

**Obrigação de Fazer – Autos 82.413/2010.**

**Autor: Heloise Gomes de Oliveira.**

**Ré: Unimed Londrina.**

## **S E N T E N Ç A**

### **I – RELATÓRIO**

**Heloise Gomes de Oliveira**, já qualificada nos autos, então representada por sua genitora **Elenice do Rocio Gomes de Oliveira**, propôs **ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais** em face de **Unimed Londrina**, também já qualificada. Alegou, em síntese, que intentou se submeter à “cirurgia bariátrica por vídeo-laparoscopia” em atenção ao tratamento para obesidade mórbida de que padece, o qual lhe foi recomendado por médico de sua confiança, e que, no entanto, às vésperas do procedimento cirúrgico indicado, não obteve autorização para referido atendimento por parte da ré, sob o fundamento de que seu caso não estava em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde, da RN 167, da ANS, e ofício nº 1.475/2010, também da ANS. Sustentou, ainda, que, como consequência do episódio, sobreveio-lhe grave abalo de ordem moral, pelo que merece ser indenizada. Requereu, sem a ouvida da parte contrária, a antecipação dos efeitos da tutela para realização da cirurgia remarcada para 19/01/2011. Por conseguinte, postulou pela procedência da demanda, com a declaração da obrigação da ré em liberar o procedimento cirúrgico perseguido, além da condenação em indenização por danos morais, com as verbas de praxe. Juntou documentos (fls. 37/61).

A antecipação de tutela foi deferida (fls. 66/67).

Em contestação (fls. 79/91), a ré arguiu irregularidade na representação processual, além de ausência de documentos indispensáveis

à propositura da ação. No mérito, sustentou que a negativa de cobertura de atendimento com base na idade da autora (17 anos) encontra amparo nas disposições legais aplicáveis ao caso (Anexo I da Portaria 492/GM; Resolução Normativa 211/2010 da ANS; e Ofício 1475/2010 da ANS), bem como no contrato livremente pactuado entre as partes. Postulou, na via reflexa, pelo não cabimento da indenização por danos morais, ante a inexistência do dano. Em conclusão, requereu a improcedência do pedido, aplicando-se as verbas de sucumbência. Juntou documentos (fls. 92/107).

Réplica às fls. 110/143.

Chamados a produzir provas, a autora se manifestou pelo julgamento antecipado (fls. 146); o réu, pela necessidade de produção de prova oral.

Na audiência de que trata o art. 331, e §§, do CPC, presente o membro do *Parquet*, restou infrutífera a conciliação. Pela autora foi reiterado o pedido pelo julgamento antecipado.

Na sequência o Ministério Público exarou seu parecer pela procedência parcial (fls. 162/171), vindo os autos conclusos.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

### **1 – Julgamento Antecipado da Lide**

O julgamento antecipado da lide se faz autorizado com base no artigo 330, inc. I, do CPC, ante a desnecessidade de outras provas.

### **2 – Preliminares**

Quanto à preliminar de **irregularidade na representação processual**, não merece acolhimento. A procuração outorgada ao advogado atuante foi subscrita pela genitora da autora, tendo em vista ser

esta relativamente incapaz, à época da propositura da demanda. Logo, a finalidade da lei – representação – foi atendida em sua essência. O que houve foi mera irregularidade na maneira de cumprir o ato, o que não deve se sobrepor a seu conteúdo, tampouco comprometer a análise da lide. Rejeita-se.

No mais, a autora juntou com a inicial “proposta de adesão ao plano de saúde”, “protocolo para solicitação de cirurgia bariátrica”, inclusive com a negativa do procedimento, “guia de solicitação de internação”, relatórios de profissionais de saúde que atestaram que a autora está apta a se submeter à cirurgia, resposta da Ouvidoria da ANS *etc*, sendo desnecessária a juntada das “cláusulas gerais do contrato”, as quais, inclusive, a ré detém ciência, já que foi ela própria quem as elaborou. Rejeita-se, assim, a preliminar de **ausência de documentos essenciais à propositura da lide**.

### **3 – Mérito**

A Lei 9.656/98 estabelece que as prestadoras de planos e convênios de saúde que optem por operar no país têm a obrigação de, em todas as modalidades contratuais ofertadas no mercado, oferecer cobertura para as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (CID 10). Por sua vez, os tratamentos referentes a estas doenças constam no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, estabelecido por Resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU n. 10/98), à época dos fatos atualizada pela Resolução 167/08, e ora atualizada pela Resolução 211/10, ambas da Agência Nacional de Saúde.

Pois bem. Do cotejo do Anexo I das Resoluções 167/08 e 211/10 com a Classificação Estatística Internacional – CID 10, sobrevém a conclusão de que tanto a “obesidade mórbida” quanto o procedimento de “cirurgia bariátrica por video-laparoscopia”, sobre que versam a presente lide, integram as respectivas listas específicas, sendo, obrigatória, portanto, sua cobertura por qualquer plano de saúde pactuado após a edição da Lei 9.656/98, como é o caso da avença celebrada entre as partes (fls. 37/39).

Sucedo que a RN 167/08 prevê, em seu Anexo I, certas condições para a utilização do procedimento sob análise, dentre as quais a permanência em determinada faixa etária, a qual se estende dos 18 aos 65 anos. Também o Anexo I da Portaria 492 GM é taxativo nesse sentido, ao estatuir que:

*A cirurgia bariátrica tem as seguintes indicações: a. Portadores de obesidade mórbida com IMC (índice de massa corpórea) igual ou maior do que 40 Kg/m<sup>2</sup>, sem co-morbidades e que não responderam ao tratamento conservador (dieta, psicoterapia, atividade física, etc.), realizado durante pelo menos dois anos e sob orientação direta ou indireta de equipe de hospital credenciado/habilitado como Unidade de Assistência de Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade (...). Porém, os seguintes critérios devem ser observados: (...); b. respeitar os limites da faixa etária de 18 a 65 anos, e o tratamento cirúrgico não deve ser realizado antes de as epífises de crescimento estarem consolidadas nos jovens; (...).*

Assim, e segundo a fundamentação ventilada pela ré, o art. 10.1.1 e parágrafo único do contrato entabulado, permitiu, com a chancela das diretrizes legais retro, a negativa do procedimento cirúrgico ao caso da autora, que contava, então, com 17 (dezessete) anos de idade. Foi isso, conforme argumentou, o que ficou consignado na justificativa para não autorização do procedimento, o que é confirmado pelo documento de fls. 44.

Ocorre que essa interpretação refoge aos parâmetros da **Proporcionalidade/Razoabilidade**, máxima da hermenêutica jurídica, enquanto princípio geral de direito. Não parece **razoável** que à autora seja negado um procedimento cirúrgico essencial à manutenção de sua saúde, conforme recomendação por profissionais especializados, tais como médico endocrinologista, psicóloga, nutricionista, encarregados do caso (fls. 06/vº), por não preencher o requisito isolado de “maioridade”. Observe-se que, por ocasião dos procedimento pré-operatórios, a autora contava 17 (dezesete) anos de idade, isto é, muito próximo a completar os 18 (dezoito) anos mínimos exigidos.

Portanto, a disposição contratual excludente, amparada pelas Resolução e Portaria em comento, não pode ensejar aplicação automática em detrimento do direito à saúde, constitucionalmente garantido (CF, art. 6º), sobretudo quando a *ratio* da determinação prevista na legislação impeditiva não se verificava no caso concreto.

A propósito, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.766/05, alterada pela Resolução nº 1.942/10, entende que o procedimento em debate pode e deve, sim, ser realizado em pessoas que estejam entre os 16 e 18 anos de idade, desde que este seja o tratamento mais indicado, observados os cuidados necessários. Parece, pois, que este é o caso da autora, como se nota das observações da guia de solicitação de internação de fls. 44: “*paciente portadora de obesidade mórbida com IMC: 55. Já tentou várias dietas sem sucesso*”.

Some-se a todo o exposto o fato de que a cláusula 10.1.1 e parágrafo único do contrato de plano de saúde titularizado pela autora, que, ao contrário do que afirmou a parte ré, nem mesmo é clara no sentido de

excluir o procedimento cirúrgico necessário, deve ser interpretada da maneira mais benéfica à consumidora (CDC, art. 47).

Mesmo que assim não fosse, ainda subsiste a conclusão pela nulidade das cláusulas contratuais restritivas à pretensão da autora, as quais se confrontam, inclusive, com o **princípio da Boa-fé Objetiva**, previsto expressamente no artigo 4º, inciso III, e artigo 51, inciso IV, ambos do CDC, além de mitigarem direitos e obrigações fundamentais **inerentes à natureza do contrato**, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (CDC, art. 51, § 1º, inc. II, do CDC).

E mais: por referido princípio, colima-se a materialização do real equilíbrio contratual entre as partes, impondo-se a estas, quer em sua elaboração, quer em seu adimplemento, agir com retidão, cooperação e empenho para a satisfação plena das expectativas legítimas das partes, sendo manifestamente defeso a criação de expedientes a eximir o cumprimento da essência do contrato.

As cláusulas excludentes ofenderam, ainda, o princípio da confiança, o qual se materializa na credibilidade que o contratante deposita no vínculo contratual como instrumento hábil a atingir os fins que razoavelmente dele se espera (CDC, arts. 18, § 6º, III e 20, § 2º). O princípio da confiança também prestigia as legítimas expectativas das partes no contrato. Significa dizer: quem celebra um contrato de plano de saúde acredita, crê, espera, “confia” que a outra parte lhe atenderá em caso de alguma patologia, sobretudo se esta for de natureza grave, como era o caso. Não espera, ao contrário, que venha discutir, com base em normatização administrativa, de difícil acesso e compreensão aos leigos, a não cobertura do procedimento médico e, por conseguinte, a frustração de toda a confiança depositada no *élan* contratual.

Por outro lado, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988, consagra, em pólo de destaque, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), bem como a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*). Nessa perspectiva, havendo necessidade de intervenção cirúrgica essencial a fim de se preservar a saúde do paciente, deve haver uma flexibilização no vínculo contratual em seu favor.

Frente às considerações externadas, conclui-se por ilegítima a recusa da ré em custear a intervenção junto à autora, por contrariar as regras e princípios constantes tanto do Código de Defesa do Consumidor, quanto da Constituição Federal, o que conduz à procedência do pedido neste aspecto, nos termos do dispositivo.

Os **danos morais** se fizeram presentes. Sim, porque não houve mero desconforto próprio do cotidiano da vida em sociedade. Houve, em verdade, frustração das legítimas expectativas do contrato quanto ao atendimento médico-hospitalar, em momento de carência física e psicológica vivenciado pela autora, materializando um quadro de desamparo, insegurança, intranqüilidade e impotência. Nesse sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO DE ADESÃO. (...). IV. Devida a indenização por danos morais nos casos de recusa do apelante em custear serviços que os apelados acreditavam estarem cobertos pelo plano de saúde contratado. Dano moral configurado, fixação correta, sentença mantida. V. Preliminar rejeitada e recurso desprovido. (TJ-PR – Ap. Cível n. 1957 – 9ª Câm. Cível – Rel. Des. Tufi Maron Filho – julg. em 26.01.2006).*

Cumpre destacar, neste aspecto, a prescindibilidade de prova quanto aos prejuízos para fins de dano moral. Conforme entendimento jurisprudencial, a obrigação advinda de danos morais manifesta-se *in re ipsa*, ou seja, já basta por si só à demonstração da lesão. Assim, provado o fato, o juiz arbitra os danos morais daí decorrentes.

Nessa perspectiva, a quantificação dos danos morais deve levar em conta, basicamente, os seguintes fatores: intensidade da lesão e da culpa; situação patrimonial das partes, consequências advindas do episódio etc. Não deve, porém, ensejar enriquecimento sem causa, sob pena de subverter a essência do instituto.

Logo, considerando os dissabores do evento; a frustração da autora em ser prontamente atendida pela ré; a situação patrimonial das partes, notadamente da ré, tradicional empresa, de renome nacional; a necessidade de compensar o contratempo causado à autora, e, de outro, reprimir o ofensor, inclusive, impondo-se-lhe conteúdo pedagógico-preventivo, de modo a evitar novas práticas desse equivalente, arbitram-se os danos morais em R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

### **III – DISPOSITIVO**

Em face do exposto, ratifico a decisão de fls. 66/67, e **julgo procedentes** os pedidos (CPC, art. 269, inc. I), a fim de afastar a incidência da Resolução 167, declarar a nulidade de cláusulas que impossibilitem o autor usufruir de cobertura para cirurgia recomendada, e por conseguinte, condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), cujos valores deverão ser acrescidos de juros de mora e correção monetária.

Os **juros de mora**, de 1% (um por cento) ao mês (CC/02, art. 406 c/c CTN, art. 161, § 1º), deverão ser contados desde a data do fato (negativa de cobertura – Súmula 54 do STJ). A **correção monetária**, observado o INPC/IBGE, deverá ser computada a partir desta data, utilizada como parâmetro à fixação dessa verba<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Nas indenizações por **dano moral**, o termo *a quo* para a incidência da **correção monetária** é a data em que foi arbitrado o valor, não se aplicando a Súmula 43/STJ. 3. Recurso especial parcialmente provido.

Por conseguinte, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, sopesados os critérios legais (CPC, art. 20, § 3º). Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Londrina, 05 de setembro de 2011.

**José Ricardo Alvarez Vianna**  
**Juiz de Direito**