

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1.ª Câmara de Direito Privado (antiga Oitava Câmara Cível)
Apelação Cível n.º 0049478-68.2020.8.19.0002
Apelante: NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A.
Apelado: FABIANA SOARES DA CUNHA
Relatora: Desembargadora Conceição A. Mousnier

Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos morais. Autora que, após a cirurgia bariátrica, apresentou necessidade de realização de procedimentos de dermolipectomia e diástase dos reto-abdominais, reconstrução mamária com retalho muscular e prótese mamária. Negativa de autorização pela operadora do plano de saúde Ré. Sentença de parcial procedência dos pedidos. Inconformismo da Ré. **Entendimento desta Relatora** quanto à manutenção da Sentença vergastada. Incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Súmula n.º 469 do E. STJ. A lide envolve direitos que possuem proteção constitucional como a saúde, integridade física/psíquica e, sobretudo, da dignidade humana. Incontrovertido que o tratamento da obesidade mórbida é de cobertura obrigatória nos planos de saúde (artigo 10 da Lei n.º 9.656/98). A Autora/Apelada alegou que, após a cirurgia bariátrica, houve negativa de autorização de cirurgias reparadoras (fls. 49/50) prescritas pela equipe médica (fls. 45/48). A doutrina médica nos ensina que a perda de peso após a cirurgia bariátrica cursa normalmente com excessos de pele na região acima do púbis. A abdominoplastia é a cirurgia indicada para eliminar tanto a flacidez cutânea quanto para a correção da diástase abdominal (afastamento dos músculos retos do abdome na parte central da barriga). Com efeito, eventuais cirurgias reparatórias advindas do tratamento para obesidade mórbida são, de fato, parte do tratamento médico necessário ao restabelecimento da saúde do paciente, inclusive os procedimentos de dermolipectomia (remoção do excesso de pele) e diástase dos reto-abdominais (afastamento dos músculos reto-abdominais), indicadas pelos médicos como necessárias, conforme se conclui das prescrições médicas - fls. 45/48. Incidência da Súmula n.º 211 do E. TJERJ. Logo, sendo o procedimento destituído de caráter estético, apresentando-se, pois, como parte do tratamento indispensável à saúde e vida da Autora, deve ser abarcado pelo plano de saúde contratado (Apelante), inclusive com os materiais que se fizerem necessários, ante a patente comprovação de sua necessidade.

Ressalte-se que o Laudo Pericial (fls. 129/135) é categórico ao afirmar que “a cirurgia do abdômen é de caráter reparador e deve ser efetivada” – conclusão: fl. 135. Incidência da Súmula n.º 258 do E. TJERJ. Portanto, não há que se falar em contradição no Laudo Pericial, sendo evidente que as cirurgias posteriores para a retirada de pele (dermolipectomia) e correção dos músculos reto-abdominais, não são estéticas, e sim reparadoras. Não obstante, a prova pericial não constitui elemento soberano e absoluto de instrução. Ao revés, impende-se que o Julgador a coteje com as demais provas produzidas no curso do feito, para que, todas em conjunto, baseiem o entendimento esposado na sentença. Inteligência dos artigos 479 e 371 do CPC. O rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é meramente exemplificativo, e serve apenas como referência básica para operadoras de planos de saúde (AglInt no RESP 1.973.764/SP). O entendimento da Quarta Turma do STJ (RESP n.º 1.733.013/PR), quanto à taxatividade do rol da ANS, não possui eficácia vinculante. Inteligência do artigo 927, III, do CPC. Qualquer cláusula de restrição ou limitação, nesse sentido, é nula, eis que o direito à saúde (artigo 6.º da CRFB) e, conseqüentemente, o postulado da dignidade humana (artigo 1.º III, da CRFB) não admite interpretação restritiva quanto à internação, tratamento ou procedimento que possa pôr em risco a vida do segurado. Súmula n.º 340 do E. TJERJ. Com efeito, a Ré não se desincumbiu do ônus de produzir prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Autora (artigo 373, II, do NCPC). Os danos morais, no caso em exame, são in re ipsa, porquanto inquestionáveis e decorrentes do próprio fato. Com efeito, a angústia e o sofrimento da parte Autora/Apelada foram indubitáveis, ante a preocupação e desgaste emocional produzidos pela recusa de cobertura à continuidade do tratamento prescrito pelos médicos, essencial a sua recuperação física e psíquica. Súmula n.º 339 do E. TJERJ. Dano moral arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Súmula n.º 343 do E. TJERJ. Manutenção da verba indenizatória fixada. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes do E. STJ e do E. TJERJ. **CONHECIMENTO E NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 0049478-68.2020.8.19.0002, em que são partes NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. (Ré), aqui Apelante, e FABIANA SOARES DA CUNHA (Autora), como Apelada,

ACORDAM

os Desembargadores que compõem a Colenda 1.^a Câmara de Direito Privado (antiga Oitava Câmara Cível) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em VOTAÇÃO UNÂNIME, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO**, nos termos do Voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos morais ajuizada por FABIANA SOARES DA CUNHA em face de NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. A Autora alega, em resumo, que é usuária dos serviços prestados pela operadora do plano de saúde da Ré. Aduz que, após a cirurgia bariátrica, necessitou realizar os procedimentos de dermolipectomia e diástase dos reto-abdominais, reconstrução mamária com retalho muscular e prótese mamária. Contudo, afirma que o custeio foi negado pela Ré, sob a alegação de que tais procedimentos eram considerados estéticos. Posto isso, requer a condenação da Ré na obrigação de autorizar a realização de tais cirurgias, bem como, a condenação da Ré ao pagamento de indenizações por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00.

Decisão às fls. 53/54, deferindo a gratuidade de justiça e indeferindo a tutela antecipada.

Decisão às fls. 76/77, nomeando o perito para a realização da prova pericial.

Laudos periciais às fls. 129/135.

Contestação às fls. 153/172.

Sentença de fls. 263/268 julgando parcialmente procedentes os pedidos para condenar a Ré a custear a cirurgia reparadora de dermolipectomia e diástase dos reto-abdominais, em 05 (cinco) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, bem como, condenar a Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados monetariamente a partir desta Sentença e acrescidos de juros de 1% ao mês a contar da citação. Por fim, a Ré foi condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Insatisfeita, a empresa Ré interpôs recurso de apelação, às fls. 287/311, tempestivo e preparado (fl. 321), reiterando os argumentos contidos na contestação, e ressaltando, em síntese, que agiu no exercício regular do direito, eis que a Autora não reúne as condições médicas indicadas para a realização do procedimento mencionado, ou seja, não possui 02 (dois) anos desde a realização do procedimento de gastroplastia (cirurgia bariátrica). Por fim, ressalta existência de contradição no Laudo Pericial. Assim, aduz que não há que se falar em ilicitude e tão pouco em possibilidade de condenação por danos morais, tendo em vista que não há previsão na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) previsão para a cobertura obrigatória de mamoplastia com implante de silicone – rol taxativo. Diante de tais argumentos, requer o provimento do recurso com a improcedência total dos pedidos autorais. Alternativamente, pugna pela redução da verba fixada a título de danos morais

Contrarrazões de fls. 329/335.

VOTO

Impõe-se afirmar, desde logo, a aplicabilidade ao caso do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, a Autora é consumidora, conforme dispõe o artigo 2.º, do CDC, e a Ré se amolda ao conceito jurídico de fornecedor, tal qual constante do artigo 3.º, *caput*, da mesma Lei.

Ademais, o CDC preceitua normas de ordem pública e de interesse social, objetivando a proteção e defesa do consumidor, em razão da sua vulnerabilidade, conforme entendimento consolidado na Súmula n.º 469 do E. STJ, *in verbis*:

"APLICA-SE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE".

Dessa forma, a Ré, fornecedora de serviços, responde objetivamente pelos danos sofridos pela consumidora, fundada na Teoria do Risco do Empreendimento, conforme dispõe o artigo 14 da Lei n.º 8.078/90 (CDC), somente se eximindo de tal responsabilidade se comprovada a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Deve ser ressaltado que a lide envolve direitos que possuem proteção constitucional como a saúde, integridade física/psíquica e, sobretudo, da dignidade humana.

Neste passo, incontroverso que o tratamento da obesidade mórbida é de cobertura obrigatória nos planos de saúde (artigo 10 da Lei n.º 9.656/98).

In casu, a Autora/Apelada alegou que, após a cirurgia bariátrica, houve negativa de autorização de cirurgias reparadoras (fls. 49/50) prescritas pela equipe médica que lhe assistia (fls. 45/48).

A Sentença, de parcial procedência dos pedidos, determinou à Ré que custeasse os procedimentos de dermolipectomia (remoção do excesso de pele) e diástase dos reto-abdominais (afastamento dos músculos retos abdominais), frequente em mulheres pós-gestação, e, especialmente, após perda ponderal acentuada (perda de peso).

A doutrina médica nos ensina que a perda de peso após a cirurgia bariátrica cursa normalmente com excessos de pele na região acima do púbis. A abdominoplastia é a cirurgia indicada para eliminar tanto a flacidez cutânea quanto para a correção da diástase abdominal (afastamento dos músculos retos do abdome na parte central da barriga).

Com efeito, eventuais cirurgias reparatórias advindas do tratamento para obesidade mórbida são, de fato, parte do tratamento médico necessário ao restabelecimento da saúde do paciente, inclusive os procedimentos de dermolipectomia (remoção do excesso de pele) e diástase dos reto-abdominais (afastamento dos músculos reto-abdominais), indicadas pelos médicos como necessárias, conforme se conclui das prescrições médicas - fls. 45/48.

Incidência da Súmula n.º 211 do E. TJERJ:

"HAVENDO DIVERGÊNCIA ENTRE O SEGURO SAÚDE CONTRATADO E O PROFISSIONAL RESPONSÁVEL PELO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, QUANTO À TÉCNICA E AO MATERIAL A SEREM EMPREGADOS, A ESCOLHA CABE AO MÉDICO INCUMBIDO DE SUA REALIZAÇÃO."

Logo, sendo o procedimento destituído de caráter estético, apresentando-se, pois, como parte do tratamento indispensável à saúde e vida da Autora, deve ser abarcado pelo plano de saúde contratado (Apelante), inclusive com os materiais que se fizerem necessários, ante a patente comprovação de sua necessidade.

Ressalte-se que o Laudo Pericial (fls. 129/135) é categórico ao afirmar que **“a cirurgia do abdômen é de caráter reparador e deve ser efetivada”** – conclusão: fl. 135.

Por outro lado, a Súmula n.º 258 do E. TJERJ preconiza que:

“A CIRURGIA PLÁSTICA, PARA RETIRADA DO EXCESSO DE TECIDO EPITELIAL, POSTERIOR AO PROCEDIMENTO BARIÁTRICO, CONSTITUI ETAPA DO TRATAMENTO DA OBESIDADE MÓRBIDA E TEM CARÁTER REPARADOR.”

Portanto, não há que se falar em contradição no Laudo Pericial, sendo evidente que as cirurgias posteriores para a retirada de pele (dermolipectomia) e correção dos músculos reto-abdominais, não são estéticas, e sim reparadoras.

Não obstante, a prova pericial não constitui elemento soberano e absoluto de instrução. Ao revés, impende-se que o Julgador a coteje com as demais provas produzidas no curso do feito, para que, todas em conjunto, baseiem o entendimento esposado na sentença. Não é outra a inteligência dos artigos 479 e 371 do CPC, adiante transcritos:

“ART. 479. O JUIZ APRECIARÁ A PROVA PERICIAL DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 371, INDICANDO NA SENTENÇA OS MOTIVOS QUE O LEVARAM A CONSIDERAR OU A DEIXAR DE CONSIDERAR AS CONCLUSÕES DO LAUDO, LEVANDO EM CONTA O MÉTODO UTILIZADO PELO PERITO.”

“ART. 371. O JUIZ APRECIARÁ A PROVA CONSTANTE DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DO SUJEITO QUE A TIVER PROMOVIDO, E INDICARÁ NA DECISÃO AS RAZÕES DA FORMAÇÃO DE SEU CONVENCIMENTO.”

Com efeito, não pode a operadora de saúde (Ré/Apelante) deixar de autorizar o tratamento pretendido pelo consumidor, sob a alegação de que o caso não se enquadraria em hipótese prevista nas diretrizes da ANS para cobertura obrigatória.

Até porque, o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é meramente exemplificativo, e serve apenas como referência básica para operadoras de planos de saúde (AgInt no RESP 1.973.764/SP).

Vale notar que o entendimento da Quarta Turma do STJ (RESP n.º 1.733.013/PR), quanto à taxatividade do rol da ANS, não possui eficácia vinculante, a teor do artigo 927, III, do CPC.

Logo, qualquer cláusula de restrição ou limitação, nesse sentido, é nula, eis que o direito à saúde (artigo 6.º da CRFB) e, conseqüentemente, o postulado da dignidade humana (artigo 1.º III, da CRFB) não admite interpretação restritiva quanto à internação, tratamento ou procedimento que possa pôr em risco a vida do segurado. Neste sentido, a Súmula n.º 340 deste E. Tribunal:

"AINDA QUE ADMITIDA A POSSIBILIDADE DE O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE CONTER CLÁUSULAS LIMITATIVAS DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR, REVELA-SE ABUSIVA A QUE EXCLUI O CUSTEIO DOS MEIOS E MATERIAIS NECESSÁRIOS AO MELHOR DESEMPENHO DO TRATAMENTO DA DOENÇA COBERTA PELO PLANO."

Com efeito, a Ré não se desincumbiu do ônus de produzir prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Autora, na forma exigida pelo artigo 373, inciso II, do NCPC.

Assim, evidente que a recusa configurou falha da prestação do serviço, além de conduta violadora da boa-fé objetiva, dos direitos da personalidade da Autora/Apelada e contrária à própria natureza do contrato, situação que não deve prescindir de reparação, nos termos do artigo 5.º, V, da CRFB.

Neste sentido, a Súmula n.º 339 deste E. Tribunal de Justiça:

"A RECUSA INDEVIDA OU INJUSTIFICADA, PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE, DE AUTORIZAR A COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO MÉDICO ANSEIA REPARAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL".

Na verdade, os danos morais, no caso em exame, são *in re ipsa*, porquanto inquestionáveis e decorrentes do próprio fato.

Com efeito, a angústia e o sofrimento da parte Autora/Apelada foram indubitáveis, ante a preocupação e desgaste emocional produzidos pela recusa de cobertura à continuidade do tratamento prescrito pelos médicos, essencial a sua recuperação física e psíquica.

Não obstante, ao contratar um plano de saúde, o consumidor pretende ter suas necessidades atendidas de forma adequada, no momento de maior vulnerabilidade, esperando suprir, com tranquilidade, suas necessidades médicas.

Com relação à avaliação do *quantum* indenizatório, o juiz, ao arbitrá-lo, deve estimar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a

reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, dentre outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Ademais, o Juízo deve avaliar as peculiaridades de cada caso concreto e deve ser arbitrada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e à gravidade da lesão.

Nesse contexto, o valor da verba indenizatória fixado em R\$ R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra adequado às circunstâncias fáticas dos autos e às peculiaridades do caso concreto, bem como, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Mantém-se, assim, a quantia fixada na sentença, prestigiando-se a Súmula n.º 343 do E. TJERJ:

"A VERBA INDENIZATÓRIA DO DANO MORAL SOMENTE SERÁ MODIFICADA SE NÃO ATENDIDOS PELA SENTENÇA OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO."

Aliás, é justamente nesse sentido que aponta a jurisprudência dominante deste E. Tribunal, conforme se depreende, por exemplo, da leitura do Acórdão abaixo transcrito:

0025520-14.2020.8.19.0209 – APELAÇÃO. 1ª EMENTA - DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO - JULGAMENTO: 15/12/2022 - QUARTA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. AMIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CIRURGIA MAMÁRIA NÃO ESTÉTICA. RECUSA INDEVIDA. DOENÇA CONTRATUALMENTE COBERTA (OBESIDADE MÓRBIDA). LEI Nº 9656/98. DANO MORAL IN RE IPSA. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM R\$ 5.000,00, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE DA RAZOABILIDADE. VERBETES SUMULARES NºS 209, 211, 258, 339, 340, 343 E 469 DO TJRJ. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. - INCONFORMISMO DA AUTORA COM A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, ALEGANDO, EM SUMA, QUE, APESAR DA INEXISTÊNCIA DE CIRURGIA BARIÁTRICA, A PERDA DE PESO BRUSCA OCASIONOU EXCESSO DE TECIDO EPITELIAL, TENDO A APELADA, INCLUSIVE, AUTORIZADO A CIRURGIA REPARADORA DO ABDÔMEN. REQUER O PROVIMENTO DO RECURSO, JULGANDO-SE PROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS. - RELAÇÃO DE NATUREZA CONSUMERISTA, A TEOR DO DISPOSTO NO VERBETE SUMULAR Nº 469, DO TJRJ: "APLICA-SE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE". - AINDA QUE A PARTE AUTORA NÃO TENHA SIDO SUBMETIDA À CIRURGIA DE GASTROPLASTIA, RESTOU INCONTROVERSA A OBESIDADE MÓRBIDA, DOENÇA QUE MOTIVOU SUA REEDUCAÇÃO ALIMENTAR E A REDUÇÃO DE SEU PESO CORPORAL EM MAIS DE 30 KG, HAVENDO INDICAÇÃO DE CIRURGIA REPARADORA DE RECONSTRUÇÃO MAMÁRIA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA, O DISPOSTO NO ENUNCIADO SUMULAR N.º 258 DO TJRJ. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DOS VERBETES NºS 211 E 340 DA SÚMULA DO TJRJ. - AO CONTRÁRIO DO QUE ALEGA A APELANTE, O ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) É MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO, E SERVE APENAS COMO REFERÊNCIA BÁSICA PARA OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE (AGINT NO RESP

1.973.764/SP). VALE NOTAR QUE O ENTENDIMENTO DA QUARTA TURMA DO STJ, NO RESP Nº 1.733.013/PR, QUANTO À TAXATIVIDADE DO ROL DA ANS, NÃO POSSUI EFICÁCIA VINCULANTE, A TEOR DO ART. 927, III, DO CPC. - ADEMAIS, A DECISÃO PROLATADA NO RESP Nº 1.726.563/SP (TEMA Nº 990 DO STJ) DEIXA BEM CLARA A POSSIBILIDADE DE "SITUAÇÕES PONTUAIS EM QUE O JUÍZO - MUNIDO DE INFORMAÇÕES TÉCNICAS OBTIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, OU MESMO SE VALENDO DE NOTA TÉCNICA DOS NAT-JUS, EM DECISÃO RACIONALMENTE FUNDAMENTADA - VENHA DETERMINAR O FORNECIMENTO DE CERTA COBERTURA QUE CONSTATE SER EFETIVAMENTE IMPRESCINDÍVEL, COM SUPEDÂNEO EM MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIA (CLÍNICA)". - DANO MORAL IN RE IPSA, CUJO VALOR É ORA FIXADO EM R\$ 5.000,00, À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DOS VERBETES Nº 209 E 339 DA SÚMULA DO TJRJ. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

Posto isto, **CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.**

Rio de Janeiro,

de 2023.

Conceição A. Mousnier
Desembargadora Relatora