



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete da Des. Maria das Graças Morais Guedes

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0121134-94.2012.815.2001

Origem : Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca da Capital
Relator : Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado)
Apelante : GEAP – Autogestão em Saúde
Advogada : Nizam Ghazale
Apelada : Virgínia Helena Fernandes Fonseca
Advogado : Getúlio Bustorff Feodrippe Quintao

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CIRURGIA DE HÉRNIA DISCAL E ARTRODESE DE COLUNA LOMBAR VIA POSTERIOR. FORNECIMENTO DE INSTRUMENTAL CIRÚRGICO DE MARCA DESCONHECIDA PELA EQUIPE MÉDICA. RECUSA DOCUMENTADADA DA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ANTE O COMPROMETIMENTO DO RESULTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 1.956/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. NECESSIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE UMA DAS CINCO MARCAS INIDICADAS PELO NEUROCIRURGIÃO RESPONSÁVEL. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ATO PRATICADO PELO OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. INFORTÚNIO CAUSADO POR FALTA DE INFORMAÇÃO NO LAUDO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DANO. REFORMA DA SENTENÇA NESSE PONTO. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO DE ORDEM MORAL. **PROVIMENTO PARCIAL.**

- De acordo com o art. 5º da Resolução nº 1.956/2010 do Conselho Federal de Medicina, o médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o

material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à Anvisa e que atendam às características previamente especificadas.

- Para configurar dano moral é necessária a existência dos seus requisitos: conduta ilícita do agente, o dano sofrido e o nexo de causalidade existente entre ambos.

- Ausente qualquer demonstração de prejuízo de ordem moral, injustificada é a condenação à indenização. No caso, os eventuais embaraços suportados não se encontram sequer insertos na seara dos aborrecimentos cotidianos, pois o plano de saúde não tinha como prever as marcas em que a equipe médica confiava no momento do fornecimento dos materiais, ante a inexistência de informação no laudo.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

A C O R D A a egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, **em conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.**

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Cível** interposta pela **GEAP – Autogestão em Saúde** contra sentença prolatada pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca da Capital, lançada nos autos da Ação Cominatória de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Antecipada c/c Dano Moral ajuizada por Virgínia Helena Fernandes Fonseca.

O julgador de primeiro grau, às fls. 103/107, acolheu os pedidos contidos na exordial nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para:

1) Ratificar os efeitos da tutela antecipada concedida, mantendo a condenação da suplicada em autorizar e custear todas as despesas despendidas na cirurgia da promovente, incluindo-se internamento hospitalar, medicamento, honorários médicos, diárias, fornecimento de material e tudo mais que for necessário para o perfeito restabelecimento da suplicante, tudo sob as penas já trazidas no *decisum* que antecipou a

tutela pretendida.

2) Condenar a suplicada pagar à autora, à título de indenização por danos morais, a quantia de R\$ 7.240,00 (sete mil duzentos e quarenta reais), devidamente corrigida pelo INPC, a contar desta data, e acrescida de juros moratórios de 1% a.m, estes a contar da citação.

Considerando o princípio da causalidade, arbitro os honorários advocatícios, em favor da patrona do (a) autor (a), no equivalente a 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Nas razões recursais, fls. 109/115v, a apelante sustenta que antes do ajuizamento da presente demanda, disponibilizou o material para o ato cirúrgico da usuária, no entanto, o médico que a acompanhava resistiu em utilizá-lo, exigindo uma marca específica.

Alega que a questão em debate foi objeto de manifestação no Conselho Federal de Medicina – CFM – que se posicionou sobre a matéria por meio do Parecer nº 16/08, aduzindo que o médico não possui competência técnica para reprovar todas as outras marcas comerciais aprovadas e comprovadas cientificamente, sendo-lhe vedado excluir o uso de uma em detrimento de outra de sua preferência.

Aduz que do caderno processual não restou demonstrado qualquer ato capaz de macular a imagem da apelada.

Requer o provimento do recurso apelatório para reformar todos os termos da sentença vergastada, revogando a liminar, excluindo a condenação imposta a título de danos morais e invertendo os ônus sucumbenciais. Em caso de entendimento diverso, pugna pela redução do *quantum* indenizatório fixado.

Contrarrazões ofertadas às fls. 122/127, pela manutenção do *decisum* objurgado.

A Procuradoria de Justiça, às fls. 133/141, opina pelo desprovimento do recurso apelatório.

É o relatório.

V O T O

Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado) - Relator

O ponto controvertido da presente demanda cinge-se ao

fornecimento, pelo plano de saúde, do material solicitado para a realização do procedimento de artrodese de coluna lombar via posterior e um tratamento cirúrgico de hérnia discal lombar na paciente Virgínia Helena F. Fonseca.

Consta dos autos que a apelada é conveniada à GEAP, conforme demonstra o cartão de identificação (fl. 15) e, por ser portadora de hérnia de disco e artrose em nível 01 (com quadro de dor intensa na coluna lombar e sem melhora com tratamento clínico e fisioterapia), solicitou ao plano o material para o procedimento cirúrgico, a cobertura da internação hospitalar, medicamentos e honorários médicos.

Ocorre que os instrumentos fornecidos pelo convênio foram de marcas diversas das sugeridas pelo médico Stênio A. Sarmiento.

No laudo médico, encartado à fl. 23, o neurocirurgião explanou que a sua equipe não conhecia e não estava habituada com o instrumental fornecido, afirmando, ainda, que poderia haver comprometimento no resultado da cirurgia. Por sua vez, informou que trabalha há 16 anos com as seguintes marcas: Zimmer, LDR, U&I, Spinevision e Aesculp, nas quais possui plena confiança.

Pois bem.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.956/2010, em seu art. 5º, traz a seguinte disposição:

Art. 5º: O médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à Anvisa e que atendam às características previamente especificadas.

Parágrafo único: Nesta circunstância, a recusa deve ser documentada e se o motivo for a deficiência ou o defeito material a documentação deve ser encaminhada pelo médico assistente ou pelo diretor técnico da instituição hospitalar diretamente à Anvisa, ou por meio da câmara técnica de implantes da AMB (implantes@amb.org.br), para as providências cabíveis.

Conforme registrado, o médico deixou claro os motivos pelos quais não utilizaria o material disponibilizado pela GEAP, bem como enumerou cinco marcas diferentes para a substituição dos produtos.

Desse modo, não há falar em corrigenda nesse ponto da sentença, pois cabe ao médico o tratamento mais adequado para o paciente, bem como os materiais a serem utilizados. Ademais, o neurocirurgião indicou mais de uma marca, ou seja, dando margem de escolha para a operadora.

Vejamos o entendimento jurisprudencial sobre esse tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA DE PRÓTESE IMPORTADA (INDICADA PELO MÉDICO ASSISTENTE) PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PARA TRATAMENTO DE REUMATISMO DEGENERATIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, de cobertura financeira a tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do código consumerista), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico ou de internação hospitalar relativos a doença coberta. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 2. **A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa.** Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-REsp 1.526.392; Proc. 2015/0078101-6; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Marco Buzzi; DJE 16/06/2015)

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE COM IMPLANTE DE LENTE. RECUSA QUANTO AO MATERIAL CIRÚRGICO SOLICITADO PELO MÉDICO. DEVER DE COBERTURA INDEPENDENTEMENTE DE SE TRATAR DE MATERIAL IMPORTADO OU NACIONAL. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. RECURSO NÃO PROVIDO POR UNANIMIDADE. I. **Cabe ao médico indicar o material mais indicado para à obtenção de sucesso no procedimento cirúrgico, e não à prestadora de serviços de assistência médica.** II. É abusiva a negativa de cobertura de próteses e órteses, vinculadas ou conseqüentes de procedimento cirúrgico, ainda que de cobertura expressamente excluída ou limitada, no contrato de assistência à saúde (Súmula nº 54 tje). III- é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde o custeio de prótese em procedimento cirúrgico coberto pelo plano e

necessária ao pleno restabelecimento da saúde do segurado, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado (agrg no AG 1.139.871/sc, relator o ministro João Otávio de noronha, dje de 10.5.2010). IV. Se o procedimento cirúrgico recomendado à paciente era coberto pelo plano e para tanto era necessário o uso dos materiais requeridos pelo médico, não poderia a seguradora ter-lhe negado o fornecimento, pois necessários ao sucesso do procedimento e ao adequado restabelecimento clínico da paciente. V. De acordo com a Súmula n. 35 desta corte de justiça, a negativa de cobertura fundada em cláusula abusiva de contrato de assistência à saúde pode dar ensejo à indenização por dano moral. VI. É incabível qualquer redução da indenização fixada pelo juiz a quo (r\$3.000,00). Afinal, é inferior ao valor indenizatório fixado pelo STJ e pelo TJPE em demandas análogas. VII. Por se tratar de indenização por danos morais oriunda de relação contratual deve-se retificar, de ofício, a incidência de juros de mora fixados na sentença para o percentual de 1% ao mês a partir da citação e a correção monetária a partir de sua fixação, qual seja, da sentença. VIII- recurso não provido por unanimidade. (TJPE; APL 0054384-08.2013.8.17.0001; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto; Julg. 06/08/2015; DJEPE 18/08/2015)

PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. NEGATIVA DE CUSTEIO DE MATERIAL DESTINADO AO ATO CIRÚRGICO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS NºS 469 DO STJ, E 100 DO TJSP. CIRURGIA REPARADORA DA FACE. COBERTURA DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PELO PLANO. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL IMPORTADO, RECOMENDADO PARA A AUTORA. **Eficácia do procedimento cirúrgico realizado, que depende de implantação dos materiais importados solicitados pelo médico assistente, não cabendo tal juízo à empresa de assistência médico-hospitalar. Cobertura do procedimento determinada.** Dano moral. Fixação em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Manutenção devida. Recurso não provido. (TJSP; APL 0004001-68.2010.8.26.0619; Ac. 8620983; Taquaritinga; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz; Julg. 08/07/2015; DJESP 20/07/2015)

No tocante aos danos morais, vislumbro que o laudo médico (fl. 18) datado de 23 de outubro de 2012 solicita o procedimento para o tratamento da hérnia e artrodese em 01 nível e colocação de 01 cage, porém, não indica quais as marcas dos materiais. Ao contrário, apenas, após o fornecimento do instrumental ao Hospital Memorial e a entrega deste a equipe cirúrgica é que o neurocirurgião emitiu um novo laudo (fl. 23), datado de 09 de novembro de 2012, informando que não estava habituado com o material proporcionado pelo plano e indicando quais as marcas em que confiava.

Da análise dos autos não constato qualquer ilegalidade no ato praticado pela GEAP, haja vista todo o infortúnio ter sido gerado pela ausência de informação do médico, no primeiro laudo, quanto à escolha da sua equipe em relação aos materiais a serem utilizados.

Feito este registro, através da análise do artigo 186 do Código Civil é possível identificar os elementos da responsabilidade civil, que são: a conduta culposa do agente, nexo causal e o dano. Este artigo é a base fundamental da responsabilidade civil, e consagra o princípio de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem.

Vejamos:

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”

In casu, entendo que a recorrida não demonstrou ter suportado qualquer prejuízo de ordem moral. Impende ressaltar que os eventuais embaraços suportados não se encontram sequer insertos na seara dos aborrecimentos cotidianos, pois o plano de saúde não tinha como prever as marcas em que a equipe médica confiava no momento do fornecimento dos materiais.

O dano moral é uma lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo. No sentido jurídico não é a dor, a angústia ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofridos.

Nesses termos, é de bom alvitre rememorar que segundo a regra geral estabelecida pelo art. 333 do CPC, cabe a parte autora o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo.

O ônus da prova carreado ao réu pelo art. 333, II, do CPC só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório, porque só passa a ter interesse na decisão do juiz a existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo do autor. Significa dizer que, se

nenhuma das partes se desincumbir de seus ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.

Com efeito, o acervo probatório carreado aos autos é demasiadamente insuficiente para comprovar a alegação de dano moral trazida pela apelada, não justificando qualquer condenação.

Quanto aos honorários advocatícios, de acordo com parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários, razão pela qual não merece reforma este ponto do *decisum*.

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso apelatório para reformar a sentença excluindo a condenação à indenização por danos morais, mantendo os demais termos da decisão objurgada.

É como voto.

Presidiu o julgamento, realizado na Sessão Ordinária desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 03 de novembro de 2015, conforme certidão de julgamento, o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida (relator), juiz convocado para substituir a Desa. Maria das Graças Moraes Guedes, o eminente Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides e o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz. Presente à sessão, a Exma. Dra. Ana Cândida Espínola, Procuradora de Justiça.

Gabinete no TJ/PB, em João Pessoa, 04 de novembro de 2015

Ricardo Vital de Almeida

Juiz convocado/Relator