



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0042094-05.2008.815.2001

RELATOR : Juiz Convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO

APELANTE : ESMAL Assistência Internacional de Saúde Ltda (Smile Saúde)

ADVOGADOS : José Areias Bulhões e outros

APELADA : Marcela dos Santos Lima

ADVOGADO : Edmer Palitot Rodrigues

ORIGEM : Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital

JUIZ : Inácio Jário Queiroz de Albuquerque

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DO CDC. RECUSA INJUSTIFICADA DE TRATAMENTO MÉDICO. REALIZAÇÃO DA CIRURGIA MEDIANTE DECISÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO FALHO. APLICAÇÃO DE PRÓTESE MAMÁRIA MAIOR QUE A NECESSITADA PELA PACIENTE. DANO MORAL E ESTÉTICO CONFIGURADOS. CUMULAÇÃO. SÚMULA Nº 387 DO STJ. INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE DA FIXAÇÃO. ACERTO DA DECISÃO RECORRIDA. DESPROVIMENTO.

- É de concluir que a negativa injustificada da assistência médica pelo Plano de saúde vai de encontro à boa-fé, ao dispositivo consumerista garantidor da interpretação mais favorável ao consumidor e aos direitos fundamentais à vida e à saúde, os bens maiores em litígio, sendo imperiosa a fixação de indenização por danos morais e estéticos decorrentes de cirurgia reparadora mal sucedida, com a utilização de prótese mamária maior que a solicitada pela paciente.

- A sanção pecuniária deve estar informada dos princípios que a regem e que visam a prevenção e a repressão, primando sempre pelo equilíbrio, de forma que não seja tão baixa ao ponto de gerar a sensação de impunidade, nem tão elevada ao ponto de caracterizar o enriquecimento da parte afetada.

- Os danos morais e estéticos são autônomos e podem ser reconhecidos em razão de um mesmo acontecimento. As ofensas são diversas e, por isso, as indenizações também, daí a possibilidade de acumulação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, **DESPROVER** a Apelação Cível, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 187.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela ESMALÉ – Assistência Internacional de Saúde Ltda. (Smile Saúde), inconformada com a Sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Dano Moral c/c Dano Estético movida por Marcela dos Santos Lima, na qual o Magistrado da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital julgou procedentes os pedidos para condenar a Promovida ao pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Em suas razões recursais, a Apelante alegou que não está obrigada a arcar com as despesas médicas solicitadas, porque a doença da Autora/Apelada era preexistente ao contrato. Aduziu, que os planos de saúde estão limitados aos termos do contrato e da Lei nº 9.656/98. Em razão disso, sustentou a inexistência de fato ilícito a gerar indenização por danos morais. Alternativamente, pela minoração da indenização fixada. (fls. 127/155).

Contrarrazões às fls. 160/166.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 174/181).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, ressalto que o Superior Tribunal de Justiça, visando orientar a comunidade jurídica sobre questão do direito intertemporal referente à aplicação da regra do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), editou Enunciados Administrativos balizando a matéria.

Nessa senda, merece destaque o Enunciado Administrativo nº 2, que assim dispõe:

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 interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, como não só a decisão recorrida e o recurso contra ela manejado se deram em data anterior a 17.03.2016, à hipótese se aplica os requisitos de admissibilidade do CPC de 1973.

Dito isso, vale reforçar que o vínculo firmado entre o Plano de Saúde e a Autora configura uma relação consumerista, sendo, portanto, de incidência obrigatória os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula nº 469 do STJ.

Súmula nº 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

No caso dos autos, é oportuno registrar que a Autora firmou contrato com a Promovida em 10.07.2007, havendo sido informado que o o Plano “Premium sem Obstetrícia” era completo, a exceção dos tratamentos relacionados à obstetrícia.

Em dezembro daquele mesmo ano, a Autora, ao fazer um “check up”, constatou que se encontrava com câncer de mama, sendo indicado pela Dr. Josívânia Felipe Santiago (CRM 4387), em 11.02.2008, a imediata realização do tratamento cirúrgico, tendo em vista tratar-se de doença crônica de rápido agravamento.

Pois bem. Como restou consignado nos autos da Ação de Obrigação de Fazer nº 0022916-70.2008.815.2001, a negativa da Apelante em realizar o procedimento médico solicitado pela Autora mostrou-se abusivo, havendo o Juiz “a quo” determinado a realização da mastectomia e da cirurgia reparadora de mama.

Dessa forma, para evitar tautologia, atendo-me, nos presentes autos, única e exclusivamente ao debate acerca dos danos morais e estéticos decorrentes da conturbada relação contratual firmada pelas partes.

Nesses termos, é de concluir que a negativa da assistência médica pela Promovida, sobretudo por não estar embasada em expressas cláusulas contratuais, vai de encontro à boa-fé, ao dispositivo consumerista garantidor da interpretação mais favorável ao consumidor e aos direitos fundamentais à vida e à saúde, os bens maiores em litígio.

É bom que se registre, ainda, que o nosso ordenamento jurídico tem entendido que o objetivo precípuo da assistência médica contratada é o de restabelecer a saúde do paciente através dos meios técnicos existentes que forem necessários, não devendo prevalecer, portanto, limitações impróprias que impeçam a prestação do serviço médico-hospitalar.

O TJPB, em caso semelhante aos dos autos, manifestou entendimento nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DE EXAME (PET-SCAN). PACIENTE PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA DA MAMA ESQUERDA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE COBERTURA ASSISTENCIAL. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.656/98. IRRELEVÂNCIA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO CONFORME A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA-FÉ OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DO PLANO DE AUTORIZAR O EXAME SOLICITADO PELO MÉDICO ESPECIALISTA. PRESENÇA DO FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR PREENCHIDOS. SENTENÇA MANTIDA. SEGUIMENTO NEGADO NOS TERMOS DO ART. 557 DO CPC. - Do STJ: "Afigura-se desinfluyente a discussão acerca da aplicação das disposições contidas na Lei n. 9.656/1998 na hipótese de as cláusulas contratuais serem analisadas em conformidade com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor." (AgRg no AREsp 273.368/SC, Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe de 22/03/2013). - Por se tratar de relação regida pelos princípios e regras da Lei nº 8.078/1990, deve-se interpretar as cláusulas limitadoras de direitos favoravelmente ao consumidor, afastando-se, de outro lado, aquelas que se mostrem abusivas. A interpretação do contrato, nesse caso, deve dar-se em

conformidade com a função social e a boa-fé objetiva. - Do STJ: "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". (AgRg no REsp 1450673/PB, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 07/08/2014, DJe de 20/08/2014). - Nos casos em que o plano de saúde se recusa, de forma indevida e abusiva, a autorizar, em favor do consumidor contratante, a realização de exame solicitado pelo médico especialista, a fim de melhor instruir o tratamento clínico de patologia e, no caso, considerada grave, encontram-se plenamente presentes os pressupostos necessários à concessão da medida cautelar, quais sejam o periculum in mora e o fumus boni iuris. - Seguimento negado com arrimo no art. 557 do CPC." TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00160684720138150011, - Não possui -, Relator DESA MARIA DAS NEVES DO EGITO D FERREIRA , j. em 22-07-2015

Dessa forma, inadmissível, na hipótese, a negativa da operadora do plano de saúde em fornecer o tratamento solicitado, porquanto frustra a legítima expectativa gerada no consumidor no momento da contratação.

Isso posto, sem dúvida que a situação extrapolou a um simples aborrecimento, restando inconteste a ocorrência de dano moral indenizável, sendo de rigor, a condenação da SMILE.

A esse respeito, ilustrativo o seguinte julgado. Leia-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. RECUSA COBERTURA. DANO MORAL. 1. Embora geralmente o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, é reconhecido o direito à compensação 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. 2. O arbitramento da indenização em valor correspondente ao décuplo do valor dos materiais

utilizados na cirurgia, entretanto, não guarda relação de razoabilidade ou proporcionalidade, devendo ser reduzido. 3. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1289998/AL, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, 23/04/2013, DJe 02/05/2013)

No que se refere ao *quantum* indenizatório fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), entendo que o magistrado “*a quo*” embora tenha cometido uma imprecisão técnica ao não fazer a distinção entre o valor do dano moral propriamente dito e aquele referente aos danos estéticos, mensurou com equidade a indenização, diante da possibilidade de cumulação desses modalidades indenizatórias a teor da Súmula nº 387 do STJ.

É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Vale dizer, que os danos morais e estéticos são autônomos e podem ser reconhecidos em razão de um mesmo acontecimento. As ofensas são diversas e, por isso, as indenizações também, daí a possibilidade de acumulação.

Sobre o tema, importante transcrever a lição de Maria Helena Diniz, para quem “*O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeimento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmos acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo*”. (Curso de direito civil brasileiro. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7. p. 61-63).

Como se vê, o dano estético pode ser definido como aquele que altera a aparência da pessoa, sua estrutura morfológica, corporal, no caso dos autos, em face do sofrimento decorrente da qualidade e quantidade do

material utilizado pela Promovida/Apelante nas cirurgias sofridas pela Demandante, que além de suportar a dor do enfrentamento da séria doença e da demora na realização das operações, se viu, na sala de cirurgia, com o fornecimento de prótese de 100ml, quando necessitava de uma de 80 ml. Ou seja, a cirurgia que era para ser reparadora, terminou por criar uma deformidade estética, havendo ficado com o seio esquerdo maior que o direito.

Dito isso, o fato é que os tribunais pátrios têm entendido que a indenização pelo dano moral e, no caso, também pelo dano estético, além de proporcionar ao ofendido um bem-estar psíquico compensatório pelo amargor da ofensa, deve, ainda, representar uma punição para o infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, motivo pelo qual, não havendo tendo a sentença se afastado dessas diretrizes, entendo que o valor da indenização de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) deve ser mantido.

Por tais razões, em harmonia com o parecer ministerial, **DESPROVEJO** a Apelação Cível interposta.

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto. Participaram do julgamento, além do Relator, Excelentíssimo Senhor Doutor **Aluízio Bezerra Filho** (Juiz convocado para substituir o Exmo. Des. Leandro dos Santos), os Excelentíssimos Senhor Doutor **Carlos Eduardo Leite Lisboa** (Juiz convocado para substituir a Exma. Desa. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti), Excelentíssimo Desembargador **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, Dra. **Janete Ismael da Costa Macedo**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 05 de julho de 2016.

Juiz convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO
Relator