considerar a qualidade daquilo que é razoável, racional e, portanto, aquilo que está ligado a um pensamento de raiz lógico-dedutiva ou lógico-indutiva. Decisões razoáveis são, assim, aquelas que se originam de premissas solidamente sustentadas. Expressam aquilo que não é absurdo, que não é um contrassenso, que é aceitável e adequado, podendo, desse modo, ser acolhidas, consentidas, abrigadas, tendo em vista sua logicidade.

Segundo outro julgado o Tribunal do Rio de Janeiro do ano de 2016, Vigésima Sexta Câmara Cível/Consumidor, Apelação Cível nº 0057353-73.2012.8.19.0001 Apelante: Pedro Jorge Reis Nascimento, Apelado: Amico Saúde Ltda, Relatora: Des. Sandra Santarém Cardinali, mesmo a parte necessitando do procedimento, a Apelante argumentou a existência do período de carência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. AUTOR, MENOR, COM APROXIMADAMENTE TRÊS MESES DE IDADE, COM DOR CRÔNICA, NECESSITANDO, COM QUADRO DE LARINGITE ESTRIBULOSA E INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA. NEGATIVA DE COBERTURA DE INTERNAÇÃO REALIZADA EM CARÁTER DE EMERGÊNCIA, SOB ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PERÍODO DE CARÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Vide inteiro teor (ANEXO O).

Resta pacificado, conforme julgado supra que o “caráter emergencial da internação que afasta a necessidade do cumprimento da carência. Inteligência do artigo 12 da Lei nº 9.656/98”. Assim sendo, é totalmente abusiva a referida cláusula, posto que na própria decisão se reconheceu tal conduta arbitrária cometida pela operadora quando o julgado afirma que ocorreu a “abusividade da respectiva cláusula contratual limitadora do tempo de internação”.

Desse modo fora dado provimento ao Recurso, bem como houve o reconhecimento dos Danos Morais sofridos pela parte, quando se afirma no julgado que: “A recusa indevida de tratamento médico - nos casos de urgência - agrava a situação psicológica e gera aflição, que ultrapassam os meros dissabores, caracterizando o dano moral indenizável.”

De acordo com o julgado, percebemos como as operadoras de planos de saúde vem cometendo abusos para com os assegurados, fazendo com que os mesmos venham a postular em juízo para assegurar seus direitos, totalmente desrespeitados pela operadora.

O julgado abaixo do TJ-RJ do ano de 2015 da Vigésima Sexta Câmara Cível-Consumidor, Apelação Cível nº 0072182-88.2014.8.19.0001, Apelante: Sul América Companhia Nacional de Seguros, Apelado: Marcio Mariz da Silva, Relatora: Des. Adriana Lopes Moutinho, cujo julgamento foi realizado em 08/06/2015 aduz que:

EMENTA: APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM MEDICAMENTOS. RITO SUMÁRIO. SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. Vide inteiro teor (ANEXO P).

Insatisfeita com a decisão a apelante recorreu com o intuito de reverter à decisão de piso, porém acabou por aduzir: “Manifestação da agravante em acordo que implica verdadeira desistência do recurso e aceitação da sentença mantida pela relatora”. Ou seja, os usuários de planos cada vez mais frequente têm que postular em juízo para ver seu direito garantido. As operadoras interpretam a norma de forma desfavorável aos usuários dos planos, o que justifica diversas demandas judiciais em diversos Estados brasileiros.

Neste interim, se observa a má prestação de serviço das operadores que insistem em lesar seus usuários, apesar da norma garantir o direito dos consumidores, acabam não concedendo, apesar do dever da operadora, desrepeitando a proteção ao direito a vida e à saúde do consumidor.

Ademais, segundo o julgado do TJ-DF do Juizado Especial Cível, processo n. 07011258320168070016 - (0701125-83.2016.8.07.0016 - Res. 65 CNJ), Registro do Acórdão Número: 947826 – Recorrente: Ricardo Alves Bomfim, Recorrido: Bradesco Saude S/A, data de julgamento: 15/06/2016, Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Relator: Robson Barbosa de Azevedo, os planos de saúde tem que garantir o atendimento ao usuário em caso de período de carência, bem como, migração do plano coletivo para o plano individual:

EMENTA: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE C/C DANOS MORAIS.

GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA. CANCELAMENTO DO PLANO. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO É OBJETIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 30 DA LEI 9.656/98. COMPETE AO PLANO DE SAÚDE GARANTIR OS SERVIÇOS MESMO DURANTE O PERÍODO DE CARÊNCIA CONTRATUAL OU MIGRAÇÃO DO COLETIVO PARA O INDIVIDUAL. O PRONTO ATENDIMENTO DEVE SER RESGUARDADO AO SEGURADO. DANO MORAL DE NATUREZA RE IN IPSA CONFIGURADO. FIXAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. Vide inteiro teor (ANEXO Q).

Como se observa no julgado acima, o mesmo teve a decisão de primeiro grau reformado, posto que conforme fundamento da decisão: “Mesmo durante o período de carência contratual ou migração do coletivo para o individual. o pronto atendimento deve ser resguardado”. Desse modo, podemos observar que a “recusa injustificada do plano de saúde em prestar atendimento configura o descumprimento contratual”, posto que a responsabilidade no presente caso é objetiva em razão de se tratar de relação de consumo, conforme fundamentado na própria Decisão, bem como, que o “art. 35-C do mesmo diploma legal estabelece em seu inciso I a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de emergência”, desrespeitado pela operadora *in casu*.

Em razão da reforma, restou configurado não só o direito a cobertura do plano, mas também a indenização por Danos Morais, observando, conforme justificativa o respeito aos “Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”.

Como vimos são diversos julgados em que as empresas de planos privados de saúde acabam por interpretar de forma errônea os contratos desfavorecendo os usuários dos planos. Segundo a autora o Princípio da Proporcionalidade “tem a função primária de preservar os direitos fundamentais” (CAMPOS, 2004, p. 30). Com o exposto ambos os princípios são fundamentais para serem observados nos julgados, posto que esperamos que os Magistrados em suas decisões os utilizem no caso em concreto de forma a contribuir com uma decisão sábia e justa e de acordo com todos os ditames legais.

Assim sendo, vale lembrar que Helena Nunes Campos (2004, p. 28) compreende que:

[...] é o princípio da proporcionalidade que se permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens

jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.

Nessa mesma linha, o julgado abaixo do TJ-DF, processo: 07286585120158070016 - (0728658-51.2015.8.07.0016 - Res. 65 CNJ) - Registro do Acórdão Número: 943370, Recorrentes: Ronaldo Saunders Monteiro, Sarah Russo Leite Saunders e Amil Assistencia Medica Internacional S.A., Recorridos: Qualicorp Administradora de Beneficios S.A., Amil Assistência Médica Internacional S.A., Ronaldo Saunders Monteiro e Sarah Russo Leite Saunders, data de Julgamento: 25/05/2016, Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Relator: Robson Barbosa de Azevedo, demonstra a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade em um total descaso da operadora para com o consumidor:

EMENTA: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. EMERGÊNCIA. RECUSA ILEGÍTIMA DE ATENDIMENTO. DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DESCASO. DESRESPEITO E ANGÚSTIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL IN RE IPSA. FIXAÇÃO DO QUANTUM. **PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**. RECURSOS CONHECIDOS. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Vide inteiro teor (ANEXO R).

Conforme julgado a “recusa injustificada do plano de saúde em prestar atendimento configura o descumprimento contratual”, bem como, o art. 14 do CDC, retrata que “a responsabilidade por vício na prestação de serviço é objetiva, devendo a prestadora de serviços responder pelos danos que causar ao consumidor”.

De acordo com a decisão proferida nestes autos nos “casos de atendimento de emergência, que implique risco de vida ou lesões irreparáveis ao paciente, torna-se obrigatória a cobertura do atendimento médico, independentemente da observância do prazo de carência previsto no contrato”.

Podemos verificar com o julgado que os Tribunais vem concedendo indenizações aos usuários de planos privados de saúde, acarretando abalo psicológico ao consumidor em razão da negativa da operadora, o que justifica a decisão de forma mais favorável ao consumidor. O que se observa que tal decisão se pautou no critério da proporcionalidade no julgamento. Segundo Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 172):

Assim o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não só disso. A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja devido realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação "meio-fim" objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto. Vale dizer: o dever de proporcionalidade decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim.

Nas palavras do autor, observamos que a proporcionalidade deve estar presente e o Magistrado no caso em concreto deve sempre observá-la em seu julgamento.

Ademais, o trecho do julgado afirma que: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como das Turmas Recursais admitem a ocorrência de dano moral mediante a recusa ilegítima ou injustificável da operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura de tratamentos emergenciais".

Assim sendo, conforme assevera o Código de Defesa do Consumidor o vício na prestação de serviço é de responsabilidade objetiva, o Código determina o prazo máximo de carência de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência, sendo tal prazo totalmente desrespeitado pela operadora de planos de saúde.

Com o julgado do Bradesco abaixo do ano de 2016 do TJ-SP, Apelação nº 1001501-09.2014.8.26.0510 (Julgamento virtual), Relatora: Fernanda Gomes Camacho, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado, Apelantes/Apeladas: Bruna Fiorintobias (menor representada) e Bradesco Saúde S/A, Comarca: Rio Claro 1ª Vara Cível Juiz Prolator: Alexandre Dalberto Barbosa, verificamos a necessidade constante do consumidor ter que postular contra os planos privados de saúde, em virtude de grandes violações de direito:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRAZO DE CARÊNCIA. Autora que foi internada com urgência por apresentar apendicite. Negativa de cobertura da cirurgia, sob alegação de que não

tinha sido cumprido o prazo de carência. Procedimento de caráter emergencial. Vide inteiro teor (ANEXO S).

Na referida decisão afirmou-se no que diz respeito a cobertura que a “alegação de cobertura obrigatória somente nas primeiras 12 Horas não prospera, pois é contrária à Súmula 302 do STJ. Abusividade na negativa de cobertura”.

Ocorre que, no presente caso, a decisão de primeiro grau foi julgada parcialmente procedente, concedendo o pleito somente com relação aos Danos Materiais, com isso a apelante recorreu para conseguir a indenização por Danos Morais, não logrando êxito.

O julgado acaba se contradizendo posto que foi reconhecida a “abusividade na negativa de cobertura. Reembolso integral”, porém não concederam os Danos Morais.

O julgado abaixo no ano de 2015 do TJ-SP, Apelação nº 0002710-30.2013.8.26.0586, Comarca: São Roque, Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde, Apelado: Flávio Gago Gomes:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE MENINGOENCEFALIA ATENDIMENTO DE URGÊNCIA DEVIDO, MESMO NO PRAZO DE CARÊNCIA - REEMBOLSO CLÁUSULA OBSCURA FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO NULIDADE OBRIGAÇÃO DE REEMBOLSAR INTEGRALMENTE AS DESPESAS DE HONORÁRIOS MÉDICOS SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO Vide inteiro teor (ANEXO T).

Segundo a fundamentação do julgado “dentro desse contexto, inadmissível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência essenciais à preservação da vida do paciente”.

No julgado constatou-se que: “No caso dos, em que a doença apresentada pelo apelado era grave e havia risco de déficit neurológica irreversível, a urgência se extingue com o atendimento em socorro, persistindo durante todo o período em que necessitar permanecer internado”.

O que se verifica no julgado que apesar de existir a norma a operadora insiste em interpretar a mesma de forma que venha a lesar o consumidor, fazendo com que o mesmo venha postular em juízo na busca de seus direitos fundamentais.

Antes de adentrarmos no Princípio da Ponderação, importante distinguir o que vem a ser Regras e Princípios que nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 90) aduz que: “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”. Ocorre ao contrário as regras que nas palavras do autor: “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 90).

Importante salientar que o Princípio da Ponderação é de suma importância para este trabalho, devendo o Magistrado exercer a ponderação caso a caso ao analisar suas decisões. De acordo com Alencar (2012, p. 9):

O sucesso dos princípios, quiçá, encontra-se em um dos seus traços mais marcantes, ou seja, na dimensão que não é própria das regras jurídicas: a do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem houver de resolver o conflito deverá levar em conta o peso relativo de cada um deles, em cada caso concreto.

Importante salientar que segundo Helena Nunes Campos (2004, p. 28): “O princípio da proporcionalidade traduz a busca do equilíbrio e harmonia, da ponderação de direitos e interesses à luz do caso concreto como melhor forma de aplicação e efetivação destes mesmos direitos”.

O Princípio da Ponderação é de suma importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, onde o juiz tem o dever de analisar no caso em concreto quais Princípios devem sobrepor perante os demais, isso não quer dizer que sempre um Princípio irá vencer o outro, tudo vai depender do caso em concreto, existindo sim uma ponderação para uma verdadeira análise das decisões.

Em suma, diante dos diversos julgados apresentados, podemos constatar que houve além de violação aos princípios, a interpretação prejudicial de determinadas cláusulas, por parte dos planos privados de saúde, que por sua vez, insistem no desrespeito aos usuários dos planos, como se analisou nessa pesquisa.

Diante dos casos narrados, neste último capítulo, ficam evidente que, como forma de tentar diminuir a busca constante pelo Poder Judiciário, para solucionar as questões atinentes à saúde, deveria existir normas e um controle mais rígido, no sentido de fazer valer os preceitos em vigor, sob pena de torná-los inócuos, em caso

de descumprimento, proibindo as empresas de interpretar as normas lesando direito dos usuários de planos. Tal fiscalização contribuiria para a preservação da vida dos consumidores e, por conseqüência, desafogaria pelo menos com relação aos planos privados de saúde as demandas judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no decorrer dessa pesquisa, a saúde, enquanto direito fundamental, têm suscitado diferentes inquietações que buscam compreender o seu desenvolvimento ao longo dos séculos. Neste caso, a proposta dessa análise foi, a partir de uma contextualização histórica, demonstrar como o direito à saúde foi e vem sendo conquistado, sobretudo no caso brasileiro, cercado de grandes entraves, para que, atualmente, o mesmo pudesse estar resguardado na Constituição Federal, especificadamente, no art.6º.

Ao lado de outros direitos fundamentais, tais como: a educação e moradia, as políticas públicas que buscam contribuir para efetividade desse direito, têm se mostrado como imprescindíveis, diante dos obstáculos para que a população encontre o pleno acesso a esse bem.

Sendo assim, a pesquisa buscou analisar os planos privados de saúde tendo por base a análise de algumas decisões judiciais, onde fora constatado que diversos direitos estão sendo lesados em razão da negativa dos planos privados de saúde em decorrência do período de carência, fazendo com que vários usuários tenham que buscar o Poder Judiciário para ver seu pleito atendido.

Frisa-se que o Estado permite que a empresa particular forneça essa prestação do serviço de saúde, muito embora seja o dever do Estado fornecer a saúde a todos os cidadãos.

Podemos constatar com o presente estudo que existem diversas cláusulas abusivas, nos contratos de planos privados de saúde, quando ocorre a exigência de que seja guardado um período de carência para se ter acesso/direito a tratamentos de alto custo, tais como cirurgias e exames de alta complexidade, bem como atendimentos de urgência, entre outros.

Desse modo, de acordo com a doutrina, jurisprudência e de outras pesquisas que se propuseram a investigar o tema, foi realizado um estudo de alguns Princípios importantes, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Boa-Fé, que acabam sendo afrontados sempre que os usuários desses planos deixam de ser, por exemplo, atendidos em casos de urgências ou de cirurgias necessárias dentro do período considerado de carência.

Entretanto, muito embora exista o Princípio da Livre Iniciativa as empresas de planos privados de saúde não podem deixar de atender as pessoas que contrataram os serviços de planos privados com a justificativa da alegação de carência, o que justifica diversas ações judiciais neste sentido em diversos Estados do Brasil.

Segundo os julgados supramencionados, verificamos que vários princípios acabam sendo violados em razão da não cobertura dos planos com a alegação de estarem ainda no período de carência, bem como, as empresas de saúde insistem em não interpretar de forma correta os contratos, fazendo com que cresça cada vez mais as demandas judiciais, fazendo com que os usuários tenham que postular em juízo na busca pelos seus direitos, demonstrando uma total abusividade por parte das operadoras.

Outrossim, apesar de diversos julgados apresentados, percebemos que as empresas, embora estejam atuando sob o manto do Princípio da Livre Iniciativa não podem em razão da Autonomia da Vontade lesar os usuários de planos de saúde, sejam ferindo vários Princípios Constitucionais, como o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Boa-fé, bem como, interpretando a norma de forma mais desfavorável ao consumidor, o que acaba por lesar direitos.

Por fim, com a análise realizada de alguns julgados e da doutrina verificamos que o Magistrado em suas decisões devem se utilizar da ponderação, segundo ensinamentos de Alexy e de outros doutrinadores que são a favor desta técnica, pois o juiz deve a cada caso em concreto verificar não só a norma, mas também que princípio deve prevalecer em detrimento ao outro.

Deveras, como forma de contribuição para o debate referente aos planos de saúde no caso brasileiro, pode-se analisar a possibilidade de estabelecer um mercado organizado de venda ou aderência à planos privados de saúde, de modo mais acessível, possibilitando mais acesso as empresas e aos cidadãos, que não possuam condições financeiras suficientes, bem como a reestruturação dos órgãos competente da fiscalização da saúde existentes, buscando afastar as arbitrariedades e abusos cometidos pelos planos, para com isso se evitar as inúmeras demandas judiciais.

REFERÊNCIAS

ABIKO, Alex; MORAES, Odair Barbosa de. **Desenvolvimento urbano sustentável**. Disponível: <http://www.pcc.usp.br/files/text/publications/TT_00029.pdf>. Acesso em: 01 set. 2016.

ALBUQUERQUE, Ceres; PIOVESAN, Márcia Franke; SANTOS, Isabela Soares; MARTINS, Ana Cristina Marques; FONSECA, Artur Lourenço; SASSON, Daniel; SIMÕES, Kelly de Almeida. **A situação atual do mercado da saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro**. Ciência saúde coletiva vol.13 n.5, Rio de Janeiro Sep./Oct. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 20 set. 2016.

ALENCAR, Martsung F.C.R. **O sistema jurídico: normas, regras e princípios**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15037-15038-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 02 set. 2016

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 02 set. 2016.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Org. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renata Palheiro Mendes de. **A cláusula de carência em contratos de planos de saúde como fundamento para limitação de cobertura dos casos de emergência**. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaodasaude110.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

ALMEIDA, Célia Maria de. **Reforma do Estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csc/v4n2/7112.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3410-numeros-do-setor>>. Acesso em: 01 out. 2016.

ANS. **Resolução do conselho de saúde suplementar** – CONSU nº 13 de 3 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzAw>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

ANS. **Resolução normativa** - RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM4OQ==>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo 215 (1999): 151-179.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BAHIA, Ligia. **O sistema de saúde brasileiro entre normas e fatos**: universalização mitigada e estratificação subsidiada. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/especializacaofisio/FILES/2010/03/O-sistema-de-sa%C3%BAde-brasileiro-entre-normas-e-fatos2.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BAHIA, Ligia. **Padrões e mudanças no financiamento e regulação do sistema de saúde brasileiro**: impactos sobre as relações entre o público e privado. Saúde e Sociedade v.14, n.2, p.9-30, maio-ago 2005, revistas.usp.br.

BAHIA, Ligia. **Planos privados de saúde**: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csc/v6n2/7006.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BAHIA, Ligia. **Saúde supletiva mercado e regulação**. Um panorama do mercado de planos e seguros saúde no Brasil: entre o mutualismo e o securitarismo. Disponível em: <http://abresbrasil.org.br/sites/default/files/4-um_panorama_do_mercado_de_planos_e_seguros_saude_no_brasi.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Dez anos da Constituição de 1988** (foi bom pra você também?). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/41034300/HERMENEUTICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1484700956&Signature=qH7QotCnqLDtKByDZhBIEBOItAs%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DHERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BITTAR, Olímpio J. Nogueira V. **O mercado médico no Brasil**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewArticle/7668>>. Acesso em: 01 out. 2016.

BOLWERK, Aloísio Alencar; SILVA, Francisco Atanagildo Melo. **Considerações sobre a nova hermenêutica jurídica aplicada à constituição federal de 1988**. Revista Esmat, Palmas, Ano 4, nº 4, pag. 39 a 66 - jan/dez 2012. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/84/90>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL, Bárbara Dayana. **A ponderação judicial de princípios constitucionais no neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16753/11140>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. **Lei 9656, 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL JR, Samuel Meira. **Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/80/76>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Código Civil (2002) Vade Mecum. Saraiva Compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988) Vade Mecum. Saraiva Compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana**. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, 2014.

CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Amedina, 2003.

CORREA, Maria Valéria Costa. **Controle social na saúde**. Disponível em: <<http://residenciamultihucff.xpg.uol.com.br/textos/texto12.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

COSTA, JUDITH MARTINS. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 01 out. 2016.

COSTA, Júlio Pinto da. **A reforma Obama e o sistema de saúde dos EUA**. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S0871-34132013000400004&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 22 dez. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Função social e função ética da empresa**. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02.pdf#page=74>. Acesso em: 24 dez. 2016.

FLEURY, Sonia; Ouverney, Assis Mafort. **Política de saúde: uma política social**. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/eesp/images/stories/EESP_2016/curso_gestao_servicos_saude/novo/TEXTO_POLITICA-DE-sauDE_UMA-POLITICA-SOCIAL.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

FRANÇA, Susete Barboza. **A presença do estado no setor saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/372/378>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

GAMA, Anete Maria; REIS, Carlos Otávio Ocke; SANTOS, Isabela Soares; BAHIA, Ligia. **O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil**: notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. Disponível em: <[HTTP://WWW.ANS.GOV.BR/IMAGES/STORIES/MATERIAIS_PARA_PESQUISA/MATERIAIS_POR_ASSUNTO/ARTIGO_O_ESPACO_DA_REGULAMENTACAO_DOS_PLANOS_E_SEGUROS_DE_SAUDE_NO_BRASIL.PDF](http://WWW.ANS.GOV.BR/IMAGES/STORIES/MATERIAIS_PARA_PESQUISA/MATERIAIS_POR_ASSUNTO/ARTIGO_O_ESPACO_DA_REGULAMENTACAO_DOS_PLANOS_E_SEGUROS_DE_SAUDE_NO_BRASIL.PDF)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

GERSCHMAN, Silvia. **Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Silvia_Gerschman/publication/23278186_Compared_supplementary_healthcare_policies_in_the_context_of_public_health_systems_European_Union_and_Brazil/links/5422fb520cf290c9e3ae2446.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** v.3. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA, Gustavo Rabay. **A expansão do poder judicial no constitucionalismo democrático: Distorção sistêmica ou necessidade contemporânea?** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32552-39665-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

HERBELLA, Tinti; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **Uma análise crítica ao (neo)constitucionalismo.** 2013. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/3408/3164>>. Acesso em: 02 set. 2016.

KUSCHNIR, Rosana, CHORNY, Adolfo Horácio. **Redes de atenção à saúde: contextualizando o debate.** Disponível em: <http://webgiz.univertix.net/files/000275/redes,_2011.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

LABRA, Maria Eliana. **Política e saúde no Chile e no Brasil.** Contribuições para uma comparação. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csc/v6n2/7008.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais.** Revista Aporia Jurídica - Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. Disponível em: <<http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/76/72>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

LUENGO, André Luís. **Constituição cidadã e polícia cidadã.** Disponível em: <<http://cursodirei.dominiotemporario.com/doc/LUENGO1.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

MACERA, Andrea Pereira, SAINTIVE, Marcelo Barbosa. **O mercado de saúde suplementar no Brasil.** Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2004/DT_31.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

MADURO, Miguel Poiars. **A Constituição plural. Constitucionalismo e União Européia.** 1 ed. Principia, 2006.

MAIA, Ana Carolina; ANDRADE, Mônica Viegas; OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto Camilo de. **O risco moral no sistema de saúde suplementar brasileiro.** Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/6357877.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. coord. Neoconstitucionalismo. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAIA, Isabela Rebouças; COSTA, Frederico Magalhães. **O constitucionalismo dirigente brasileiro está morrendo?** : Uma breve análise sobre os 25 anos de Constituição, promessas não cumpridas e as manifestações de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3439/2466>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MAJONE, Giandomenico. **Do estado positivo ao estado regulador**: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. Revista do Serviço Público Ano 50 Número 1 Jan-Mar 1999. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/339/345>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do estado regulador**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300007&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; MARQUES, Jeidson Antônio Moraes; SALIBA, Orlando, GARBIN, Cléa Adas Saliba, ZINA, Lívia Guimarães; SALIBA, Nemre Adas. **Satisfação e percepção do usuário do SUS sobre o serviço público de saúde**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n4/a19v20n4.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O direito à saúde e os “limites” do estado social**: medicamentos, políticas públicas e judicialização. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/467/409>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Dignidade humana na constituição dirigente de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-12-DEZEMBRO-2007-NELSON%20CAMATTA.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2016.

NEGRELly, Leonardo Araujo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao estado democrático**. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. **As bases do neoconstitucionalismo como justificadora da maior atuação do poder judiciário**. Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8034/7291>>.
Acesso em: 19 dez. 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário**. Revista de Direito Sanitário, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82757/85739>>. Acesso em: 01 out. 2016.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes. **A judicialização da saúde no Brasil**. Rev Tempus Actas Saúde. Revista Eletrônica Tempus. 2013. Disponível em: <<http://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1276>>. Acesso em: 20 set. 2016.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

PAIM, Jairnilson, TRAVASSOS, Claudia, ALMEIDA, Celia, BAHIA, Ligia, MACINKO, James. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. Saúde no Brasil 1. Disponível em: <<http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/31/file/O%20SISTEMA%20DE%20SAUDE%20BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 08 set.2016.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores**. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.21, n.1, jan.-mar. 2014, p.15-35.

PEDRA. Adriano Sant'ana. **Mutação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional**. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/3930/6518>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Regulamentação dos planos de saúde e a proteção do consumidor**. Revista de Direito Sanitário, vol. 2. n, 2, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/83466/86426>>. Acesso em: 08 set.2016.

POLANYI, Karl. **Nossa obsoleta mentalidade do mercado (1947)** In: A subsistência do homem e ensaios correlatos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

PORTO, Dora; GARRAFA, Volnei. **Bioética de intervenção: considerações sobre a economia de mercado**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/96/91>. Acesso em: 21 dez. 2016.

PUCCINELLI JUNIOR, Andre. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15 ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual**.

Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_d_e_paula_pinheiro_rocha-2.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. coord. **Neoconstitucionalismo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível**.

Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 01 set. 2016.

SCHEFFER, Mário; BAHIA, Ligia. **O financiamento de campanhas pelos planos e seguros de saúde nas eleições de 2010**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 96-103, jan./mar. 2013. Disponível em:

<http://observatorio.fm.usp.br/bitstream/handle/OPI/5834/art_SCHEFFER_O_financiamento_de_campanhas_pelos_planos_e_seguros_2013.PDF?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2016.

SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas**. 2006 - unimedfesp.coop.br/unimedfesp.coop.br. Disponível em:

<http://www.unimedfesp.coop.br/SITES/29/imagens/7EZ32_MarioScheffer.PDF>. Acesso em: 15 out. 2016.

SCHEFFER, Mário. **Participação da sociedade na efetivação do direito humano à saúde**. Saúde em Debate, vol. 30, núm. 73-74, mayo-diciembre, 2006, pp. 313-

320. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=406345309014>>. Acesso em: 15 out. 2016.

SCHOLZE, Victor. **Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

SESTELO, José Antonio de Freitas; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de; BAHIA, Lígia. **Saúde suplementar no Brasil: abordagens sobre a articulação público/privada na assistência à saúde.** Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/14407/1/Sestelo%202013.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da idéia de Constituição Dirigente no Constitucionalismo pátrio.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15128-15129-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares.** Lisboa: Universidade Católica, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais (2003): 607-630. SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira.** 3.ed. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, (2000)[2006].

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo.** Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23/27>>. Acesso em: 01 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 11 ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TASCA, Jocimar Antonio. **A judicialização da saúde.** Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/7/pdf_4>. Acesso em: 01 out. 2016.

TOLEDO, Maurício Moreira; REIGOTA, João Manoel dos Santos. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil.** Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/dir/mauricio_moreira.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2016.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde e desenvolvimento.** Disponível em:

<https://www.researchgate.net/profile/Ana_Viana5/publication/250028153_Saude_e_desenvolvimento/links/02e7e53cd5bc7154f2000000.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde:** reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. Rev Saúde Pública 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo.

Universalidade e privatização: uma análise comparativa dos sistemas públicos de saúde brasileiro e francês. Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 13 | n. 6 | p. 61 - 73 | jan./abr. 2016. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/302981418_UNIVERSALIDADE_E_PRIVATIZACAO_UMA_ANALISE_COMPARATIVA_DOS_SISTEMAS_PUBLICOS_DE_SAUDE_BRASILEIRO_E_FRANCES>. Acesso em: 25 set. 2016.

ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade:** princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Ano I – n.º. 9 – dezembro de 2001 – Salvador – BA – Brasil. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-WEIDA-ZANCANER.pdf>. Acesso em 01 out. 2016.

ZUCCHI, Paola; NERO, Carlos Del; MALIK, Ana María. **Gastos em saúde:** os fatores que agem na demanda e na oferta dos serviços de saúde. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7049/8518>>. Acesso em: 15 out. 2016.

ANEXOS

ANEXO A – processo n. 20150410069778APC - (0006872-28.2015.8.07.0004 - Res. 65 CNJ)

ANEXO B – processo n. 20150110643476APC - (0018294-09.2015.8.07.0001 - Res. 65 CNJ).

ANEXO C – processo n. 0309869-57.2010.8.19.0001.

ANEXO D – processo n. 206386720128080347.

ANEXO E – processo n. AgInt no AREsp 858013 / DF
 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
 2016/0030227-7.

ANEXO F – processo n. AgRg no AREsp 520750 / SP
 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
 2014/0119072-7.

ANEXO G – processo n. AgRg no AREsp 327767 / CE
 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
 2013/0108936-7.

ANEXO H – processo n. 0017330-61.2015.827.0000.

ANEXO I – processo n. 2015.002118-9.

ANEXO J – processo n. 1010712-49.2014.8.26.0161

ANEXO K – processo n. 1005622-11.2015.8.26.0554

ANEXO L – processo n. 70070714670

ANEXO M – processo n. 70067932269

ANEXO N – processo n. 0228116-05.2015.8.19.0001

ANEXO O – processo n. 0057353-73.2012.8.19.0001

ANEXO P – processo n. 0072182-88.2014.8.19.0001

ANEXO Q – processo n. 07011258320168070016 - (0701125-83.2016.8.07.0016 - Res. 65 CNJ)

ANEXO R – processo n. 07286585120158070016 - (0728658-51.2015.8.07.0016 - Res. 65 CNJ)

ANEXO S – processo n. 1001501-09.2014.8.26.0510

ANEXO T – processo n. 0002710-30.2013.8.26.0586



Órgão : 3ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO
N. Processo : **20150410069778APC**
(0006872-28.2015.8.07.0004)
Apelante(s) : HELENA MARIA SABOIA SANTOS
Apelado(s) : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA
INTERNACIONAL LTDA.
Relator : Desembargador FLAVIO ROSTIROLA
Acórdão N. : 923519

EMENTA

CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO DE EMERGÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº.9.656/98. RECUSA INJUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

1. Na relação jurídica entre operadora de plano privado de saúde e respectivo membro-segurado, o ordenamento jurídico brasileiro impõe interpretação mais benéfica à parte que se apresenta vulnerável. Código de Defesa do Consumidor.

2. Nos termos do artigo 35-C da Lei nº.9.656/98, é obrigatória a cobertura do atendimento médico nos casos de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente.

3. A consagração da dignidade da pessoa humana em nível constitucional representa o reconhecimento de que o ser humano não pode ser considerado reflexo da ordem, mas seu objeto supremo.

4. Comprovada a necessidade de submissão do beneficiário de plano de saúde a tratamento quimioterápico de emergência, deve o Plano de Saúde contratado oferecer cobertura completa para o procedimento, afastando o período de carência

contratual.

5. Partindo do pressuposto de que o art. 5.º, V e X, da CF/1988 e o art. 6.º, VI e VII, do CDC contemplaram expressamente o direito à indenização em questões que se verifique a violação de direitos da personalidade, o consumidor que teve violado seus direitos da personalidade deverá ser compensado, monetariamente, a fim de reparar o dano.

6. A razoabilidade é critério que deve imperar na fixação da quantia compensatória dos danos morais. Para além do postulado da razoabilidade, a jurisprudência, tradicionalmente, elegeu parâmetros (leiam-se regras) para a determinação do valor indenizatório. Entre esses, encontram-se, por exemplo: (a) a forma como ocorreu o ato ilícito: com dolo ou com culpa (leve, grave ou gravíssima); (b) o tipo de bem jurídico lesado: honra, intimidade, integridade etc.; (c) além do bem que lhe foi afetado a repercussão do ato ofensivo no contexto pessoal e social; (d) a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; (e) o antecedente do agressor e a reiteração da conduta; (f) a existência ou não de retratação por parte do ofensor.

7. Deu-se provimento ao apelo.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **3ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **FLAVIO ROSTIROLA** - Relator, **FÁTIMA RAFAEL** - 1º Vogal, **MARIA DE LOURDES ABREU** - 2º Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora **FÁTIMA RAFAEL**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER E DAR PROVIMENTO, UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 24 de Fevereiro de 2016.

Documento Assinado Eletronicamente

FLAVIO ROSTIROLA

Relator

RELATÓRIO

APELANTE(S): HELENA MARIA SABOIA SANTOS

APELADO(S): AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL
LTDA

Cuida-se de apelação interposta por HELENA MARIA SABOIA SANTOS – contra a r. sentença de fls.145-148v, proferida pela nobre Julgadora da Primeira Vara Cível do Gama-DF que, nos autos de **ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela**, ajuizada pela ora Apelante em desfavor da AMIL – Assistência Médica Internacional S.A., **julgou parcialmente procedente o pedido**, nos termos a seguir:

*“Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para tornar definitiva a decisão de fls. 41/46, que determinou à requerida que custeasse o tratamento quimioterápico adjuvante da parte autora, na forma prescrita pelo médico à fl. 35. JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO de condenação da requerida na reparação de danos morais.** Decido, assim, o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, CPC. Ante a compensação decorrente da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários dos respectivos advogados, ora fixados em R\$ 800,00. Fica, entretanto, suspensa a condenação em custas e despesas processuais, e honorários advocatícios, em relação à parte autora, por ser beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 12, da Lei n.º 1060/50. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e archive-se. Sentença registrada eletronicamente. Publique-se. Intime-se.”.*

A ilustre Magistrada entendeu que os fatos que fundamentaram a pretensão indenizatória da Autora caracterizam-se como mero aborrecimento, bem

como que a negativa de cobertura estava escudada em cláusula contratual que somente foi afastada por decisão judicial, sendo indevida a compensação por danos morais.

Inconformada, **recorre a Autora** (fls.151/155v), sem o recolhimento do preparo, em face da gratuidade de justiça concedida à fl.41.

Em suas **razões recursais**, a Autora/Apelante sustenta que a conduta ilegal da Seguradora Ré, qual seja, a recusa em autorizar a cobertura e tratamento quimioterápico, indicado pelo médico da Autora, ensejaria reparação por danos morais. Aduz que a recusa indevida teria gerado muito sofrimento e aborrecimentos, pois o risco e a urgência estariam configurados. Defende que o dano seria presumido, *in re ipsa*, de modo que bastaria comprovar a negativa de cobertura dos procedimentos necessários ao tratamento da Segurada para que surja o dano moral daí advindo. Assevera, ainda, que se trataria de uma relação de consumo, que a Ré responderia objetivamente, com base no artigo 14 do Código de Defesa do consumidor – CDC, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviço. Postula, ao final, a reforma da r. sentença para condenar a Seguradora Ré a pagar à Autora a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões da Apelada, às fls.163/170, em que se manifesta pelo não provimento do apelo.

Com assento no artigo 69, §2º, do RITJDFT, dispensada a douta revisão, por tratar-se de rito sumário.

É o relatório.

V O T O S

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Relator

CONHEÇO do apelo, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Na origem, a nobre sentenciante reconheceu ser descabida a recusa de cobertura, em caso de atendimento emergencial, refutando o argumento de que estaria em vigor o prazo de carência do plano de saúde. Desse modo, condenou a Seguradora Ré a custear o tratamento quimioterápico adjuvante da parte autora, na forma prescrita pelo médico que a assiste.

Contudo, conforme relatado, a **ilustre Magistrada entendeu** que os fatos que fundamentaram a pretensão indenizatória da Autora caracterizam-se como mero aborrecimento, bem como que a negativa de cobertura estava escudada em cláusula contratual que somente foi afastada por decisão judicial, sendo indevida a compensação por danos morais.

Desse modo, **a matéria devolvida limitou-se ao inconformismo quanto ao indeferimento da pretensão indenizatória**, postulada pela Autora no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Restou incontroverso nos autos que HELENA MARIA SABOIA SANTOS figurava como beneficiária do plano de assistência à saúde, coletivo por adesão, contratado com a Seguradora Ré (fl.15), bem como que a Autora/Apelante necessitou de **tratamento quimioterápico, em regime de emergência**, o qual foi negado pela Ré, sob o argumento de que estaria em vigor o período de carência contratualmente exigido. Esta conduta foi reconhecida como ilegal pela nobre sentenciante, por violar o artigo 35-C da Lei nº9.656/98, que impõe às seguradoras, uma vez formalizado o contrato, a cobertura obrigatória do atendimento do segurado nos casos de emergência, urgência e de planejamento familiar.

Pois bem, de início, saliento **aplicarem-se aos contratos de seguro de saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor - Lei n.8.078/90**, tratando-se, inclusive, de entendimento consolidado pela Segunda Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça no verbete sumular 469, nos termos em que passo a transcrever: "*Súmula 469 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.*".

Conforme assinalam Antonio Celso Pinheiro Franco e José Roberto Pinheiro Franco, "*...a simples sensação de desconforto ou aborrecimento, naturais na vida de qualquer um, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de*

reparação civil". O dano moral, concluem os autores, "*tem origem no que se chama de lesão da personalidade moral*" (Conceitos para a valoração do dano moral, inclusive para fins do código de defesa do consumidor. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol. 24, p. 66. jul, 2009).

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que o art. 5.º, V e X, da CF/1988 e o art. 6.º, VI e VII, do CDC contemplaram expressamente o direito à indenização em questões que se verifique a violação de direitos da personalidade, Cláudio Roberto Kobayashi conclui: "*...o consumidor que teve violado seus direitos da personalidade deverá ser compensado, monetariamente, a fim de reparar o dano*" (A fixação do valor da indenização por danos morais nas relações de consumo. Revista de Direito Privado. vol. 49, p. 189. jan. 2012).

"*O prematuramente desaparecido jurista Carlos Alberto Bittar*" (assim descrito por Simone Hegele Bolson) afirma que a sagração da reparabilidade de danos morais advindos de relações de consumo (CDC, art. 6.º, VI) é uma das mais relevantes posturas adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Assinala: "*Inspirada no cânone constitucional de 1988 (art. 5.º, X, CF/1988), tal orientação representou firme tomada de posição do legislador nacional em defesa de valores íntimos da personalidade, sob o signo do princípio do respeito à dignidade humana, alçado, como se sabe, à condição de uma das metas fundamentais do Estado Brasileiro (CF/1988, art. 1.º, III)*" (O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 46, p. 265, abr. 2003).

No tocante, especificamente, ao normativo consumerista, assinale-se uma expressa proteção legal dos valores inatos no ser humano como a vida, a honra, a intimidade e outros.

Nesse sentido, Simone Hegele Bolson assinala: "*Estes direitos da personalidade do homem consumidor encontram-se objetivados no art. 6.º, I, do CDC, vez que expressam a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor; no art. 8.º como complementação do 6.º; nos arts. 42 e 71, implicitamente resguardando a honra do consumidor e no art. 43 do mesmo Código*" (O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 46, p. 265. abr. 2003).

Eduardo Bittar, após assinalar que os direitos do consumidor envolvem valores transcendentais, descreve os limites, interseções e as relações entre os direitos do consumidor e os direitos da personalidade, afirmando: "*...deve-se dizer que os direitos do consumidor albergam, em sua textura, direitos da personalidade. São mais propriamente, em parte, e não em sua totalidade*

concretização de direitos da personalidade. *Prova disto é a extensa previsão legal existente, que garante ao consumidor a salvaguarda dos valores que o cercam na situação de consumo, todos protegidos legalmente (direito à vida, à saúde, à higidez física, à honra...) e devidamente instrumentalizados (ação de reparação por danos materiais e morais, ações coletivas para proteção de direitos difusos, procedimentos administrativos...)*". (Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. Revista de Direito do Consumidor. vol. 37, jan. 2001, pp. 183/184).

Vale ressaltar ainda que a **República Federativa do Brasil** possui, entre seus fundamentos, **a dignidade da pessoa humana**, que é considerada o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo. Representa, pois, o valor supremo que informará a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa, sobretudo, dos direitos e das garantias fundamentais.

A compreensão do bem jurídico "vida", por sua vez, deve ser conjugada com o artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal, pois o direito à vida consiste no direito à subsistência digna, e não apenas em continuar vivo.

Com efeito, a consagração da dignidade da pessoa humana em nível constitucional representa o reconhecimento de que o ser humano não pode ser considerado reflexo da ordem, mas seu objeto supremo. O direito à dignidade pessoal é considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da Carta Magna.

Nesse contexto, **a recusa indevida do Plano de Saúde em custear tratamento imprescindível à manutenção da própria vida da Segurada revela conduta abusiva e atentatória contra o princípio da pessoa humana**, cânone constitucional que orienta todo o sistema jurídico brasileiro, **ensejando a reparação por danos morais**.

A doutrina e a jurisprudência demonstram que o prejuízo imaterial é uma decorrência natural da violação do direito da personalidade ou da prática do ato ilícito. Desse modo, o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, é uma consequência jurídica que se opera independentemente de prova do prejuízo. Tal entendimento assenta-se na dificuldade de demonstrarem-se, processualmente, as alterações anímicas, como a dor, a frustração, a humilhação, o sofrimento, a angústia, a tristeza, entre outras.

No caso em apreço, os transtornos sofridos pela Autora em razão da recusa indevida de atendimento emergencial, causaram evidente sentimento de frustração e indignação.

Destarte, pedindo a mais respeitosa vênua à nobre sentenciante,

entendo ser devida a condenação da Ré pelos danos morais causados à Autora.

Passo a analisar o *quantum*, de modo pormenorizado

Boris Padron Kauffmann, após analisar precedentes do STJ, menciona alguns critérios que devem nortear a fixação do valor da indenização: "em relação ao autor do ato danoso, o grau de sua culpa e o seu porte econômico; em relação ao ofendido, o nível socioeconômico; em relação ao ato, a sua potencialidade danosa. Tudo temperado com a moderação". Ao concluir a obra, afirma: "não deve se transformar em causa de enriquecimento, e nem desestimular a atividade lícita. A palavra chave é, sem dúvida, a 'razoabilidade', critério que deve imperar na fixação da quantia compensatória dos danos morais" (O dano moral e a fixação do valor indenizatório. Revista de Direito do Consumidor. vol. 39, p. 75, jul. 2001).

Para além do postulado da razoabilidade, a jurisprudência, tradicionalmente, elegeu parâmetros (leiam-se regras) para a determinação do valor indenizatório.

Entre esses, encontram-se, por exemplo: (a) a forma como ocorreu o ato ilícito: com dolo ou com culpa (leve, grave ou gravíssima); (b) o tipo de bem jurídico lesado: honra, intimidade, integridade etc.; (c) além do bem que lhe foi afetado a repercussão do ato ofensivo no contexto pessoal e social; (d) a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; (e) o antecedente do agressor e a reiteração da conduta; (f) a existência ou não de retratação por parte do ofensor.

Antes de fixar o *quantum*, oportuno mencionar Cláudio Roberto Kobayashi que, ao definir o alcance e a extensão do procedimento da responsabilidade objetiva do fornecedor - para o caso do direito consumerista -, assinala: "...a responsabilidade do fornecedor é objetiva, e, portanto, a vítima não tem a necessidade de comprová-lo, contudo o juiz deverá observar o grau de culpa do fornecedor, quanto estiver na eminência de estipular o valor do montante indenizatório" (KOBAYASHI, Cláudio Roberto dos Santos. A fixação do valor da indenização por danos morais nas relações de consumo: um estudo das sentenças do Tribunal de Justiça de Goiás de 2009 a 2010. Revista de direito privado. v. 13, n. 49, p. 189-224, jan./mar. 2012).

Vejamos alguns elementos extraídos dos autos que, aliados a esses critérios traçados pela jurisprudência e pela doutrina, auxiliam na fixação do *quantum* indenizatório.

Quanto à forma como ocorreu o ato ilícito, além do direito à vida, à saúde e à higidez física, houve repercussão pessoal de grande vulto.

A recusa indevida à cobertura de tratamento quimioterápico frustrou as expectativas da Autora.

Ainda em benefício da Apelante, há que se considerar a **inexistência de qualquer tentativa de retratação** por parte do ofensor.

Muito embora não haja elementos nos autos que demonstrem o antecedente do agressor tampouco a reiteração da conduta, **ações contra a mesma Ré - inclusive, com a mesma causa de pedir - são bastante comuns neste órgão colegiado.**

Por conseguinte, tendo em vista os valores fixados em casos similares por esta Corte (20130710221366APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/03/2015, Publicado no DJE: 06/04/2015. Pág.: 128; 20140111746868APC, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/12/2015, Publicado no DJE: 18/12/2015. Pág.: 247), **FIXO R\$5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais.**

Em consequência, apenas, a Requerida arcará com a verba sucumbencial.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso da Autora, para reconhecer os danos morais e fixar indenização em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Condeno a Requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, mantido o valor fixado na r. sentença.

É o meu voto.

A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - Vogal

Com o relator.

A Senhora Desembargadora MARIA DE LOURDES ABREU - Vogal

Com o relator.

DECISÃO

CONHECER E DAR PROVIMENTO, UNÂNIME



Órgão : 1ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO
N. Processo : 20150110643476APC
(0018294-09.2015.8.07.0001)
Apelante(s) : BRADESCO SAUDE S/A, QUALICORP
ADMINISTRADORA DE BENEFICIOS S.A.
Apelado(s) : LUIZ CARLOS COELHO DE MEDEIROS
Relatora : Desembargadora SIMONE LUCINDO
Acórdão N. : 970036

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. REJEIÇÃO. MÉRITO. QUADRO DE ANGINA INSTÁVEL. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. LIMITAÇÃO DE TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. SÚMULA 302 DO STJ. PERÍODO DE CARÊNCIA. LEI Nº 9.656/98. OBRIGATORIEDADE DE ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE CARÊNCIA APENAS DE 24 HORAS. CONDUTA ABUSIVA. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. CONFIGURAÇÃO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Conquanto não seja a administradora de benefícios diretamente responsável pela autorização e negativa de procedimentos, esta, na condição de fornecedora, possui responsabilidade solidária por eventuais falhas na prestação do serviço, de acordo com os artigos 7º, parágrafo único, e 14 do CDC. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

2. Os limites e as condições de cobertura do contrato de seguro saúde devem ser vistos com maior amplitude, de modo a garantir a efetiva preservação da integridade física e

psicológica do segurado, em razão da incidência do disposto no Código de Defesa do Consumidor (Súmula 469 do STJ).

3. Nos termos do Enunciado 302, do colendo Superior Tribunal de Justiça, "é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

4. O art. 35-C da Lei nº 9.656/98 determina a obrigatoriedade da cobertura de atendimento para os casos de emergência, uma vez que implica risco imediato de vida para o paciente, de modo que, sendo o caso de emergência ou urgência no tratamento, a lei não limita o período de atendimento, mas apenas estabelece o período máximo de carência para tal, que é de 24 horas, a teor do disposto no art. 12, V, da referida lei.

5. A constatação de quadro de angina instável patenteia a necessidade de internação em unidade de terapia intensiva, de modo que, a recusa por parte da seguradora de saúde em custear as despesas de internação mostra-se indevida, ferindo não só o princípio da boa-fé objetiva, mas também a cláusula geral de índole constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, que abrange tanto a tutela ao direito à vida, quanto o direito à saúde.

6. A omissão do plano de saúde em autorizar o tratamento do beneficiário tem o condão de lhe agravar o desassossego e o sofrimento a que já se encontra sujeito pela ocorrência da própria enfermidade, sendo imperiosa a compensação do dano moral acarretado.

7. O valor fixado a título de compensação por danos morais, em que pese a falta de critérios objetivos, deve ser pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, além de servir como forma de compensação ao dano sofrido e de possuir caráter inibidor da conduta praticada.

8. Apelações conhecidas, preliminar rejeitada e não providas.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **1ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **SIMONE LUCINDO** - Relatora, **HECTOR VALVERDE** - 1º Vogal, **TEÓFILO CAETANO** - 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **TEÓFILO CAETANO**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER DOS APELOS, REJEITAR A(S) PRELIMINAR(ES) E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 28 de Setembro de 2016.

Documento Assinado Eletronicamente

SIMONE LUCINDO

Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de **apelações cíveis** interpostas por QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A(primeira ré)eBRADESCO SAÚDE S/A (segunda ré) em face da r. sentença de fls. 266/269, proferida nos autos da **ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela** proposta por LUIZ CARLOS COELHO DE MEDEIROS, na qual o d. sentenciante julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para, confirmando a antecipação de tutela anteriormente deferida, condenar as rés ao custeio do tratamento necessário ao restabelecimento da saúde do autor, bem como ao pagamento de compensação por danos morais na importância de R\$ 10.000,00, corrigida monetariamente pelo INPC desde a data do arbitramento e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (data da negativa de cobertura).

Em suas razões recursais (fls. 282/294), a primeira ré argui, **preliminarmente**, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que suas atribuições cingem-se à administração da apólice, não lhe sendo cabível deliberar sobre questões relativas à autorização, negativa de procedimentos ou carência, sendo estas de competência exclusiva da Operadora de Saúde. No **mérito**, reitera os mesmos argumentos, salientando que não possui responsabilidade pela negativa de autorização de procedimentos. Assevera, ademais, que não praticou qualquer ato que ensejasse o dever de indenizar o autor por danos morais. Além disso, alega que não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o ato e o dano e que o valor arbitrado se mostra excessivo. Pugna, pois, pela reforma da sentença nos pontos combatidos.

Preparo à fl. 296.

A segunda ré, por sua vez, defende, nas razões do seu apelo (fls. 272/280), que a cobertura do tratamento pleiteado pelo segurado limita-se às primeiras doze horas, conforme Resolução n. 13/1998 do CONSU – Conselho de Saúde Suplementar, não havendo justificativa para que custeie integralmente as despesas com a internação do apelado. Salienta que as cláusulas contratuais não são abusivas e não ofendem o Código de Defesa do Consumidor ou a Lei n. 9.656/98. Ressalta, ainda, a inoccorrência de dano moral, tendo em vista a conduta regular da seguradora e que o mero aborrecimento, dissabor não geram, por si só, o dever de indenizar. Por fim, aduz que o valor arbitrado a esse título se mostra excessivo. Requer, pois, o provimento do apelo para que os pedidos sejam julgados integralmente improcedentes.

Preparo à fl. 281.

Ausentes contrarrazões do autor, ante o transcurso *in albis* do prazo para a sua apresentação (fl. 297).

É o relatório.

V O T O S

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço de ambas as apelações.**

De início, cabe proceder à análise da **preliminar de ilegitimidade passiva ad causam**arguida pela primeira ré.

Consoante relatado, a primeira ré pleiteia o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva ao argumento de que suas atribuições cingem-se à administração da apólice, não lhe sendo cabível deliberar sobre questões relativas à autorização, negativa de procedimentos ou carência, sendo estas de competência exclusiva da Operadora de Saúde.

De fato, há distinção entre as atribuições das operadoras de planos de assistência à saúde e das administradoras de benefícios. Ao passo que as operadoras garantem os recursos e a rede de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios e profissionais) para atendimento aos beneficiários, as administradoras de benefícios atuam como estipulantes na contratação de planos coletivos ou, ainda, prestam serviços para as pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos de assistência à saúde, desenvolvendo atividades como movimentação cadastral, conferência de faturas, emissão de boletos e representação dos beneficiários na negociação de aumentos de mensalidade.

Confirmam-se, a respeito, as seguintes previsões da Lei nº 9.656/1998 e da Resolução Normativa nº 198/2009 da Agência Nacional de Saúde - ANS:

Lei nº 9.656/1998

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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
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, a 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
(...)

Resolução Normativa - RN Nº 196/2009

Art. 2º Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades:

I - promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de julho de 2009.

II - contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar;

III - oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes;

IV - apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como:

- a) negociação de reajuste;
- b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de

plano de saúde; e
c) alteração de rede assistencial.

Parágrafo único. **Além das atividades constantes do *caput*, a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como:**

- I - apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano;**
- II - terceirização de serviços administrativos;**
- III - movimentação cadastral;**
- IV - conferência de faturas;**
- V - cobrança ao beneficiário por delegação; e**
- VI - consultoria para prospectar o mercado, sugerir desenho de plano, modelo de gestão.**

Não se pode olvidar, contudo, que a relação jurídico-material estabelecida entre operadoras, administradoras de benefícios e beneficiários está jungida ao regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, conquanto não seja a administradora de benefícios diretamente responsável pela autorização e negativa de procedimentos, observa-se que, na condição de fornecedora, encontra-se devidamente consolidada sua responsabilidade solidária por eventuais falhas na prestação do serviço.

É o que se extrai dos artigos 7º, parágrafo único, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 7º. (...)

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos **responderão solidariamente** pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 14. **O fornecedor de serviços responde,**

independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

In casu, mostra-se clara a existência de relação de consumo entre a BRADESCO SAÚDE S/A (operadora), a administradora de benefícios QUALICORP - ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS e o autor, beneficiário do plano de saúde. Confirmam-se, por oportuno, os conteúdos das cláusulas primeira e sétima da proposta de fls. 20/37:

Pelo presente, declaro expressamente que, após ter recebido, lido e compreendido o "Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde" (MPS), editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), CONCORDO E ESTOU CIENTE QUE:

1. Este instrumento é meu **Contrato de Adesão** (a "**Proposta**") à apólice de seguro-saúde, coletiva por adesão (o "**benefício**"), estipulada pela Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. (a "**Administradora de Benefícios**") com a Bradesco Saúde S.A. (a "**Operadora**") e destinada à população que mantenha vínculo com a minha "**Entidade**", que é a Pessoa Jurídica indicada na página 1 desta **Proposta**.

(...)

7. A apólice coletiva firmada entre a **Administradora de Benefícios** e a **Operadora**, apólice que passarei a integrar, vigorará pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, podendo ser renovada, automaticamente, por prazo indeterminado, desde que não ocorra denúncia, por escrito, no prazo de 60 (sessenta) dias, de qualquer das partes, seja pela **Administradora de Benefícios** ou pela **Operadora**. A vigência

do **benefício** indicada na página 1 desta **Proposta** não se confunde com a vigência da apólice coletiva. Em caso de rescisão dessa apólice coletiva, a **Administradora de Benefícios** me fará a comunicação desse fato em prazo não inferior a 30 (trinta) dias. (fl. 21, grifos no original).

Sobre o tema, já se manifestou esta egrégia Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. ILEGITIMIDADE. TEORIA ASSERÇÃO. AFASTADA. DESCREDENCIAMENTO. DEVER DE INFORMAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CUSTOS DO TRATAMENTO. DANO MORAL. CONFIGURADO. RECURSO DA RÉ CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Administradora de benefício do plano de saúde alega ilegitimidade passiva por não ter responsabilidade sobre autorização ou negativa de procedimentos. O processo civil adota a teoria da asserção pela qual a pertinência subjetiva da ação é determinada com base nos fatos narrados na petição inicial. No caso em análise, pelos documentos juntados crível a conclusão pela legitimidade da administradora. Afastada a preliminar.

(...)

5. Recurso da ré conhecido e não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.
(Acórdão n.952463, 20150110825863APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento:

29/06/2016, Publicado no DJE: 08/07/2016. Pág.: 111-121, grifo nosso);

CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. ADMINISTRADORA E OPERADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALTERAÇÃO DE FAIXA ETÁRIA. REAJUSTE SUPERIOR AO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. REAJUSTE ANUAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES CLARA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DOS LIMITES DA ANS.

1. Tanto a administradora quanto a operadora do seguro de saúde são legitimadas para figurarem no polo passivo da demanda que visa a revisão das cláusulas contratuais.

(...)

7. Recurso conhecido. Preliminar rejeitada. Negado provimento.

(Acórdão n.936340, 20140710406702APC, Relator: ANA CANTARINO 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/04/2016, Publicado no DJE: 04/05/2016. Pág.: 240/251, grifo nosso);

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CANCELAMENTO INDEVIDO. ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS E SEGURADORA. SOLIDARIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGURADORA. DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO. PROPORCIONALIDADE.

A administradora de benefícios e a seguradora respondem solidariamente pelas eventuais falhas nos serviços prestados ao consumidor, razão por que quaisquer delas pode ser acionada, conjunta ou individualmente, em caso de falha na prestação dos serviços.

(...)

Apelação desprovida.
(Acórdão n.907923, 20130111909928APC, Relator: HECTOR VALVERDE, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/11/2015, Publicado no DJE: 01/12/2015. Pág.: 631, grifo nosso).

Nesse contexto, rejeito a preliminar arguida.

Passo ao exame do mérito de ambos os recursos, tendo em vista a similitude das matérias devolvidas a reexame.

Antes de adentrar propriamente aos lindes meritórios da questão, imperioso destacar que, consoante frisado em linhas volvidas, o regramento disposto no Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao presente caso, uma vez que as rés figuram como fornecedoras de serviços de saúde, enquanto que o autor é destinatário final fático e econômico desses serviços (Súm. 469 do e. STJ)¹.

Deve-se atentar, também, ao fato de que a função social da prestação de serviço de saúde é dar pronto e adequado atendimento ao segurado em situação de perigo de saúde, de modo a preservar a sua integridade física e psicológica.

No caso dos autos, o apelado foi diagnosticado, em 02/06/2015, com quadro de angina instável, tendo sido requerida, pelo médico responsável, a sua internação em UTI para dar seguimento ao tratamento cardiológico (relatório médico de fl. 58/58v).

A seguradora de saúde, mesmo diante da demonstração da gravidade do quadro clínico do segurado e da necessidade do aludido procedimento de internação, não autorizou o atendimento emergencial, ao argumento de que ainda não havia iniciado o prazo de vigência do plano de saúde. Vale destacar que referida questão restou superada, uma vez que, na sentença, ficou estabelecido o dia 1º/06/2015 como início da vigência contratual e não houve recurso das rés quanto ao ponto.

E, segundo a defesa apresentada pela seguradora, os

¹ *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde* (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010).

procedimentos em caráter de urgência devem ser limitados as primeiras 12 horas, em razão da carência vigente.

Estabelecida a responsabilidade solidária das rés, cumpre analisar se a cobertura do tratamento pleiteado pelo segurado possui referida limitação.

O segurado, ao contratar plano de saúde, tem a legítima expectativa de que, quando necessitar de atendimento, será prontamente atendido, independentemente da espécie de procedimento sugerido pelo médico. Na hipótese, a negativa ao tratamento prescrito viola o princípio da boa-fé objetiva, considerando que a natureza do contrato em questão visa, justamente, a garantir e proteger a saúde do segurado.

Sendo o procedimento de internação essencial, consoante prescrição médica, restou configurado o estado de emergência ou urgência do tratamento, não se admitindo, portanto, a alegação de que o prazo de carência tem o condão de afastar a obrigação da seguradora em prestar a assistência.

Ora, ao limitar a cobertura integral de tratamento médico em 12 (doze) horas, a apelante restringiu os direitos inerentes à natureza do próprio contrato de plano de saúde.

Outrossim, a teor do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, além de ilegal, a limitação de tempo de internação coloca o consumidor em exagerada desvantagem. Dessa forma, a cláusula impugnada é, portanto, nula de pleno direito, sendo incompatível com a boa-fé e equidade.

Nessa mesma linha de entendimento, cita-se o contido no Enunciado nº 302 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "*É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.*"

Ressalte-se que a recusa por parte da seguradora de saúde de cobrir o procedimento indicado pelo médico responsável pelo paciente mostra-se indevida, ferindo não só o princípio da boa-fé objetiva, mas também a cláusula geral de índole constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, que abrange tanto a tutela ao direito à vida, quanto o direito à saúde.

Nessa esteira, o art. 35-C da Lei nº 9.656/98, que, ao regulamentar o art. 197 da Constituição Federal, dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determina a **obrigatoriedade da cobertura de atendimento para os casos de emergência**, uma vez que tal quadro implica risco imediato de vida para o paciente. É o que ocorreu no caso concreto, conforme faz prova o documento de fl. 58/58v., consubstanciado em relatório médico atestando a imperiosidade do procedimento de internação hospitalar, em razão de quadro de

angina instável.

Insta registrar que **a Lei nº 9.656/98 não limita o período de atendimento em casos de emergência ou de urgência, mas apenas estabelece o período máximo de carência para tal, que é de 24 horas**, a teor do disposto no art. 12, V, c, do referido Diploma legal, o que, a toda evidência, restou observado na espécie, uma vez que a contratação ocorreu 1º/06/2015 e a situação de emergência verificou-se em 02/06/2015.

Destarte, demonstrada a situação de emergência, bem como transcorrido o prazo de vinte e quatro horas desde a contratação, deve ser reconhecido o dever de cobertura do plano de saúde quanto ao tratamento de urgência descrito.

Não é outro o entendimento jurisprudencial desta Corte:

Plano de saúde. Cobertura. Urgência. Recusa. Carência. Dano moral. Valor. Administradora do plano de saúde. Legitimidade.

1 - As empresas que atuam conjuntamente na administração e execução do contrato de plano de saúde respondem solidariamente com a operadora do plano pelos prejuízos causados ao consumidor (arts. 7º, § único, e 34, CDC).

2 - Caracterizado estado de urgência, não pode o plano de saúde recusar internação hospitalar de que necessita o beneficiário, ao argumento de que não cumprido o prazo de carência (L. 9.656/98, art. 35-C).

3 - A recusa do plano de saúde em autorizar tratamento indicado por médico como urgente, necessário e adequado ao segurado, no momento que mais necessita, causando-lhe dor e angústia, enseja indenização a título de danos morais.

4 - O valor de indenização por dano moral deve ser fixado prudente e moderadamente, levando em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade e atendendo às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. Se razoável, deve ser mantido.

5 - Apelações não providas.

(Acórdão n.917745, 20150110002723APC, Relator: JAIR SOARES, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 16/02/2016. Pág.: 326, grifo nosso).

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE PROCEDIMENTO. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. PERÍODO DE CARÊNCIA. INAPLICÁVEL. DANO MORAL DEMONSTRADO. VALOR RAZOÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Aquestão envolvendo serviço de plano de saúde deve ser examinada à luz do direito consumerista, por se tratar de típica relação de consumo.

2. Não se discute a legalidade do período de carência contratual, porém, ao caso, importa lembrar que, mesmo durante o período de carência, não deve prevalecer em casos de situações emergenciais, de acordo com o art. 35-C, I, da Lei 9.656/98, ao estabelecer que "É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente."

3. O desgaste sofrido por quem já se encontra em situação de debilidade física e psíquica configura transtornos e aborrecimentos que extrapolam aqueles de ocorrência cotidiana, ensejando condenação por danos morais, cuja prova é in re ipsa que em livre tradução significa ínsita na própria coisa, ou seja, prescinde da demonstração da dor, da vergonha, etc.

4. O descumprimento do contrato, em tais casos, não pode ser encarado como mero inadimplemento contratual, tendo em vista a natureza do objeto tutelado pelo contrato. Quer dizer, essa modalidade de descumprimento contratual, viola direitos da personalidade, sendo passível a indenização por danos morais.

5. Ocorre situação de dano moral quando a empresa de plano

de saúde, de maneira injustificada, recusa-se a cobrir procedimentos urgentes e necessários à manutenção de sua saúde. O valor dessa reparação deve ser norteado pelos mandamentos da razoabilidade e da proporcionalidade.

6. Recurso desprovido

(Acórdão n.918466, 20140111478436APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Revisor: FÁTIMA RAFAEL, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 12/02/2016. Pág.: 208, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL, CONSTITUCIONAL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CDC. APLICAÇÃO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. CARÊNCIA CONTRATUAL. DISPENSABILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NEGATIVA DE COBERTURA. ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA.

1. Apresentando-se o apelo manifestamente improcedente, com apoio, inclusive, na jurisprudência dominante deste eg. Tribunal, faz-se possível a negativa liminar de seguimento, nos termos do art. 557 do CPC. Verbere-se que apenas nos casos de provimento liminar do recurso (art. 557, §1º, do CPC) é imprescindível que a decisão esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

2. Pelo tipo de relação intersubjetiva, o caso se subsume aos ditames do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), particularidade esta sufragada no Verbete n. 469 do colendo Superior Tribunal de Justiça: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

3. Aconjugação de dispositivos da Lei Nº 9.656/98 infere que após o transcurso de 24 horas da adesão ao plano de saúde, os eventos urgência e emergência devem ser acobertados pela seguradora ainda que os prazos de carência estipulados no contrato não tenham sido cumpridos. Precedentes deste eg. TJDFT.

4. A impossibilidade de limitação do atendimento de eventos emergenciais ou urgentes ainda quando não cumprido o prazo de carência contratual constitui uma interpretação que homenageia os direitos fundamentais do cidadão, no caso, a saúde, em detrimento de previsões contratuais que se afastem das premissas inscritas no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no sentido de que cláusulas que aniquilem a finalidade do contrato são nulas de pleno direito, consoante expresso no art. 51.

5. O postulado do *pacta sunt servanda* sofre limitações ditadas pelo interesse social, tais como a função social do contrato, boa-fé objetiva e dignidade da pessoa humana, notadamente com relação às normas consumeristas (artigos 43 e 51, IV e § 1º), diploma legal de ordem pública que se sobrepõe aos interesses privados.

6. Dessarte, constatada a situação emergencial, a negativa de cobertura de tratamento por parte do plano de saúde mostra-se ilegal e abusiva, prestigiada a dignidade da pessoa humana do paciente, afastada a aplicação do prazo de carência contratual nesses casos. Precedentes deste eg. TJDFT.

7. Agravo regimental conhecido e não provido.

(Acórdão n.919361, 20150310032699APC, Relator: LEILA ARLANCH, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/01/2016, Publicado no DJE: 15/02/2016. Pág.: 296, grifo nosso)

Logo, não há razão para a reforma da r. sentença quanto ao ponto.

Ultrapassada a questão, as rés alegam, ainda, a inexistência de danos morais, por entenderem não haver qualquer ato ilícito por elas praticado. Além disso, a segunda ré afirma que o mero aborrecimento, dissabor não geram, por si só, o dever de indenizar. Assim, pugnam pelo afastamento da condenação ao pagamento de compensação a título de danos morais ou, ao menos, a redução do *quantum* indenizatório.

Sem razão.

A saúde é direito fundamental, inerente ao ser humano, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, postulado fundamental erigido à cláusula pétrea pela Constituição. Decorrência disso é que, em confrontos entre o bem da vida e questões econômico-financeiras de pessoas jurídicas operadoras e administradoras de planos de saúde, o primeiro deve prevalecer, sob o risco de dano irreparável e irreversível à vida humana.

Com efeito, a contratação de plano de saúde tem por objetivo garantir que o segurado desfrute de atendimento médico eficiente na rede particular, em face da reconhecida deficiência da rede pública para atendimento de todos os usuários. Diante, então, da própria natureza do serviço envolvido no contrato, a negativa de fornecimento de tratamento não pode ser considerada fato corriqueiro, mero aborrecimento ou simples inadimplemento contratual.

Nessa linha de entendimento, segue a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE "STENTS" DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. - **Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.** - A quantia de R\$5.000,00, considerando os contornos específicos do litígio, em que se discute a ilegalidade da recusa de cobrir o valor de "stents" utilizados em angioplastia, não compensam de forma adequada os danos morais. Condenação majorada.

Recurso especial não conhecido e recurso especial adesivo conhecido e provido."

(REsp 986947/RN, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 11/03/2008, publicado no DJe de 26/03/2008, grifo nosso).

CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDADE DECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar.

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato.

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título

de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado.

6. Recurso especial provido.

(REsp 735750/SP, rel. Min. RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 14/02/2012, publicado no DJe de 16/02/2012, grifo nosso).

Ademais, em situações como a dos autos, o dano moral é considerado *in re ipsa*, ou seja, presumido, não havendo necessidade de se comprovar a ocorrência de abalo psicológico do ofendido, mas apenas a conduta ilícita apta à lesão de caráter moral.

A propósito, colacionam-se julgados da mencionada Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC)
- DEMANDA POSTULANDO DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DA INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO MÉDICO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE E CONHECENDO DO AGRAVO DA CONSUMIDORA PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, RECONHECIDO O DANO MORAL E ARBITRADA A INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. INSURGÊNCIA DA FORNECEDORA DE SERVIÇO.

1. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (radioterapia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de

plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes.

Aplicação da Súmula 83/STJ.

2. Ajurisprudência 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 no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes.

3. Pretensão voltada à redução do valor fixado a título de dano moral. Inviabilidade. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se as peculiaridades do caso em apreço, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 192612/RS, rel. Min. RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 20/03/2014, publicado no DJe de 31/03/2014, grifos inexistentes no original).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DANO MORAIS. CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Esta Corte reconhece o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde. Precedentes.

2. O dano moral na hipótese é presumido, o que torna desnecessário o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Agravo no recurso especial não provido.

(AgRg no REsp 1385554/MS, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/10/2013, publicado no DJe de 08/10/2013, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC)
- DEMANDA POSTULANDO O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE EM CUSTEAR O MATERIAL NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO CIRURGIA ORTOPÉDICA (PRÓTESES) E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO DA BENEFICIÁRIA PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ARBITRAR O QUANTUM INDENIZATÓRIO. INSURGÊNCIA DA ADMINISTRADORA DO PLANO DE SAÚDE.

1. Ajurisprudência 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 no espírito do beneficiário. Caracterização de dano in re ipsa. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 313027/SC, rel. Min. MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 25/06/2013, publicado no DJe de 02/08/2013, grifo nosso).

Por outro lado, as rés não apresentaram qualquer prova que infirmasse referida presunção, sendo correta, portanto, a condenação, pois a recusa indevida de custear a internação emergencial do autor consubstancia violação passível de compensação a título de danos morais, conforme já assentado de forma pacífica na jurisprudência pátria.

Também no que tange ao *quantum* compensatório, a r. sentença merece ser mantida.

Em que pese a falta de critérios objetivos, a fixação da compensação por danos morais deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, de sorte que a quantia definida, além de servir como forma de compensação pelo dano sofrido, deve ter caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada.

Nesse sentido, além da análise do evento causador do dano, a condenação deve se amparar nas circunstâncias do caso, na capacidade econômica do ofensor e no efeito pedagógico da condenação, servindo como desestímulo à prática de novas condutas lesivas, sem que se caracterize o enriquecimento sem causa do autor.

Nesse quadro, a fixação da indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revela-se ponderada e adequada para satisfazer aos parâmetros mencionados.

Ante o exposto, **CONHEÇO** dos apelos, **REJEITO** a preliminar e, no mérito, **NEGO-LHES PROVIMENTO**, mantendo intacta a r. sentença objurgada.

É como voto.

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE - Vogal

Com o relator.

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - Vogal

Com o relator.

DECISÃO

CONHECER DOS APELOS, REJEITAR A(S) PRELIMINAR(ES) E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

Apelação Nº: **0309869-57.2010.8.19.0001**

Apelante: **GISELE DIAS DA SILVA**

Apelado: **UNIMED RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DO RIO DE JANEIRO LTDA**

Relator: **DESEMBARGADOR LÚCIO DURANTE**

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PARTO FUTURO. RECUSA DE COBERTURA. CARÊNCIA. MIGRAÇÃO DE PLANO. DANO MORAL CONFIGURADO.

Hipótese em que a Autora, após pedir demissão, migrou de plano dentro da própria empresa, UNIMED, tendo sido informada que o padrão do plano seria mantido e que não haveria nova carência.

Descoberta posterior pela consumidora, durante a realização de um exame pré-natal, de que o plano não viria a dar cobertura a seu parto, por ainda estar no período de carência.

Sentença de procedência parcial.

Apelação da Autora, objetivando a condenação da Ré ao ressarcimento pelos danos morais sofridos.

Violação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da boa fé objetiva, do dever de lealdade e de informação, que devem nortear as relações contratuais e, em especial as relações de consumo, na qual o consumidor é, em geral, a parte mais fraca.

Recusa de cobertura que transborda os limites do mero aborrecimento, gerando ansiedade e incerteza em gestante, poucos meses antes desta dar a luz.

Dano moral configurado.

Indenização que se fixa em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por ser este patamar razoável e consentâneo com os valores fixados pela jurisprudência desta Corte em casos análogos.

Matéria pacífica.

Provimento liminar parcial do recurso pelo Relator com fundamento no artigo 557, § 1o-A, do CPC.



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

DECISÃO MONOCRÁTICA

GISELE DIAS DA SILVA ajuizou Ação de Obrigação de Fazer, cumulada com Indenizatória, pelo rito Ordinário, perante o Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca da Capital, em face de **UNIMED RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DO RIO DE JANEIRO LTDA.**, objetivando a garantia de internação futura e cobertura de todos os procedimentos referentes ao seu parto, bem como o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Aduziu a Autora que sempre foi cliente da UNIMED e que, após pedir demissão de seu emprego, em 14/04/2010, migrou do plano de saúde empresa da UNIMED, fornecido por sua ex-empregadora, para outro plano de adesão coletiva, também da UNIMED, sem solução de continuidade, o CRC — Unimed /Rio, tendo sido informada que o novo contrato manteria o padrão do primeiro e que não haveria nova carência, uma vez que o novo contrato “compraria” a carência do anterior.

Sustentou que, aos cinco meses de gestação, ao realizar um exame pré-natal, foi surpreendida com a descoberta de que seu plano não teria cobertura para o seu parto, sob a alegação de ainda estar em período de carência.

Prosseguiu afirmando que a possibilidade do plano não arcar com os custos de seu parto, bem como o acompanhamento médico seu e de seu filho por nascer, lhe gerou estresse e angústia, ainda mais em seu estado fragilizado, tendo ocorrido clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que deve ser indenizada pelos danos sofridos. Requeru a concessão da Antecipação dos Efeitos da Tutela, para que a Ré fornecesse, à época oportuna, guia de internação e demais condições necessárias para a realização do parto, tornando-se esta definitiva ao final. Postulou, ainda, a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Decisão às fls. 35, concedendo a Antecipação dos Efeitos da Tutela, diante dos fatos noticiados na inicial e da prova documental acostada, principalmente dos documentos de fls. 12/15 que comprovaram que a



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

Autora encontrava-se em fase final de gestação e que foi cumprido o período de carência, conforme doc. de fls. 15, para garantir a internação e o acompanhamento médico da Autora e de seu filho, conforme requerido às fls. 07 item 2 da inicial, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Sentença às fls. 164/166, Julgou Procedente em parte o Pedido, tornando definitiva a Tutela Antecipada de fls. 35 e condenando a Ré **UNIMED - RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DO RIO DE JANEIRO LTDA.** a autorizar a internação hospitalar, acomodação, procedimento cirúrgico e acompanhamento médico para a realização do parto da autora, à época do nascimento de seu filho, bem como assegurando a seu filho, após o nascimento, os direitos previstos na legislação em vigor.

Considerou o sentenciante que, em se tratando de migração de planos dentro de uma mesma seguradora de saúde, não há que se falar em carência. Assim, abusiva a cláusula que estipula aquela carência, devendo ser tida por não escrita.

Ponderou, ainda, o Magistrado *a quo*, que ficou evidente que o intuito da Autora, ao migrar para plano da mesma empresa, UNIMED, era o de dar continuidade ao plano coletivo que mantinha, do qual se desligou única e exclusivamente em razão de ter pedido demissão da empresa na qual trabalhava por ter tomado posse na prefeitura de Nilópolis.

Por fim, no que se refere aos danos morais, entendeu o sentenciante não estarem estes configurados, eis que apesar de estar comprovado que houve falha na prestação do serviço por parte da Ré, o episódio narrado na inicial, por si só, não é suficiente a ensejar ofensa aos direitos da personalidade, vez que a negativa do réu em autorizar a cobertura para a realização do parto da autora em razão de carência, desacompanhado de outros desdobramentos lesivos, não acarreta a obrigação de indenizar, cujo reconhecimento exige muito mais do que os desprazeres de uma prestação de serviços defeituosa. Ademais, conforme Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o descumprimento contratual por si só não acarreta danos de cunho extrapatrimonial.

Inconformada, apela a Autora às fls. 167/170, pugnando pela reforma da sentença, para que seja a Ré condenada ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos. Aduz que a conduta da Ré, ao negar cobertura ao procedimento do parto, lhe gerou enorme transtorno e angústia, em especial por estar grávida e fragilizada, alterando seu dia-a-dia, pela



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

impossibilidade de ter seu filho com a tranqüilidade e segurança esperada. Ressalta que houve por parte da Ré clara violação aos deveres anexos de lealdade, cooperação, zelo, boa-fé e dignidade da pessoa humana, pelo que deve ser indenizada pelos danos morais sofridos, observando-se o caráter pedagógico-punitivo da indenização.

Ressalta que houve por parte da Ré, clara violação aos deveres anexos de lealdade, cooperação, zelo, boa-fé e dignidade da pessoa humana, devendo-se, ainda, levar em conta o caráter pedagógico-punitivo do dano.

Contrarrazões da Ré às fls. 176/213.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR

O recurso merece ser conhecido, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

A relação entabulada pelas partes é de consumo, subsumindo-se às regras insertas no Código de Defesa do Consumidor, notadamente a responsabilização objetiva do prestador de serviço (artigo 14, § 3º do CDC).

Considerando a interposição do recurso somente pela parte Autora ora apelante, não mais se discute a responsabilidade da Apelada pelo ato ilícito praticado, consistente na recusa de cobertura do parto da Recorrente, após a migração de plano, sob a alegação de estar este em período de carência.

Cinge-se, portanto, a questão, em se perquirir se a conduta da Ré gerou dano moral indenizável, sendo devida a reparação, tal qual requer a Autora, ora Apelante.

No que tange à indenização por danos morais, a hipótese dos autos não encerra, a toda evidência, mero inadimplemento contratual, incapaz de gerar dano moral, uma vez que a Apelante foi lesada em sua legítima expectativa de ter uma gravidez tranqüila, com a assistência dos médicos e do hospital conveniado, para se ver, do nada, poucos meses antes de dar a luz, na possibilidade de ter que arcar com os custos do parto, que como se sabe são altos, sendo obrigada a recorrer ao Judiciário para ver a questão dirimida,



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

o que com certeza repercutiu intensamente em seu psiquismo. A conduta da Ré violou, assim, claramente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem com a boa-fé objetiva e seus corolários, sendo devida a reparação.

A fixação do valor da indenização por danos morais geralmente suscita controvérsias, eis que, de um lado a indenização deve ser suficiente para compensar, na medida do possível, a dor moral sofrida pelo ofendido e de outro não pode se constituir em fonte de enriquecimento.

Na hipótese, a fixação do dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mostra-se razoável e consentânea ao parâmetro usualmente utilizado pela jurisprudência desta Corte em casos análogos, bem como atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ao caráter pedagógico-punitivo da indenização por dano moral.

Nesse sentido:

"PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PARTO FUTURO. PRAZO DE CARÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAR. DANO MORAL. QUANTUM MANTIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MAJORADOS.1. Narra a autora que era titular de um plano de saúde pela UNIMED LESTE FLUMINENSE quando optou por fazer um outro plano também da UNIMED (RIO), tendo o funcionário informado que a carência seria comprada, razão pela qual firmou o contrato de adesão ao novo plano de saúde coletivo em 25 de setembro de 2007 (fls. 32). 2. Pelo princípio da boa-fé objetiva, que está ligado à interpretação dos contratos, exige-se um comportamento leal de ambas as partes do contrato, em todas as suas fases, devendo o juiz, ainda, analisar o contrato de forma global para verificar se, de alguma forma, deliberada ou não, uma das partes teve sua expectativa frustrada. 3. Estabelece o art. 51 do CDC que são nulas de plano direito, "as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". 4. No caso em tela se verifica que a autora realizou diversos exames (fls. 41/47) e quando ficou sabendo da suspeita de apendicite e foi solicitada a internação tomou ciência que se fosse para parto não a obteria, ou seja, o que se depreende é que a autora não obteve negativa para o tratamento de urgência a que



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

foi submetida (fls. 05), mas que neste momento teve ciência que seria negada a realização do parto! 5. Nesta data a autora contava com 13 semanas de gestação, conforme documento juntado às fls. 38, contudo tal ponto não foi impugnado pelo recurso de apelação, embora ao final faça requerimento de reforma integral da sentença, não sendo a hipótese de impugnação por negativa geral, deve, assim, ser mantido o que constou na sentença.6. 'Com a devida vênia não é plausível que a autora opte por migrar de plano mais caro, perdendo a cobertura a qual já tinha direito após o prazo de carência cumprido sem que este tenha sido 'comprado' pela nova operadora.'7. 'não nego que o contrato faça referência a carência de 300 dias, mas cumpre ressaltar que se trata de um plano coletivo assinado entre o empregador da autora e o réu (fls. 24/31). O documento assinado pela autora a fls. 33/37 não passa de um mero requerimento de ingresso sem que esta tenha efetivamente tomado ciência efetiva da carência exigida. 8. Ora, se a autora utilizava outro plano do mesmo grupo (UNIMED LESTE) do réu por que mudaria para outro se não fosse prometida à assunção da carência anterior? 9. Ademais, em que pesem os argumentos da primeira apelante de que a apelada somente aderiu à contratação em 30/10/2007, não é o que traduzem os documentos juntados aos autos, conforme se constata às fls. 32, juntada pela autora e às fls. 161 juntada pela própria ré, ora primeira apelante.10. É cabível na hipótese, indenização por danos morais, tendo em vista que houve ferimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não tendo aplicação a S. 75 deste Tribunal. Enunciado nº 22.11. Quantum indenizatório fiel ao princípio da razoabilidade. 12. Precedentes jurisprudenciais.13. Considerando todo o trabalho despendido pelos causídicos que patrocinaram a autora, uma vez que se não tivesse a ré recorrido, a sentença teria transitado em julgado sem necessidade de mais um recurso autoral, o valor dos honorários sucumbenciais devem ser majorados de 10% para 20% (vinte por cento). 14. Desprovemento do primeiro recurso e parcial provimento do recurso adesivo, por voto do Relator, para majorar os honorários advocatícios." (Apelação nº 0010345-42.2008.8.19.0001. DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 07/06/2010 - VIGESIMA CAMARA CIVEL).

Trata-se de matéria pacífica que comporta aplicação do art. 557, §1º-A do CPC.



Poder Judiciário
Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Terceira Câmara Cível

Pelo exposto, dou provimento liminar parcial para condenar a Ré, ora Apelada, ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente a partir da data deste julgamento (Súmula nº 97 do TJRJ) e com juros legais de mora a partir da citação e, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, mantida no mais a sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2013.

LUCIO DURANTE

DESEMBARGADOR RELATOR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Vitória
1ª TURMA RECURSAL DA CAPITAL
AVENIDA Cesar Hilal, 458, Bento Ferreira, Vitória - ES, FONE: (27) 3357-7731

ACÓRDÃO

RECURSO INOMINADO Nº 0020638- 67.2012.8.08.0347

RECORRENTE: SAMP - ESPIRITO SANTO ASSISTENCIA MEDICA S/C LTDA

RECORRIDA: FRANCINE RAMOS GONZAGA

RELATOR: O SR. JUIZ DE DIREITO VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por FRANCINE RAMOS GONZAGA em desfavor de SAMP - ESPIRITO SANTO ASSISTENCIA MEDICA S/C LTDA. A autora, ora recorrida, relatou em síntese que é beneficiária do referido plano de saúde e que necessitava com urgência realizar intervenção cirúrgica para retirada de cálculo renal. Não obstante isso, alega que a recorrente negou-se a acobertar o procedimento sob a justificativa de que o plano estava em período de carência. Ante ao exposto, pleiteou o ressarcimento da quantia despendida para realização da cirurgia, qual seja, R\$ 10.685,00 (dez mil seiscentos e oitenta e cinco reais) e indenização por danos morais.

Em contestação (item nº 23) o recorrente alegou não ter havido negativa por parte do plano de saúde, já que nenhum pedido foi direcionado ao mesmo. De outro turno, afirmou que caso tivesse ocorrido a negativa, essa seria lícita, uma vez que a recorrida ainda não havia cumprido os 180 (cento e oitenta) dias de carência para a realização do procedimento cirúrgico.

Sobreveio sentença (item nº 32) em que o juízo a quo julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a recorrente ao pagamento da quantia de R\$ 10.685,00 (dez mil seiscentos e oitenta e cinco reais) a título de danos materiais e R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a título de danos morais.

Irresignado com o comando sentencial, o recorrente interpôs o presente recurso inominado (item nº 37). Reporta-se aos argumentos trazidos na contestação e pugna pela reforma in totum da decisão.

Contrarrazões devidamente apresentadas, item nº 41.

É o sucinto relatório. Em pauta para julgamento.

VOTO

Analisando detidamente os autos, comungo do entendimento esposado na r. sentença de 1º Grau. Explico:

Narram os autos, que a autora, ora recorrida, durante uma consulta médica realizada, foi informada, por profissional habilitado, da necessidade de realização do procedimento de cirurgia de URGÊNCIA para retirada de cálculo renal. Contudo ao solicitar autorização obteve a negativa da recorrente, o que considera ilegal.

Em contrapartida, aduz o recorrente que não fora feita qualquer solicitação ao plano de saúde. Relata ainda, que a negativa é legal, em função da carência exigida para cirurgia, que é de 180 (cento e oitenta) dias, período ainda não cumprido pela autora no plano.

O documento (item 01) acoplado aos autos demonstra ter havido solicitação da referida cirurgia, não havendo, por outro lado, qualquer comprovação de sua autorização pelo recorrente. Existindo a previsão de cobertura contratual para este tipo de cirurgia e considerando o caráter emergencial da solicitação, a autorização deve ser imediata, razão pela qual entendo cabível o reembolso de todas as despesas custeadas pela recorrida em caráter particular.

Ademais, para o deslinde da controvérsia, imperioso se faz observar o disposto na Lei nº 9.656/98. De acordo com o art. 35-C, I, da referida legislação, com a redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 24.08.2001:

Art.35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - De emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

Por sua vez, o art. 12-V, alínea c?, da mesma lei, estabelece:

Art.12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

(...)

V - quando fixar períodos de carência:

(...)

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

No presente caso, o prazo de carência estabelecido no contrato, de 180 dias, não pode prevalecer na situação em escopo, devendo aplicar-se o período de carência de apenas 24 horas, segundo os termos da lei em vigor para o pacto estabelecido entre as partes.

Isso porque, restou demonstrado (item nº 01) que o procedimento cirúrgico solicitado foi prescrito por médico que confirmou que a recorrida necessitava da cirurgia em caráter emergencial sob risco de ?perda do órgão e até urosepse com óbito?.

Assim sendo, tendo em vista o risco de agravamento da saúde da recorrida, caso não realizada a cirurgia, bem como os termos da Lei 9.656/98, que determina seja reduzido o prazo de carência para 24 horas, nas situações emergenciais, não deve prosperar o recurso, mantendo-se a decisão proferida em sua integralidade.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO. COBERTURA. PERÍODO DE CARÊNCIA DO PLANO CONTRATADO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.656/98. PROCEDIMENTO REALIZADO FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA ESTABELECIDADA NO PLANO. POSSIBILIDADE. I - Comprovada a emergência e a necessidade de realização de procedimento médico (cateterismo e angioplastia), o prazo de carência a ser observado é de apenas 24 horas, consoante o disposto na lei nº 9.656/98. Nulas as cláusulas contratuais de que dispõem de modo contrário. II - Não afasta a obrigação de restituir os custos do tratamento médico a circunstância de este ter sido realizado em Município localizado fora da área de cobertura estabelecida no contrato. Abusividade da cláusula contratual, nos termos do art. 51, §1º, II, do CDC. III. Mantida a condenação da co-ré a pagamento das custas e dos honorários advocatícios. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70031715485, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 06/11/2009).

EMENTA: CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA POR NÃO ULTRAPASSADO O PRAZO DE CARÊNCIA. 1. A negativa de cobertura teve como fundamento único a alegação de que não teria se

implementado o prazo de carência. 2. Conforme se depreende do contrato, (fl. 84), o plano contratado previa cobertura à situação de

emergência, conceituando esta como risco imediato à saúde. 3. Conforme fl. 91, a carência para situações de emergência era de 24 horas. 4. À evidência que a situação dos autos deveria se caracterizar como situação de emergência, tanto é que levou ao óbito. 5. Exclusão da cobertura não informada de forma clara, não podendo a ré negar-se arcar com os custos decorrentes. 6. Não tendo efetuado a cobertura do atendimento, deve a requerida arcar com as despesas que a autora teve e que, reitera-se, deveria ter sido suportado pela recorrente. 7. Danos morais fixados em valor condizente com a situação concreta, considerando a evidente angústia e sofrimento moral da autora. Sentença mantida pelos próprios

fundamentos. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002007003, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Leandro Raul Klippel, Julgado em 17/09/2009)

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO COMINATÓRIA. AGRAVO RETIDO. IMPROVIDO. PLANO DE SAÚDE. NECESSIDADE DE INTERNAMENTO URGENTE. CONSUBSTANCIADA EM RELATÓRIO MÉDICO. NEGATIVA DE COBERTURA. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA PARA O PROCEDIMENTO REQUERIDO. CONDUTA ABUSIVA ? INTELIGÊNCIA DO ARTS. 35-C E 12 DA LEI Nº 9.656/98. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO ATENDIMENTO EM CASOS DE EMERGÊNCIA E URGÊNCIA, NO PRAZO MÁXIMO DE 24 (VINTE E QUADRO HORAS). PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. - A pretensão recursal não merece prosperar. Com fulcro na lei nº 9.656/1998, a urgência e a necessidade do procedimento é patente, sendo imprescindível a concessão da tutela, eis que trata de saúde e da própria vida da Autora. O prazo de carência estabelecido no contrato, de 180 dias, não pode prevalecer, devendo aplicar-se a carência de apenas 24 horas, segundo os termos da lei em vigor para o pacto estabelecido entre as partes. (TJ-BA - APL: 00082387820098050001 BA 0008238-78.2009.8.05.0001, Relator: Daisy Lago Ribeiro Coelho, Data de Julgamento: 04/02/2014, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/02/2014)

Por fim, observa-se que o plano cobre cirurgias para retirada de cálculos renais, sendo irrazoável a resistência do plano de saúde em quadro de urgência, não havendo o que se apegar em período carencial, sendo indispensável e imperioso o procedimento cirúrgico na autora.

Já no que se refere ao dano moral, tenho entendido em diversos casos que quando a negativa de cobertura encontra um mínimo de plausibilidade quando confrontada com a interpretação dos termos do contrato, não se configuraria o dano moral.

No presente caso, contudo, trata-se de matéria já por demais discutida perante todos os tribunais, não mais se tratando de questão controversa a ser discutida e resolvida pela Justiça. Trata-se na verdade de questão sedimentada, sobre a qual não mais se justifica a negativa do plano, senão por uma intenção deliberada de criar dificuldade para o segurado no que tange à obtenção da cobertura a que faz jus.

Deste modo, pelos mesmos fundamentos da sentença, voto no sentido de MANTER a condenação por danos morais, dada a flagrante e deliberada conduta lesiva da recorrente.

Ante ao exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da condenação.

É como voto.

VOTOS

O SR. JUIZ DE DIREITO JOSÉ LUIZ DA COSTA ALTAFIM:-

Acompanho o voto do Eminente Relator.

*

O SR. JUIZ DE DIREITO IDELSON SANTOS RODRIGUES:-

Voto no mesmo sentido.

*

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade de votos, conhecer do recurso, negando-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Condenar a recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

*

**

nmc/

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 858.013 - DF (2016/0030227-7)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
AGRAVANTE : FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL DOS SERVIDORES DO MINISTERIO DA FAZENDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FABIO GALVAO FERREIRA TABOSA
AGRAVADO : DANIELLE ALVES DE OLIVEIRA TABOSA
ADVOGADOS : AMANDA GALVAO FERREIRA TABOSA
PEDRO JOSÉ FERREIRA TABOSA
ALINE GALVÃO FERREIRA TABOSA

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA. ABUSIVIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 568/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado. Incidência da Súmula nº 568/STJ.
2. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 858.013 - DF (2016/0030227-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Naquela oportunidade, aplicou-se o entendimento cristalizado da Súmula nº 568 do Superior Tribunal de Justiça, pois o acórdão recorrido foi prolatado no mesmo sentido da jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a cláusula do prazo de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde não prevalece quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento necessário em caso de emergência ou de urgência.

Inconformada, a agravante interpõe o presente recurso, aduzindo que este Tribunal já se posicionou pela validade de cláusulas de limitação de direitos em contratos envolvendo consumidor e planos de saúde.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 858.013 - DF (2016/0030227-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): A irresignação da agravante não merece acolhida.

Importante consignar, de início, os fundamentos vinculados pelos magistrados de origem para manter o reconhecimento da obrigação da agravante de custear o procedimento cirúrgico e de promover a reparação moral:

"(...)

A determinação ao plano de saúde para que custeie procedimento de emergência não importa em violação a normas contratuais, em razão da obrigatoriedade da cobertura determinada pelo art. 35-C, inc. 1, da Lei n' 9.656/11998, norma especial a que se submetem as seguradoras de plano de saúde. Registro por oportuno que a norma ao estabelecer atendimento de emergência, indica tudo que se fizer necessário ao paciente em emergência, seja, consulta, exame ou cirurgia, como é a hipótese dos autos.

(...)

Resta claro, portanto, que o réu, ao não autorizar a cirurgia necessária à segurada incorreu em descumprimento da lei de regência, atentando, inclusive, contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e dando ensejo à compensação pelos danos morais sofridos por esta, cuja natureza é in re ipsa, ou seja, decorre do próprio evento ofensivo.

Embora perfilhe o entendimento de que, em regra, o descumprimento contratual não implique na reparação por dano moral, tenho que, na espécie, verifica-se, a toda evidência, situação excepcional.

Isso porque, o relatório médico de solicitação de procedimento, apresentado pelo apelado é inequívoco ao descrever a urgência da cirurgia, pois a autora apresentava caso grave de potencial doença infecto-contagiosa, que poderia evoluir e ocasionar seqüelas severas na sua saúde (fl. 39).

Com efeito, as regras comuns de experiência permitem aferir que, diante do quadro clínico como o apresentado em tela, a dilação de um dia que seja no tratamento recomendado é o bastante para aumentar substancialmente o grau de sofrimento, aflição e abalo psíquico no espírito humano, atingindo os direitos de personalidade" (e-STJ fls. 312-317).

Conforme decidido, o acórdão recorrido está em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte, firme no sentido de reconhecer que a cláusula do prazo de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde não prevalece quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento necessário em caso de emergência ou de urgência.

A propósito, os seguintes precedentes:

"DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA.

Superior Tribunal de Justiça

SITUAÇÕES EMERGENCIAIS GRAVES. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA.

I - Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde, não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.

II - No caso dos autos o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03 para começar a vigor em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência e antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, experimentou mal súbito que culminou na sua internação na UTI.

III - Diante desse quadro não poderia a seguradora ter recusado cobertura, mesmo no período de carência.

IV - Recurso Especial provido" (REsp nº 1.055.199/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/5/2011, DJe 18/5/2011 - grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. PRAZO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.

4. Nos casos de negativa de cobertura por parte do plano de saúde, em regra não se trata de mero inadimplemento contratual. A recusa indevida de tratamento médico - nos casos de urgência - agrava a situação psicológica e gera aflição, que ultrapassam os meros dissabores, caracterizando o dano moral indenizável.

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 213.169/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 11/10/2012).

Acrescente-se, por oportuno, que o tribunal de origem também decidiu em consonância com o entendimento adotado nesta Corte Superior quando atestou que, independentemente da natureza jurídica do prestador de serviços, a relação existente entre contratante e contratado de cobertura médico-hospitalar é de consumo.

Confira-se:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS HOSPITALARES. ASSOCIAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO RECONHECIDA. LIMITAÇÃO DE DIAS DE INTERNAÇÃO EM UTI. ABUSIVIDADE. NULIDADE.

(...)

II. A relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura

Superior Tribunal de Justiça

médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado.

III. Recurso especial conhecido e provido. Ação procedente" (REsp 469.911/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 10/03/2008).

Assim, considerando que a recusa injusta de cobertura de seguro de saúde agrava substancialmente a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o Superior Tribunal de Justiça garante que, nestes casos, é devida a indenização por dano moral, como se depreende da leitura dos seguintes precedentes:

"DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE "STENTS" DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS. (...)

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de 'stent', quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes.

- Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

Recurso especial a que se dá parcial provimento" (REsp nº 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/3/2008, DJe 26/3/2008).

"PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA ABUSIVA. DANO MORAL. (...)

4. Tendo a empresa-ré negado ilegalmente a cobertura das despesas médico-hospitalares, causando constrangimento e dor psicológica, consistente no receio em relação ao restabelecimento da saúde do filho, agravado pela demora no atendimento, e no temor quanto à impossibilidade de proporcionar o tratamento necessário a sua recuperação, deve-se reconhecer o direito do autor ao ressarcimento dos danos morais, os quais devem ser fixados de forma a compensar adequadamente o lesado, sem proporcionar enriquecimento sem causa.

Recurso especial de GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA não provido. Recurso especial de CUSTÓDIO OLIVEIRA FILHO provido" (REsp nº 285.618/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 26/2/2009).

Conclui-se, portanto, que o acórdão recorrido foi prolatado dentro dos parâmetros

Superior Tribunal de Justiça

delimitados pela jurisprudência desta Corte, circunstância que atrai a incidência da Súmula nº 568/STJ.

Ademais, nas razões do agravo interno, a recorrente não apresentou precedentes contemporâneos e específicos, aptos para afastar a natureza dominante do entendimento deste Tribunal acerca do tema.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0030227-7

**AgInt no
AREsp 858.013 / DF**

Números Origem: 00286641820138070001 20130110286647 20130110286647AGS

PAUTA: 09/08/2016

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL DOS SERVIDORES DO MINISTERIO DA FAZENDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FABIO GALVAO FERREIRA TABOSA
AGRAVADO : DANIELLE ALVES DE OLIVEIRA TABOSA
ADVOGADOS : AMANDA GALVAO FERREIRA TABOSA
PEDRO JOSÉ FERREIRA TABOSA E OUTRO(S)
ALINE GALVÃO FERREIRA TABOSA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Prestação de Serviços

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL DOS SERVIDORES DO MINISTERIO DA FAZENDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FABIO GALVAO FERREIRA TABOSA
AGRAVADO : DANIELLE ALVES DE OLIVEIRA TABOSA
ADVOGADOS : AMANDA GALVAO FERREIRA TABOSA
PEDRO JOSÉ FERREIRA TABOSA
ALINE GALVÃO FERREIRA TABOSA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 520.750 - SP (2014/0119072-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : CENTRO TRANSMONTANO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DENYS CHIPPINIK BALTADUONIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FELIPE RIBEIRO PAREDE
ADVOGADO : INGRID APOLLONI MARQUES

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. PLANO DE SAÚDE. DENGUE TIPO HEMORRÁGICA. PESSOA IDOSA (79 ANOS). SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RECUSA DE COBERTURA. CLÁUSULA QUE PREVÊ PERÍODO DE CARÊNCIA. CARÁTER ABUSIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Constata-se que o Tribunal de origem, apesar da oposição dos embargos declaratórios, não examinou a controvérsia sob o enfoque dado pelo agravante, razão pela qual, à falta do necessário prequestionamento, a questão não merece ser conhecida. Caberia ao agravante, de acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte, alegar, nas razões do apelo especial, violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, providência, todavia, da qual não se incumbiu. Correta, portanto, a aplicação da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de considerar que a existência de cláusula que prevê período de carência para uso do plano de saúde afigura-se legítima, exceto se servir para excluir tratamentos de natureza emergencial. Precedentes.

3. Na hipótese, a col. Corte de origem, com base em análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que o tratamento requerido era de urgência. Rever tal entendimento demandaria o vedado exame das provas carreadas aos autos, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Pretório, é passível de condenação por danos morais a operadora de planos de saúde que se recusa injustificadamente a efetuar a cobertura do tratamento do segurado.

5. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter pedagógico da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do *quantum* indenizatório em R\$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

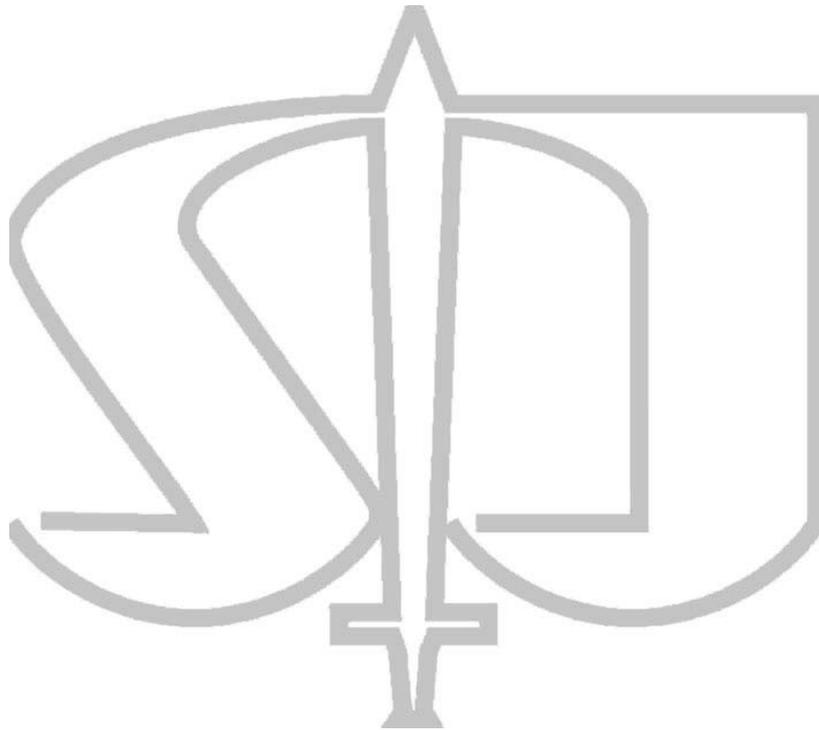
Superior Tribunal de Justiça

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator



AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 520.750 - SP (2014/0119072-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : **CENTRO TRANSMONTANO DE SÃO PAULO**
ADVOGADO : **DENYS CHIPPINIK BALTADUONIS E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FELIPE RIBEIRO PAREDE**
ADVOGADO : **INGRID APOLLONI MARQUES**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática desta Relatoria, que negou provimento ao agravo em recurso especial nos seguintes termos (e-STJ, fls. 278/284):

Trata-se de agravo em recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, em face de acórdão, proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. *"Propositura em razão da negativa de cobertura de internação e tratamento do autor, diagnosticado com dengue hemorrágica. Sentença de procedência. Data da distribuição: 10/05/2010; Valor da Causa: R\$ 30.000,00.*

Apela o réu alegando que o descumprimento se deu com base cláusulas contratuais expressas, uma vez que o autor se encontrava no período de carência. Sem ilícito não há dever de indenizar. O valor da indenização é exagerado, assim como a verba honorária.

Descabimento.

Autor diagnosticado com dengue hemorrágica. Gravidade do quadro que indica a situação de urgência e emergência que se encontrava o autor, determinando seu atendimento com afastamento da carência.

Dor moral presumível diante da gravidade da doença do autor, que não raro evolui a óbito. Excepcionalmente reconhecido o dano moral, para pessoa idosa (80 anos), correndo risco de morte, atendido somente depois de concedida a liminar. Fixada com razoabilidade em R\$ 10.900,00. Verba honorária arbitrada no mínimo legal, com razoabilidade.

Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Adoção do art. 252 do RJTJ. Recurso improvido." (e-STJ, fl. 210)

A ora agravante alega, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 12, V, b, 35-C e 35-D, da Lei nº 9.656/98; 54, § 4º, do CDC e 188 do Código Civil, sustentando, em síntese, a legalidade do prazo de carência

Superior Tribunal de Justiça

contratualmente estabelecido, diante também das Resoluções 13/98 e 15/99 CONSU, sustenta, ainda, que agiu em regular exercício de direito, não havendo que se falar em dever de indenizar por dano moral, bem como de que o valor de R\$ 10.900,00, fixado a título de dano moral deve ser reduzido.

É o relatório. Passo a decidir.

A irresignação não merece acolhimento, por ambas alíneas.

Com efeito, é cediço que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o mero descumprimento contratual não enseja indenização por dano moral. No entanto, nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte "vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada". (REsp 918.392/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI).

3. Atendendo aos critérios equitativos estabelecidos pelo método bifásico adotado por esta Egrégia Terceira Turma e em consonância com inúmeros precedentes desta Corte, arbitra-se o quantum indenizatório pelo abalo moral decorrente da recusa de tratamento médico de emergência, no valor de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais).

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO." (REsp 1.243.632/RS, Relator o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 17/9/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - PLANO DE SAÚDE - RECUSA IMOTIVADA DE TRATAMENTO MÉDICO - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA ADMINISTRADORA DO PLANO

DE SAÚDE.

1. A jurisprudência desta Corte 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 no espírito do beneficiário. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 7.386/RJ, Relator o Ministro **MARCO BUZZI**, DJe de 11/9/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RECUSA DA COBERTURA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO.

I - Em determinadas situações, a recusa à cobertura médica pode ensejar reparação a título de dano moral, por revelar comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde que extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, agravando a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.

Precedentes.

II - Em casos que tais, o comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde se caracteriza pela injusta recusa, não sendo determinante se esta ocorreu antes ou depois da realização da cirurgia, embora tal fato possa ser considerado na análise das circunstâncias objetivas e subjetivas que determinam a fixação do quantum reparatório.

III - Agravo Regimental improvido." (AgRg no Ag 884.832/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. **SIDNEI BENETI**, DJe de 9/11/2010)

"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA. CABIMENTO.

1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a

Superior Tribunal de Justiça

jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

3. Recurso especial provido." (REsp 1.190.880/RS, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 20/6/2011)

No caso, o Tribunal a quo, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, foram categóricos em afirmar que o aborrecimento imposto à parte, ora recorrida, foi excessivo, notadamente, diante de sua grave situação de saúde, razão pela qual sua responsabilidade afigura-se configurada, conforme se insere do seguinte trecho do acórdão a seguir transcrito:

"A presente ação foi proposta com o fito de compelir a ré no custeio de tratamento e internação do autor, cuidados decorrentes de dengue tipo hemorrágica diagnosticada em 07 de maio de 2010. O autor figura como titular do plano individual administrado pela ré desde 30 de abril de 2010.

Consigna-se que a sentença apreciou as provas como se evidencia. Transcreva-se, por oportuno:

"Embora haja limitação da responsabilidade da ré no período de carência (cláusula no 9. 1.3.2 - fl. 38), nos casos de urgência e emergência a cobertura de atendimento é garantida, como dispõe o artigo 35-C. inciso I. da Lei n 9.656/98: (...). Com efeito, a da conduta da ré em negar a cobertura de atendimento ao autor foi abusiva, já que o seu quadro era grave, pois diagnosticada, à fl. 27, dengue hemorrágica (CID A 90), e notória a existência de casos de óbitos decorrentes da doença, ainda mais quando o paciente tem idade avançada, que é o caso (79 anos - fl. 22). (...)

Desta feita, a ré deverá custear as despesas com o tratamento da doença do autor, garantindo a cobertura do plano de saúde contratado. Por outro lado, de rigor a parcial procedência quanto aos danos morais, posto que o constrangimento sofrido pelo autor em razão da recusa injustificada da cobertura do atendimento, por si só, já demonstra que não se cuida de mero aborrecimento corriqueiro, mas de algo que trata da vida humana e do necessário interesse de todos para defendê-la (...)" (e-STJ, fls. 212/213).

Diante de tal contexto, o Tribunal a quo, ao julgar procedente o pedido indenizatório formulado pela parte agravada em face da operadora do plano de saúde, decidiu em conformidade com a orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão

recorrido, nos moldes em que ora postulado, demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. Quanto ao montante fixado a título de indenização por danos morais, o recurso também não merece prosperar, tendo em vista que é pacífico o entendimento deste Pretório no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais) a título de reparação moral, decorrente das circunstâncias fáticas apresentadas na hipótese, de modo que a sua revisão esbarraria na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL. ART. 535 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. SÚMULA 7 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL OBJETIVA. SÚMULA 54 DO STJ. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA.

(...)

5. A revisão do valor fixado a título de danos morais somente é possível em sede de recurso especial no caso em que o quantum for exorbitante ou ínfimo. Fora essas hipóteses, aplica-se o entendimento insculpido na Súmula n. 7 do STJ.

6. Em se tratando de valor da indenização por danos morais, torna-se incabível a análise do recurso com base na divergência pretoriana, pois ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos serão sempre distintos. Precedente.

*7. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 1.019.589/RJ, Relator o Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, DJe de 17.5.2010)*

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. HOSPITAL. DESABAMENTO DE TETO. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. DESPROVIMENTO.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

2. Contudo, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado ser irrisório ou exorbitante o arbitramento da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.

3. No caso concreto, a indenização arbitrada pelo juízo singular em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e mantida pelo Tribunal

Superior Tribunal de Justiça

a quo não se mostra exorbitante ou desproporcional, máxime se consideradas as peculiaridades do caso em análise.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 61.985/SP, Rel. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**, QUARTA TURMA, julgado em 15/5/2012, DJe 21/5/2012)

Outrossim, verifica-se que o alegado dissenso pretoriano não restou comprovado em razão do descumprimento do disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ.

Com efeito, para a caracterização da sugerida divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas. Devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos, como na hipótese, os requisitos previstos nos mencionados dispositivos.

Confiram-se os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. QUITAÇÃO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. DAÇÃO EM PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. (...) III - Já é firme o entendimento desta Corte, segundo o qual a simples transcrição de ementas não basta para que se configure a divergência jurisprudencial alegada. Impõe-se a demonstração do dissídio com a reprodução dos segmentos assemelhados ou divergentes entre os paradigmas colacionados e o aresto hostilizado, o que inexistiu no presente caso. IV - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 738.797/RS, Relator o eminente Ministro **FRANCISCO FALCÃO**, DJ de 03.10.2005)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL E DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ. (...) IV - Em casos nos quais só a comparação das situações fáticas evidencia o dissídio pretoriano, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta como demonstração da divergência jurisprudencial. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 754.475/AL, Relator o eminente Ministro **FELIX FISCHER**, DJ de 26.09.2005)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

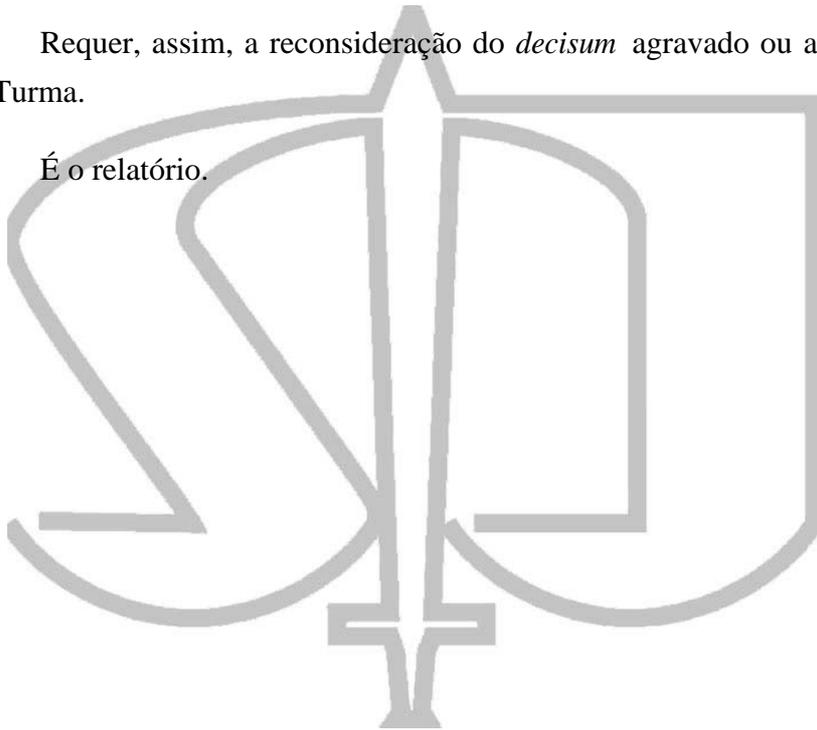
O agravante sustenta, em síntese, que a cláusula referente ao período de carência é

Superior Tribunal de Justiça

legítima (art. 12, V, "b", da Lei 9.656/98), é clara, objetiva e de fácil compreensão (art. 54, § 4º, do CDC), e que agiu em regular exercício de direito (art. 188, CC), não havendo que se falar em dever de indenização por danos morais. Alega, ainda, que: "*A decisão guerreada de 2ª instância foi proferida tão somente no sentido de que mesmo diante da interpretação de cláusulas contratuais, estas seriam ilícitas e capazes de ensejar a indenização por danos morais. (...) estamos diante de um processo onde as questões suscitadas possuem lei própria e específica, o que não se viu o seu devido enfrentamento pelo tribunal 'a quo'. (...) o tribunal simplesmente entendeu pela manutenção da indenização, porém não justificou de maneira razoável o porquê não aplicar a lei específica ao caso*" (e-STJ, fl. 290).

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do feito à eg. Quarta Turma.

É o relatório.



AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 520.750 - SP (2014/0119072-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : **CENTRO TRANSMONTANO DE SÃO PAULO**
ADVOGADO : **DENYS CHIPPINIK BALTADUONIS E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FELIPE RIBEIRO PAREDE**
ADVOGADO : **INGRID APOLLONI MARQUES**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

O inconformismo não merece ser acolhido.

Observa-se que o eg. Tribunal de origem, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não analisou a questão sob o enfoque do art. 12, V, "b", da Lei 9.656/98, e art. 2º da Resolução CONSU nº 13/2008.

Ressalte-se que esta eg. Corte de Justiça consagra orientação no sentido da necessidade de prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, não sendo suficiente a simples invocação da matéria na petição de embargos de declaração. Caberia à recorrente, na hipótese, alegar violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, providência, todavia, da qual não se incumbiu. Incide, pois, na espécie, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO DE FRETE. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A tese veiculada aos artigos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissões porventura existentes, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211 do STJ.

2. Caracteriza-se a responsabilidade solidária da empresa contratante de serviço de transporte por acidente causado por motorista da empresa transportadora terceirizada.

3. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Superior Tribunal de Justiça

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 438.006/RS, Rel. **Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/10/2014, DJe de 10/10/2014, grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 794, I, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ENUNCIADO 211 DA SÚMULA DO STJ. APLICAÇÃO DE JUROS SOBRE JUROS. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não tendo havido o prequestionamento do tema posto em debate nas razões do recurso especial e não tendo sido apontada ofensa ao art. 535 do CPC, incidente o enunciado 211 da Súmula do STJ.

2. O Tribunal de origem concluiu pela não aplicação de juros sobre juros e a revisão do entendimento adotado esbarra no óbice do enunciado 7 da Súmula/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 531.031/RS, Rel. **Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI**, QUARTA TURMA, julgado em 23/9/2014, DJe de 30/9/2014, grifou-se)

Noutro ponto, como asseverado pela decisão ora agravada, o eg. Tribunal estadual, ao estabelecer a obrigatoriedade de o plano de saúde proceder a tratamento emergencial, a despeito da existência de cláusula restritiva que estabelece prazo de carência, assim consignou:

"Consigna-se que a sentença apreciou as provas como se evidencia.

Transcreva-se, por oportuno:

"Embora haja limitação da responsabilidade da ré no período de carência (cláusula no 9. 1.3.2 - fl. 38), nos casos de urgência e emergência a cobertura de atendimento é garantida, como dispõe o artigo 35-C. inciso I. da Lei n 9.656/98: (...). Com efeito, a da conduta da ré em negar a cobertura de atendimento ao autor foi abusiva, já que o seu quadro era grave, pois diagnosticada, à fl. 27, dengue hemorrágica (CID A 90), e notória a existência de casos de óbitos decorrentes da doença, ainda mais quando o paciente tem idade avançada, que é o caso (79 anos - fl. 22). (...) Desta feita, a ré deverá custear as despesas com o tratamento da doença do autor, garantindo a cobertura do plano de saúde contratado." (e-STJ, fls. 212/213).

A seguradora, por sua vez, alega que a cláusula que prevê prazo de carência é legítima, clara, objetiva e de fácil compreensão.

Todavia, é inegável, conforme assentado na decisão ora agravada, que o entendimento das instâncias ordinárias está de acordo com a jurisprudência desta egrégia Corte no sentido de que a cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços

Superior Tribunal de Justiça

prestados pelo plano de saúde não é considerada abusiva, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência.

A propósito, confirmam-se, além dos julgados mencionados na decisão agravada, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. PRAZO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. INADIMPLENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.

4. Nos casos de negativa de cobertura por parte do plano de saúde, em regra não se trata de mero inadimplemento contratual. A recusa indevida de tratamento médico - nos casos de urgência - agrava a situação psicológica e gera aflição, que ultrapassam os meros dissabores, caracterizando o dano moral indenizável.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 213.169/RS, Quarta Turma, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 11/10/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado.

2. A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 845.103/SP, Terceira Turma, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 23/4/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA QUE ESTABELECE PERÍODO DE CARÊNCIA. INAPLICÁVEL EM

Superior Tribunal de Justiça

CASOS EMERGENCIAIS. CARÁTER ABUSIVO. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de considerar que a existência de cláusula que prevê período de carência para uso do plano de saúde afigura-se legítima, exceto se servir para excluir tratamentos de natureza emergencial. Precedentes.

2. Na hipótese, a col. Corte de origem, com base em análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que o tratamento requerido era de urgência. Rever tal entendimento demandaria o vedado exame das provas carreadas aos autos, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 929.893/PR, Quarta Turma, de minha relatoria, DJe de 13/4/2012, grifou-se)

Incide, portanto, o princípio cristalizado na Súmula 83 deste Tribunal.

Ademais, para se concluir que o tratamento requerido, na hipótese, não se enquadra como de emergência, conforme alega a agravante, seria necessário se proceder ao reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. A propósito:

"CIVIL E PROCESSUAL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS. EMERGÊNCIA. REDE NÃO CONVENIADA. EMERGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

I. "O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.)" (REsp 267.530/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ: 12/03/2001).

II. Concluindo as instâncias ordinárias pela emergência na situação, o reexame da questão esbarra no que diz o verbete n. 7, da Súmula desta Corte.

III. Recurso especial improvido." (REsp 809.685/MA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe de 17/12/2010, grifou-se)

Quanto ao dever de indenizar, verifica-se que o acórdão impugnado foi categórico em afirmar a responsabilidade do recorrente pelos danos sofridos pela parte agravada, consoante se verifica no seguinte excerto extraído do aresto impugnado:

"Com efeito, a da conduta da ré em negar a cobertura de atendimento ao autor foi abusiva, já que o seu quadro era grave, pois diagnosticada, à fl. 27, dengue hemorrágica (CID A 90), e notória a existência de casos de óbitos decorrentes da doença, ainda mais quando o paciente tem idade avançada, que é o caso (79 anos - fl. 22). (...)

Superior Tribunal de Justiça

Desta feita, a ré deverá custear as despesas com o tratamento da doença do autor, garantindo a cobertura do plano de saúde contratado. Por outro lado, de rigor a parcial procedência quanto aos danos morais, posto que o constrangimento sofrido pelo autor em razão da recusa injustificada da cobertura do atendimento, por si só, já demonstra que não se cuida de mero aborrecimento corriqueiro, mas de algo que trata da vida humana e do necessário interesse de todos para defendê-la (...) não há como negar-se que a parte autora sofreu de forma aguda ao ver-se diante de doença que poderia levá-la à morte rapidamente, sem poder contar com o atendimento de urgência/emergência de seu plano de saúde.

(...)

É certo que os direitos da personalidade são passíveis de tutela, na modalidade reparatória. A indenização fundada em danos morais possui dupla função: a reparatória e a pedagógica. Deve ser mensurada em valores que correspondam à exata compensação do lesado, sem enriquecê-lo indevidamente, e ao mesmo tempo afligir sensivelmente o causador do dano.

Assim, considerada a capacidade econômica do réu, seguindo objetiva linha do juízo, o prudente arbítrio nos leva a fixar a indenização pelo dano moral em 20 vezes o valor do salário mínimo, o que corresponde a R\$ 10.900,00. Observo que o essa quantia é suficiente a reparar o dano moral sofrido pelo autor e punir o réu pelo ato ilícito cometido." (e-STJ, fls. 212/213)

Nesse contexto, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido, nos moldes em que ora postulado pelo recorrente, é inviável para esta eg. Corte de Justiça, tendo em vista a necessidade de se reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. URGÊNCIA. NEGATIVA DE ATENDIMENTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE.

1. Inviável, em sede de recurso especial, modificar o acórdão recorrido que entendeu caracterizado o dano moral e a responsabilidade da empresa seguradora pela recusa injusta em situação de emergência constatada pela equipe médica, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-probatório e a interpretação de cláusulas contratuais, procedimentos vedados, nos termos das Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

2. O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou

Superior Tribunal de Justiça

exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que arbitrado em R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

3. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 454.610/RN, Rel. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe de 3/11/2014, grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA. DANO MORAL. REEXAME DE MATÉRIA CONTRATUAL E FÁTICA DA LIDE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. REVISÃO DO VALOR. NÃO PROVIMENTO.

1. O Tribunal de origem entendeu, com base nos fatos, provas e conteúdo contratual dos autos, que a negativa de cobertura da cirurgia foi abusiva e que houve dano moral. O acolhimento das razões de recurso, na forma pretendida, demandaria o reexame de matéria fática. Incidência dos verbetes 5 e 7 da Súmula desta Corte.

2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 508.065/PE, Rel. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**, QUARTA TURMA, julgado em 7/8/2014, DJe de 19/8/2014, grifou-se)

Quanto ao valor indenizatório, assevera-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, nos termos delineados pelo Tribunal de origem, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais) a título de danos morais em favor da parte recorrida, em virtude dos fatos narrados nestes autos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAME MÉDICO EM CRIANÇA EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA (CATETERISMO CARDÍACO) - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO DO CONSUMIDOR PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, MAJORANDO O QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE.

Superior Tribunal de Justiça

1. Indenização por dano moral majorada para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), uma vez constatada a flagrante irrisoriedade do quantum fixado em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) na instância ordinária.

Hipótese em que reconhecido o abalo extrapatrimonial decorrente da indevida recusa de cobertura financeira do exame médico invasivo de emergência (cateterismo cardíaco) a ser realizado em criança de tenra idade. Garantia da função pedagógico-punitiva da reparação.

Enriquecimento sem causa da vítima não configurado. Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 362.436/SP, Rel. Ministro **MARCO BUZZI**, QUARTA TURMA, julgado em 23/9/2014, DJe de 1º/10/2014)

"RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte "vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada". (REsp 918.392/RN, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**).

3. Atendendo aos critérios equitativos estabelecidos pelo método bifásico adotado por esta Egrégia Terceira Turma e em consonância com inúmeros precedentes desta Corte, arbitra-se o quantum indenizatório pelo abalo moral decorrente da recusa de tratamento médico de emergência, no valor de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais).

4. **RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**" (REsp 1.243.632/RS, Relator o Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, DJe de 17/9/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MATERIAIS E MORAL DECORRENTES DA INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECLAMO, ANTE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

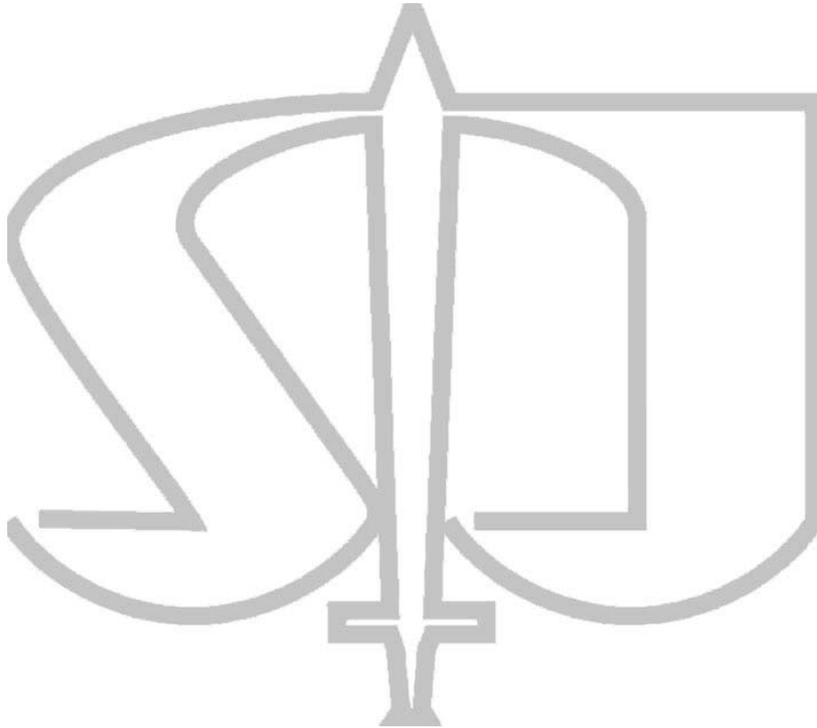
1. Pretensão voltada à majoração do quantum indenizatório fixado a título de reparação por danos morais na Corte Estadual. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias, a título de indenização por dano moral, pode ser revisto, no âmbito de recurso especial, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou excessiva, distanciando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se evidencia no presente caso, em que o quantum indenizatório pelos danos morais

Superior Tribunal de Justiça

*restou fixado em R\$ 30.000, 00, (R\$ 15.000,00 para cada um dos autores). Incidência da Súmula 7/STJ, Impende ressaltar que "se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte" (AgRg no Ag 56.745/SP, Relator o eminente Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**, DJ de 12.12.1994).*

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2014/0119072-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 520.750 / SP**

Números Origem: 00087471720108260477 110577 12882010 20120000482142 4770120100087471
87471720108060477

EM MESA

JULGADO: 05/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CENTRO TRANSMONTANO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DENYS CHIPPINIK BALTADUONIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FELIPE RIBEIRO PAREDE
ADVOGADO : INGRID APOLLONI MARQUES

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CENTRO TRANSMONTANO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DENYS CHIPPINIK BALTADUONIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FELIPE RIBEIRO PAREDE
ADVOGADO : INGRID APOLLONI MARQUES

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 327.767 - CE
(2013/0108936-7)**

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
AGRAVANTE : HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA
ADVOGADOS : FRANCISCO JOSÉ ALMEIDA SEVERIANO
IGOR MACEDO FACO E OUTRO(S)
MARIA INÊS CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL E
OUTRO(S)
RENE FREITAS DE QUEIROZ
AGRAVADO : OFÉLIA MORAIS PEREIRA E OUTRO
ADVOGADOS : GABRIELA OLIVEIRA GAZELLI E OUTRO(S)
MAGNO CÉSAR GOMES DO NASCIMENTO
RICARDO FERREIRA VALENTE

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ATENDIMENTO EMERGENCIAL NEGADO EM RAZÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. SÚMULA STJ/83. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1.- Conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde, excepcionalmente, não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura frustrate a razão de ser do negócio jurídico firmado, agravando a situação psicológica e gerando aflição ao contratante/paciente emergencial. Precedentes.

2.- A intervenção do STJ, Corte de Caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o País e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

3.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para a recusa de internação urgente da Recorrida para realização de parto de trigêmeos, tendo cumprido 95% (noventa e cinco por cento) do prazo de carência, foi fixada, em 28.03.2010, a indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de dano moral.

Superior Tribunal de Justiça

4.- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI
Relator



**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 327.767 - CE
(2013/0108936-7)**

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
AGRAVANTE : HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA
ADVOGADOS : FRANCISCO JOSÉ ALMEIDA SEVERIANO
IGOR MACEDO FACO E OUTRO(S)
MARIA INÊS CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL E
OUTRO(S)
RENE FREITAS DE QUEIROZ
AGRAVADO : OFÉLIA MORAIS PEREIRA E OUTRO
ADVOGADOS : GABRIELA OLIVEIRA GAZELLI E OUTRO(S)
MAGNO CÉSAR GOMES DO NASCIMENTO
RICARDO FERREIRA VALENTE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA interpõe Agravo Regimental contra Decisão que conheceu do Agravo, negando seguimento ao Recurso Especial, em virtude da incidência da Súmula STJ/83 e manteve o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em razão da recusa de internação urgente da Recorrida para realização de parto de trigêmeos, tendo cumprido 95% (noventa e cinco por cento) do prazo de carência.

2.- Nas razões do Agravo Regimental, requer a Agravante a reconsideração da Decisão agravada ou que o recurso seja levado em mesa para julgamento colegiado.

É o relatório.

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 327.767 - CE
(2013/0108936-7)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

3.- A irresignação não prospera.

4.- A Decisão agravada, ao negar seguimento ao Recurso Especial, o fez pelos seguintes fundamentos:

4.- Verifica-se que o Colegiado estadual manteve o entendimento proferido na Sentença, com base nos seguintes fundamentos:

Na referida ação pretendeu a parte autora a condenação da empresa Hapvida assistência médica ltda, ao pagamento de indenização pro danos morais na importância de R\$ 26.842,00 (vinte e seis mil, oitocentos e quarenta e dois reais) pela recusa à autorização de internação no momento do parto de urgência, negando, assim, assistência médico-hospitalar.

No tocante à realidade fática é essencial que seja analisado o princípio da razoabilidade quanto ao cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos. In casu, seria necessário 300 (trezentos) dias para completar o período de carência para a realização de partos, no entanto, faltavam 14 (quatorze) dias para completar este prazo no momento em que a sra. Ofélia Moraes Pereira entrou em trabalho de parto, de trigêmeos, e precisou internar-se urgentemente.

Ora, se para completar o período contratual de carência restavam apenas 14 dias, atendendo-se 95% (noventa e cinco por cento), deste prazo é indiscutível observar a causa que levou a necessidade da parte demandante em recorrer à demandada, buscando a internação de urgência, acreditando na razoabilidade dos fatos.

(...)

Ademais, quanto à alegação de inexistência de comprovação do dano moral suportado pela vítima, ha que se entender que a prova é desnecessária, pois analisa-se o dano moral sob uma perspectiva objetiva, e, ao meu sentir, a situação descrita nos autos, objetivamente considerada, implica em transtornos

Superior Tribunal de Justiça

emocionais que não se confundem com o simples dissabor.

Dúvida não há de que a recusa da internação ,quanto ao parto de trigêmeos, causa danos morais severos, razão pela qual a comprovação deste resta despicienda. Neste sentido, é a posição do Excelso Superior Tribunal de Justiça (...)

5.- Com efeito, o Tribunal de Justiça, decidindo pela obrigatoriedade da cobertura diante da necessidade de intervenção médica emergencial - decidiu em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado.

2. A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 845.103/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 23/04/2012);

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. PRAZO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. INADIMPLENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.

Superior Tribunal de Justiça

4. Nos casos de negativa de cobertura por parte do plano de saúde, em regra não se trata de mero inadimplemento contratual. A recusa indevida de tratamento médico - nos casos de urgência - agrava a situação psicológica e gera aflição, que ultrapassam os meros dissabores, caracterizando o dano moral indenizável.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 213.169/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 11/10/2012);

Dessa forma, inafastável, do caso em tela, a incidência da Súmula STJ/83: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

6.- No que se refere à pretensão recursal de redução da verba indenizatória concedida, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o quantum fosse irrisório ou exagerado, diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição (AgRg no Ag 599.518/SP, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 28/04/2009; REsp 1101213/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 27/04/2009; REsp 971.976/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22/04/2009; EDcl no REsp 351.178/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 23/03/2009; REsp 401.358/PB, Rel. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJe 16/03/2009; AgRg no Ag 769.796/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJe 09/03/2009; REsp 798.313/ES, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 09/03/2009; REsp 849.500/CE, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 12/02/2009; AgRg no Ag 988.014/PB, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 16/06/2008).

7.- Tratando-se de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que o faz distinto de outros.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, ainda que, objetivamente, os casos sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes.

Por isso, é muito difícil, nessas situações, apreciar-se um recurso especial com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. É em razão dessa complexidade que, na 2ª Seção, firmou-se a orientação de não mais se conhecer de embargos de divergência quando a discrepância residir em disparidade de valores, em condenações por dano moral, por fatos objetivamente, na aparência, iguais.

Daí, a dificuldade intransponível de se alterar, em âmbito de Recurso Especial, a quantificação fixada no Tribunal de origem, a título de reparação. Em consequência, a 3ª Turma deste Tribunal assentou o entendimento de que somente se conhece da matéria atinente aos valores fixados pelos Tribunais recorridos quando o valor for teratológico, isto é, de tal forma elevado que se considere ostensivamente exorbitante, ou a tal ponto ínfimo, que, em si, objetivamente deponha contra a dignidade do ofendido.

Não é o caso dos autos, em que houve a fixação em 28.03.2010, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em razão da recusa de internação urgente da Recorrida para realização de parto de trigêmeos, tendo cumprido 95% (noventa e cinco por cento) do prazo de carência.

Assim, não obstante os argumentos apresentados pela Parte Agravante, não se vislumbra, em face da quantia afinal mantida pelo Acórdão recorrido, razão para provocar a intervenção desta Corte.

5.- Assim sendo, observa-se que o Agravante não trouxe argumento capaz de alterar os fundamentos da Decisão agravada devendo portanto ser mantida por seus próprios fundamentos.

6.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0108936-7

**AgRg no
AREsp 327.767 / CE**

Números Origem: 00360154520088060001 2008003261154 360154520088060001

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO PIMENTEL ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA
ADVOGADO : FRANCISCO JOSÉ ALMEIDA SEVERIANO
ADVOGADOS : MARIA INÊS CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL E OUTRO(S)
IGOR MACEDO FACO E OUTRO(S)
RENE FREITAS DE QUEIROZ
AGRAVADO : OFÉLIA MORAIS PEREIRA E OUTRO
ADVOGADOS : MAGNO CÉSAR GOMES DO NASCIMENTO
RICARDO FERREIRA VALENTE
GABRIELA OLIVEIRA GAZELLI E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA
ADVOGADOS : FRANCISCO JOSÉ ALMEIDA SEVERIANO
MARIA INÊS CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL E OUTRO(S)
IGOR MACEDO FACO E OUTRO(S)
RENE FREITAS DE QUEIROZ
AGRAVADO : OFÉLIA MORAIS PEREIRA E OUTRO
ADVOGADOS : MAGNO CÉSAR GOMES DO NASCIMENTO
RICARDO FERREIRA VALENTE
GABRIELA OLIVEIRA GAZELLI E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
Gab. Desa. Maysa Vendramini Rosal

APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0017330-61.2015.827.0000

Referente:	AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER Nº 5006771-58.2013.827.2706
Origem:	2ª Vara Cível de Araguaína
Apelantes:	PLANSAÚDE/UNIMED - CONFEDERAÇÃO DO CENTRO OESTE E TOCANTINS e OSVALDO COSTA DA SILVA
Apelados:	OSVALDO COSTA DA SILVA e PLANSAÚDE/UNIMED - CONFEDERAÇÃO DO CENTRO OESTE E TOCANTINS
Relatora:	Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL

RELATÓRIO

Adoto como próprio o relatório ínsito na sentença, que a seguir transcrevo (evento 23 do processo relacionado):

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Osvaldo Costa da Silva em face de Plansaúde/Unimed - Confederação do Centro Oeste e Tocantins, ambos qualificados na inicial.

Aduz que adieru ao denominado Plansaúde como dependente de seu filho e que foi diagnosticado com urofluxometria com padrão de obstrução infra vesical aguda, necessitando de intervenção cirúrgica.

Afirma que ao se dirigir ao requerido requerendo a solicitação para o tratamento prescrito pelo médico, o pedido foi negado sob a alegação que o autor não teria cumprido o período de carência para a realização do procedimento cirúrgico requerido.

Em consequência pede a antecipação dos efeitos da tutela para que o requerido seja compelido a custear a cirurgia requerida e ao final seja confirmada a liminar em caráter definitivo, além da condenação da parte ré em dano moral.

Com a inicial juntou documentos.

Em evento 04 a inicial foi recebida e a liminar foi deferida.

Citada a requerida apresentou defesa acostada em evento 09, aduzindo a ilegitimidade ativa do autor para figurar no polo ativo da lide e requereu a denunciação a lide do Estado do Tocantins. No mérito, afirma que o procedimento cirúrgico foi negado em razão do período de carência está vigente no caso concreto, sendo observada a norma que rege o contrato entre as partes.

O autor impugnou a contestação apresentada (evento 12).

O magistrado de origem acolheu os pedidos iniciais e determinou que “o Plansaúde/Unimed - Confederação do Centro Oeste e Tocantins, realize o procedimento cirúrgico descrito na inicial em face do autor, no prazo de 10 dias, sob pena de incorrer em multa por dia de atraso na ordem judicial, que arbitro em R\$ 500,00 (quinhentos reais), devendo o representante legal da parte requerida ser intimado pessoalmente das astreintes (súmula 410 do STJ), condicionada ao limite máximo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)”. Condenou a requerida a pagar ao autor dano moral, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC desde o arbitramento e juros de mora de 1% ao mês da data da recusa em fornecer o tratamento requerido.

Também condenou o requerido ao pagamento das custas e despesas judiciais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

A UNIMED FEDERAÇÃO INTERFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MÉDICAS DO CENTRO-OESTE E TOCANTINS interpôs Apelação Cível na qual alega, preliminarmente, a necessidade de denunciar à lide o Estado do Tocantins com base nos arts. 70 e 280 do CPC, para que o ente federativo passe a compor o pólo passivo da demanda também responda aos termos da ação.

Ainda em sede preliminar, a recorrente sustenta a ilegitimidade ativa do autor, argumentando que ele não é contratante dos serviços de assistência à saúde e assim não teria relação jurídica com a Cooperativa.

No mérito, a apelante expõe que a negativa para a realização do procedimento no recorrido deu-se em razão da submissão do contrato à carência em virtude de doença preexistente.

Sustenta que “não houve constatação de ser caso de urgência/emergência, tendo em vista o declarado pré-agendamento de cirurgia, caracterizando o procedimento solicitado como eletivo. Somente a hipótese de urgência e emergência obrigaria a Apelante a autorizar o atendimento das 12 primeiras horas. Portanto, não tendo sido a urgência/emergência caracterizada e em se tratando de procedimento eletivo, a Apelante dispõe de amplo respaldo contratual e legal para proceder à negativa.”

Pondera que o apelado foi incluído no plano de saúde em 07/02/2011, conforme explicitado no relatório de beneficiário anexo, e a carência de 24 (vinte e quatro) meses para doenças preexistentes só terminaria em 07/02/2013, por isso a negativa para a cirurgia agendada para 27/03/2012 (vide guia de solicitação anexo).

Entende que a carência do recorrido enquadra-se na previsão contida no art. 32, inciso VI, da Lei nº 2.296/2010, de 730 dias para cobertura de doenças ou lesões congênitas ou preexistentes, declaradas ou não.

Explica que a Auditoria da Unimed verificou a documentação apresentada pelo Apelado e concluiu se tratar de doença preexistente e por esse motivo não poderia autorizar o procedimento dentro do período de carência.

Pontua que o Apelado agiu de má-fé, já que tinha conhecimento da doença, e assim feriu as regras que tratam dos defeitos dos negócios jurídicos, previstas nos arts. 138 e seguintes do Código Civil, pois seu procedimento caracteriza dolo, circunstância que determina a anulação do negócio jurídico.

Salienta que “não poderia ser considerada abusiva uma cláusula contratual que reproduz o que a própria legislação que rege a prestação de serviços de saúde dispõe, especificamente em relação à doença preexistente, art. 11 da Lei 9656/98.”

Discorre a respeito da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre pessoas jurídicas e rechaça, no presente caso, a aplicação da Súmula 469/STJ.

Propugna a inexistência de dano moral e afirma que o valor da indenização deve ser minorado para não configurar enriquecimento ilícito.

Por fim, pugna seja o presente recurso recebido e provido “para que seja declarada a incompetência dessa Juizado, ante a necessidade de DENUNCIÇÃO À LIDE do ESTADO DE TOCANTINS – SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO/SECAD, declinando a competência para uma das Varas da Fazenda Pública, foro privilegiado”.

Requer, ainda, seja acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa, “julgando extinto o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC e, se não for esse o entendimento, no MÉRITO, que seja o pedido formulado pelo Apelado julgado improcedente, condenando-o ao pagamento dos consectários legais.”

OSVALDO COSTA DA SILVA também apresentou Apelação Cível argumentando, em suma, que “ao fixar o valor da indenização, deve-se ter também por referência a capacidade financeira do ofensor, que no caso do Recorrido é grande, trata-se do maior plano de saúde do Brasil”, motivo pelo qual pleiteia a majoração da verba indenizatória para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ambos os litigantes apresentaram contrarrazões, nas quais requerem, respectivamente, o improvimento do recurso da parte adversa.

É o relatório. À revisão.

Palmas, 29 de janeiro de 2016.

Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL
Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
Gab. Desa. Maysa Vendramini Rosal

APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0017330-61.2015.827.0000

Referente:	AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER Nº 5006771-58.2013.827.2706
Origem:	2ª VARA CÍVEL DE ARAGUAÍNA
Apelantes:	PLANSÁUDE/UNIMED - CONFEDERAÇÃO DO CENTRO OESTE E TOCANTINS e OSVALDO COSTA DA SILVA
Apelados:	OSVALDO COSTA DA SILVA e PLANSÁUDE/UNIMED - CONFEDERAÇÃO DO CENTRO OESTE E TOCANTINS
Relatora:	Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL

VOTO

Conforme relatado, trata-se Apelações Cíveis interpostas por UNIMED FEDERAÇÃO INTERFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MÉDICAS DO CENTRO-OESTE E TOCANTINS e por OSVALDO COSTA DA SILVA, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Araguaína na Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação por Danos Morais em epígrafe.

Os apelos são próprios e tempestivos, o preparo do recurso da UNIMED foi devidamente recolhido e o do de OSVALDO COSTA DA SILVA é dispensável em virtude da gratuidade da justiça concedida no juízo *a quo*. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade pertinentes, conheço das insurgências.

Extrai-se dos autos que o autor sofre e “urofluxometria com padrão de obstrução infra vesical” com recomendação de internação e realização do respectivo procedimento em caráter de urgência (evento 1, DOC PESS2, processo de origem), mas ao tentar autorizá-lo pelo plano de saúde, a cobertura securitária lhe foi negada pela requerida, dando azo ao ajuizamento desta ação.

Em sede de antecipação de tutela, autorizou-se a realização do aludido procedimento e, ao final, o magistrado *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para determinar que “o Plansáude/Unimed - Confederação do Centro Oeste e Tocantins, realize o procedimento cirúrgico descrito na inicial em face do autor, no prazo de 10 dias, sob pena de incorrer em multa por dia de atraso na ordem judicial, que arbitro em R\$ 500,00 (quinhentos reais), devendo o representante legal da parte requerida ser intimado pessoalmente das astreintes (súmula 410 do STJ), condicionada ao limite máximo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).” Também condenou a requerida a pagar ao autor indenização por dano moral no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC desde o arbitramento, e juros de mora de 1% ao mês da data da recusa em fornecer o tratamento requerido.

Em sua Apelação Cível, a UNIMED sustenta, inicialmente, preliminares de denunciação da lide e de ilegitimidade ativa. Observo, contudo, que ambas já foram arguidas em sede de contestação e decididas pela magistrada de origem por ocasião do saneamento do processo, em 23/04/2014 (evento 14 do processo relacionado). Essa decisão não foi objeto de recurso e o decurso de prazo para qualquer impugnação foi certificado no dia 22/05/2014 (evento

20 do processo originário), estando, assim, obstada qualquer nova discussão sobre tais matérias porque acobertadas pela força preclusiva do trânsito em julgado.

No mérito, tenho que sentença deve ser mantida. Afinal, como bem assentou o Juiz de Direito sentenciante, “*o procedimento cirúrgico recomendado por profissional médico habilitado se enquadra perfeitamente nas hipóteses prevista no artigo 35-C, I da Lei 9.656/98, já que a declaração prescrita por ele (médico) relata a emergência/urgência do caso concreto, na medida em que se a cirurgia não fosse realizada em tempo hábil, poderia acarretar lesões graves e irreparáveis ao requerente, pois de acordo com os exames apresentados haveria o risco de o autor evoluir para um quadro de saúde onde ele não conseguiria fazer uma necessidade básica – urinar. Assim, ainda que estritamente não se tratasse de urgência/emergência a situação era emergencial, tal como afirmado pelo médico, constatação não impugnada pela parte ré.*” (evento 23 do processo de origem).

De fato, embora o segurado ainda se encontrasse no prazo de carência, não poderia a operadora do plano de saúde, ora apelante, negar a cobertura de procedimento necessário porquanto no caso houve a indicação de urgência pelo médico cooperado. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRATAMENTO - PLANO DE SAÚDE RECUSA - ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE - CARÊNCIA - ANTECIPAÇÃO TUTELA DEFERIDA DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO OCORRÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Em situações emergenciais, compete ao plano de saúde custear a realização dos exames solicitados pelo médico, independentemente do prazo de carência. Inteligência do art. 35-C da Lei 9.656/98, Recurso conhecido e não provido. (TJTO, AI 50037097720138270000, rel. Des. EURÍPEDES LAMOUNIER, julgado em 22/01/2014).

APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA COMPROVADA. PROBLEMA ORTOPÉDICO. DORES FORTES NOS PÉS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO NECESSÁRIO. NEGATIVA DE COBERTURA. PERÍODO DE CARÊNCIA. DANO MORAL. INCIDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que em caso de urgência/emergência comprovada nos autos, o período de carência contratualmente estipulado deve ser relevado, devendo o plano de saúde custear a realização do procedimento cirúrgico necessário. 2. A recusa da seguradora, com fundamento na falta de implementação do período de carência, uma vez demonstrada a situação de urgência ou emergência, gera dano moral passível de indenização. 3. O quantum indenizatório fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se suficiente a evitar o enriquecimento ilícito, bem como a reiteração, atuando com finalidade pedagógica. (...). 5. Recursos conhecidos e improvidos. (TJTO, AP 0014659-02.2014.827.0000, Rel. Desa. ÂNGELA PRUDENTE, 3ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 02/12/2015).

Ressalto que o art. 11 da Lei nº 9.656/98, ao dispor sobre a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação, atribui à operadora do plano de assistência à saúde o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário, mas no caso em tela a Unimed deixou de fazer essa prova, valendo-se de mera retórica ao imputar essa condição ao recorrido.

Destarte, diante da paisagem desenhada nos autos, é inequívoca a obrigação de assistência ao autor e, por consequência, outra não pode ser a conclusão, senão a de ilicitude da conduta da operadora ao se negar a prestação de assistência contratualmente prevista, de onde verte o dever de indenizar.

Também não há dúvidas que, no caso, **aplica-se a Legislação Consumerista** decorrente da relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos, em razão de que, no caso, não se analisa a relação entre a apelante e o Estado do Tocantins, mas sim entre a apelante e o apelado. Interpretação esta que se extrai da literalidade do art. 35 da Lei 9.656/98¹, que “*dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde*”, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula nº 469, dispondo que:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Cumpra asseverar, neste diapasão, que “*ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em que foi contratada*” (AgRg no REsp 707.286/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 18/12/2009).

Cabe destacar que a Lei nº 8.078/90, em seu art. 14 estabelece, *verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Da interpretação desse dispositivo legal, infere-se, sem dúvida, que a legislação consumerista estabeleceu a responsabilidade objetiva, uma vez que prescinde do elemento culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, pelo fato do produto ou serviço bem como a advinda do vício do produto ou serviço. Assim, aplicam-se suas normas às relações estabelecidas com os planos de saúde, uma vez que se caracterizam como *serviço* médico-hospitalar mediante remuneração.

No que pertine aos **danos morais**, não há como deixar de reconhecê-los, ante a clara afetação da vida privada do autor, que mesmo acometido de moléstia grave, foi-lhe negada a realização do necessário procedimento indicado por médico cooperado. Tal fato, por evidência, lhe traz angústia, apreensão, forte frustração, medo da morte e sentimento de impotência face à tormentosa situação, pautada pela urgência do tratamento e a falta de atendimento pela contratada apelante.

Neste contexto, bem delineados mostram-se todos os pressupostos da responsabilidade da parte apelante em indenizar os danos aventados pelo apelado, conquanto identificado o fato ilícito, a existência de dano plausível de indenização, bem como, o nexo causal entre o fato e o dano.

No que tange ao **quantum indenizatório**, ambas as partes mostram-se insatisfeitas com a sentença e requereram a sua modificação.

A apelante UNIMED alega que o valor da indenização deve ser reduzido para não configurar enriquecimento ilícito e o apelante OSVALDO COSTA DA SILVA argumenta que o montante deve ser majorado em virtude da capacidade financeira do ofensor.

¹ Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

Neste ponto convém lembrar que, nos termos consignados no art. 186 do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Já de acordo com o art. 927 do mesmo estatuto, aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, e o art. 944, *caput*, do mesmo *Codex*, preconiza que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Tem-se, pois, que em se tratando de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso reveste-se de características que lhe são próprias.

Não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, o Superior Tribunal de Justiça vem reiterando a orientação de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à manutenção do valor fixado na sentença – R\$ 10.000,00 (dez mil reais) –, montante este que decorre também da orientação do Superior Tribunal de Justiça e de julgados outros, dentre os quais, desta Corte de Justiça. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DO JUROS DA MORA A PARTIR DA DATA DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 54/STJ. PRECEDENTES. 1. Segundo os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não se revela desproporcional a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) fixadas a título de reparação por dano moral em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. 2. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp 1229840/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PRESSUPOSTOS DA REPARAÇÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANO PRESUMIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. SÚMULA 7/STJ. (...). 2. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte, a inscrição indevida do nome consumidor em órgão de restrição ao crédito caracteriza, por si só, o dano moral, cuja ocorrência prescinde de comprovação, uma vez que decorre do próprio fato, operando-se in re ipsa. 3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral em favor do ora agravado, em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada. 4. Ademais, a revisão do julgado, conforme pretendido, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no Ag 1192721/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 16/12/2010).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - REALIZAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS - PRELIMINARES DE DENUNCIÇÃO À LIDE E ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - AFASTADAS - NEGATIVA INDEVIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTRATADOS JUNTO AO PLANO DE SAÚDE - CARÁTER ABUSIVO CONFIGURADO - APLICAÇÃO DO CDC - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - QUANTUM PROPORCIONAL E RAZOÁVEL - MANUTENÇÃO - APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Muito embora a natureza do contrato de plano de saúde em comento seja coletiva, a legitimidade ativa do autor é patente, na qualidade de beneficiário, o que afasta a necessidade de denúncia da lide ao Estado do Tocantins, muito embora a prestação de serviço advenha de contato firmado pelo ente estatal com o Plano de Saúde. 2 - O contrato deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade. 3 - O consumidor do plano de saúde (ou seguro-saúde) continua a ter o direito de ver reconhecida a sua vulnerabilidade (artigo 4º, I do CDC), tanto na esfera da regulamentação administrativa quanto na esfera judicial. Tem ainda aplicação muito relevante o inciso V, do aludido dispositivo legal, já que os fornecedores dos planos e seguros se responsabilizam pela qualidade de seus serviços, inclusive tendo em conta a natureza continuativa da relação (artigo 17, IV, da Lei 9.656/98). 4 - Nos termos da jurisprudência reiterada 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 657717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 12/12/2005). 5 - O valor fixado a título de indenização por dano moral, in casu, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, encontrando-se dentro dos parâmetros reconhecidos por esta Egrégia Corte de Justiça. 6 - Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

(AP nº 0012622-02.2014.827.0000, Rel. Des. JACQUELINE ADORNO, julgado em 23/09/2015).

Diante do exposto, conheço dos recursos de apelação, mas **NEGO-LHES PROVIMENTO**, para manter incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Palmas-TO, 16 de março de 2016.

Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL
RELATORA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
Gab. Desa. Maysa Vendramini Rosal

APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0017330-61.2015.827.0000	
Referente:	AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER Nº 5006771-58.2013.827.2706
Origem:	2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARAGUAÍNA
Apelantes:	PLANSAÚDE/UNIMED - CONFEDERAÇÃO DO CENTRO OESTE E TOCANTINS e OSVALDO COSTA DA SILVA
Apelados:	OSVALDO COSTA DA SILVA e PLANSAÚDE/UNIMED - CONFEDERAÇÃO DO CENTRO OESTE E TOCANTINS
Relatora:	Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. PLANSAÚDE. DENUNCIÇÃO DA LIDE. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. QUANTUM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. As preliminares de denúncia da lide e de ilegitimidade ativa já foram arguidas em sede de contestação e decididas pela magistrada de origem por ocasião do saneamento do processo, em 23/04/2014. Essa decisão não foi objeto de recurso e o decurso de prazo para qualquer impugnação foi certificado no dia 22/05/2014, estando, assim, obstada qualquer nova discussão sobre tais matérias porque acobertadas pela força preclusiva do trânsito em julgado.

2. Embora o segurado ainda se encontrasse no prazo de carência, não poderia a operadora do plano de saúde negar a cobertura de procedimento necessário porquanto houve a indicação de urgência pelo médico cooperado.

3. O art. 11 da Lei nº 9.656/98, ao dispor sobre a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação, atribui à operadora do plano de assistência à saúde o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário, mas no caso em tela a Unimed deixou de fazer essa prova, valendo-se de mera retórica ao imputar essa condição ao recorrido.

4. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Súmula nº 469, do STJ. Aplicação do art. 35 da Lei nº 9.656/98. Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura. Aplicação do art. 14, do CDC.

5. Danos morais devidos. Afetação da vida privada do autor, que mesmo acometido de moléstia grave, foi-lhe negada a realização do necessário procedimento indicado por médico cooperado.

6. *Quantum* devido bem aplicado consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, além de visar o desestímulo do ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

7. Recursos conhecidos, mas improvidos.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima mencionadas, sob a presidência da Desembargadora **JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA**, na 7ª Sessão Ordinária, realizada no dia 16.03.2016, a 4ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conheceu do presente recurso e, no mérito, **negou-lhe provimento**, nos termos do voto da Relatora, lido na assentada de julgamento e que deste passa a fazer parte.

Votaram acompanhando o voto da **Relatora** os Desembargadores **ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE** e **LUIZ APARECIDO GADOTTI**.

Ausência justificada da Juíza **CÉLIA REGINA RÉGIS**.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça a Dra. **VERA NILVA ÁLVARES ROCHA**.

Palmas – TO, 22 de março de 2016.

Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL
RELATORA



CAIXA POSTAL

CADASTRO

AJUDA

Portal
de Serviços

Bem-vindo > Consultas de Jurisprudência

Consultas de Jurisprudência

< Documento Anterior

Próximo Documento >

Resultado da pesquisa

Nova pesquisa

Documento 1 de 7.

Processo: 2015.002118-9**Julgamento:** 28/01/2016 **Órgao Julgador:** 1ª Câmara Cível **Classe:** Apelação Cível

Apelação Cível nº 2015.002118-9

Origem: 4ª Vara Cível Não Especializada da Comarca de Natal/RN**Apelante:** Asl - Assistência Médica À Saúde Ltda - Amil**Advogada:** Lívia Alves Pessoa e outros**Apelado:** Roseane Duarte Câmara da Silva Gomes e outro**Advogada:** Flávia Câmara S. P. Marinho**Relator:** Desembargador Cornélio Alves

EMENTA: DIREITO PROCESSO CIVIL, CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELOS APELADOS PELA AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO LEGAL. REGULARIDADE. REJEIÇÃO. CIRURGIA DE HÉRNIA INGUINAL EM RECÉM NASCIDO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEEXISTENTE. PERÍODO DE CARÊNCIA DE 24 MESES. LAUDO MÉDICO QUE INDICOU A NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO, CARACTERIZADO COMO DE EMERGÊNCIA. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI Nº 9.656/98. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA AFASTADA. EMERGÊNCIA/URGÊNCIA EVIDENCIADAS.

ABUSIVIDADE. INDENIZAÇÃO QUE SE IMPÕE. VALOR PROPORCIONAL. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima identificadas. Acordam os Desembargadores que integram a 1ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de habilitação legal suscitada pelos apelados, e no mérito, conhecer do recurso, negando provimento à Apelação Cível, mantendo-se a sentença em todos os seus termos, conforme o voto deste Relator, parte integrante deste.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo plano de saúde ASL - Assistência Médica À Saúde Ltda – Amil contra Roseane Duarte Câmara da Silva Gomes e Marcos Silva Gomes, em face da sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Natal, nos autos da Ação de Danos Morais e Materiais (processo nº 0018808-09.2009.8.20.0001), que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o plano da saúde ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como o valor de R\$ 766,00 (setecentos e sessenta e seis reais) relativo aos danos materiais, pelas despesas médicas custeadas aos autores.

Em suas razões (fls. 170/191), a empresa Apelante alegou, em síntese, que: a) o contrato do menor encontrava-se em carência na época da utilização do serviço, tendo em vista que na data da solicitação contava com pouco mais de 8 (oito) dias de contrato; b) o paciente possuía hérnia inguinal, doença congênita, não tendo sido informada no momento da adesão ao contrato, o que impedia o atendimento imediato, tendo em vista que nesses casos em que a patologia é considerada preexistente à contratação, o prazo de carência pode ser de até 24 meses, nos termos do art. 11 da Lei 9.656/98; c) falta a comprovação da sua responsabilidade, não havendo especificação nos autos de quais seriam os danos morais auferidos.

Ao final, requereu o conhecimento e provimento do apelo para que seja reformada a sentença em todos os seus termos. Subsidiariamente, pugnou pela redução dos danos morais.

Em contrarrazões (fls.197/209), os Apelados suscitaram a preliminar de não conhecimento do recurso de Apelação em virtude da ausência de Habilitação legal, no mérito, pugnaram pela manutenção da sentença recorrida e desprovimento do apelo.

Instada a se manifestar, o representante do Ministério Público, por sua 12ª Procuradoria de Justiça (fls. 215/224) opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELOS APELADOS.

Alegaram os apelados, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, em razão de não ter sido assinado por patrono constituído nos autos.

Entretanto, a mesma não merece prosperar, visto que, houve a sua devida regularização, conforme documentos de fls. 229/275.

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

MÉRITO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do recurso e passo a apreciá-lo.

O cerne da temática diz respeito à responsabilidade do plano de saúde em arcar com a cirurgia de usuário que está condicionado ao prazo de carência ou de doença preexistente omitida.

Denota-se que a negativa da internação, pelos fundamentos da carência ou preexistência de doença, não podem prosperar, eis que não se tratava de mera cirurgia, mas sim de estado de emergência/urgência.

O laudo médico de fl. 25, documento de fl. 28, demonstraram que o procedimento cirúrgico mostrava-se urgente, por se tratar de uma hérnia inguinal estrangulada, atraindo, pois, a aplicação dos dispositivos alhures mencionados, afastando a tese da apelante e corroborando com o entendimento esposado na sentença.

Sobre a situação em apreço, destaco o que determina a Lei nº 9.656/98, vejamos:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

V - quando fixar períodos de carência:

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

1 - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

Portanto, da leitura atenta dos dispositivos, observa-se que não tem amparo jurídico a tese recursal de que estaria o recorrido cumprindo prazo de carência, posto que é obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência.

Noutro ponto, no que pertine à alegação de doença preexistente, entendo que por se tratar de procedimento de urgência, não há que se falar em carência de 24 (vinte e quatro) meses para realização do procedimento, eis que deve preponderar o disposto no artigo 35-C da Lei dos Planos de Saúde, diante do caso de caráter emergencial.

Isto porque o direito à vida e à dignidade há de ser amplamente preservado, devendo a Constituição Federal, por evidente, preponderar sobre qualquer outra norma que possa restringir este direito.

Corroborando com esse entendimento, eis os seguintes julgados:
EMENTA: CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, SOB A ALEGAÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DO PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12, V, C DA LEI Nº 9.656/98. PRAZO DE CARÊNCIA DE 24 (VINTE QUATRO) HORAS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE OBSERVA OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA MANTIDA. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA QUE CONDENOU A COOPERATIVA DEMANDADA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ASSUNÇÃO DAS DESPESAS MÉDICAS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. PACIENTE COM DIAGNÓSTICO DE APENDICITE AGUDA. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO PELO PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. CARÁTER

EMERGENCIAL. INCIDÊNCIA DO ART. 35-C DA LEI 9.656/98, QUE TORNA OBRIGATÓRIA A COBERTURA DO ATENDIMENTO NOS CASOS DE EMERGÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJRN - Apelação cível nº 2013.021715-5, 3ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Cláudio Santos, DJe 08/07/14). (Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho, Apelação Cível, 3ª Câmara Cível, julgamento em 28/10/2014).

.....
EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE COM FORTE CRISE EPILÉPTICA. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DE EMERGÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. INDICAÇÃO MÉDICA. RISCO DE MORTE. PROCEDIMENTO NEGADO SOB ALEGAÇÃO DO NÃO CUMPRIMENTO DO PRAZO DE CARÊNCIA PARA DOENÇA PREEXISTENTE. RISCO DE LESÃO IRREPARÁVEL PARA A PACIENTE. EMERGÊNCIA CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 35, C, DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA DE 24 (VINTE QUATRO) HORAS, ESTIPULADO NO CONTRATO E PREVISTO NO ARTIGO 12, V, C DA LEI DE Nº 9.656/98. DIREITO À VIDA. DEVER DE ATENDIMENTO INTEGRAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO. 1. Caracterizada a relação consumerista nos contratos de plano de saúde celebrados após o advento do Código de Defesa do Consumidor. 2. Primazia da vida humana sobre qualquer bem ou interesse meramente patrimonial. 3. Comprovado que se trata de caso emergencial, que implique em risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, o prazo de carência é de 24 (vinte e quatro horas), mesmo que o paciente esteja em período de carência para os demais serviços médico-hospitalares cobertos pelo plano, inclusive nos casos de doença preexistente. 4. Apelo conhecido e desprovido. (Relator: Des. Dilermando Mota, Apelação Cível, 1ª Câmara Cível, julgado em 12/03/2015).

Ainda há que se considerar a incidência, no caso, do Código de Defesa do Consumidor, de tal forma que se deve interpretar o contrato da forma mais favorável ao beneficiário, nos termos do seu art. 47.

Grande do Sul:

Neste sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANOS DE SAÚDE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI 9.656/98. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. COBERTURA PREVISTA NO ART. 12, VI DA LEI 9.656/98. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. SENTENÇA MANTIDA. Os contratos de plano de saúde estão abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante disposição do seu art. 3º, § 2º; art. 35 da Lei n.º 9.656/98 e súmula 469 do STJ. O autor foi atendido com urgência no Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul, diagnosticado com insuficiência cardíaca, necessitando em caráter de urgência do procedimento de implante valvar aórtico transcater, o qual teve cobertura negada pela demandada de forma injustificada e indevida, uma vez que o art. 12, VI da Lei 9.656/98 prevê sua obrigatoriedade de cobertura. Destarte, indevida a negativa de cobertura por parte da ré, devendo arcar com os custos do procedimento de implante valvar aórtico transcater, incluindo-se o fornecimento da válvula transcater, conforme decidido na sentença. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70062218862, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 29/07/2015)

Nesse contexto, cumpre analisar a possibilidade de condenação do plano de saúde por danos morais ante a negativa em proceder, voluntariamente, com o procedimento médico-hospitalar necessário para a salvaguarda da saúde e vida do autor.

Quanto à prova e avaliação do dano moral, Sílvio de Salvo Venosa, em Responsabilidade Civil, Vol. IV, 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, pág. 33, afirma que:

"a prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas da experiência. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá

ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano, como para a vítima. O montante da indenização não pode ser nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação. Ressalta-se que uma das objeções que se fazia no passado contra a reparação dos danos morais era justamente a dificuldade de sua mensuração. O fato de ser complexo o arbitramento do dano, porém, em qualquer campo, não é razão para repeli-lo".

Neste contexto, é inegável o sofrimento, a dor e o desespero experimentados pelos pais, ora apelados, em virtude da negativa pelo atendimento necessário de emergência, colocando em grave risco de vida uma criança que na época dos fatos contava com apenas 3 (três) meses de idade.

Em relação ao *quantum* indenizatório por danos morais, há que se utilizar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que não existem critérios taxativos que fixem os parâmetros da indenização.

O certo é que tal *quantum* deve servir às finalidades da reparação, mas deve conter a parcimônia necessária a fim de evitar que a quantia se desvirtue de seu destino, constituindo-se fonte de enriquecimento sem causa.

Eis os julgados desta Corte de Justiça:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. DEMORA NA INTERNAÇÃO HOSPITALAR E REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. PACIENTE IDOSA. COBRANÇA ABUSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM DELIMITAÇÃO DE VALOR. SENTENÇA QUE ARBITROU VALOR SUPERIOR. JULGAMENTO ULTRA PETITA CONFIGURADO. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA NESTE PARTICULAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO IMPERIOSA. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRN, AC nº 2014007132-5, Rel. Des. Ibanez Monteiro, 2ª Câmara Cível, j. 11/11/2014).

.....

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRAZO DE COBERTURA PARCIAL TEMPORÁRIA DECORRENTE DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. SITUAÇÃO QUE NÃO EXIME O CARÁTER DE URGÊNCIA DO PROCEDIMENTO. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. RISCO DE DANO À SAÚDE DO AGRAVADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJRN, Ag n° 2014.010815-8, Rel. Desembargador Cláudio Santos, 3ª Câmara Cível, j. em 04/11/2014).

Por isso, tenho como razoável e proporcional o valor da indenização no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) estipulado a título de indenização por dano moral.

Ante ao exposto, em consonância com o parecer do Ministério Público, voto pelo conhecimento do recurso e desprovimento do apelo interposto.

Com o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

É como voto.

Natal, 28 de janeiro de 2016.

Desembargador **EXPEDITO FERREIRA**
Presidente

Desembargador **CORNÉLIO ALVES**
Relator

Doutor **PEDRO DE SOUTO**
12º Procurador de Justiça

[< Documento Anterior](#)

[Próximo Documento >](#)

[Resultado da pesquisa](#)

[Nova pesquisa](#)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000799485

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010712-49.2014.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, são apelados LUCAS GABRIEL RODRIGUES NOGUEIRA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e ELIENE BORGES NOGUEIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO E ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 31 de outubro de 2016.

Silvério da Silva
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 10488

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 1010712-49.2014.8.26.0161

COMARCA: FORO DE DIADEMA

APELANTE: UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE
TRABALHO MÉDICO

APELADO: LUCAS GABRIEL RODRIGUES NOGUEIRA (MENOR
REP.) E OUTRO

JUIZ: DRA. MARISA DA COSTA ALVES FERREIRA

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Internação de emergência de menor. Recusa de custeio pelo plano de saúde sob alegação de período de carência de 180 dias, somente se responsabilizando pelas doze primeiras horas no setor de emergências. Cobranças do hospital em relação aos autores, ante a negativa do plano de saúde. Súmula 103 do TJSP. É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98". A garantia à saúde não pode ser limitada por um número determinado de horas ou até evoluir para internação, conforme regulamentado pela CONSU, posto que a gravidade do quadro de saúde depende da evolução do paciente ao tratamento e das avaliações médicas. Menor com 15 dias de vida com problemas respiratórios graves, agudos, de forma que não há como afastar o estado de emergência. Cobrança indevida em relação aos autores. Danos morais descabidos. Apelo parcialmente provido.

A sentença de fls. 275/277, cujo relatório se adota, nos autos da ação de obrigação de fazer, julgou procedente a ação para condenar a ré Unimed Paulistana ao pagamento das despesas

hospitalares do autor decorrentes da internação objeto desta lide junto ao hospital corréu. Condenou a ré na indenização de R\$ 10.000,00 a título de danos morais e honorários advocatícios que fixou em 15% sobre o valor total da condenação. Ainda, julgou parcialmente procedente a ação contra o Hospital da Criança Nossa Senhora de Lourdes para que se abstenha de efetuar a cobrança das despesas em questão dos autores, tornando definitiva a liminar.

Unimed Paulistana recorre, fls. 286/300, para total improcedência da ação ou redução do valor indenizatório.

Recurso recebido no duplo efeito, fls. 305.

Contrarrazões apresentadas às fls. 320/327.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso, fls. 341/348.

Certidão de fls. 352 informando o transcurso de prazo sem manifestação de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Os autores alegam que, ainda que não tivessem plano de saúde, celebraram com a empresa Unimed um plano de assistência de saúde e hospitalar, no qual o menor Lucas seria o beneficiário. Alegam que no dia 03 de maio de 2014, o pai do autor o encaminhou ao Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Lourdes, em decorrência de ter notado que o filho, com apenas 15 dias de vida, estava com problemas de respiração, tendo sido diagnosticado quadro de bronquiolite associado a insuficiência respiratória, devendo o autor permanecer internado para acompanhamento de seu quadro social. Diz

que o plano de saúde do autor não autorizou a internação, em decorrência de período de carência de 180 dias não ter sido concluído, somente se responsabilizando pelas doze primeiras horas no setor de emergências. Dessa forma, a avó do autor firmou contrato de prestação de serviços de atendimento médico com o Lourdes, de forma particular, se responsabilizando pelas despesas oriundas da internação do autor, tendo posteriormente recebido fatura da dívida, que atingia a monta de R\$ 15.681,27. Em razão da negativa do plano e da cobrança da agravante, os agravados ajuizaram ação indenizatória com pedido de tutela antecipada, sob o processo n. 1010712-49.2014.8.26.0161, distribuída junto à 4ª Vara Cível da Comarca de Diadema.

A corrê apela reiterando a alegação de que o apelado ainda estava em período de carência, devendo respeitar e cumprir com o prazo havido no contrato firmado entre as partes. Ademais, aduz que a hipótese dos autos não consiste em atendimento de urgência. Assim, alega que agiu em conformidade com as obrigações assumidas. Por fim, alega a inoccorrência de danos morais e, se mantidos, requer a redução do valor fixado.

De acordo com a Súmula 103 do TJSP: *“É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98”*.

Muito embora a Resolução 13 do CONSU, em seus artigos 2º e 7º, estabeleça a limitação de cobertura relativa à internação para as 12 primeiras horas, abusiva aludida limitação temporal que, não obstante a redação da referida Resolução, não pode contrariar texto expresso em Lei (mais precisamente o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor), já que norma de cunho administrativo, o que não se concebe.

E não se pode deixar de ressaltar da aplicação do CDC nos contratos de plano de saúde conforme Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde"*.

Disso resulta que ainda que exista cláusula contratual os princípios de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor integram o contrato para recompor a vulnerabilidade existente entre a administradora do plano de saúde e o consumidor.

E quanto à resolução n. 13 do CONSU, tem sido entendido neste Tribunal que, com base nos Princípios da Legalidade e dos freios e contrapesos (arts. 5º, II, e 2º, ambos da CF/88), os atos normativos deliberados pelas agências reguladoras não devem, nem podem, restringir ou ampliar o teor da lei em sentido estrito.

O poder de regulação atribuído a essas agências é limitado à elaboração de normas dirigidas aos entes regulados, e tais normas restritivas não têm o condão de atingir os administrados, no caso, os consumidores beneficiários dos planos de saúde.

Nessa esteira:

"Não colhe a alegação, ademais, de que incidiria na espécie o disposto na Resolução 13 do CONSU, que exclui a cobertura se houver necessidade de internação, em situações de emergência ocorridas durante o prazo de carência, devendo o apelado arcar com o valor das despesas médico-hospitalares. Em situação análoga, esta Câmara posicionou-se no sentido de que tal resolução não teria aplicabilidade, uma vez que 'A Lei n.º. 9.656/98 dispõe que, em situações de emergência, o prazo máximo de carência será de 24 horas (art. 12, V, 'c'), não prevendo outros requisitos para a cobertura na hipótese. Assim, não pode uma resolução administrativa fazê-lo.' (Apel. Cível n.º. 390.361.4/2, de São Paulo,

rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, .)."

Na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, as normas das agências reguladoras resumem-se:

" (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências. A lei utiliza, muitas vezes, conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgãos técnicos especializados." (in "Direito Administrativo", 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 444-448, g.n.).

Não bastasse, a matéria já está sumulada tanto por esta Corte, quanto pelo colendo STJ:

Súmula 92 TJSP: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário.

Súmula 302 STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."

Conforme bem ressaltado na sentença, *"a garantia à saúde não pode ser limitada por um número determinado de horas ou até evoluir para internação, conforme regulamentado pela CONSU, posto que a gravidade do quadro de saúde depende da evolução do paciente ao tratamento e das avaliações médicas. O paciente, ora consumidor, não tem o dom de se curar em 12 ou 24 horas para receber atendimento médico necessário e vital, em emergência, para que o contrato seja cumprido. É fato que não depende de sua vontade, devendo a contratante assumir o risco inerente à sua atividade de prestadora de serviços".*

Ademais, no caso, estamos falando de um menor com 15 dias de vida com problemas respiratórios graves, agudos, de forma que não como afastar o estado de emergência. Neste sentido, documento de fls. 32. O genitor do menor enfatizou que os pais não tinham plano de saúde, mas, a fim de preservar a vida do filho de eventuais intercorrências, contratou o plano de saúde apenas para o menor, esperando, por óbvio, a devida prestação dos serviços médicos quando necessário, como no caso.

Deste modo, o valor da internação não pode ser cobrado no autor, observado o contrato estabelecido entre a operadora e o hospital.

Razão assiste à apelante quanto aos danos morais, sendo estes descabidos.

Cito julgado publicado na JTJ-LEX 262/306, que aqui também merece transcrição, a saber:

"Ninguém pode negar que a discussão sobre interpretação de cláusulas de um contrato é direito inafastável de cada uma das partes contratantes, de tal modo que baseada nessa interpretação legítima se mostra, em princípio, a recusa de atendimento, ainda que, posteriormente, outra seja a solução para a disputa. Lembra-se, bem a propósito, acórdão do Superior Tribunal de Justiça (RT 798/212, em REsp. 202.564-RJ, relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA), o 'inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e 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. Com efeito, a dificuldade financeira ou a quebra da expectativa de receber valores contratados não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais."

Assim, a mera discussão quanto à interpretação de cláusula contratual de plano de saúde não gera dano moral sujeito à indenização. Estaria caracterizado apenas um aborrecimento não suscetível de acarretar condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

" PLANO DE SAÚDE – Cobertura – Recusa indevida – Ausência, no entanto, de danos morais que necessitem de reparação – Verba não devida – Sentença confirmada" (JTJ 251/151).

Ainda mais, a tutela antecipada foi concedida para abster o hospital de cobranças em relação ao autor, sem maiores dissabores.

Quanto à aplicação do disposto no art. 85, § 11 do CPC/2015, de acordo com o Enunciado administrativo n. 7 do c. STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, *" Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC."*

Do exposto, dou parcial provimento ao recurso para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afastar a indenização a título de danos morais.

SILVÉRIO DA SILVA

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000828644

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005622-11.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, são apelados FABIO SABINO GERONYMO e VANESSA TYEKO DE OLIVEIRA GERONYMO.

ACORDAM, em 20ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), LUIS MARIO GALBETTI E MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

Moreira Viegas
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº: 1005622-11.2015.8.26.0554
Comarca: Santo André
Apelante: BRADESCO SAÚDE S/A.
Apelados: VANESSA TIUEKO DE OLIVEIRA GERONYMO
E OUTRO

PLANO DE SAÚDE – Paciente grávida acometida de forte hemorragia interna – Constatação de abrupta queda dos batimentos cardíacos do nascituro - Imediato encaminhamento ao centro cirúrgico - Situação de urgência/emergência – Negativa de cobertura - Restrição contratual alegada – Carência - Abusividade - Incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98 (35-C) – Cobertura determinada – Dano moral configurado - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO Nº 17.718

Ação cominatória cumulada com perdas e danos julgada procedente pela r. sentença de fls. 407/412, cujo relatório se adota.

Apela a ré buscando a inversão do julgado (fls. 407/412). Alega, em apertada síntese, que negou cobertura pleiteada, ante a ausência de cumprimento da carência contratual, que é de 180 (cento e oitenta) dias, conforme prevê a Lei 9.656/98. Ressalta que o dever de informação foi prestado ao consumidor, tendo a titular sido informada sobre as cláusulas do contrato que estabeleciam as exclusões e os prazos de carência. Nega, por consequência, a ocorrência de danos morais. Aguarda a inversão do julgado ou, ao menos, a redução do valor indenizatório.

Recurso processado, com resposta (fls. 431/440).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o relatório.

Extrai-se dos autos que os autores contrataram plano de saúde comercializado e administrado pela ré em dezembro de 2013, subindo de categoria em fevereiro de 2014. Decorridos pouco mais de seis meses a co-autora Vanessa, vítima de forte hemorragia interna, procurou socorro médico, sendo imediatamente encaminhada ao centro cirúrgico, mercê do risco de morte que ela e o nascituro corriam.

A operadora do plano negou a cobertura, sob a alegação de ausência do cumprimento do período de carência.

Em virtude de tal negativa, pretendem os autores compeli-la a arcar com os custos do tratamento e da internação realizada; também, ver-se indenizados pelos danos morais que tiveram de suportar.

O contrato de plano de saúde é regido pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor (conforme artigo 35-G, da Lei 9.656/98), haja vista tratar-se de típica relação de consumo.

O artigo 35-C, da Lei 9.656/98 prevê que os atendimentos de urgência e de emergência são respectivamente, os que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizados em declaração do médico assistente e os resultantes de acidentes pessoais, ou de complicações no processo gestacional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso vertente, inegável que o procedimento indicado a paciente enquadra-se nas situações descritas pelo dispositivo mencionado, conforme se infere dos documentos médicos acostados aos autos.

Nesta senda, patente o caráter emergencial do atendimento, o prazo de carência é de 24 horas, nos termos do artigo 12, inciso V, alínea “c”, da Lei de Planos de Saúde, devendo ser afastada a carência de 180 dias exigida pela ré. Nem se alegue que a responsabilidade da operadora, nos casos de emergência ou urgência, está limitada às primeiras horas da internação.

É bem verdade que o parágrafo único, do artigo 35-C, da Lei 9.656/98 estabelece que a ANS publicará regulamentação no tocante às normas desse dispositivo. Também é verdade que a referida agência excluiu do atendimento obrigatório à internação hospitalar. Entretanto, o fato é que a regulamentação do dispositivo não pode restringir direitos que a lei não restringe.

No caso, devem ser aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem que o objeto do contrato deve ser respeitado e que a interpretação da norma e do contrato deve ser interpretado em favor do consumidor.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de admitir a abusividade da cláusula que em contrato de plano de saúde impõe prazo de carência para atendimento e internação de casos de urgência ou de emergência:

“Consumidor. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa de autorização para a internação de urgência. Prazo de carência. Abusividade da cláusula. Dano moral.

- Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.

- 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.

Recurso especial conhecido e provido” (REsp 657717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 374)

“PLANO DE SAÚDE. Prazo de carência. Internação de urgência. O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido”(REsp 222339/PB, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 12/11/2001, p. 155).

E também desta E. Corte:

“PLANO DE SAÚDE. RECUSA A CUSTEIO DE TRATAMENTO. CARÊNCIA. Abusividade. Artigo 35-C da Lei dos Planos de Saúde que excepciona a regra da possibilidade de negativa de atendimento decorrente de carência contratual em casos de urgência e emergência. Situação de emergência devidamente caracterizada. Autora diagnosticada com câncer no estômago e com necessidade premente de cirurgia oncológica. Preexistência da doença não demonstrada nos autos. Sentença de procedência mantida. RECURSO DESPROVIDO” (Apelação nº 0112559-69.2006.8.26.0007, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Alcides, j. 17.11.2011).

“PLANO DE SAÚDE Negativa de cobertura das despesas decorrentes de internação da autora em razão de pneumonia – Improcedência decretada Alegação da ré de ausência de cumprimento do prazo de carência Descabimento Procedimento de urgência, capaz de gerar risco de morte à autora Limitação de cobertura às primeiras doze horas da internação, consoante disposto na Resolução CONSU nº 13 Norma hierarquicamente inferior à Lei nº 9.656/98 que não pode criar limitações por esta não

disciplinadas Dever da ré de reembolsar todas as despesas decorrentes da internação Recurso provido” (Apelação nº 0194580-12.2009.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, Galdino Toledo Júnior, j. 22.11.2011).

“Plano de Saúde período de carência paciente, com hipertensão arterial, que arcou com as despesas do parto prematuro demanda que visa compelir o plano de saúde a cobrir exames realizados, além das despesas de internação do bebê em UTI acolhimento situação emergencial que desobriga o cumprimento da carência contratualmente prevista - bebê prematuro que se encontrava em situação de risco imediato de vida - Urgência e Emergência evidenciadas - aplicação do cdc abusividade da cláusula invocada pela requerida recusa de cobertura, limitadas as obrigações da ré, que redundaria na negação da própria finalidade do contrato que é assegurar a continuidade da vida e da saúde, - danos morais descabimento, a despeito do entendimento pacificado do colendo STJ, no sentido de que a recusa injustificada de cobertura prevista no contrato de plano de saúde rende ensejo à reparação circunstâncias aqui discutidas que, excepcionalmente, afastam o dever de indenizar. Apelo da autora parcialmente provido, improvido o da ré” (Apelação nº 0046620-21.2010.8.26.0002, 5ª Câmara de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Direito Privado, rel. Des. A.C.Mathias Coltro, j. 9.11.2011).

Ressalte-se que o princípio da autonomia privada previsto no artigo 170, da Constituição Federal não é absoluto e deve conviver com outros princípios de direito contratual, todos de natureza cogente, tais como o da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato.

A questão inclusive foi objeto de exímia decisão lançada pelo Des. César Peluso, que em caso idêntico ao ora em exame, de cláusula de carência em internações urgentes, ressaltou que, “seria fraqueza de espírito insistir em que se este ou aquele fica, durante largo tempo e de modo absoluto, privado do custeio das despesas necessárias a tratamento de situação crítica, ou de necessidade aguda que, por definição, lhe ameace a sobrevivência, então está comprometido, do ângulo de seus interesses, o próprio objeto da tutela contratual, porque submete a risco insuportável a vida mesma” (TJSP, 2ª. Câmara de Direito Privado, AC 100.872-4/2-00).

Além disso, considerando a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que se considera “abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

No mesmo sentido, esta Corte editou duas Súmulas:

“Súmula 92: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do segurado ou usuário (Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça).”

“Súmula 103: É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.”

Nesta senda, não se verifica violação ao *pacta sunt servanda*, na medida em que reconhecida a abusividade da cláusula contratual que impede a internação em caso de urgência, sob a alegação de não cumprimento da carência.

Ademais, cumpre mencionar que os prazos de carência foram reduzidos de acordo com o aditamento firmado entre as partes e também pela migração do plano de saúde de empresa sucedida pela ré, o que também implica em aproveitamento dos prazos de carência.

Portanto, absolutamente correta a procedência do pedido cominatório. E o mesmo se diga em relação ao pedido de indenização pelos danos morais.

Embora o mero inadimplemento contratual não seja causa para sua ocorrência, é reconhecido o direito à compensação dos danos advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se pacificou:

“Civil. Processo civil. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa indevida da seguradora em custear cirurgia de emergência. Alegação não comprovada de doença preexistente à contratação do seguro. Direito à cobertura reconhecido. Danos morais. Ocorrência.

1. No pleito em questão o autor submeteu-se a uma cirurgia de emergência de um tumor maligno no cérebro, recusando-se a seguradora a arcar com as despesas médico-hospitalares ao argumento de preexistência da doença quando da assinatura do contrato. As instâncias de 1º e 2º grau julgaram restar incomprovadas as alegações da empresa recorrida, reconhecendo o direito do autor à cobertura pleiteada, lhe sendo reembolsados os gastos com a cirurgia e o pagamento do tratamento quimioterápico, nos termos do contrato firmado entre as partes. 2. Quanto aos danos morais, o Tribunal, reformando a sentença neste ponto, considerou que a indevida recusa da seguradora, inobstante ter causado “transtornos e mal estar ao autor”, não configurou a ocorrência do dano moral

pleiteado. 3. O acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento firmado nesta Corte, segundo o qual “a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em situação de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada”. Precedentes. 4. Ademais, como também já tem decidido esta Corte, em casos como este “não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação. Precedentes. 5. Considerando as peculiaridades do pleito em questão, e em acordo com precedentes desta Corte em casos assemelhados, versando sobre recusa indevida de cobertura securitária, restabeleço a sentença de 1º grau, mas reduzindo o valor dos danos morais, para fixá-los em R\$.50.000,00 (cinquenta mil reais). 6. Recurso conhecido e provido” (STJ-REsp nº880.035/PR, rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, j. 21.11.06, DJ 18.12.06, p. 405, em Lex-STJ 210/254).

“(…) PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR. RAZOABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou

posicionamento no sentido de que há direito ao ressarcimento do abalo moral oriundo da injusta recusa de cobertura securitária médica, pois esta conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já abalado em virtude da doença.

(...)

3. Agravos regimentais não providos” (AgRg no REsp 1.241.480/RS, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, 3ª Turma, j. 14/02/2012).

“(...) PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO A MENOR. LIBERAÇÃO DE SENHA. RECUSA. INADIMPLÊNCIA. ATRASO DE MENSALIDADES. INEXISTÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA. HUMILHAÇÃO E ANGÚSTIA. DANO MORAL CONFIGURADO. (...)”(AgRg no Ag 1.303.041/SP, rel. min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 09/11/2010).

Corte Estadual: Esse também o entendimento prevalente nessa

PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL. Período longo o suficiente para caracterizar demora injustificada no procedimento de autorização a ser emitida pela operadora, que se equipara, evidentemente, à recusa indevida de cobertura



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em situação de urgência com potencial causador de dano moral indenizável. Indenização arbitrada com razoabilidade, fixada quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada uma das três requerentes, ante as peculiaridades fáticas da causa. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). Recurso desprovido (Apelação n. 0003182-74.2009.8.26.0326, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Piva Rodrigues, j. 18.03.2014)

Anotado, porque conveniente e necessário, que o dano sofrido pela autora é de natureza *in re ipsa*, ou seja, dispensa a prova na espécie.

Na fixação do valor da compensação, devem ser considerados a jurisprudência da Corte em casos análogos, as particularidades do caso concreto, e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ponderados todos esses elementos, R\$ 15.000,00 é quantia que se mostra adequada e suficiente para encerrar as finalidades compensatória e pedagógico-punitiva do dano moral.

Insta consignar que o termo inicial da correção monetária é o seu arbitramento (Súmula STJ nº 362), ao passo que o termo inicial dos juros moratórios é a citação, pois se trata de responsabilidade contratual.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Concluindo, a sentença mostra-se correta e deve ser confirmada por seus próprios fundamentos.

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Relator



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. GESTANTE. PARTO. CESARIANA. PRÉ-ECLÂMPSIA. NEGATIVA DE COBERTURA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. DESCABIMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PRAZO DE CARÊNCIA DO RECÉM-NASCIDO. INAPLICABILIDADE. CASO CONCRETO.

I. No caso, os autores postulam a condenação da operadora do plano de saúde ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em razão de negativa de cobertura de cesariana, bem como o reconhecimento do prazo transcorrido de carência para o recém-nascido. A cobertura restou negada pela requerida sob a alegação de que o contrato estava dentro do prazo de carência para a realização de partos.

II. Entretanto, os contratos de planos de saúde estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, na forma da Súmula 469, do STJ, devendo ser interpretados de maneira mais favorável à parte mais fraca nesta relação. De outro lado, os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais moléstias oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente. Além do mais,



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

deve ser priorizado o direito à saúde e à vida em relação ao direito contratual. Incidência dos arts. 47 e 51, IV, § 1º, II, do CDC.

III. Ademais, é obrigatória a cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, do atendimento nos casos de urgência. E, por sua vez, é de 24 horas o prazo máximo de carência para a cobertura dos casos de urgência. Inteligência dos arts. 12, V, "c", e 35-C, da Lei nº 9.656/98. Por consequência, era descabida a negativa de cobertura para a realização de parto.

IV. Sendo devida a cobertura do parto, cabível a restituição dos valores despendidos com a transferência para o Hospital Fêmina. Desta forma, não vinga a alegação da ré de que o reembolso deveria ser pleiteado apenas no prazo de um ano, diante da ilicitude no agir da requerida. Da mesma forma, diga-se que não houve insurgência recursal em relação ao *quantum* devido, sendo descabida qualquer análise a respeito. O valor a ser ressarcido será acrescido de correção monetária pelo IGP-M, a contar da data do desembolso, e dos juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, uma vez que se trata de relação contratual.

V. Reconhecida a conduta ilícita da requerida e caracterizado o dano moral *in re ipsa*, pois, no momento da negativa de cobertura, os autores



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

encontravam-se psicologicamente fragilizados, é cabível a indenização pretendida. Inclusive, diante da negativa de cobertura pela existência do prazo de carência, foi necessária a transferência da autora para outro hospital, de modo a realizar o atendimento pelo SUS, quando existente o contrato de assistência à saúde. Manutenção do *quantum* indenizatório, levando-se em conta a condição social dos autores, o potencial econômico da ré, a gravidade do fato, o caráter punitivo-pedagógico da reparação e os parâmetros desta Câmara em casos semelhantes. O valor da indenização deverá ser acrescido de correção monetária pelo IGP-M, a partir da data da sentença, na forma da Súmula 362, do STJ, e dos juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação, por se tratar de responsabilidade contratual, como bem colocado pela eminente Magistrada.

VI. Por fim, relativamente ao pedido de aproveitamento de carência do recém-nascido, em que pese as alegações da parte ré, destacando a inobservância do prazo estipulado no art. 12, III, "b", da Lei 9.656/98, verifica-se que o filho da demandante permaneceu internado por longo período, razão pela qual a requerente não tinha condições de cumprir a solicitação em 30 dias após o nascimento.



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

VIII. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. Afastada a compensação, nos termos do art. 85, § 14, do CPC.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

UNIMED PORTO ALEGRE COOP. MEDICA
LTDA

APELANTE

SABRINA SILVEIRA ALVES

APELADA

ANDRÉ LUÍS MACHADO BUENO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à **unanimidade, em negar provimento à apelação.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO (PRESIDENTE) E DES. LÉO ROMI PILAU JÚNIOR.**

Porto Alegre, 30 de novembro de 2016.

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD,

Relator.

RELATÓRIO

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD (RELATOR)

Trata-se de **recurso de apelação** interposto por **Unimed Porto Alegre Cooperativa Médica Ltda.** contra a sentença que, nos autos da **Ação**



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Ordinária ajuizada por **Sabrina Silveira Alves e Luís Machado Bueno**, julgou a demanda nos seguintes termos:

Isso posto, julgo procedente o pedido no incidente da impugnação ao valor da causa, seguindo-se com a devida readequação, bem como parcialmente procedente o pedido da ação principal, pelo que declaro o direito de SABRINA à internação conforme o contrato com a UNIMED e condeno esta ao ressarcimento da despesa com deslocamento e ao pagamento de indenização por danos morais, tudo na forma da fundamentação.

Considerando a sucumbência recíproca, condeno os Autores em 40% dos ônus sucumbenciais e a UNIMED em 60%, o que engloba das custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, permitida a compensação.

Sustenta a petição recursal que o prazo de carência para a realização de partos é de 300 dias. Refere que o parto de gestante com diagnóstico de pré-eclâmpsia não se enquadra nas situações de urgência/emergência. Destaca a legalidade no agir da operadora de plano de saúde e também o prazo de carência do recém-nascido. Rechaça a existência dos danos morais. Alternativamente, pretende a redução do *quantum*



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

indenizatório. Alega que o pedido de ressarcimento deve ser realizado em um ano, a contar do desembolso.

Requer o provimento do apelo (fls. 384/398).

Intimados, os autores-apelados apresentaram as contrarrazões (fls. 404/408).

Subiram os autos a este Tribunal.

Distribuídos, vieram conclusos.

Cumpriram-se as formalidades previstas nos arts. 929 a 935, do CPC/2015, vigente à época da distribuição do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD (RELATOR)

O apelo é tempestivo. O preparo está comprovado na fl. 399.

Para melhor entendimento dos fatos, transcrevo parte do relatório da sentença:



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

SABRINA SILVEIRA ALVES e ANDRÉ LUÍS MACHADO BUENO ajuizaram ação contra a UNIMED PORTO ALEGRE – SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. Alegaram que SABRINA teria formalizado contrato de assistência médica com a Demandada, inclusive com cobertura obstetrícia hospitalar e ambulatorial, sendo que haveria prazo de carência para a utilização dos serviços. Ocorre que, após diagnóstico de pré-eclâmpsia, teria sido necessária a realização de parto de urgência, oportunidade na qual teria sido negada a cobertura securitária em razão da ausência do implemento do prazo de carência. O parto teria ocorrido através do SUS, sendo que teria havido pagamento atinente a deslocamento de SABRINA para outro nosocômio. Ademais, a Cooperativa teria negado o aproveitamento da carência em favor do recém-nascido, o qual teria sido incluído como beneficiário. Os fatos teriam gerado abalo de ordem moral, o qual seria reparável mediante a respectiva indenização. Requereram, portanto, a condenação da Demandada ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais, bem como o reconhecimento da prazo transcorrido de carência em favor do infante.

Contestou a UNIMED alegando que os Demandante teriam ciência quanto ao prazo de carência para utilização dos serviços contratados, o que afastaria o direito postulado. De qualquer sorte, não seria possível o aproveitamento do prazo de carência em benefício do recém-nascido, pois a sua inclusão como beneficiário no plano não teria ocorrido até trinta dias após o parto tal como previsto contratualmente.



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Pois bem. Analisando os autos, percebe-se que a autora Sabrina, gestante à época, foi internada no Hospital Ernesto Dornelles, em regime de urgência, no dia 05.04.2013 (fl. 86). Ato contínuo, no mesmo dia, em razão da existência de prazo de carência para a realização de parto (fls. 93 e 95), a paciente foi transferida para o Hospital Fêmina.

Inclusive, a comunicação interna, juntada pela operadora do plano de saúde (fl. 310), em contestação, comprova que houve a negativa de cobertura para procedimentos obstétricos, pela carência contratual até 19.05.2013, sendo a autora transferida do Hospital Ernesto Dornelles para o Hospital Fêmina, com atendimento pelo SUS.

Aliás, de fato, o contrato de assistência à saúde firmado pelas partes prevê a existência de prazo de carência de 300 dias para a realização de parto (Cláusula XVIII, IX – fl. 26-verso).

Todavia, o contrato em tela está submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor. Inclusive, pacificada tal orientação no egrégio STJ, foi editada a Súmula 469, com o seguinte teor:



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Súmula 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Nestas circunstâncias, o art. 47, do CDC, determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Igualmente, deve incidir o disposto no art. 51, IV, § 1º, II, do CDC, segundo o qual é nula a cláusula que estabeleça obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem. Também, mostra-se exagerada a cláusula que restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ameaçando seu objeto e equilíbrio, ou ainda que seja excessivamente onerosa ao consumidor.

Sobre o tema, ensina Karyna Rocha Mendes, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela ESMP de São Paulo, em seu Curso de Direito da Saúde, 1ª ed., Editora Saraiva, 2013, p. 635:

(...)

Com efeito, nos contratos de prestação de serviço de saúde, como já vimos, as cláusulas que infringem os princípios trazidos do Código de Defesa do Consumidor devem ser



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

consideradas abusivas e, conseqüentemente, desconsideradas do pacto contratual. Nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, somente se aplicavam as normas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela legislação anterior especial aos seguros – num verdadeiro diálogo de fontes.

Pelo Código de Defesa do Consumidor temos a aplicação de cláusulas gerais de boa-fé, transparência, informação, normas que buscam o equilíbrio contratual com a proteção da parte vulnerável na relação, o consumidor. O que a Lei nº 9.656/98 fez foi consolidar o que já era considerado abusivo. O espírito do intérprete deve ser guiado pelo art. 7º, do CDC, que autoriza a aplicação de lei e tratados que visem dar ao consumidor maior proteção.

De outro lado, os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais moléstias oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente.

Além do mais, vale dizer que deve ser priorizado o direito à saúde e à vida em relação ao direito contratual.

De igual forma, depreende-se dos documentos aportados aos autos, que o caso da requerente pode ser enquadrado na situação de urgência,



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

nos termos do art. 35-C, II, da Lei nº 9.656/98, sendo obrigatória a cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, *in verbis*:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

(...)

II. - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

Isto porque, além de a autora ter sido internada em estado de urgência no Hospital Ernesto Dornelles, a nota de alta do Hospital Fêmina comprova o estado de pré-eclâmpsia grave, aliado a Síndrome de HELLP, sendo necessária a realização de cesariana.

Aqui, importante transcrever trecho contendo informações acerca da Síndrome de HELLP, a qual, inclusive, acarreta perigo à vida da gestante e do nascituro (<https://www.tuasaude.com/sindrome-de-hellp/>):

A Síndrome HELLP é uma complicação da pré-eclâmpsia que coloca em perigo a vida da mãe e do bebê durante a



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

gestação, provocando insuficiência renal, problemas no fígado ou edema agudo do pulmão.

Geralmente, a Síndrome HELLP é confundida com a pré-eclâmpsia grave porque possuem sintomas semelhantes, no entanto, um sinal característico da Síndrome HELLP é a dor perto da boca do estômago.

A Síndrome HELLP tem cura se for tratada o mais rápido possível por um obstetra, porém, pode ser necessário interromper a gravidez.

(...)

Para tratar a Síndrome HELLP, é necessário que a grávida fique internada no hospital, para que o obstetra possa avaliar constantemente a evolução da gravidez.

O tratamento para Síndrome HELLP depende da idade gestacional da mulher, sendo que é comum que, após as 34 semanas, se provoque o parto precoce, para evitar a morte da mulher e o sofrimento do feto.

Já quando a grávida tem menos de 34 semanas, podem ser feitas injeções de corticoesteroides no músculo, como a betametasona, para desenvolver os pulmões do bebê para que se possa adiantar o parto. Porém, quando a grávida tem menos de 24 semanas de gestação, este tipo de tratamento pode não ser eficaz, sendo necessário fazer a interrupção da gravidez.

Nesse sentido, é de 24 horas o prazo máximo de carência para a cobertura dos casos de urgência, na forma do art. 12, V, "c", da Lei nº 9.656/98, *in verbis*.



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência (grifei);

Portanto, à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98, era devida a cobertura da internação e do procedimento de cesariana.

Assim, posiciona-se a jurisprudência do egrégio STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM RAZÃO DA INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*SEGUIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Aplicação da Lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. Embora as disposições do aludido diploma legal, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência (quando não adaptados ao novel regime), a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque "o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito" (AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 20.04.2012). Precedentes. 2. **Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar.** Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido, com a imposição de multa. (AgRg no REsp 1450673/PB, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 20/08/2014) (grifei);*



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, os seguintes precedentes deste Grupo Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. NEGATIVA DE COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE NO PERÍODO DE CARÊNCIA EM ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA AO FILHO DA AUTORA, RECEM NASCIDO. PARTO PREMATURO EMERGENCIAL DEVIDO A EXISTÊNCIA DE PRÉ ECLAMPSIA. Diante da negativa de cobertura para situação de cesariana de urgência, com trabalho de parto prematuro, de gravidez considerada de risco, a ré deve indenizar pelos danos morais causados à autora que ultrapassam o entendimento de mero transtorno. Deve o quantum indenizatório ser reduzido para atender as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Prejudicado, assim o recurso adesivo. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO E PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº 70044152114, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 16/08/2012);

APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. PARTO. NEGATIVA DE COBERTURA. PRAZO DE CARÊNCIA. PROCEDÊNCIA. GESTANTE ATENDIDA EM CARÁTER DE URGÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO ATENDIMENTO NOS CASOS DE URGÊNCIA EM HIPÓTESES DE COMPLICAÇÕES NO PROCESSO GESTACIONAL (LEI Nº 9.656/98, ART. 35-C, INC. II). DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDIMENSIONADOS. À UNANIMIDADE,



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70065119737, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 10/12/2015).

Consequentemente, sendo devida a cobertura do parto, cabível a restituição dos valores despendidos com a transferência para o Hospital Fêmina. Desta forma, não vinga a alegação da ré de que o reembolso deveria ser pleiteado apenas no prazo de um ano, diante da ilicitude no agir da requerida.

Da mesma forma, diga-se que não houve insurgência recursal em relação ao *quantum* devido, sendo descabida qualquer análise a respeito. Como colocado na sentença, o valor a ser ressarcido será acrescido de correção monetária pelo IGP-M, a contar da data do desembolso, e dos juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, uma vez que se trata de relação contratual.

Em relação aos danos morais, entendo que, embora a negativa de cobertura por plano de saúde possa caracterizá-los, a questão deve ser examinada caso a caso.

Nessa linha, entendo que são cabíveis no caso concreto, uma vez que a hipótese dos autos reflete o dano moral *in re ipsa* ou dano moral puro, tendo em vista que o aborrecimento, o transtorno e o incômodo causados pela



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

requerida são evidentes, atingindo os autores em momento de indubioso abalo psicológico, o que confere o direito à reparação sem a necessidade de produção de provas sobre a sua ocorrência.

Inclusive, diante da negativa de cobertura pela existência do prazo de carência, foi necessária a transferência da autora para outro Hospital, de modo a realizar o atendimento pelo SUS, quando existente o contrato de assistência à saúde.

Sobre o tema, Yussef Said Cahali (*in* Dano Moral, 4ª ed., Editora RT, São Paulo, 2011, p. 635) assevera que:

(...)

Portanto, em determinados casos, os danos morais são ínsitos à própria ofensa (in re ipsa), presumidos, a dispensar a respectiva demonstração probatória concreta para a sua caracterização.

Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves (*in* Responsabilidade Civil, 8ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 552), explica que:

(...)



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não-inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante.

Sobre a matéria, assim se posiciona a jurisprudência do egrégio

STJ:

*PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAMES MÉDICOS. TRATAMENTO DE CÂNCER. IDOSO. FALECIMENTO DO SEGURADO. DANO MORAL. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA. N. 83/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. **1. É passível de danos morais a injusta recusa de cobertura de seguro saúde, por gerar situação de aflição psicológica e de angústia ao segurado que se encontra com a saúde debilitada. Precedente: REsp n. 918.392/RN, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI.** 2. O recurso especial não comporta o*



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 3. Em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão. No caso, o valor arbitrado pelo Tribunal de origem não se distancia dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 204.037/CE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 03/04/2013) (grifei).

Também nesse sentido é a jurisprudência deste Grupo Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PLANO DE SAÚDE. DESPESAS RELATIVAS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO E SESSÕES DE HEMODIÁLISE. NECESSIDADE COMPROVADA. COBERTURA DEVIDA. DANOS MORAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Os contratos de planos e seguro de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei n. 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. 2. Não há como o plano de assistência à saúde negar cobertura da prótese utilizada para a realização do



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*procedimento cirúrgico, porque o art. 10 da Lei nº 9.656/98 não exclui da cobertura do contrato de plano de saúde o fornecimento de materiais essenciais à realização de cirurgia. Da mesma forma, comprovada a necessidade da realização de sessões de hemodiálise é devida a cobertura securitária, necessária à melhora na qualidade de vida da parte autora. 3. Resolução Normativa n. 262/2011 da ANS, que "atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituiu a referência básica para a cobertura de assistência mínima nos planos privados de assistência à saúde", prevê a cobertura para os casos de hemodiálise e instalação de marca-passo. 4. **Dano moral. Caso concreto em que a negativa de cobertura extrapolou o mero dissabor dos problemas cotidianos, sendo manifesta a dor, a angústia e o abalo psicológico por que passou a parte demandante, considerando as peculiaridades do caso em análise.** 5. Quantum indenizatório. Valor que deve ser fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora, tampouco ínfimo e incapaz de reparar o sofrimento havido. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062991724, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 25/03/2015) (grifei);*

Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Prótese. Stent. Prescrição ânua rejeitada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*aos contratos de seguro. Após a vigência da Lei nº 9.656/98, não há possibilidade de negativa à cobertura de prótese indispensável ao ato cirúrgico. O art. 10, VII, é claro ao estabelecer a não exclusão da cobertura ao fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios. Recurso adesivo. **Pedido de indenização por dano moral. Precedentes do eg. STJ e desta Corte. Negativa de cobertura de material. Situação em que a negativa ilegítima gera stress e dor no paciente, extrapolando o plano do mero dissabor.** O valor da indenização por dano moral deve ser fixado, considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano. Recurso adesivo provido. Apelo não provido. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70055215842, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 09/10/2014); (grifei);*

*APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE TRATAMENTO ADICIONAL DE CÂNCER. "IMRT". COBERTURA DEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada em face da negativa de tratamento adicional - IMRT - intensidade modulada de feixe, visando minimizar a irradiação de órgãos de risco, julgada procedente na origem. **DANOS MORAIS CONFIGURADOS - A injusta recusa de cobertura de***



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

seguro saúde dá direito ao segurado ao ressarcimento dos danos extrapatrimoniais sofrido, tratando-se de dano moral "in re ipsa". Precedentes do egrégio STJ. No caso concreto, considerando a dor causada pela recusa do plano de saúde em prestar os serviços médicos necessários, diante da gravidade da moléstia que acomete o autor, cabível a indenização por danos morais, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito social à saúde. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO - Valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização em hipóteses similares o "quantum" indenizatório fixado na sentença merece ser reduzido para R\$ 8.000,00 (...). POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE À APELAÇÃO DA RÉ E DESPROVERAM À APELAÇÃO DO AUTOR, VENCIDO O RELATOR. (Apelação Cível Nº 70056437841, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 19/12/2013) (grifei).

De outro lado, no pertinente ao *quantum* indenizatório, é sabido que este deve possuir dupla função: reparatória e pedagógica. Devendo, portanto, objetivar a satisfação do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, bem como servir de exemplo para inibição de futuras condutas nocivas. Imbuído



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

dessa idéia, a reparação deve ser fixada com parcimônia pelo Julgador, estando este sempre atento aos critérios de razoabilidade que o caso concreto exige.

Com efeito, o patrimônio moral das pessoas físicas e jurídicas não pode ser transformado em fonte de lucro ou polo de obtenção de riqueza. Não se admite a indenização como instrumento de enriquecimento ilimitado do ofendido, de forma a tornar um bom negócio o sofrimento produzido por ofensas.

Impende, pois, ao Julgador dosar a indenização de maneira que, suportada pelo patrimônio do devedor, consiga no propósito educativo da pena, inibi-lo de novos atos lesivos, por sentir a gravidade e o peso da condenação, ao passo que a vítima, pelo grau de participação no círculo social e pela extensão do dano suportado, sinta-se razoável e proporcionalmente ressarcida.

Desta forma, tendo em vista a condição social dos autores, o potencial econômico da ré, a gravidade do fato, o caráter punitivo-pedagógico da reparação e os parâmetros desta Câmara em casos semelhantes, tenho que deve ser mantida em R\$ 13.200,00, acrescidos de correção monetária pelo IGP-M, a partir da data do arbitramento, nos termos da Súmula 362, do STJ, e dos



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, por se tratar de relação contratual.

Por fim, relativamente ao pedido de aproveitamento de carência do recém-nascido, em que pese as alegações da parte ré, destacando a inobservância do prazo estipulado no art. 12, III, "b", da Lei 9.656/98, verifica-se que o filho da demandante permaneceu internado até 19.07.2013 (fl. 243), razão pela qual a requerente Sabrina (beneficiária do plano de saúde) não tinha condições de cumprir a solicitação em 30 dias após o nascimento.

Consequentemente, não vinga o recurso.

De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. Assim, considerando o desprovimento do recurso, majoro os honorários arbitrados em favor do procurador dos autores para 15% sobre o valor da condenação, afastada a compensação, nos termos do art. 85, § 14, do CPC.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação.



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Majoro os honorários arbitrados em favor do procurador dos autores para 15% sobre o valor da condenação, afastada a compensação, nos termos do art. 85, § 14, do CPC.

É o voto.

DES. LÉO ROMI PILAU JÚNIOR - De acordo com o(a) Relator(a).

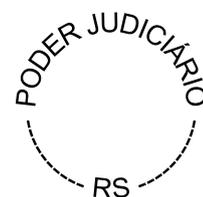
DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO (PRESIDENTE)

De acordo com o insigne Relator, tendo em vista que as peculiaridades do caso em análise autorizam a conclusão exarada no voto.

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO - Presidente - Apelação Cível nº 70070714670, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



JAPG

Nº 70070714670 (Nº CNJ: 0281661-51.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: OSMAR DE AGUIAR PACHECO



AGC

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE.
PORTABILIDADE. PERÍODO DE CARÊNCIA.
APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR. PRELIMINAR DE NULIDADE.
SENTENÇA *ULTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA.
OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA
PORTABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.**

Preliminar de nulidade da sentença. Não é o nome que dá essência às coisas. Forçosa a interpretação da apelante de que a simples alteração, pelo magistrado, do nome do plano de saúde ao qual os autores pediram ser enquadrados sem exigências de carência tornaria a sentença *ultra petita*. Suprimidos os códigos exemplificados na inicial, o pedido ainda seria certo e determinado: a portabilidade dos planos de saúde dos autores para algum dos planos compatíveis do seguimento UNIPART, sem qualquer tipo de carência, e foi exatamente isto que foi concedido pela sentença. Preliminar rejeitada.

Tratando-se de relação de consumo, aplicável as previsões do CDC aos planos de saúde, conforme Súmula nº 469, do STJ.

Os autores preenchem os requisitos previstos no artigo 3º da Resolução Normativa nº 186/2009 para obter o direito a portabilidade de carências, tendo em vista que permaneceram no plano de saúde de origem por mais de dezessete anos adimplindo as mensalidades e o plano proposto é compatível com o de origem e encontra-se vigente.

Sentença mantida.

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

APELAÇÃO CÍVEL

SEXTA CÂMARA CÍVEL - REGIME
DE EXCEÇÃO
COMARCA DE SANTIAGO

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-
47.2016.8.21.7000)

UNIMED PORTO ALEGRE -
SOCIEDADE COOPERATIVA DE
TRABALHO MEDICO LTD

APELANTE

TIMOTEO DOS SANTOS

APELADO

MARLENE FERREIRA DOS SANTOS

APELADO



AGC
Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

SESEF - SERVIÇO SOCIAL DAS
ESTRADAS DE FERRO

INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sexta Câmara Cível - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE) E DES. RINEZ DA TRINDADE.**

Porto Alegre, 14 de julho de 2016.

DR. ALEX GONZALEZ CUSTODIO,
Relator.

RELATÓRIO

DR. ALEX GONZALEZ CUSTODIO (RELATOR)

Adoto o relatório da sentença (fls. 121/123 v):

“TIMÓTEO DOS SANTOS e MARLENE FERREIRA DOS SANTOS ajuizaram pedido de obrigação de fazer em face de **SERVIÇO SOCIAL DAS ESTRADAS DE FERRO – SESEF** e de **UNIMED PORTO ALEGRE – SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA – EPP**. Disseram, em síntese, que eram usuários do plano de saúde Plansfer ofertado pela SESEF, anotando que tal entidade havia encerrado suas atividades recentemente, regulamentando-se a portabilidade especial na forma da RO nº 1484/2013, expedida pela Agência Nacional de Saúde. Afirmam, porém, que, dando cumprimento à orientação administrativa, não conseguiram os autores realizar a portabilidade, considerando que a empresa



AGC

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

escolhida pelos demandantes – segunda requerida UNIMED – havia disponibilizado a estes últimos plano com cobertura bastante inferior àquele desfrutado junto à entidade liquidada. Defenderam, com base no Código de Defesa do Consumidor, no disposto na Súmula nº 469 do STJ, no art. 3º da Resolução Normativa nº 186/2009 e, ainda, na jurisprudência, o direito à adesão ao plano de saúde ofertado pela segunda ré – nº 456845081 ou 450191048 –, ambos UNIPART, sendo tais planos compatíveis em benefício, condições e faixa de valores ao que se extinguiu. Requereram, em antecipação de tutela, a liminar determinação para que as rés, mais especificadamente a UNIMED, procedesse à imediata portabilidade do plano de origem dos autores – 701567994 – para algum dos planos escolhidos e compatíveis do seguimento UNIPART – 456845081 ou 450191048 – sem a incidência de qualquer tipo de carência. Para a hipótese de descumprimento da liminar, postulou a aplicação de multa pecuniária no montante de R\$ 30.000,00. No mérito, requereu a procedência da ação, com a confirmação da liminar ou, caso esta não fosse deferida, a condenação das rés na obrigação de fazer de, especificadamente em relação à demandada UNIMED, proceder na portabilidade do plano de origem dos autores (701567994) para algum dos planos escolhidos e compatíveis do seguimento UNIPART – 456845081 ou 450191048 –, sem a incidência de qualquer tipo de carência. Juntaram procuração e documentos (fls. 10/80).

Recolheram as custas (fl. 81).

Deferido o pedido de antecipação de tutela (fls. 82/83).

Citadas (fls. 91v e 92v), apenas a ré UNIMED contestou o pedido inicial (fls. 93/99). Destacou, inicialmente, que estava procedendo ao cumprimento da liminar, anotando que os demandantes haviam sido incluídos em contrato gerado pela Unimed Porto Alegre, mais especificadamente no contrato UNIPART familiar com o registro nº 462334107. Ato contínuo, após sintetizar a demanda, com a impugnação de todos os fatos e fundamentos jurídicos esposados pelos autores, suscitou a ilegitimidade da portabilidade postulada por incompatibilidade. Esclareceu, no ponto, que os planos pleiteados pelos demandantes tratavam-se de contratos coletivos, não sendo viável juridicamente que pessoas naturais deles fizessem parte, denotando-se tratar de tipo incompatível para fins de portabilidade sem carência. Relembrou o disposto no art. 16 da Lei nº 9.656/1998, asseverando que, em vista disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar havia editado a Resolução Normativa nº 195/2009, tratando da classificação e características dos planos privados de assistência à saúde. Disse, assim, que ao tratar-se de um contrato coletivo empresarial, o contrato devia oferecer cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária, conforme de verificava do art. 5º da RN nº 195 da ANS. Explicou, nesse caminho, que para haver a portabilidade de planos sem carência, os tipos contratuais deviam ser compatíveis. Requeru, por fim, o julgamento de procedência da ação. Juntou procuração e documentos (fls. 100/101).

Manifestaram-se os autores (fls. 102/104).

Intimadas as partes sobre o interesse na produção de outras provas (fl. 107), à exceção de outros requerimentos diversos, nada requereram (fls. 108/109, 113 e 117/118).

Vieram-me os autos conclusos para sentença.”

A sentença teve o seguinte dispositivo:



AGC

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

"ANTE O EXPOSTO, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido de obrigação de fazer ajuizado por **TIMÓTEO DOS SANTOS e MARLENE FERREIRA DOS SANTOS** em face de **SERVIÇO SOCIAL DAS ESTRADAS DE FERRO – SESEF** e de **UNIMED PORTO ALEGRE – SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA – EPP**, razão pela qual, **confirmando em parte a liminar de fls. 82/83**, determino que as requeridas efetuem a portabilidade, agora de forma definitiva, do plano de saúde mantido pelos autores, para o contrato UNIPART familiar com o registro nº 462334107, sem exigência de prazos de carência e autorizada a cobrança das respectivas mensalidades.

Sucumbentes em maior parte (art. 21, parágrafo único, do CPC), condeno exclusivamente os réus ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios devidos aos procuradores dos autores, estes fixados em R\$ 1.200,00, na forma do disposto no art. 20, § 4º, do CPC."

A parte ré apelou (fls. 125/135) alegando que há de ser apontado vício na sentença, pois essa não se limitou estritamente aos pedidos elencados pelos apelados, extrapolando os limites da pretensão posta em juízo. Afirma que inexistente compatibilidade entre o plano de origem dos autores e os planos ao qual postulam seja efetivada a portabilidade. Suscita que a única razão que levou a colocar os apelados no contrato foi à necessidade de cumprimento da ordem judicial exarada liminarmente, visto que impossível o cumprimento nos termos lá contidos. Frisa que foi percebido que os contratos aos quais os apelados pleitearam a portabilidade não são compatíveis, porquanto são contratos coletivos, cujo regime contratual não admite como contratantes pessoas físicas. Requer a reforma da sentença e o julgamento pelo provimento do recurso.

Recebido o recurso de apelação no efeito devolutivo (fl. 137).

Foram ofertadas as contrarrazões (fls. 139/143).

É o relatório.

VOTOS

DR. ALEX GONZALEZ CUSTODIO (RELATOR)



AGC

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade.

Preliminar.

Não é o nome que dá essência às coisas!

Forçosa a interpretação da apelante de que a simples alteração do nome do plano de saúde ao qual os autores pediram ser enquadrados sem exigências de carência tornaria a sentença *ultra petita*.

Não é minimamente razoável exigir que o consumidor saiba com exatidão o nome do produto que é compatível com aquele que utilizava. Suprimidos os códigos declinados na inicial, o pedido ainda seria certo e determinado: a portabilidade dos planos de saúde dos autores para algum dos planos compatíveis do seguimento UNIPART, sem qualquer tipo de carência, e foi exatamente isto que foi concedido pela sentença, não havendo que se imiscuir em rótulos e títulos para negar, ou procrastinar, a prestação jurisdicional determinada.

Mérito.

É incontroversa a relação do autor e de sua dependente com a 1ª ré, SESEF, vinculada à Rede Ferroviária Federal, com a qual mantinha um plano de saúde.

É incontroverso, também, que ao encerrar suas atividades, a SESEF transferiu seus contratantes para a UNIMED, 2ª ré.

Pela descrição do que o plano do autor oferecia, o plano compatível da UNIMED seria o UNIPART e não o oferecido, UNIFÁCIL.

Não resta dúvida que a relação contratual dos autores com as rés é de consumo e, por força da Súmula nº 469, do Superior Tribunal de



AGC

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Dos princípios do CDC é também de aplicação aquele que determina que a interpretação do contrato seja *“in bona partem”* em favor do consumidor.

Nesse sentido, ***a melhor orientação da UNIMED teria sido realizar a portabilidade para o plano UNIPART, sem exigir as carências indicadas, mormente quando os autores mantinham contrato original por 17 anos.***

Não foi outro o entendimento da sentença do Dr. Rafael Silveira Peixoto.

O que manda na orientação de portabilidade é a ***“compatibilidade entre o plano anterior e o plano oferecido”***, e não a oportunidade e conveniência da operadora do plano de saúde.

O entendimento aqui esposado está em total consonância com o desta Colenda Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. SEGUROS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 186/2009. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, que objetivava o afastamento do prazo de carência previsto no contrato de plano de saúde. Para a concessão de tutela antecipada nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, pressupõe a coexistência da prova inequívoca e a verossimilhança da alegação. **É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula 469 do STJ.** O artigo 3º da Resolução Normativa nº 186/2009, regulamenta a portabilidade de carências previstas no artigo 12, inciso V, da Lei nº 9.656/98. Na situação em evidência, a parte autora preencheu os requisitos previstos no artigo 3º da Resolução Normativa nº 186/2009 para obter o direito a portabilidade de carências, tendo em vista que permaneceu no plano de saúde de origem por mais de dois, manteve adimplente as mensalidades, **o plano atual é compatível com o de origem**, a faixa de preço é correspondente ao plano anterior, uma vez que o plano atual não fornece todas as coberturas que o anterior tinha, e o plano atual não está com a comercialização suspensa, e sequer foi cancelado. Dessa feita, estão **presentes os**



AGC

Nº 70067932269 (Nº CNJ: 0003420-47.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, devendo ser revogada a decisão de origem, **determinando que a agravada se abstenha de exigir os prazos de carência** previstos no contrato de plano de saúde nº 4831390, sob pena de multa diária no valor de R\$ 250,00 (...) para o caso de descumprimento, consolidada em trinta dias. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO MONOCRATICAMENTE. (Agravado de Instrumento Nº 70057958092, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 25/02/2014) – Grifei –

PELO EXPOSTO, VOTO PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA E NEGO PROVIMENTO AO APELO.

É o voto.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. RINEZ DA TRINDADE - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA - Presidente - Apelação Cível nº 70067932269, Comarca de Santiago: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: RAFAEL SILVEIRA PEIXOTO

RECURSO.....: APELAÇÃO CÍVEL - CONSUMIDOR
APELANTE (S).....: PAME ASSOCIAÇÃO DE ASSISTÊNCIA PLENA EM SAÚDE
APELADO (S).....: CARLOS ROBERTO MOBARAK GOMES
JUÍZO DE ORIGEM: 4ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
JDS. DES. RELATOR: RICARDO ALBERTO PEREIRA.

Recurso sob a égide da Lei 5.869/73. Ação indenizatória. Plano de saúde. Autor que acionou o plano de saúde em razão de parada cardiorrespiratória e necessidade de implante de cardiodesfibrilador. Procedimento não autorizado pela ré por não haver completado período de carência. Tutela antecipada determinando o custeio do tratamento. Sentença de procedência fixando indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00. Apelação da parte ré. Manutenção da Sentença. Carência máxima admitida para tratamentos de casos de emergência que implicarem risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis para o paciente é de vinte e quatro horas (art. 12, V, “c”, da Lei n. 9.656/1998) diante do tratamento de emergência. A negativa de cobertura por parte da ré acarretou abalo psicológico grave na parte autora em face da gravidade de sua saúde. Dano moral configurado. Sumula 219 do TJRJ. Valor da indenização fixado com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Conhecimento e desprovimento do Recurso.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no Processo 0228116-05.2015.8.19.0001, sendo Apelante **PAME ASSOCIAÇÃO DE ASSISTÊNCIA PLENA EM SAÚDE** e Apelado **CARLOS ROBERTO MOBARAK GOMES**.

ACORDAM, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Vigésima Sexta Câmara Cível / Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer e negar provimento ao Recurso de Apelação da parte ré.

RELATÓRIO

Narra o autor que no dia 21/04/2015 sofreu parada cardiorrespiratória, sendo encaminhado quase sem vida à Unidade de Pronto Atendimento (UPA) em Araruama, onde foi reanimado, sedado e entubado. No dia seguinte, em estado grave, foi removido em ambulância UTI para o Hospital Copa D'Or em Copacabana.

Nesse nosocômio, após exames clínicos, foi constatado que o autor sofria de arritmia cardíaca em grau que o colocava sob risco de morte súbita, sendo necessário o implante de cardiodesfibrilador. Encaminhados ao plano de saúde o relatório médico e o pedido de autorização para realização do implante, este foi negado em razão do prazo de carência contratual.

O autor obteve, no dia 22/05/2015, tutela antecipada determinando que o réu custeie o tratamento médico sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (índex 75).

Petição da ré informando que deu cumprimento em 22/05/2015 à tutela deferida (fls. 88).

Citada, a parte ré apresentou contestação afirmando que não negou autorização para cirurgia, apenas informou que o autor estava em carência para atendimento e procedimentos eletivos. Questiona, ainda, a alegada urgência eis que, embora estivesse o autor internado desde o dia 22/04/2015, o procedimento foi solicitado em 16/05/2015, com resposta enviada ao hospital em 18/05/2016. De acordo com a ré, questões de alta complexidade como o caso em tela têm prazo de até 21 (vinte e um) dias para concessão de autorização. Aduz que o tratamento foi autorizado em 22/05/2015 por liberalidade sua, pois o mesmo já não possuía características emergenciais (índex 128).

O autor apresentou réplica reiterando a inicial (índex 144).

A sentença foi proferida com o seguinte dispositivo:

“Isto posto, torno definitiva a tutela deferida às fls. 75 e 76, devidamente cumprida, e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar a Ré ao pagamento a título de dano moral do valor correspondente de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido monetariamente a partir da publicação desta, incidindo juros de 1% ao mês a partir da citação. Condono a parte Ré nas custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação.” (índex. 180/183).

Inconformada, a parte ré interpôs apelação, reiterando basicamente os argumentos expendidos na peça de bloqueio, afirmando que não negou qualquer autorização e que, sendo caso de urgência ou emergência, o hospital poderia ter realizado o procedimento cirúrgico lhe enviando, posteriormente, as “burocracias a serem realizadas”. Aduz que inadimplemento contratual não implica necessariamente em dano moral e que agiu respaldada pela legislação vigente. Por fim, postula pela reforma da sentença ou redução do valor fixado a título de dano moral (índex 194).

Foram apresentadas contrarrazões prestigiando a sentença (índex 213).

É o relatório. Examinados, decido.

Antes de mais nada deve se destacar que se trata de recurso interposto sob a égide do CPC/73, aplicando-se pois o entendimento do Enunciado Administrativo nº 02 do STJ, o qual proclama que “*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*”

Merece ser conhecido o recurso, eis que presentes os requisitos subjetivos e objetivos.

De efeito, trata-se de relação jurídica de consumo lastreada em contrato de adesão, conceitualmente concebido como de longa duração e para qual não há interferência do consumidor na definição das regras nele contidas. Mitigação necessária da visão extremada da subsunção irrestrita ao princípio do *pacta sunt servanda*, viabilizando-se a adaptação das situações jurídicas disciplinadas no contrato de adesão, a fim de que as obrigações que traduzam onerosidade excessiva e as disposições que autorizam a alteração unilateral do preço não preponderem. Prevalência dos direitos fundamentais do consumidor previstos no artigo 6º, IV e V, do CDC de proteção contra cláusulas abusivas que estabeleçam prestações desproporcionais.

Verifico que restou incontroverso que o autor sofreu parada cardiorrespiratória no dia 21/04/2015, sendo encaminhado para UPA e, no dia seguinte, removido para o Hospital Copa D’Or, onde ficou internado até, finalmente, ser diagnosticado o quadro de arritmia cardíaca, quando a parte ré negou autorização de cirurgia para implante de cardiodesfibrilador em seu

oração sob alegação de carência contratual, sendo a cirurgia realizada apenas após o autor, ora apelante, obter em juízo a antecipação da tutela.

Diante disso, a ré, em sua contestação e na apelação, fundamenta a negativa de cobertura em razão de disposição contratual excluindo a cobertura antes do cumprimento da carência.

Alega que o autor entendeu como negativa de autorização o texto do e-mail (fls. 51) que tão somente presta informações. No entanto, da simples leitura do documento, abaixo reproduzido, não resta outra interpretação que não a recusa em autorizar o procedimento por não ser emergencial e ainda haver prazo de carência contratual:

*“Ficamos surpresos pelo envio de uma solicitação de cirurgia quando o paciente já estava internado desde 22/04/2015. Na oportunidade, **informo que este beneficiário não está legítimo para atendimento de procedimento ou internação sem ser emergencial, tendo em vista o prazo de carência contratual.** Desta forma solicito proceder com a informação o mais breve possível e que a direção deste estabelecimento entre em contato com a superintendência da PAME, pois ainda que fosse um beneficiário com cobertura, não procede a rotina em comunicar após todo esse prazo de internação.” (g.n.) (fls. 51)*

Importante, neste ponto, reproduzir parte laudo elaborado por médico do Hospital Copa D’Or solicitando autorização para procedimento cirúrgico (índice 56):

*“**Paciente em alto risco de novo evento de morte súbita** por arritmia ventricular. Permanece internado em terapia intensiva sem possibilidades de alta Hospitalar pelo **alto risco de morte**”.*

Embora não conste no texto as palavras “urgência” ou “emergência”, da mera leitura do seu conteúdo chega-se a óbvia conclusão de que se trata de procedimento urgente, eis que há “alto risco de morte” para o paciente internado.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 96, *caput*, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo facultada à iniciativa privada a sua assistência.

Neste diapasão, o artigo 35-C da Lei 9.656/98, visando o pronto atendimento aos pacientes que estejam em situação de emergência, assim impõe:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

Em que pese que seja admitida, por Lei, a cobertura parcial temporária, a carência máxima admitida para tratamentos de emergência e de urgência é de vinte e quatro horas, nos termos do art. 12, V, “c”, da referida Lei.

Consequente, tem-se que a regra da cobertura parcial temporária é excepcionada pela Lei nos casos de urgência e emergência.

Vale recordar que “emergência”, nos termos do mencionado artigo 35-C, I, ocorre nos casos que implicarem risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado no caso dos autos através dos laudos e documentos de avaliação médica (índice 56/73).

No caso concreto, os documentos acima mencionados comprovam a urgência e o risco de vida em razão de grave moléstia que declina a necessidade da cirurgia. Neste sentido: **“O Superior Tribunal de Justiça orienta que é abusiva a cláusula contratual que estabelece o prazo de carência para situações de emergência, em que a vida do segurado encontra-se em risco, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse.”** (STJ, AgRg no AREsp 595365/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro), e ainda, **“A interpretação de cláusula de carência estabelecida em contrato de plano de saúde deve, em circunstâncias excepcionais, como a necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave, ser ponderada a fim de assegurar o eficiente amparo à vida e à saúde”** (AgRg no AREsp n. 320.484/PA, 3ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha).

Assim, caracterizada a emergência, tem-se que não é aplicável ao caso dos autos a restrição contratual invocada pela ré em sua defesa, pois constituía obrigação contratual da demandada a cobertura ao atendimento médico de urgência, restando indubitável a falha na

prestação do serviço, ensejando o dever de reparar, na forma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao dano moral fixado, a fim de que não parem dúvidas, cumpre referir que entendo não gerar o dever de indenizar o mero descumprimento contratual. Todavia, o caso concreto apresenta peculiaridades que devem ser cautelosamente analisadas.

Isto porque a injusta recusa da cobertura do plano de saúde, colocando em risco a vida, evidenciando-se que a desconsideração de que foi vítima o autor, o sofrimento, o sentimento de impotência diante da situação vivenciada, a aflição psicológica e de angústia no espírito da associada, uma vez que, ao pedir a autorização da operadora do plano de saúde, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e a angústia ante a recusa na cobertura, bem como o receio de que algo pior acontecesse, são fatos que certamente ultrapassam a seara do mero dissabor, retirando a pessoa de seu equilíbrio psíquico e configurando verdadeiro dano moral passível de reparação.

Consequente, no caso dos autos, a negativa da operadora de plano de saúde supera o mero dissabor, sendo passível de indenização, este não é outro entendimento deste Colendo Tribunal, conforme Sumula nº 209 *in verbis*: "**Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.**"

Saliente-se que nesse caso o tipo de dano prescinde de prova, pois decorre da própria situação, do próprio fato, o qual é chamado de "*in re ipsa*", independentemente, portanto, de demonstração dos efetivos prejuízos.

Quanto ao dano extrapatrimonial fixado em favor da parte autora, no caso não há como se negar as consequências da atitude da ré em deixar de autorizar a internação e o procedimento cirúrgico indicado à parte autora, causou-lhe sofrimento, angústia e humilhação que ultrapassam, em muito, o mero aborrecimento, principalmente levando-se em conta seu estado de saúde. Vale ainda destacar o entendimento firmado pelo STJ: "**Em consonância com a jurisprudência pacificada deste Tribunal, a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.**" (AgRg no REsp 978721/RN, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti).

Devem ser observados, para a fixação da verba, o poder econômico do ofensor, a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão, não se podendo olvidar da moderação, para que não haja enriquecimento ilícito ou mesmo desprestígio ao caráter punitivo-pedagógico da indenização.

Nesse sentido entendo que a fixação da indenização extrapatrimonial, tomou por base os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e os entendimentos de que *"Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado."* (STJ, REsp 169867/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 19/03/2001), sendo certo que *"O dano moral deve ser indenizado mediante a consideração das condições pessoais do ofendido e do ofensor, da intensidade do dolo ou grau de culpa e da gravidade dos efeitos a fim de que o resultado não seja insignificante, a estimular a prática do ato ilícito, nem o enriquecimento indevido da vítima."* (STJ, REsp 207926/PR, 4ª Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Com base nesses elementos e considerando o que dos autos consta e observando-se as circunstâncias do caso concreto, tem-se que a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra adequada, estando em acordo com os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Diante do exposto, **conheço e nego** provimento ao Recurso de Apelação da parte ré, mantendo a sentença em seus ulteriores termos.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

JDS. DES. RICARDO ALBERTO PEREIRA

Relator



VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL/CONSUMIDOR
APELAÇÃO CÍVEL nº 0057353-73.2012.8.19.0001
APELANTE: PEDRO JORGE REIS NASCIMENTO
APELADO: AMICO SAÚDE LTDA
RELATORA: DES. SANDRA SANTARÉM CARDINALI

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. AUTOR, MENOR, COM APROXIMADAMENTE TRÊS MESES DE IDADE, COM DOR CRÔNICA, NECESSITANDO, COM QUADRO DE LARINGITE ESTRIBULOSA E INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA. NEGATIVA DE COBERTURA DE INTERNAÇÃO REALIZADA EM CARÁTER DE EMERGÊNCIA, SOB ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PERÍODO DE CARÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INVERSÃO OPE LEGIS DO ÔNUS DA PROVA. O FATO DE TEREM OS RESPONSÁVEIS DO MENOR PROPOSTO AÇÃO, NO PLANTÃO JUDICIÁRIO COM VISTAS À MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO, SUJEITANDO-SE, CONSEQUENTEMENTE, À DEMORA DA TUTELA JURISDICIONAL, É CAPAZ DE DEMONSTRAR A NEGATIVA DA RÉ E COMPROVA OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO. CARÁTER EMERGENCIAL DA INTERNAÇÃO QUE AFASTA A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12 DA LEI Nº 9.656/98. ABUSIVIDADE DA RESPECTIVA CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITADORA DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. PRECEDENTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ, NA FORMA DO ARTIGO 14 DO CDC. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. *“A RECUSA INDEVIDA DE TRATAMENTO MÉDICO - NOS CASOS DE URGÊNCIA - AGRAVA A SITUAÇÃO PSICOLÓGICA E GERA AFLIÇÃO, QUE ULTRAPASSAM OS MEROS DISSABORES, CARACTERIZANDO O DANO MORAL INDENIZÁVEL.”* (AGRG NO ARESP 213.169/RS, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 04/10/2012, DJE 11/10/2012). VERBA FIXADA NO PATAMAR DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. **RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO.**





Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível de referência, em que constam como partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Sexta Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por PEDRO JORGE REIS NASCIMENTO à sentença proferida pelo 1ª Vara Cível Regional da Leopoldina - Comarca da Capital que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, movida em face de AMICO SAÚDE LTDA, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor ao pagamento dos ônus de sucumbência.

Fundamentou-se a sentença no fato de que faltam nos autos elementos suficientes para comprovar as alegações autorais, afirmando que a inversão do ônus da prova não dispensa o autor de fazer prova mínima do direito alegado.

Apela a parte autora (index 79), afirmando que o juízo poderia ter determinado, de ofício, as provas que julgassem necessárias à solução da lide, requerendo, portanto, a anulação da sentença por erro in procedendo. No mérito, afirma que os documentos acostados aos autos demonstram a situação de urgência e a gravidade do quadro de saúde do autor, pugnando pela reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às fls. 79/88 (index 90).

Parecer do Ministério Público (index 102) e da Procuradoria de Justiça (index 113), ambos pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o Relatório.



VOTO

Recurso tempestivo e isento de preparo (indexador 88), além de adequado à impugnação pretendida, merecendo ser conhecido.

Narra a inicial que o autor, menor, contando com apenas três meses de idade à época do fato, beneficiário de plano de saúde operado pela ré, foi internado no hospital Santa Maria Madalena com *“laringite estribulosa e insuficiência respiratória”*, correndo risco de morte. Afirma que foi solicitada a manutenção da internação do autor naquele nosocômio, o que foi negado pela ré, ao argumento de que a internação já havia atingido o tempo máximo de permanência coberto pelo plano.

Inicialmente, cumpre assinalar que a relação existente entre os litigantes é de caráter consumerista, devendo, pois, a controvérsia ser dirimida sob a as diretrizes estabelecidas no Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

De fato, o contrato de prestação de serviço de saúde, é um negócio jurídico em que uma das partes assume a obrigação de prestar serviços em favor de pessoa indicada pelo estipulante, mediante remuneração, enquadrando-se perfeitamente nos conceitos legais de consumidor e fornecedor (artigos 2º e 3º do CDC), que definem a natureza da relação contratual de consumo, sendo o segurado o consumidor, pois utiliza os serviços na condição de destinatário final, e é quem arca com os custos das mensalidades.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento consubstanciado no texto da Sumula 469 do STJ que assim disciplina:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Cinge-se a controvérsia recursal a analisar se houve falha na prestação do serviço da ré ao não autorizar a manutenção da internação de emergência a que necessitava o autor, se tal conduta foi capaz de ensejar reparação por danos morais e sua quantificação.

A citada Lei 8.078/90 inovou ao trazer determinações próprias e particulares, principalmente no que concerne a matéria probatória, facultando ao magistrado a determinação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, na forma do Art. 6º, VIII, excepcionando aquela regra geral trazida no art. 333 do CPC.

Verifica-se, da simples leitura do dispositivo que se trata de inversão *ope iudicis* (a critério do juiz), sendo possível em duas situações, que não são cumulativas, ou seja, ocorrerá quando a alegação do consumidor for verossímil OU quando o consumidor for hipossuficiente.

Note-se que o mesmo diploma legal, quando trata de fato do produto ou do serviço (art. 12, § 3º; art. 14, § 3º), como na hipótese em análise, consagra a inversão *ope legis* (automática) do ônus probatório. Portanto, sendo a responsabilidade da ré do tipo objetiva, conforme disposto no artigo 14 do CDC, cabia-lhe provar quaisquer das causas excludentes de sua reponsabilidade previstas nos incisos I e II, parágrafo 3º, do referido dispositivo, ônus do qual do que não se desincumbiu.

Muito embora a ré sustente não ter havido negativa de autorização para a internação, tem-se que nesse particular se revela frágil o argumento de que não houve solicitação da manutenção da internação.

Apesar de não constar textualmente dos documentos colacionados a esses autos a comprovação da recusa, não é crível que um beneficiário de plano de saúde, ainda mais no grave estado em que se encontrava o apelante – bebê com três meses de vida com risco premente de morte -, sujeitar-se-ia propor ação no plantão judiciário, e, conseqüentemente, aguardar a autorização judicial para a internação, se a recusa por parte do plano de saúde não tivesse efetivamente ocorrido.

Além disso, é sabido que os planos de saúde, durante o período de carência, têm o hábito de negar a manutenção da internação de urgência por período superior a 12 horas, o que, no entanto, é amplamente rechaçado pelo Poder Judiciário.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que eventual recusa de internação, sob a justificativa de cumprimento de

carência, encontra-se em desacordo com o que dispõe o art. 12, da Lei nº 9656/98, o qual não pode ser exigido do consumidor em caso de urgência ou emergência.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC)- AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO MÉDICO DE URGÊNCIA) CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Prazo de carência (180 dias) estipulado pelo plano de saúde para cobertura de doenças e lesões preexistentes ao contrato. 1.1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que "lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida" (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 27.11.2007, DJ 17.12.2007). 1.2. Cláusula limitativa do tempo de internação do paciente. Nos termos da jurisprudência cristalizada na Súmula 302/STJ, é abusivo o preceito contratual que restringe, no tempo, a internação hospitalar indispensável ao tratamento do usuário do plano de saúde. Correta aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. STJ , Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 05/03/2015, T4 - QUARTA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DA LEI 8.078/90. DOENÇA PULMONAR CRÔNICA E FALTA DE AR INTENSA. AUTORIZAÇÃO PARA INTERNAÇÃO EM CENTRO DE TERAPIA INTENSIVA LIMITADA ÀS PRIMEIRAS DOZE HORAS. PERÍODO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA LIMITATIVA. SITUAÇÃO DE EMERGENCIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 35-C DA LEI 9656/98, EM DETRIMENTO DA RESOLUÇÃO CONSU 13/98. SUMULA

302 DO STJ. DOENÇA RESPIRATÓRIA PRÉ EXISTENTE, QUE SE REVELA DESINFLUENTE, NA MEDIDA EM QUE O TRATAMENTO SOLICITADO ERA DE URGÊNCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DE EMPREENDIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO NO VALOR DE R\$ 3.000,00 QUE ATENDE À LÓGICA DO RAZOÁVEL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. APELACAO 0145171-63.2012.8.19.0001 - 1ª Ementa. DES. MYRIAM MEDEIROS - Julgamento: 02/04/2014 - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR

Ainda sobre o tema, importante a leitura do artigo 35-C, da Lei 9656/98:

“Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;”

Em igual sentido já se firmou a orientação do STJ, entendendo como abusiva cláusula limitativa de tempo de internação nos contratos de plano de saúde, conforme se depreende da leitura da Súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Ademais, o artigo 3º da Resolução nº 13 do Consu, prevê que os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções.

Desse modo, ao criar dificuldades para a autorização da internação do autor, desconsiderando a prescrição médica e seu estado de saúde, a conduta da ré afronta a legislação que rege a matéria, bem como as normas consumeristas, sendo evidente a falha na prestação do seu serviço, nos termos do artigo 14, do CDC, sendo desnecessário que o consumidor demonstre a culpa do fornecedor, bastando que comprove o dano e o nexo de causalidade entre este e

o defeito na prestação do serviço, para que exsurja o dever de indenizar.

Decerto que às vezes é tênue a linha divisória entre o que se considera mero aborrecimento ou desconforto experimentado na normalidade do dia-a-dia e a efetiva ocorrência de dano moral indenizável.

Contudo, na hipótese, sem dúvida a recusa do plano de saúde ao custeio da assistência médico-hospitalar a que estava obrigado, acarretando angústia ao autor, sobretudo diante do seu grave estado de saúde, por certo causou aborrecimentos que superam os do cotidiano, sendo, por isso, passíveis de reparação.

Este é o entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça:

“Nos casos de negativa de cobertura por parte do plano de saúde, em regra não se trata de mero inadimplemento contratual. A recusa indevida de tratamento médico - nos casos de urgência - agrava a situação psicológica e gera aflição, que ultrapassam os meros dissabores, caracterizando o dano moral indenizável.” (AgRg no AREsp 213.169/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 11/10/2012)

A indenização, em tais casos, além de servir como compensação pelo sofrimento experimentado, deve também ter caráter pedagógico-punitivo de modo a desestimular condutas semelhantes.

Deve, pois, representar compensação razoável pelo sofrimento experimentado, cuja intensidade deve ser considerada para fixação do valor, aliada a outras circunstâncias peculiares de cada conflito de interesses, sem jamais constituir-se em fonte de enriquecimento sem causa para o ofendido, nem, tampouco, em valor ínfimo que o faça perder o caráter pedagógico-punitivo ao ofensor.

Neste passo, há critérios norteadores que balizam o arbitramento, como a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor e da vítima, sem olvidar da vedação de constituir-se em fonte de lucro.

Destarte, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), observa os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, estando em consonância com os precedentes desta Corte em casos análogos, conforme se vê dos seguintes julgados:

MENOR COM 1 MÊS E 7 DIAS DE IDADE COM DIAGNÓSTICO DE ESTENOSE HIPERTRÓFICA DE PILORO. RECUSA DO PLANO SOB ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PERÍODO DE CARÊNCIA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA EM CASO DE URGÊNCIA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Sentença de parcial procedência da pretensão vestibular, confirmando a tutela antecipadamente concedida, que determinou a internação em UTI NEONATAL e o procedimento cirúrgico indicado pelo médico assistente, sob o custeio do plano de saúde réu e condenou a mesma empresa demandada no pagamento de compensação por dano moral na quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), corrigida monetariamente desde o ajuizamento da ação (Lei nº 6.899/81) e acrescida de juros de 1% ao mês, contados da citação, tendo condenado ainda nos ônus sucumbenciais. APELO DO RÉU no sentido da reforma integral do decisum, e alternativamente, fosse reduzida a condenação reparatória. APELO DO AUTOR buscando a majoração da condenação arbitrada a título de reparação moral para o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos. A fixação de prazos de carência em contratos de plano de saúde é autorizada pelo art.12, V, da Lei 9656/98. Ocorre que a própria Lei nº 9.695/98, em seu art. 35-C, excepciona a negativa de atendimento quando ocorrem casos de urgência ou emergência, como na hipótese, em que o autor trouxe aos autos laudo médico que atestava a urgência de sua internação. Menor com 1 (um) mês e 7 (sete) dias de idade que necessitava de cuidados especiais. Responsabilidade civil objetiva do plano de saúde réu. Falha na prestação do serviço ao negar a internação do autor para realização de cirurgia de que necessita. Aplicação do disposto no artigo 14, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Dever de indenizar incontestado. Dano moral in re ipsa sofrido pelo demandante e perfeitamente configurado. Acolhimento parcial do pleito recursal autoral de majoração do valor da indenização, que deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o caráter compensatório, punitivo e pedagógico, além da extensão do dano e as condições econômicas de ambas

as partes. Assim, afigura-se razoável a majoração da verba para R\$10.000,00 (dez mil reais), valor que melhor se coaduna com a lógica do razoável e a média que vem sendo fixada por esta Corte em casos análogos, devendo a correção monetária incidir a partir da presente decisão (nos termos das sumulas 362 do STJ e 97 do TJRJ). Juros de mora conforme fixado na sentença. Recurso manifestamente procedente. Enunciado 65 do Aviso TJRJ nº 100/2011. Art. 557, §1º-A do CPC. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR. RECURSO DO RÉU A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, na forma do artigo 557, caput do CPC. **APELACAO 0494594-50.2011.8.19.0001 - DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 20/08/2014 - VIGESIMA QUINTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE INTERNAÇÃO DE CRIANÇA COM 6 MESES DE IDADE, POR PERÍODO SUPERIOR A 12 HORAS, SOB ARGUMENTO DE NÃO TER COMPLETADO O PRAZO DE CARÊNCIA CONTRATUAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). INCONFORMISMO DA RÉ. CARÊNCIA CONTRATUAL QUE NÃO É APLICÁVEL A ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE ATENDE ÀS PECULARIDADES DO CASO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Autora, menor representada por seu pai, que ajuizou a ação alegando ter seis meses de idade, sendo associada ao plano de saúde da ré e que, foi levada em 22/05/2010, na emergência do hospital Prontobaby, sendo necessária internação em UTI com máxima urgência, conforme laudo médico afirmando que a menor apresentava um quadro de pneumonia mais bronquiolite em uso de oxigênio e nebulização, com risco de morte caso não fosse internada em UTI pediátrica para tratamento com urgência, tendo a ré se negado a conceder a internação alegando o não cumprimento da carência. Requeru em sede de antecipação de tutela a intimação da ré para autorizar a internação da autora em UTI pediátrico. 2. DECISÃO DO PLANTÃO JUDICIÁRIO NOTURNO, DEFERINDO A ANTECIPAÇÃO dos efeitos da tutela para que a Ré conceda autorização para imediata internação da demandante na UTI do Hospital da Criança Prontobaby ou, no caso de inexistência de em UTI pediátrica de um hospital da rede credenciada mais

próximo, para que segundo critérios médicos, receba o tratamento adequado, pelo período de tempos que for considerado necessário, arcando a ré com todas as despesas necessárias de internação, medicamentos e tratamentos. 3. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE o pedido para consolidar os efeitos da medida de antecipação de tutela, e para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais em valor equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devidamente corrigido a partir da sentença e acrescido de juros de 1% ao mês a contar da citação. Por força da sucumbência, condenou a demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. 4. APELAÇÃO DA RÉ objetivando a reforma da sentença a fim de que seja reduzido o valor da indenização pelos danos morais a um patamar mais razoável à extensão do dano. 5. DIREITO À VIDA CONSTITUI GARANTIA FUNDAMENTAL DE TODOS (caput, do artigo 5º, da Constituição da República), sendo que nesta ação o que se persegue é o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como direito fundamental, no inciso III, do artigo 1º, da Carta Maior. 6. Existência de falha na prestação do serviço, diante do teor do artigo 35-C, da Lei nº 9.656, de 1998, que dispõe ser obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência, como tais definidos aqueles que implicam em risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis ao paciente. 7. Inteligência da Súmula 302 do STJ: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. 8. DANO MORAL IN RE IPSA que dispensa a prova do sofrimento físico ou psíquico causado pelo ato ilícito praticado pela operadora do plano de saúde, não havendo aqui que se falar em culpa, em especial diante do teor da Súmula nº 209, desta eg. Corte. Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial. 9. Valor da indenização que foi bem fixado pelo juízo a quo, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), afigurando-se compatível e proporcional às peculiaridades da espécie, não se justificando sua alteração, para diminuir, como pleiteou a ré (Apelante). 10. Precedentes deste Tribunal de Justiça. 11. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REFORMA. RECURSO IMPROCEDENTE. 12. NEGÓCIO PROVIMENTO à apelação, mantendo a sentença na sua integralidade.

(0171982-31.2010.8.19.0001 - Des. Juarez Folhes - j.
09.04.2014 - 14ª CC)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO EM UTI PEDIÁTRICA, SOB EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO PRAZO DE CARÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA REGULADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8078/90. GRAVIDADE DO QUADRO CLÍNICO, DECORRENTE DE INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA. DECLARAÇÃO MÉDICA QUE ATESTA A NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DA APELADA EM UTI, COM URGÊNCIA, O QUE AFASTA A NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO PRAZO DE CARÊNCIA ESTIPULADO CONTRATUALMENTE, POR SER O ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA OBRIGATÓRIO POR LEI. ARTS. 12 E 35-C DA LEI 9.656/98. DANO MORAL CONFIGURADO. SÚMULA 209 DO TJRJ. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO TJRJ. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (0176577-73.2010.8.19.0001 - Des. Helena Candida Lisboa Gaede - j. 01.03.2012 - Reduziu de R\$ 15.000,00 para R\$ 10.000,00)

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, para julgar procedentes os pedidos autorais, confirmando a decisão que antecipou os efeitos da tutela, às fls.18, e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente a partir desta data, acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação. Condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, que ora fixo em 10% sobre o valor da causa.

Rio de Janeiro, na data da sessão.

DES. SANDRA SANTARÉM CARDINALI

Relatora



AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0072182-88.2014.8.19.0001

AGRAVANTE: SULAMÉRICA SEGUROS SAÚDE S/A

AGRAVADO: MARCIO MARIZ DA SILVA

DES. RELATORA: DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE MANTEVE A SENTENÇA APELADA.

1. Ré que, inconformada com a decisão monocrática proferida pela Relatora, mantendo a sentença apelada, interpõe recurso de Agravo Interno e, posteriormente, peticiona informando a superveniência de acordo extrajudicial.

2. Manifestação da agravante em acordo que implica verdadeira desistência do recurso e aceitação da sentença, mantida pela Relatora.

4. Carência superveniente de interesse recursal.

5. **RECURSO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA CARÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL.**

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Agravo Interno no recurso de Apelação nº **0072182-88.2014.8.19.0001**, entre as partes acima mencionadas.

ACORDAM, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Vigésima Sexta Câmara Cível / Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **NÃO CONHECER O RECURSO**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno impugnando decisão monocrática de fls. 188/195 (indexador 00188), que negou seguimento ao recurso de apelação interposto pela parte ré, ora agravante, mantendo a sentença apelada.

Irresignado, o Agravante interpôs o Agravo interno de fls. 197/203 (indexador 00028), alegando, em síntese, que muito embora a decisão monocrática esteja devidamente fundamentada, não pode antecipar decisão que seria da Câmara. Portanto, a decisão monocrática não pode refletir o entendimento de órgão colegiado, razão pela qual restariam violados assim os princípios do devido processo legal, ampla



defesa e duplo grau de jurisdição. Por fim, requer o conhecimento e provimento do presente recurso por esta Egrégia Câmara com a reforma da sentença e inversão dos ônus sucumbenciais.

Posteriormente, informa o Agravante a realização de acordo, razão pela qual **requer a homologação do mesmo com a extinção do feito** (indexador 00229).

É o relatório.

VOTO.

Verifica-se que **o recorrente informou a realização de acordo entre as partes** (indexador 00229) e que este foi realizado através da modalidade Concilie On Line, como se infere do Termo de Conciliação Online de fls. 217 (indexador 00217). Por tal razão requereu a homologação do acordo com a extinção do feito.

Ocorre que já houve entrega da prestação jurisdicional pelo *Juízo a quo*, encontrando-se o feito devidamente sentenciado, ensejando, inclusive, a interposição de recurso de apelação manejado pelo Autor, ao qual foi negado seguimento através da decisão monocrática de fls. 188/195 (indexador 00188) que manteve a sentença apelada.

Nesse contexto, impõe-se reconhecer o fenômeno **da carência superveniente de interesse recursal por parte do Agravante**, resultando em **verdadeira desistência tácita do recurso interposto** e, conseqüente, aceitação da sentença mantida pela decisão monocrática, porquanto, ao celebrar transação extrajudicial com o agravado, o agravante praticou ato incompatível com a vontade de recorrer, na forma do parágrafo único do art. 503 do CPC, fulminando o seu interesse recursal.

Confira-se, a propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SENTENÇA DESFAVORÁVEL AO AUTOR. AUTOR QUE APELA E, POSTERIORMENTE, PETICIONA INFORMANDO A SUPERVENIÊNCIA DE ACORDO EXTRAJUDICIAL ENTRE AS PARTES. FEITO DEVIDAMENTE SENTENCIADO. MANIFESTAÇÃO DA APELANTE QUE IMPLICA EM VERDADEIRA DESISTÊNCIA DO RECURSO, E ACEITAÇÃO DA SENTENÇA. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA - 0486597-16.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO - SANDRA SANTAREM CARDINALI - Data de julgamento: 21/05/2015 - Data de publicação: 25/05/2015 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR.



Assim, exaurida encontra-se a jurisdição deste Tribunal, não havendo de se falar em homologação, por este órgão julgador, do referido acordo, impondo-se a extinção do procedimento recursal.

Nesse sentido, confira-se precedente desta Corte, em caso análogo ao presente:

APELAÇÃO. PROCESSO CIVIL. TRANSAÇÃO CELEBRADA DEPOIS DE INTERPOSTO O RECURSO. ACEITAÇÃO TÁCITA DA SENTENÇA. ATO INCOMPATÍVEL COM A VONTADE DE RECORRER. Ao ter celebrado transação extrajudicial com o apelado, o apelante praticou ato incompatível com a vontade de recorrer, na forma do parágrafo único do art. 503 do CPC, eis que, tacitamente, aceitou a sentença e, desse modo, fulminou o seu interesse recursal. Assim, exaurida se encontra a jurisdição deste Tribunal, não havendo falar na homologação, por este órgão julgador, do referido acordo. Com efeito, a homologação da referida transação diretamente pela instância revisora acarretaria indevida supressão de instância e vulneraria o princípio do duplo grau de jurisdição. Extinção do procedimento recursal. Não conhecimento do recurso. Art. 557, caput, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 0003347-47.2012.8.19.0024 - APELACAO DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 21/01/2014 - VIGESIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR

Isto posto, dirijo meu voto no sentido do **NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.**

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.

Des. ADRIANA LOPES MOUTINHO
Relatora

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Órgão PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL

Processo N. RECURSO INOMINADO 0701125-83.2016.8.07.0016

RECORRENTE(S) RICARDO ALVES BOMFIM

RECORRIDO(S) BRADESCO SAUDE S/A

Relator Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO

Acórdão Nº 947826

EMENTA

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE C/C DANOS MORAIS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA. CANCELAMENTO DO PLANO. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO É OBJETIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 30 DA LEI 9.656/98. COMPETE AO PLANO DE SAÚDE GARANTIR OS SERVIÇOS MESMO DURANTE O PERÍODO DE CARÊNCIA CONTRATUAL OU MIGRAÇÃO DO COLETIVO PARA O INDIVIDUAL. O PRONTO ATENDIMENTO DEVE SER RESGUARDADO AO SEGURADO. DANO MORAL DE NATUREZA *RE IN IPSA* CONFIGURADO. FIXAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Para o deferimento da gratuidade justiça é indispensável a juntada de elementos indicativos da efetiva inexistência de condições para arcar com o ônus das despesas processuais, sem prejuízo da integridade física do requerente. No caso vertente, o recorrente apresentou declaração de hipossuficiência (ID nº 526118) e não há elementos nos autos que permitam deduzir pela sua insinceridade, razão pela qual seu deferimento é medida impositiva. Gratuidade deferida.

2. O regime de proteção do consumidor nos contratos de planos de assistência e seguro de saúde deve levar em consideração sua importância social e econômica, bem como o interesse útil do consumidor, que consiste na promoção e preservação da vida e da saúde do segurado. A recusa injustificada do plano de saúde em prestar atendimento configura o descumprimento contratual.

3. Em razão da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mormente na disposição contida em seu artigo 14, a responsabilidade por vício na prestação de serviço é objetiva, devendo a prestadora de serviços responder pelos danos que causar ao consumidor, ensejando ainda, a inversão do ônus da prova vez que constatada a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, aliados à verossimilhança das suas alegações.

4. Desta forma, não se comprovou nos autos que o autor tenha sido demitido por justa causa, ao contrário, em sua rescisão contratual de ID nº 526119 – pág. 1/2, constata-se que a despedida do autor da empresa em que trabalhava foi sem justa causa, razão pela qual não se pode afastar a incidência do art. 30, caput, da Lei 9.656/98. A par de tal comando, o art. 35-C do mesmo diploma legal estabelece em seu inciso I a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de emergência. Precedente: (Acórdão n.874228, 20140710306390ACJ, Relator: SANDRA REVES VASQUES TONUSSI, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 16/06/2015, Publicado no DJE: 24/08/2015. Pág.: 315).

5. Destarte, o recorrente juntou aos autos documentos que demonstram a situação de gravidez de risco de sua esposa, mediante apresentação de relatório médico ID nº 526094 – pág. 12, bem assim a solicitação de exames laboratoriais de ID nº 526094 – pág. 13/14, que não puderam ser realizados ante ao cancelamento do plano de saúde.

6. Compete ao plano de saúde promover a cobertura dos exames, internação, procedimento cirúrgico e todos os procedimentos necessários ao afastamento do quadro de risco, sem limites de tratamento ou de tempo de internação. Mesmo durante o período de carência contratual ou migração do coletivo para o individual, o pronto atendimento deve ser resguardado ao segurado, sob pena de frustrar a própria finalidade do serviço contratado. Nesses casos, a carência/migração cede ante a situação de urgência.

7. Diante disso, o dano moral decorre de uma violação de direitos da personalidade, atingindo, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano. A sanção, neste caso, consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica.

8. No caso vertente, o dano moral possui natureza *in re ipsa*, pois se aperfeiçoa com a simples ocorrência do ato ilícito, sendo apto a causar reflexos na personalidade do atingido, independentemente de qualquer comprovação imediata do dano.

9. No que concerne ao arbitramento da condenação para a compensação do dano moral, todavia, a lei não fornece critérios, mas a jurisprudência aponta alguns parâmetros para a fixação do *quantum*, o que, por óbvio, deve amoldar-se a cada caso. Na fixação do dano moral devem ser atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atentando-se para a sua finalidade pedagógica de desestimular conduta semelhante e minimizar as violações ao direito de personalidade, não perdendo de vista a capacidade econômica de quem deve e sem proporcionar o enriquecimento sem causa.

10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou provimento para reformar a sentença e determinar à parte ré que restabeleça o plano de saúde do requerente e de seus dependentes, encaminhando os boletos para pagamento das parcelas mensais na mesma forma anteriormente pactuada, bem como condeno a requerida a pagar a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de danos morais, com correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

11. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

12. Sem custas e honorários, ante a gratuidade de justiça deferida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Juízes da PRIMEIRA TURMA RECURSAL dos Juizados Especiais do Distrito Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator, LUIS GUSTAVO BARBOSA DE OLIVEIRA - 1º Vogal e FABIO EDUARDO MARQUES - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Juiz FABIO EDUARDO MARQUES, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. PROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de Junho de 2016

Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso da parte autora que visa reformar a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais de restauração de contrato de prestação de serviços de plano de saúde e indenização por danos morais.

Alega o autor que assinou termo de acordo com a requerida ID nº 526107 – pág. 3/6, onde se verifica que o requerente aceitou continuar a sua manutenção no plano oferecido no momento do desligamento da empresa empregadora, cujo vínculo contratual fora rescindido. Assim, a continuidade do plano de saúde dependia de aceite e era condição resolutiva para que a contratada continuasse a oferecer assistência médico-hospitalar, com o devido pagamento do prêmio.

Antecipação de tutela foi deferida, sendo que o Juízo *a quo* determinou a ré que restabelecesse o plano de saúde do autor e de seus dependentes, no prazo de 05 dias, encaminhando os boletos para pagamento das parcelas mensais, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, limitada em 20 salários mínimos.

A v. sentença de mérito de ID nº 526229 – pág. 1/3 refutou os argumentos autorais, uma vez que verificou a não incidência do art. 30 da Lei 9.656/98, sendo que revogou a decisão concessiva de tutela de urgência e julgou improcedente o pedido inicial.

O autor irrisignado interpôs recurso inominado reiterando os pedidos iniciais de manutenção do autor e de seus dependentes no plano de saúde e a condenação em danos morais em valor a ser fixado em juízo, visto que não houve pedido de demissão voluntária do recorrente, bem como não houve demissão por justa causa como asseverado na v. sentença. Aduz, ainda, que somente em 08 de janeiro de 2015 recebeu informação da requerida que seu plano estava cancelado, mesmo tendo assinado termo de aceite de manutenção do plano de saúde em setembro de 2015.

As requeridas não apresentaram contrarrazões ao recurso do autor.

É o breve relatório.

VOTOS

O Senhor Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo ao exame de mérito.

O regime de proteção do consumidor nos contratos de planos de assistência e seguro de saúde deve levar em consideração sua importância social e econômica, bem como o interesse útil do consumidor, que consiste na promoção e preservação da vida e da saúde do segurado. A recusa injustificada do plano de saúde em prestar atendimento configura o descumprimento contratual.

Em razão da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mormente na disposição contida em seu artigo 14, a responsabilidade por vício na prestação de serviço é objetiva, devendo a prestadora de serviços responder pelos danos que causar ao consumidor, ensejando ainda, a inversão do ônus da prova vez que constatada a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, aliados à verossimilhança das suas alegações.

A Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, especialmente o art. 30, caput, diz que:

“Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral”.

Desta forma, não se comprovou nos autos que o autor tenha sido demitido por justa causa, ao contrário, em sua rescisão contratual de ID nº 526119 – pág. 1/2, constata-se que a despedida do autor da empresa em que trabalhava foi sem justa causa, razão pela qual não se pode afastar a incidência do art. 30, caput, da Lei 9.656/98. A par de tal comando, o art. 35-C do mesmo diploma legal estabelece em seu inciso I a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de emergência. Precedente: (Acórdão n.874228, 20140710306390ACJ, Relator: SANDRA REVES VASQUES TONUSSI, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 16/06/2015, Publicado no DJE: 24/08/2015. Pág.: 315).

Destarte, o recorrente juntou aos autos documentos que demonstram a situação de

gravidez de risco de sua esposa, mediante apresentação de relatório médico ID nº 526094 – pág. 12, bem assim a solicitação de exames laboratoriais de ID nº 526094 – pág. 13/14, que não puderam ser realizados ante ao cancelamento do plano de saúde.

Compete ao plano de saúde promover a cobertura dos exames, internação, procedimento cirúrgico e todos os procedimentos necessários ao afastamento do quadro de risco, sem limites de tratamento ou de tempo de internação. Mesmo durante o período de carência contratual ou migração do plano coletivo para o individual, o pronto atendimento deve ser resguardado ao segurado, sob pena de frustrar a própria finalidade do serviço contratado. Nesses casos, a carência/migração cede ante a situação de urgência.

A situação de descaso e desrespeito no tratamento conferido ao consumidor, somado à angústia ímpar de ter procedimento recusado em momento tão delicado da vida, em que sua esposa está enfrentando gravidez de risco, o que por si só configura situação excepcional que vulnera atributos de personalidade do recorrente, configurando o dano moral.

Diante disso, o dano moral decorre de uma violação de direitos da personalidade, atingindo, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano. A sanção, neste caso, consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica.

No caso vertente, o dano moral possui natureza *in re ipsa*, pois se aperfeiçoa com a simples ocorrência do ato ilícito, sendo apto a causar reflexos na personalidade do atingido, independentemente de qualquer comprovação imediata do dano.

No que concerne ao arbitramento da condenação para a compensação do dano moral, todavia, a lei não fornece critérios, mas a jurisprudência aponta alguns parâmetros para a fixação do *quantum*, o que, por óbvio, deve amoldar-se a cada caso. Na fixação do dano moral devem ser atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atentando-se para a sua finalidade pedagógica de desestimular conduta semelhante e minimizar as violações ao direito de personalidade, não perdendo de vista a capacidade econômica de quem deve e sem proporcionar o enriquecimento sem causa.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou provimento para reformar a sentença e determinar à parte ré que restabeleça o plano de saúde do requerente e de seus dependentes, encaminhando os boletos para pagamento das parcelas mensais na mesma forma anteriormente pactuada, bem como condeno a requerida a pagar a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de danos morais, com correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

Sem custas e honorários, ante a gratuidade de justiça deferida.

É como voto.

O Senhor Juiz LUIS GUSTAVO BARBOSA DE OLIVEIRA - 1º Vogal

Acompanho o relator, ressaltando que não tenho dúvida da nulidade da sentença, porque manifestamente *extra petita*.

É sabido que o juiz no momento de julgar não poderá fugir do pedido ou da causa de pedir.

Desse modo, é defeso ao julgador conhecer de questões de fato que dependam de iniciativa das partes.

No caso *sub judice*, em nenhum momento a autora alegou que cancelou o plano de saúde ou deixou de prestar o serviço médico-hospitalar ao autor, porque ele participou de programa de demissão voluntária junto à empresa e que portanto sua situação não enquadraria na hipótese da Lei no. 9656/98.

Por outro lado, tenho como necessário acrescentar ao douto voto a solução quanto ao pagamento do valor da mensalidade do plano. E conforme se infere do documento ID 526104 P. 1, esse valor seria de R\$ 484,87 em 2007, data da adesão ao plano coletivo.

Nesse passo, deverão ser emitidos o valor dos boletos nesse montante, corrigido apenas com os aumentos comunicados à ANS até a data da publicação desta decisão, já compreendido nesse montante o custo para a prestação do serviço para o empregado e seus dependentes. O plano será mantido por dois anos, a partir da data da demissão (setembro/2015), mas não deverão ser contabilizados o período de inadimplência pela Seguradora (outubro/2015 a fevereiro/2016 e 18/04/2016 a 14/06/2016).

O Senhor Juiz FABIO EDUARDO MARQUES - 2º Vogal

Acompanho o Relator com os acréscimos trazidos pelo 1º Vogal a respeito da matéria.

DECISÃO

CONHECIDO. PROVIDO. UNÂNIME.

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Órgão PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL

Processo N. RECURSO INOMINADO 0728658-51.2015.8.07.0016

RECORRENTE(S) RONALDO SAUNDERS MONTEIRO, SARAH RUSSO LEITE SAUNDERS e AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A.

RECORRIDO(S) QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFICIOS S.A., AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A., RONALDO SAUNDERS MONTEIRO e SARAH RUSSO LEITE SAUNDERS

Relator Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO

Acórdão Nº 943370

EMENTA

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. EMERGÊNCIA. RECUSA ILEGÍTIMA DE ATENDIMENTO. DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DESCASO. DESRESPEITO E ANGÚSTIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL IN RE IPSA. FIXAÇÃO DO QUANTUM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSOS CONHECIDOS. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. O regime de proteção do consumidor nos contratos de planos de assistência e seguro de saúde deve levar em consideração sua importância social e econômica, bem como o interesse útil do consumidor, que consiste na promoção e preservação da vida e da saúde do segurado. A recusa injustificada do plano de saúde em prestar atendimento configura o descumprimento contratual.

2. Em razão da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mormente na disposição contida em seu artigo 14, a responsabilidade por vício na prestação de serviço é objetiva, devendo a prestadora de serviços responder pelos danos que causar ao consumidor, ensejando ainda, a inversão do ônus da prova vez que constatada a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, aliados à verossimilhança das suas alegações.

3. Além disso, todos os participantes da cadeia de fornecimento são solidariamente responsáveis perante o consumidor. Conforme dispõe o CDC, o termo fornecedor inclui todos

os participantes da cadeia de produção e distribuição de serviços, mesmo nos casos de prestação através da contratação de terceiros. Houve contribuição das duas requeridas nos danos causados ao consumidor, o que habilita a parte autora a demandar contra todos ou qualquer um dos responsáveis pela prestação do serviço.

4. Constata-se, no presente caso, que o menor/beneficiário precisou de urgente internação. Nos casos de atendimento de emergência, que implique risco de vida ou lesões irreparáveis ao paciente, torna-se obrigatória a cobertura do atendimento médico, independentemente da observância do prazo de carência previsto no contrato.

5. Compete ao plano de saúde promover a cobertura dos exames, internação, procedimento cirúrgico e todos os procedimentos necessários ao afastamento do quadro de risco, sem limites de tratamento ou de tempo de internação. Mesmo durante o período de carência contratual, o pronto atendimento deve ser resguardado ao segurado, sob pena de frustrar a própria finalidade do serviço contratado. Nesses casos, a carência cede ante a situação de urgência.

6. A Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, especialmente o art. 12, inciso V, alínea "c", determina o prazo máximo de carência de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência. A par de tal comando, o art. 35-C do mesmo diploma legal estabelece em seu inciso I a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de emergência. Precedente: (Acórdão n.874228, 20140710306390ACJ, Relator: SANDRA REVES VASQUES TONUSSI, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 16/06/2015, Publicado no DJE: 24/08/2015. Pág.: 315).

7. A negativa oposta pelas requeridas, ainda que baseada em cláusula contratual, tornou-se injustificada a partir do momento em que tomaram efetiva ciência do risco que rondava a criança. Os requerentes precisaram acionar outro plano de saúde que somente cobria 80% do tratamento, e, por isso, tiveram que arcar com o restante do pagamento, fazendo jus à reparação dos danos materiais efetivamente sofridos, conforme ID Num. 505461 - Pág. 12. A recusa em custear o tratamento médico extrapolou o mero descumprimento contratual, porque colocou em risco a vida do segurado, colocando-o em inegável estado de insegurança e desespero, o que configura dano moral.

8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como das Turmas Recursais admitem a ocorrência de dano moral mediante a recusa ilegítima ou injustificável da operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura de tratamentos emergenciais. Tal conduta aumenta as agruras e angústias no paciente, cujo estado de saúde e psicológico já estão abalados pela própria condição, o que gera enorme desconforto e dissabor pela humilhação. (REsp 657717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 12/12/2005).

9. *In casu*, o dano moral possui natureza *in re ipsa*, pois se aperfeiçoa com a simples ocorrência do ato ilícito, sendo apto a causar reflexos na personalidade do atingido, independentemente de qualquer comprovação imediata do dano. A fixação do quantum indenizatório deve observar as peculiaridades do caso concreto, das partes envolvidas e os

princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedente na turma: (Acórdão n.914362, 20150610135164ACJ, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 11/12/2015, Publicado no DJE: 22/01/2016. Pág.: 405).

10. Assim, deve ser mantida a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando as rés, solidariamente, ao pagamento de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescidos de correção monetária desde a data do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Acrescenta-se, ainda, a condenação ao pagamento dos danos materiais efetivamente sofridos, no valor de R\$ 7.430,70 (sete mil quatrocentos e trinta reais e setenta centavos).

11. Recursos conhecidos. Recurso do autor provido. Recurso do réu desprovido. Sentença parcialmente reformada apenas para acrescentar condenação em danos materiais no valor de R\$ 7.430,70 (sete mil quatrocentos e trinta reais e setenta centavos).

12. Condeno a recorrente vencida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (dez por cento) sobre a condenação, acrescidos de atualização monetária.

13. A súmula de julgamento servirá como acórdão, conforme regra do art. 46 da Lei dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis e ainda por força dos artigos 10, XIV e 103, §2º do Regimento Interno das Turmas Recursais do Distrito Federal, publicado em 16/03/2016.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Juízes da PRIMEIRA TURMA RECURSAL dos Juizados Especiais do Distrito Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator, LUIS GUSTAVO BARBOSA DE OLIVEIRA - Vogal, FABIO EDUARDO MARQUES - Vogal, sob a Presidência do Senhor Juiz FABIO EDUARDO MARQUES, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDOS. IMPROVIDO O RECURSO DA PARTE RÁ. PROVIDO O RECURSO DA PARTE AUTORA. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 24 de Maio de 2016

Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO
Relator

RELATÓRIO

Dispensado o relatório. A ementa servirá de acórdão, conforme inteligência dos arts. 2º e 46 da Lei n. 9.099/95.

VOTOS

O Senhor Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Relator

Dispensado o voto. A ementa servirá de acórdão, conforme inteligência dos arts. 2º e 46 da Lei n. 9.099/95.

DECISÃO

CONHECIDOS. IMPROVIDO O RECURSO DA PARTE RÃ. PROVIDO O RECURSO DA PARTE AUTORA. UNÃNIME.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000829651

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001501-09.2014.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante/apelada BRUNA FIORIN TOBIAS(JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelada/apelante BRADESCO SAÚDE S.A. - SUCURSAL CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), A.C.MATHIAS COLTRO E ERICKSON GAVAZZA MARQUES.

São Paulo, 11 de novembro de 2016.

Fernanda Gomes Camacho

Relatora

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO nº 1001501-09.2014.8.26.0510 (Julgamento virtual)

Relatora: Fernanda Gomes Camacho

Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

**APELANTES/APELADAS: BRUNA FIORIN TOBIAS (MENOR REPRESENTADA) E
BRADESCO SAÚDE S/A**

Comarca: Rio Claro – 1ª Vara Cível

Juiz(a) Prolator(a): Alexandre Dalberto Barbosa

Voto nº 3377

PLANO DE SAÚDE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRAZO DE CARÊNCIA. Autora que foi internada com urgência por apresentar apendicite. Negativa de cobertura da cirurgia, sob alegação de que não tinha sido cumprido o prazo de carência. Procedimento de caráter emergencial. Prazo de carência que pode ser de, no máximo, 24 horas, nos termos do artigo 12, inciso V, item C, da Lei 9.656/98 e da Súmula 103 do TJSP. Alegação de cobertura obrigatória somente nas primeiras 12 horas não prospera, pois é contrária à Súmula 302 do STJ. Abusividade na negativa de cobertura. Reembolso integral. Não apresentação dos valores correspondentes ao limite contratual. Cláusula que estipula limite de reembolso não redigida de maneira clara ao consumidor. Art. 46, CDC. Dano moral não configurado. Sentença mantida.
Recursos não providos.

Vistos.

Trata-se de ação relativa a plano de saúde julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 193/195, cujo relatório fica adotado, para condenar a ré a reembolsar a autora em R\$6.900,00, corrigidos do desembolso e acrescidos de juros de mora legais desde a citação. Pela sucumbência recíproca, cada parte foi condenada a arcar com metade das custas e despesas processuais, compensados os honorários advocatícios, ressalvada a gratuidade de justiça.

Inconformada, apela a autora (fls. 201/214), sustentando, em síntese, que a negativa da apelada em dar cobertura à cirurgia de urgência de que necessitava ocasionou-lhe danos morais, que devem ser indenizados em valor não inferior a R\$20.000,00.

A ré interpôs recurso de apelação (fls. 215/225),

alegando, em síntese: 1) as despesas em questão foram contraídas pela apelada no período de carência, razão pela qual a apelante não pode ser condenada a reembolsá-la; 2) a apelante tinha obrigação de arcar apenas com os custos de internação das primeiras 12 horas, por ser o tratamento de emergência; 3) a cláusula que estabelece carência nos contratos de seguro-saúde não é abusiva e desfavorável à recorrida; 4) caso seja mantida a condenação, o reembolso deve ocorrer nos limites contratuais.

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 231/245 e 246/254).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso da autora e pelo não provimento do recurso da ré (fls. 263/267).

Regularmente processados os recursos, com preparo a apelação da ré (fls. 226/227) e sem preparo a apelação da autora, pois é beneficiária da justiça gratuita (fls. 133).

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

É incontroverso que a autora é beneficiária de “Seguro de Reembolso de Despesas de Assistência Médico-Hospitalar Bradesco Saúde Coletivo Empresarial” desde 03/09/2013 (fls. 69) e que, em 31/10/2013, foi-lhe negada cobertura para cirurgia de apendicite, sob alegação de que ainda não havia cumprido o prazo de carência.

Por esse motivo, requer a autora o reembolso dos valores pagos, bem como o recebimento de indenização por danos morais.

Em que pesem os argumentos da requerida, a cirurgia da autora foi realizada em caráter de urgência, conforme ficou comprovado através do guia de solicitação de internação de fls. 31.

Nos termos do artigo 12, inciso V, item “c”, da Lei 9.656/98, os prazos de carência em casos de urgência e emergência não podem ser fixados em período superior a 24 horas.

No mesmo sentido dispõe a súmula 103 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “é abusiva a negativa de cobertura em atendimento de

urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98”.

Assim, a recusa da requerida em cobrir a cirurgia de que necessitava a autora, ignorando o caráter de urgência desta, configura prática abusiva, passível de responsabilização.

Ressalte-se que a carência contratualmente estabelecida aplica-se apenas a situações normais, e não a caso de situações emergenciais, como na presente demanda, em que a autora se encontrava em situação de risco à sua saúde, sobretudo em razão da tenra idade.

Nesse sentido já decidiu esse E. Tribunal:

“Ementa – Consumidor – Cirurgia para a retirada de pedras nos rins – Exigência de cumprimento do período de carência – Desnecessidade diante da situação emergencial que exigia a imediata intervenção cirúrgica para se evitar risco à saúde da Autora – Inteligência do art. 35-C inc. I Lei nº 9.656/1998 – Inaplicabilidade da Resolução 13 do Consu, que limita cobertura da urgência a 12 horas de atendimento ambulatorial – Jurisprudência – Recurso improvido.” (Apelação nº 1007891-77.2014.8.26.0224, Des. Rel. Luiz Antonio Costa, data do julgamento: 7/10/2014, 7ª Câmara de Direito Privado TJSP)

“Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer movida contra plano de saúde. Decisão que concedeu tutela antecipada para que a ré custeasse procedimento cirúrgico da autora. Insurgência da ré. Descabimento. Atendimento de emergência. Desnecessidade de aguardar prazo de carência contratual. Inteligência da súmula 103 TJSP. Verossimilhança e perigo de dano irreparável caracterizados. Decisão mantida. Demais questões suscitadas demandam dilação probatória. Agravo não provido.” (Agravo de Instrumento nº 2120773-21.2015.8.26.0000, Des. Rel. Edson Luiz de Queiroz, data do julgamento: 12/8/2015, 5ª Câmara de Direito Privado TJSP)

“APELAÇÃO – Plano de Saúde – Indenização por danos materiais e morais – Procedimento de urgência/emergência – Atendimento negado por alegado descumprimento do prazo de carência – Operadora que pretende dar cobertura apenas à primeiras 12 horas – Negativa que não se sustenta – Aplicação da Súmula nº. 103 deste E. TJSP – Pedido cominatório julgado procedente – Dano moral 'in re ipsa' reconhecido – Sofrimento anormal causado pela indevida negativa perpetrada pela requerida – Indenização bem arbitrada em R\$ 5.000,00 – Decisão Mantida – Aplicação do art. 252 do RITJSP. Recurso Improvido.” (Apelação nº 0033605-80.2013.8.26.0001, Des. Rel. Egidio Giacoia, data do julgamento: 1/10/2015, 3ª Câmara de Direito Privado TJSP)

A alegação de que a autora teria direito à cobertura do plano de saúde somente nas primeiras 12 horas também não prospera.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL APONTADO. SÚMULA 282 DO STF. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 302 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do consolidado entendimento deste STJ, portarias, circulares e resoluções não se encontram inseridas no conceito de lei federal para o efeito de interposição do recurso especial.

2. O dispositivo de lei federal apontado como violado pelo acórdão recorrido, cuja aplicação, supostamente, teria sido afastada pela incidência da referida resolução, não se encontra prequestionado pelo acórdão recorrido, uma vez que este apenas confirmou a existência do dever de indenizar o recorrido pelos danos materiais, sem, contudo, haver debate acerca da questão alcançada pelo dispositivo apontado como violado - prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

3. Não fosse a falta de cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do presente recurso especial, ainda assim não prosperaria a pretensão da recorrente no sentido de limitar a indenização por danos materiais ao que foi despendido apenas nas primeiras doze horas de tratamento da emergência, mediante aplicação da citada resolução, tendo em vista o disposto na súmula 302 do STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."

4. Agravo regimental improvido” (AgRg no Recurso Especial nº 1.197.029 – CE, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 16/11/2010 – grifos meus).

Portanto, foi abusiva a negativa de cobertura, devendo a ré reembolsar os valores gastos com a cirurgia da autora.

Com relação ao valor do reembolso, também não assiste razão à requerida. Isto porque, embora a ré alegue que o reembolso deve ocorrer dentro dos limites contratuais, não informou quais seriam esses valores.

Ressalte-se que a cláusula contratual que estipula limite ao reembolso (cláusula 2.4 – fls. 83/84) deveria ter sido redigida de maneira clara, de modo a permitir a perfeita compreensão do ajustado pelo consumidor, o que não ocorre no presente caso, impossibilitando a vinculação da consumidora, nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor.

Já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

“PLANO DE SAÚDE - Negativa de reembolso integral de despesas com cirurgia para tratamento de cardiopatia congênita - Procedência decretada - Alegação da ré de que o procedimento indicado não possui cobertura contratual e que o reembolso deve ser efetivado dentro dos

limites contratuais – Descabimento - Empresa que não pode interferir na indicação feita pelo médico - Tratamento que visa à melhora da saúde da paciente, que apresenta quadro clínico grave - Contrato, ademais, que não exclui tratamento da doença suportada pela autora - Relatório médico que justifica a necessidade de realização dos procedimentos - Pretensão de reembolso dos valores consoante previsão contratual - Inadmissibilidade - Obscuridade dos critérios contratuais utilizados para cálculo deste - Ofensa ao CDC (14, 46, 56 e 51, IV) - Dever da apelante de arcar com todo o tratamento indicado à autora, mediante reembolso a ser efetivado de forma integral das despesas devidamente comprovadas - Recurso desprovido.

(...) Quanto ao reembolso, na qualidade de estipulante e única responsável pela redação da avença competia à ré proceder a sua elaboração de forma clara e objetiva, de maneira a permitir ao consumidor perfeita compreensão do ajustado, em especial no que concerne às restrições ao seu direito. Ocorre que incompreensíveis os termos estipulados pela apelante, uma vez que as orientações não foram redigidas de maneira clara, inteligível e direta, além de ser impossível ao contratante verificar a correção das variáveis, uma vez que essas regras não permitem a compreensão, ou comprovação da forma de efetivação dos reembolsos, configurando ofensa direta ao artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor”. (Apelação nº 1001807-83.2015.8.26.0011, Des. Rel. Galdino Toledo Júnior, data de julgamento: 05/07/2016, 9ª Câmara de Direito Privado TJSP)

Por outro lado, não há que se falar em configuração de danos morais.

Ao que consta, o contrato de seguro saúde foi firmado em 03/09/2013 (fls. 70/74), enquanto que a autora recebeu atendimento médico em 31/10/2013 (fls. 25), tendo a ré autorizado a internação no mesmo dia em que esta foi solicitada (fls. 31).

Outrossim, trata-se de contrato de seguro saúde, com previsão de reembolso das despesas médicas, de maneira que, como bem decidido pela r. sentença, *“a situação vivenciada pela autora no momento da internação era natural à espécie do contrato, e era esperada ante a previsão de reembolso, de maneira que a mera recusa da cobertura não implica dano moral, mesmo se reconhecido o direito ao reembolso ou à cobertura na rede referenciada. Tampouco havia motivo para nervosismo, pois o reembolso do seguro era questão que podia ser resolvida depois”* (fls. 194).

Ressalte-se que a autora tinha apenas 9 anos de idade na ocasião dos fatos, recebeu o respectivo tratamento, não se vislumbrando, no caso, situação que seja motivo de imposição de indenização por danos morais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, a r. sentença deve ser mantida.

Diante do trabalho desenvolvido pelos causídicos e a data da interposição dos recursos, na vigência do CPC de 1973, deixo de fixar honorários advocatícios em grau de recurso.

Por tais fundamentos, **nega-se provimento** aos recursos.

FERNANDA GOMES CAMACHO

Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2015.0000960372

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002710-30.2013.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelado FLÁVIO GAGO GOMES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO E GALDINO TOLEDO JÚNIOR.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Lucila Toledo
RELATORA
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 14497

APELAÇÃO Nº 0002710-30.2013.8.26.0586

COMARCA: SÃO ROQUE

APTE.: SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE

APDO.: FLÁVIO GAGO GOMES

PLANO DE SAÚDE - MENINGOENCEFALIA -
ATENDIMENTO DE URGÊNCIA DEVIDO, MESMO
NO PRAZO DE CARÊNCIA - REEMBOLSO -
CLÁUSULA OBSCURA - FALHA NO DEVER DE
INFORMAÇÃO - NULIDADE - OBRIGAÇÃO DE
REEMBOLSAR INTEGRALMENTE AS DESPESAS
DE HONORÁRIOS MÉDICOS - SENTENÇA
PARCIALMENTE PROCEDENTE - NEGADO
PROVIMENTO AO RECURSO

A apelante insurge-se contra sentença a
fls. 243, cujo relatório adoto, que julgou
parcialmente procedente pedido inicial para
condená-la à cobertura de tratamento e internação
do apelado no período de carência.

Alega que o apelado busca cobertura
para o período de carência, sendo que a emergência
- cujo prazo de carência é de vinte e quatro horas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

– tem tempo máximo de atendimento de doze horas. Subsidiariamente, sustenta que as coberturas devem ser limitadas aos termos do contrato.

Intimada, a parte apelada deixou de apresentar contrarrazões.

É o relatório.

O apelado é beneficiário do plano de saúde a apelante desde setembro de 2012 e em dezembro de 2012 foi acometido por uma crise de cefaleia, porém, a apelante recusou cobertura a sua internação.

A questão controvertida consiste em saber se, em seguro de assistência à saúde, é possível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de meningocefalite que acomete o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

beneficiário do seguro, ao período concernente às doze primeiras horas de atendimento médico-hospitalar.

A cláusula de carência prevista nos contratos de seguro saúde comporta exceção em se tratando de situação de urgência ou emergência, nos termos do que dispõe o artigo 12, inciso V, alínea "c" da Lei nº 9.656/1998, que prevê prazo máximo de vinte e quatro horas nessas hipóteses.

A exceção tem em vista o fato de que a limitação temporal colocaria o consumidor em situação de extrema desvantagem em relação à segurada.

No caso dos autos, em que a doença apresentada pelo apelado era grave e havia risco de déficit neurológico irreversível, a urgência não se extingue com o atendimento em pronto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

socorro, persistindo durante todo o período em que necessitar permanecer internado.

O tratamento a que o plano de saúde se obriga na situação de emergência não está circunscrito ao tratamento emergencial, no pronto socorro: abrange todos os procedimentos médico hospitalares imediatamente seguintes, sob o risco de se criar nova situação de emergência.

Nesse sentido já se manifestou esse Tribunal:

PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura
- Período de carência - Internação em caráter de emergência - Previsão legal de prazo máximo de carência de 24 horas (art. 12, V, "c", da Lei 9.656/98), não havendo outros requisitos para a cobertura na hipótese - Impossibilidade de fixação de outros requisitos por meio de resolução administrativa - Responsabilidade da ré pelas despesas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

médicas e hospitalares oriundas da internação - Danos morais não caracterizados - Sucumbência recíproca - Recursos improvidos. (AP. nº 9169454-44.2008.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 13/09/2011)

Dentro desse contexto, inadmissível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência essenciais à preservação da vida do paciente.

Segundo entendimento assente no Colendo Superior Tribunal de Justiça, a cláusula que estabelece o prazo de carência, em contratos de seguro-saúde, deve ser afastada diante de casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. (REsp Nº 1.243.632/RS, AgRg no Ag



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

845.103/SP)

A apelante negou o reembolso integral com base nas cláusulas 10 e 11 do contrato. Tais cláusulas apresentam cálculo ininteligível para o consumidor e ainda dependente de variáveis que não se encontram no próprio contrato.

A apelante viola o dever de informação, obrigatório nas relações de consumo. A cláusula de reembolso, portanto, é nula.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

LUCILA TOLEDO
RELATORA