



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GAB. DO DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D ã O

APELAÇÃO CÍVEL Nº . 0124270-02.2012.815.2001

ORIGEM : 15ª Vara Cível da Comarca da Capital

RELATOR : Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

APELANTE : Thaisi Mayane Rochedo da Silva

ADVOGADO : Roberto Pessoa Peixoto de Vasconcelos – OAB/PB
12.378

APELADA : Esmale Assistência Internacional de Saúde Ltda

ADVOGADOS : José Areias Bulhões – OAB/AL 789, Thaís Malta Bulhões
Campello, OAB/AL 6.097 e Sérgio de Figueiredo Silveira, OAB/AL 11.045

PROCESSUAL CIVIL e CONSUMIDOR

– Apelação cível – Ação de Indenização por danos morais – Alegação de negativa na prestação de serviço pelo plano de saúde – Não comprovação – Obrigação – Art. 333 do CPC – Ônus do autor – Comprovação - Fato impeditivo, modificativo e extintivo - Responsabilidade do réu - Intelecção do art. 333, I, do CPC – Não demonstração - Desprovimento.

– O Código de Processo Civil, em seu art. 333, estabelece que incube ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

– Não restando comprovada pela parte autora o fato constitutivo do seu direito, os seus pedidos serão julgados fatalmente improcedentes.

– Não restando provado nos autos o

evento danoso, não estará demonstrado o dano moral, uma vez que este ocorre "*in re ipsa*", ou seja, decorre do próprio fato ilícito.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos acima identificados,

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por votação uníssona, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator e da súmula de julgamento.

R E L A T Ó R I O

THAÍSI MAYANE ROCHEDO DA SILVA, assistida por **Maria da Conceição Carneiro Cardoso** moveu Ação de indenização por danos morais e materiais c/c repetição de indébito em face da **SMILE SAÚDE (ESMALE ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA)**.

Em sentença exarada às fls. 115/116V, a MM. Juíza "*a quo*" rejeitou o pedido de extinção do processo sem resolução do mérito e julgou improcedente o pedido, com fulcro no art. 333, I, do CPC e art. 927, do CC/2002. Condenou a requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixando estes em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), a teor do parágrafo 4º, do art. 20, do CPC, com a ressalva do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação às fls. 118/131, aduzindo que no caso deverá ser interposto a inversão do ônus da prova e que a ré não trouxe elementos suficientes para testificar os motivos de falha da prestação do serviço. Asseverou, ainda, que a negativa do exame de ultrassonografia trouxe angústia, insegurança e apreensão à demandante. Por fim, pugnou pela reforma da r. sentença, para julgar procedente o pedido, arbitrando uma justa indenização por dano moral sofrido pela parte recorrente.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões às fls. 135/159.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo prosseguimento do recurso, sem manifestação de mérito (fls.165/166).

É o que interessa a relatar.

VOTO

Inicialmente, ressalto que os requisitos de admissibilidade e a controvérsia do presente recurso serão analisados nos moldes da Lei nº 5.869/73, haja vista que, conforme preceitua o art. 14 da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), *“a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

Sabe-se que a lei processual civil tem aplicação imediata, ou seja, produz efeitos imediatos, contudo, nos termos da teoria do isolamento, a lei nova somente deve atingir os atos ainda não iniciados. Assim, os atos processuais praticados sob a égide a legislação anterior não podem sofrer efeitos em virtude do advento de nova Lei, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Porquanto, se a sentença recorrida (ato processual) fora publicada quando vigente o anterior CPC, resta patente que sob a mesma legislação deve ser revisto, em atenção à segurança jurídica e à teoria do isolamento dos atos processuais.

Ademais, acerca a aplicação dos requisitos de admissibilidade, eis a orientação do Enunciado Administrativo nº 2 do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Enunciado Administrativo nº 2 - 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.

Feitas estas considerações e estando **presentes os pressupostos processuais intrínsecos e extrínsecos, conhecimento do recurso.**

Certo é que o dano moral ocorre *“in re ipsa”*, ou seja, a demora ou a recusa indevida à cobertura pleiteada, por si só, já justifica a indenização por danos morais, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angustia no segurado.

Como é cediço, a tese da irreparabilidade dos danos morais encontra-se completamente superada, tendo o legislador

constitucional previsto a possibilidade de sua indenização, sempre que violados direitos subjetivos de outrem. Veja-se:

Art. 5º. Omissis

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

De igual forma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) em seu art. 6º, incisos VI e VII, prevê a possibilidade de reparação dos danos materiais e morais sofridos pela vítima. Observe-se:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

VII o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados

Mais recentemente, o Código Civil (Lei nº. 10.406/2002) também reconheceu a possibilidade de ressarcimento da vítima por danos morais e materiais sofridos. Confira-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

De regra, o dano moral se configura pela dor, sofrimento, angústia, humilhação experimentados pela vítima. Desse modo, entendem a doutrina e a jurisprudência brasileira que seria absurdo, até mesmo, impossível se exigir do lesado a prova do seu sofrimento. Por essa razão, tem-se entendido que o **dano moral ocorre “in re ipsa”**, ou seja, decorre da própria conduta ofensiva do agressor.

Nessa mesma esteira de raciocínio, o eminente Desembargador e catedrático fluminense SÉRGIO CAVALIERI FILHO¹ leciona:

¹ in Programa de Responsabilidade Civil, 6 ed., Malheiros, 2005, p. 108.

"(...) por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

*Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o **dano moral está ínsito na própria ofensa**, decorre da gravidade do ilícito em si. (...) Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, **provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral**, à guisa de uma presunção natural." (sem grifos no original).*

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já sufragou o entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. CIRURGIA COM COLOCAÇÃO DE PRÓTESE. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.

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.

2. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 134.629/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013)

E:

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 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 1190880/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 20/06/2011)

Por fim:

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA NO ATENDIMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULAS STF/282 E 356. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

I. Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele.

II. É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela.

III. Os dispositivos apontados como violados não foram objeto de debate no Acórdão recorrido, tampouco foram interpostos Embargos de Declaração para suprir eventual omissão, de modo que, ausente está o necessário prequestionamento, incidem as Súmulas STF/282 e 356.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1229872/AM, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 01/07/2011)

No entanto, na hipótese dos autos, não há nenhum tipo de prova de que a promovente solicitou a realização do exame na clínica e que este foi negado.

É cediço que o ônus da prova, salvo algumas exceções, cabe a quem alega, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor. Neste sentido, determina o art. 333 do CPC o seguinte:

“O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”

Consoante lição do mestre **HUMERTO THEODORO JÚNIOR**², “provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação.”

Já a expressão “ônus” significa encargo, dever, gravame, ou seja, segundo **VOLTAIRE DE LIMA MORAES**³ significa “todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, em virtude do que está obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los. É o gravame.”

Dessa forma, entende-se por “ônus da prova” todo encargo ou dever que a parte tem de demonstrar a veracidade de sua afirmação. Por isso assevera **JOSÉ FRANCISCO PELEGRINI**⁴ que:

“O que na verdade caracteriza o ônus da prova é a idéia de risco que ele contém. Em outras palavras: à parte onerada não se impõe provar como atitude indispensável para evitar uma consequência desfavorável que se apresenta como inevitável. O que

² THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense, 5.ed., p. 446.

³ MORAES. Voltaire de Lima. **Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de defesa do consumidor**. p. 64

⁴ PELEGRINI. José Francisco. **Revista Ajuris**. 16/46.

ocorre é que ela assume o risco de que a prova não venha para o processo, e diante dessa ausência probatória o juiz se vai pronunciar na conformidade com as regras determinantes do ônus da prova, vale dizer, proferindo julgamento contra aquele que necessitando provar não o fez.”

Entende-se por fato constitutivo aquele que origina a relação jurídica posta em juízo (“*res in iudicium deducta*”). Já o fato extintivo é aquele que põe fim à relação jurídica. O exemplo mais tradicional fornecido pela doutrina é o pagamento. Ao seu turno, o fato impeditivo refere-se a ausência de um dos requisitos de validade do ato jurídico, possuindo, assim, o condão de *impedir* as pretensões do direito do autor. Por fim, fato modificativo é aquele capaz de alterar a relação jurídica, como por exemplo, o pagamento parcial.

A propedêutica processual moderna ensina que as regras sobre a distribuição do “*onus probandi*” são **normas de julgamento**, visto que, uma vez produzida a prova, esta pertencerá aos autos, não importando quem a produziu (princípio da comunhão das provas).

Assim, as regras sobre o ônus probatório só importarão no julgamento do mérito da demanda, quando se constatar a inexistência de provas sobre determinados fatos.

Dessa forma, caso não reste provado nos autos os fatos constitutivos, os pedidos do autor fatalmente serão julgados improcedentes. Contudo, provados estes, caberá ao réu provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, sob pena de assim não fazendo, serem os pedidos contidos na inicial julgados procedentes.

Nesse mesmo sentido, faz-se mister trazer a baila os ensinamentos do notável ALEXANDRE DE FREITAS CÂMARA⁵:

“Em verdade, no momento da produção da prova pouco importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Isto se dá em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez levadas ao processo, as provas não mais pertencem a qualquer das partes, e sim ao juízo, nada importando, pois, quem as produziu. O juiz só deverá considerar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, portanto, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em

⁵ *in, op. cit.*, 2005, p. 404-405.

razão da inexistência de prova sobre determinados fatos. Assim, é que a inexistência de provas sobre o fato constitutivo levará a improcedência do pedido. Provado o fato constitutivo, no entanto, pouco importa quem levou aos autos os elementos de convicção para que se considerasse tal fato como existente, e a falta de prova sobre a existência de fato extintivo do direito do autor, por exemplo, deverá levar o juiz a julgar procedente a pretensão. Em outras palavras, provados os fatos da causa, o juiz não dará qualquer aplicação às regras de distribuição do ônus da prova. Se, porém, a investigação probatória for negativa, ou seja, quando os fatos não estiverem integralmente provados, aí sim as regras de distribuição do ônus da prova produzirão seus regulares efeitos". (sem destaques no original)

No caso dos autos, vê-se que a apelante pleiteia indenização por danos morais, alegando que a apelada não autorizou seu exame de ultrassonografia no dia 23 de maio de 2012, na Clínica Multi Imagem.

Ocorre que, como visto, não ficou comprovado que houve requisição para a realização do exame, bem como que houve negativa na autorização.

Ao contrário, consta a autorização de diversos serviços de consulta, exames realizados em data anteriores ao dia 23/05/2012, sem qualquer tipo de problema, bem como em data posterior (26/05/2012), após o ocorrido, a autora foi novamente atendida no Hospital João Paulo II, o que rechaça a alegação de que o plano da promotente se negou a cobrir seu tratamento de pré-natal, uma vez que, conforme disposto pela MM. Juíza, se tivesse de fato acontecido a negativa, não teria como a mesma ser novamente atendida três dias depois.

Ademais, não consta em momento algum, confissão da preposta da parte apelada, de que não autorizou o exame. Vê-se, na verdade que, ela apenas aduziu que:

“Que no caso específico da autora, não sabe dizer as razões da negativa, mas que acha que autora não foi até a smile para tentar solucionar o problema administrativamente, já que não consta nos autos nenhuma negativa formal da promovida; que a empresa não tem registro de que a outra tenha procurado a smile para solucionar o problema do não atendimento; que para a smile não houve negativa, já

que não consta a ida da usuária, ora autora, a empresa”.

Dessa forma, não restou caracterizada o comportamento lesivo da promovida, nem o nexo causal entre o dano e a conduta ofensiva.

Por essas razões, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a decisão de fls. 115/116v.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Dr. Carlos Eduardo Leite Lisboa, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. Tércio Chaves de Moura, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Des. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira.

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 29 de novembro de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator