



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

01

A C Ó R D ã O

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032126-72.2013.815.2001

ORIGEM : 3ª Vara Cível da Comarca da Capital

RELATOR : Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

APELANTE : Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI

ADVOGADO : Nildeval Chianca Rodrigues Júnior – OAB/PB 12.765

APELADO : Silvânio Alves de Souza

ADVOGADO : Vanessa Lima Marcelino Alvino Costa– OAB/PB 19.282

CONSTITUCIONAL E CONSUMIDOR –
Apelação Cível – Ação cominatória de obrigação de fazer c/c danos materiais e morais – Plano de saúde – Modalidade autogestão – Não incidência do CDC – Incidência das regras do Código Civil em matéria contratual – Cirurgia – Hérnia discal e artrose de coluna lombar – Sentença de procedência, confirmando a tutela antecipada deferida – Recurso da demandada – Negativa de cobertura de cirurgia com material cirúrgico – Alegação de tratamento experimental e incompatível – Aferição que somente cabe ao médico – Abusividade na recusa da realização da cirurgia – Pleito de marca de material que não foi prescrita pelo médico – Caracterização – Abusividade apenas na recusa da cobertura do procedimento cirúrgico, podendo ter sido realizado com o material convencional, sem vinculação de marca específica – Ressarcimento, por parte do autor à ré, da diferença do valor do material utilizado, indicado apenas pelo autor, não pelo médico, em relação à média

do preço de três marcas diferentes disponíveis no mercado – Provimento parcial.

– Seria desarrazoado o plano de saúde não cobrir a despesa com o material cirúrgico, quando o apelado teve, por seu médico, indicada a cirurgia para estabilização de sua doença, qual seja, lombalgia crônica, de caráter mecânico, sem apresentação de melhoras após várias tentativas de tratamento, tendo a ressonância mostrado uma progressiva piora, apontando para discopatia degenerativa com protusão discal, necessitando, para a estabilização dinâmica, do material cirúrgico solicitado, qual seja, 04 (quatro) parafusos pediculares com conexão por espaçadores de silicone, 02 (duas) cordas, complementada com barreira antifibrose que pode ser Oxiplex (fl. 25).

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, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e da súmula de julgamento de fl. retro.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de obrigação de fazer c/c danos materiais e morais promovida por **Silvânio Alves de Souza**, em face da **Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI**, na qual a sentença (fls. 207/209.v) julgou procedente em parte os pedidos deduzidos na exordial, confirmando a tutela antecipada outrora concedida, para reconhecer a obrigação da promovida, ora recorrente, em custear o tratamento cirúrgico de hérnia discal e artrodese da coluna lombar no autor, com o fornecimento do material requerido, qual seja, 06 (seis) parafusos Pediculares Sistema Dynesys, 02 (duas) cordas para Sistema Dynesys, 04 (quatro) Espaçadores de silicone Dynesys, 06 (seis) conectores (trava parafusos) e 01 (um) Oxiplex Anti fibrótico. Ante a sucumbência recíproca, um terço dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, ficaram um terço a cargo da promovida e dois terços a cargo do autor, suspensa a execução desta, em face da gratuidade judiciária.

Irresignada, a parte ré interpôs recurso de apelação, pugnando pelo provimento do apelo, para que se julgue improcedentes os pedidos autorais, ao argumento de que é ilegal se exigir do plano de saúde determinada marca de material, ainda mais quando inexistente indicação médica. Ressalta, ao final, que a vontade de um associado não pode imputar ônus a todos os demais.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 238/244.

Instada a se manifestar, a D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 250/253).

É o relatório.

VOTO

Aprioristicamente, calha destacar que, ao caso, não incidem as normas consumeristas, em razão de se tratar de plano de saúde na modalidade de autogestão.

Nesse sentido, perfilha a Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. **MODALIDADE DE AUTOGESTÃO. 1. INAPLICABILIDADE DO CDC. FATO QUE NÃO AFASTA A FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA. DESCUMPRIMENTO. DANOS MORAIS. SÚMULA 83/STJ. 2. QUANTUM QUE SE MOSTRA ADEQUADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 3. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O fato de não ser aplicável a legislação consumerista aos contratos de plano de saúde sob a referida modalidade não atinge o princípio da força obrigatória do contrato, sendo imperiosa a incidência das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e os desdobramentos dela decorrentes. Precedentes. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte, atraindo a incidência da Súmula 83/STJ. 2. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas***

peculiaridades da causa, exigindo, para sua revisão, o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado em recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1225495/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018). (grifei).

E,

*RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. **PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC.** 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. **Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.** 4. Recurso especial não provido. (REsp 1.285.483/PB, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/6/2016, DJe 16/8/2016.) (grifei).*

Mas, apesar de não ser aplicável a legislação consumerista aos contratos de plano de saúde sob a referida modalidade, tal fato não atinge o princípio da força obrigatória do contrato, sendo imperiosa a incidência das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e os desdobramentos dela decorrentes.

Traçadas estas premissas, destaco que, compulsando os autos, verifica-se que o autor, ora apelado, usuário do plano de saúde demandado, teve negada a solicitação da realização do procedimento cirúrgico indicado, sob a alegação de que o tratamento é experimental e incompatível.

Ocorre que referida aferição somente cabe ao médico assistente do paciente, não assistindo à ré/apelante o direito de avaliar a necessidade ou não do procedimento cirúrgico a ser realizado. Nesse sentido, eis julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.734.103 - RS (2018/0079578-6) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA RECORRENTE : GEAP AUTOGESTAO EM SAÚDE ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO (S) - RS080025A RECORRIDO : EDI DE SOUZA ANTUNES ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI E OUTRO (S) - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pela GEAP AUTOGESTAO EM SAÚDE contra acórdão da Quinta Câmara Cível do TJRS. Na origem, a recorrida ajuizou ação visando a cobertura de procedimento médico, além de indenização por danos morais. Em primeira instância, os pedidos foram julgados procedentes (e-STJ fls. 272/278). A ré apelou, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso em acórdão que ficou assim ementado (e-STJ fl. 316): APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE NULIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MATERIAL IPARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CARDIO DESFRIBILADOR E RESSINCRONIZADOR CARDÍACO. MARCAPASSO. COBERTURA DEVIDA. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 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, inclusive em se tratando de planos de saúde na modalidade de autogestão. 2. Não há como o plano de assistência à saúde negar cobertura da prótese/órtese utilizada para a realização do 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. **Cabe ao médico definir qual é o melhor tratamento para o segurado** bem como qual espécie de material melhor atende à finalidade esperada. 3. Honorários mantidos na forma como fixados, porque em atenção ao disposto nos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC. 4. Sucumbência recursal. Honorários advocatícios majorados, nos termos do art. 85, §§ 2º, 8º e 11, do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 345/351). Sobreveio o recurso especial (e-STJ fls. 357/370), fundado no art. 105, III, a, da CF, no qual a parte recorrente sustenta violação dos arts. 1º, 35-F e 35-G da Lei de Plano de Saúde, sob fundamento de ser inaplicável o CDC, ante a natureza de autogestão do plano de saúde contratado. É o relatório. Decido. Ao apreciar o pedido inicial, entendeu o Tribunal de origem, em síntese, haver dano moral a ser indenizado, nos termos do CDC, afirmando que "não obstante se tratar de plano de autogestão privado, incide o Código de Defesa do Consumidor sobre o contrato entabulado entre as partes, haja vista a prestação de serviços mediante o pagamento de uma contribuição mensal" (e-STJ fl. 320). Dessa forma, o acórdão recorrido diverge da orientação desta Corte Superior, ao analisar o caso sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, norma inaplicável para reger os planos de saúde organizados no formato de autogestão. Confira-se: RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se*

aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1.285.483/PB, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/6/2016, DJe 16/8/2016.) Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da GEAP AUTOGESTAO EM SAÚDE, a fim de anular o acórdão estadual, determinando que outro seja proferido pela Corte de origem, levando em consideração os parâmetros traçados pela jurisprudência do STJ no julgamento da causa. Prejudicadas as demais alegações recursais. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 22 de junho de 2018. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Relator. (STJ - REsp: 1734103 RS 2018/0079578-6, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 29/06/2018). (grifei).

No que tange ao material cirúrgico, em razão da tutela antecipada deferida às fls. 45/48, fora utilizado o indicado pela própria parte autora, visto que o seu médico, às fls. 25 e 31/34, em momento algum fez referência à necessidade da utilização da marca Dynesys e Oxiplex. Em verdade, assim indicou o médico assistente do paciente:

04 (quatro) parafusos pediculares com conexão por espaçadores de silicone, 02 (duas) cordas, complementada com barreira antifibrose que pode ser Oxiplex.

Já o promovente, na petição inicial, descreveu de forma diversa a solicitação médica, veja-se:

06 (seis) parafusos Pediculares Sistema Dynesys, 02 (duas) cordas para Sistema Dynesys, 04 (quatro) Espaçadores de silicone Dynesys, 06 (seis) conectores (trava parafusos) e 01 (um) Oxiplex Anti fibrótico.

Nesse toar, constata-se dos autos que o apelado teve, por seu médico, indicada a cirurgia para estabilização de sua doença, qual seja, lombalgia crônica, de caráter mecânico, sem apresentação de melhoras após várias tentativas de tratamento, tendo a ressonância mostrado uma progressiva piora, apontando para discopatia degenerativa com

protusão discal, necessitando, para a estabilização dinâmica, do material descrito à fl. 25.

Todavia, como aduz a apelante em suas razões recursais, apesar do médico expressamente indicar a necessidade de cirurgia, em relação ao material para a realização do procedimento, não fez referência ou indicação a qualquer marca específica.

Assim, resta claro que o paciente necessitou submeter-se a tratamento cirúrgico de hérnia discal e artrodese da coluna lombar, com a utilização do material solicitado, mas que poderia ter sido em marcas convencionais, não sendo obrigatório o uso do específico Sistema Dynesys e da marca Oxiplex.

Assim, constatado por profissional abalizado que, para sanar a doença do usuário, se fazia mister a utilização do procedimento cirúrgico com a utilização do material convencional, seria desarrazoada exegese diversa da que impõe ao recorrente a obrigação de cobrir a despesa com a cirurgia e com o material convencional.

É oportuno ressaltar que o STJ já consolidou seu entendimento, quando enfrentou questões idênticas. Observe-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRANSPLANTE. COBERTURA. TRATAMENTO ESSENCIAL. RECUSA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que as questões amparadas nos arts. 1º, 18, caput e § 3º e 19 da LC 109/2001 não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, não obstante a oposição de embargos de declaração. Desse modo, deveria a recorrente alegar violação ao dispositivo processual pertinente. Na falta do indispensável prequestionamento, aplica-se o princípio estabelecido na Súmula 211/STJ, verbis: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".

2. O Tribunal a quo negou provimento ao apelo interposto pela ora agravante, sob o fundamento de que, nas relações de consumo, as cláusulas limitativas de direito serão sempre interpretadas a favor do consumidor; em consonância com o art. 47 do Código Consumerista, desse modo, ao assim decidir, adotou posicionamento consentâneo com a jurisprudência desta egrégia Corte,

que se orienta no sentido de considerar que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor; bem como devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos.

3. Afigura-se despicienda a discussão a respeito da aplicação da Lei 9.656/98 à hipótese, tendo em vista que o fundamento utilizado pelo acórdão recorrido, referente à análise das cláusulas contratuais em conformidade com o diploma consumerista, é suficiente, por si só, para mantê-lo. **Notadamente diante da jurisprudência deste Tribunal, que já se consolidou no sentido de que 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 OTAVIO DE NORONHA, DJe de 10.5.2010) 4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 273.368/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 22/03/2013)

E:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 6º DA LICC. ANÁLISE VEDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE STENTS DA COBERTURA SECURITÁRIA. DECISÃO MANTIDA.

1. A matéria contida no art. 6º da LICC (atual LINDB) tem índole constitucional, razão pela qual é vedada a análise em recurso especial.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que demandem o revolvimento de cláusulas contratuais e do contexto fático-probatório dos autos, em razão da incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. **Está consolidado nesta Corte o entendimento segundo o qual é abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano.**

Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 190.576/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013)

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. COBERTURA.

IMPLANTAÇÃO DE STENT. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O TRATAMENTO.

EXCLUSÃO CONTRATUAL. ABUSIVIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. Embora a Lei 9.656/98 não retroaja aos contratos celebrados antes de sua vigência, é possível aferir a abusividade de suas cláusulas à luz do Código de Defesa do Consumidor, ainda que tenham sido firmados antes mesmo de seu advento.

2. Face o entendimento preconizado por esta Corte, é abusiva a cláusula que prevê a exclusão, da cobertura do plano de saúde, de procedimentos imprescindíveis para o êxito de tratamento médico.

3. Incidência da súmula 83/STJ.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1260121/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012)

Ademais, a essência do contrato de plano de saúde é o atendimento das necessidades do segurado, seja no campo médico, seja no hospitalar. De modo que qualquer cláusula que negue essa essência deve ser tida como abusiva e, portanto, nula.

Dessa forma, é de se manter em parte a sentença, confirmando parcialmente a tutela antecipada deferida às fls. 45/48, visto que tem a apelante a responsabilidade pelo custeio da cirurgia realizada e de todo o material indicado pela médico à fl. 25.

Por todo o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL ao recurso**, acolhendo o pedido subsidiário, para que o autor/apelado ressarça à ré/apelante o valor referente à diferença do material utilizado na cirurgia em relação ao valor da média do preço de 3 (três) marcas diferentes disponíveis no mercado, a ser apurado em liquidação de sentença.

Em razão do disposto no art. 85, §11º, do CPC, majoro o percentual dos honorários advocatícios devidos pelo autor ao percentual de 20% sobre o valor atualizado da causa, mantendo a distribuição da fração de 1/3 a cargo do promovido, ainda no percentual de 10%, e 2/3 devidos pela parte autora, estes no percentual de 20%, ressaltando a suspensão da exigibilidade, porque o autor é beneficiário da gratuidade judiciária.

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, Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo Dr. Tércio Chaves de Moura, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo Des. Luíz Silvio Ramalho Júnior.

Presente ao julgamento, a Exma Dr. 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
31 de julho de 2018.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator

