



CURSO DE DIREITO

ALINE SILVA CAVALCANTE

**PARAMETRIZAÇÃO DE DANOS MORAIS NAS AÇÕES DE PLANO
DE SAÚDE: ANÁLISE COM BASE NOS JULGADOS DE PRIMEIRA
INSTÂNCIA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE**

FORTALEZA

2020

ALINE SILVA CAVALCANTE

**PARAMETRIZAÇÃO DE DANOS MORAIS NAS AÇÕES DE PLANO
DE SAÚDE: ANÁLISE COM BASE NOS JULGADOS DE PRIMEIRA
INSTÂNCIA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof.^a Me. Inês Mota Randal
Pompeu.

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Faculdade Ari de Sá
Gerada automaticamente mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C377p Cavalcante, Aline Silva.

Parametrização de danos morais nas ações de plano de saúde : análise com base nos julgados de primeira instância da comarca de fortaleza/ce / Aline Silva Cavalcante. – 2020.

56 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Ari de Sá, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

Orientação: Profa. Ma. Inês Mota Randal Pompeu.

1. Direito à saúde. 2. Planos de saúde. 3. Poder Judiciário. 4. Danos Morais. 5. Parametrização. I. Título.

CDD 340

ALINE SILVA CAVALCANTE

**PARAMETRIZAÇÃO DE DANOS MORAIS NAS AÇÕES DE PLANO DE SAÚDE:
ANÁLISE COM BASE NOS JULGADOS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA
COMARCA DE FORTALEZA/CE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito da Faculdade Ari de Sá.

Orientadora: Prof.^a Me. Inês Mota Randal
Pompeu.

Aprovada em: 18/01/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Me. Inês Mota Randal Pompeu (Orientadora)
Faculdade Ari de Sá

Prof.^a Me. Isabelly Cisne Augusto Maia
Faculdade Ari de Sá

Prof.^a Me. Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.
Aos meus pais, Airton e Regilene.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da minha vida e por ter me mantido na trilha certa durante toda a elaboração deste trabalho, com saúde e força para chegar até o final.

À Nossa Senhora, por ser a mãe que cuida dos filhos e abre os caminhos.

Aos meus pais, Airton e Regilene, pelo incentivo, pelo carinho e pelo amor infinito. Obrigada por sempre lutarem pelos meus sonhos e acreditarem na minha capacidade de alcançá-los.

À minha irmã, Alice, pelo companheirismo, amizade e por toda força que me dá em todos os momentos.

Aos meus avós, Maria Alice, José Felix, Luiz (*in memoriam*) e Adalgisa (*in memoriam*), por todos os ensinamentos.

Ao Victor, meu companheiro e amigo, pelo apoio e incentivo diário a dar o melhor de mim. Obrigada por toda a compreensão e por todo o amor compartilhado.

À toda a minha família, em especial, aos meus padrinhos, Margarida e André, que nunca deixaram de acreditar na minha competência e que estão extremamente satisfeitos com minha conquista.

À Wania Maria Barbosa dos Santos e à Jéssica Barbosa dos Santos, pessoas extraordinárias, que sempre torceram por mim e que são, também, família.

À Professora Inês Mota, por ter conduzido a orientação deste trabalho com excelência, dedicação e colaboração. Faltam-me palavras para demonstrar o tamanho da minha gratidão.

Agradeço, ainda, a todo o corpo docente da Faculdade Ari de Sá, pois, sem dúvidas, muito do que alcancei foi graças ao incentivo de muitos professores que serviram de inspiração para minha vida acadêmica e profissional.

A todos os profissionais que tive o prazer de conhecer durante a minha jornada profissional como estagiária.

A todas as amigas que construí nessa trajetória acadêmica.

E, por fim, mas não menos importante, à minha amiga, Myrla, por sempre estar ao meu lado e vibrar por todas as minhas vitórias.

“O Juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã”.

(Piero Calamandrei, 1936)

RESUMO

Segundo a Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito fundamental, devendo o Estado oferecer sua assistência a todos os cidadãos. Todavia, é possível que entidades privadas forneçam tal serviço, a denominada saúde suplementar. Por consequência da dificuldade de acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS), muitas pessoas têm optado por realizar contratos com planos privados e o inchaço que isso vem causando nas operadoras faz com que estas, cada vez mais, neguem administrativamente as solicitações de seus contratantes. Estes, por sua vez, reconhecendo sua hipossuficiência, buscam o Poder Judiciário para tentar reverter a negativa que entendem como indevida, requerendo, para além da obrigação de fazer, a indenização por danos morais. Ocorre, assim, o fenômeno da judicialização da saúde e a discussão nesta pesquisa abrange a procedência ou não dos danos morais, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já fixara o entendimento de que o dano moral é presumido em casos de negativa indevida, porém, os Tribunais e os Magistrados de primeira instância seguem entendimentos divergentes, sem critérios objetivos, nem parâmetros. Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo investigar a parametrização de danos morais em ações que envolvem planos de saúde na Comarca de Fortaleza/CE, demonstrando a divergência de entendimentos das sentenças por meio de uma estratégia metodológica de análise de dados sobre as informações disponíveis no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em consulta de julgados de primeiro grau, e-saj TJCE de junho de 2019 a dezembro de 2019. Além disso, foi aplicado um questionário aos magistrados, no intento de lograr uma avaliação mais apurada dos dados coletados.

Palavras-chave: Direito à saúde. Planos de saúde. Poder Judiciário. Danos Morais. Parametrização.

ABSTRACT

According to the 1988 Federal Constitution, health is a fundamental right and the State must offer health assistance to all citizens. However, it is possible that private entities provide such service, the so-called supplementary health. Due to the difficulty in accessing the Unified Health System (SUS), many people have opted for contracts with private providers, and the swelling that this has caused in the health insurance providers increasingly deny administratively the requests of their contractors. These, in turn, recognizing their hyposufficiency, seek the Judiciary to try to reverse the negative that they perceive as undue, requiring, in addition to the obligation to do, compensation for moral damages. Thus, the phenomenon of the judicialization of health occurs and the discussion in this research covers the entitlement or not of moral damages, since the Superior Court of Justice has already established the understanding that moral damages are presumed in cases of undue denial, however, the Courts and Magistrates of first instance follow divergent understandings, with neither objective criteria nor parameters. In view of the above, this work aims to investigate the parameterization of moral damages in lawsuits involving health plans in the District of Fortaleza/CE, demonstrating the divergence of understandings of the sentences through a methodological strategy of data analysis on the information available at the portal of the Court of Justice of the State of Ceará, in consultation with first-degree judgement, e-saj TJCE from June 2019 to December 2019. In addition, a questionnaire was applied to magistrates in an attempt to achieve a more accurate evaluation of the data collected.

Keywords: Right to Health. Health Insurance Provider. Judiciary. Moral Damage. Parameterization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	12
2.1	O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL	13
2.2	A SAÚDE SUPLEMENTAR	17
2.3	O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E OS PRINCÍPIOS INERENTES A ESSA RELAÇÃO	19
3	A SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO	22
3.1	O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	22
3.2	A SAÚDE SUPLEMENTAR E OS LIMITES DE COBERTURA	24
3.2.1	Doenças ou Lesões Preexistentes	24
3.2.2	Períodos de Carências	25
3.2.3	Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde	26
3.3	A NEGATIVA ASSISTENCIAL INDEVIDA E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS	27
4	ANÁLISE DE DADOS	32
4.1	EXAME DOS DADOS COLETADOS POR MEIO DO SÍTIO ELETRÔNICO DE CONSULTA DE JURISPRUDÊNCIA DISPONIBILIZADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ	32
4.2	PRINCIPAIS FUNDAMENTAÇÕES PARA A CONCESSÃO OU NÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	35
4.3	ANÁLISE DO QUESTIONÁRIO APLICADO AOS MAGISTRADOS	39
4.4	ANÁLISE DE CASOS	41
4.4.1	Cirurgia Bariátrica	41
4.4.2	Homecare	42
4.4.3	Terapia Multidisciplinar – Método Therasuit	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS	49
	APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO APLICADO AOS MAGISTRADOS DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE FORTALEZA/CE	54

1 INTRODUÇÃO

Segundo a Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito fundamental do cidadão e deve, portanto, ser assegurada pelo Estado através do Sistema Único de Saúde (SUS). Este, no entanto, é suplementado por entidades privadas na prestação do serviço, uma vez que o acesso à saúde pública se mostra, por vezes, difícil, fazendo com que muitas pessoas, em situação econômica viável, optem pela realização de contratos com operadoras de saúde particulares.

A quantidade de beneficiários de planos de saúde induz a uma crescente quantidade de negativas por parte dos planos em relação a tratamentos, procedimentos, realização de exames, cirurgias etc. Isso, por conseguinte, impele as pessoas a buscarem pela tutela de seus direitos perante o Poder Judiciário, no intuito de conseguirem a autorização do que lhes foi negado na via administrativa e, além disso, aproveitam a oportunidade para pedir indenização por danos morais.

Como será demonstrado no decorrer do presente trabalho, nem todos os magistrados de primeira instância possuem o mesmo entendimento quanto ao cabimento ou não de danos morais nesse tipo de ação, o que acaba gerando insegurança jurídica para os beneficiários.

À vista disso, esta pesquisa tem como objetivo explicitar a divergência de entendimentos nos julgados de primeira instância na comarca de Fortaleza/CE no que concerne ao cabimento de danos morais em processos que envolvem planos de saúde, referente aos meses de junho de 2019 a dezembro de 2019.

Trata-se de uma pesquisa híbrida, de abordagem quanti-qualitativa do tipo empírica, posto que foram realizadas coleta e análise de dados numéricos de um contexto real: o entendimento dos magistrados para parametrização dos danos morais nas varas cíveis das Comarcas de Fortaleza-CE. Assim, dissecou-se as informações disponíveis no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em consulta de julgados de primeiro grau, e-saj TJCE, e aplicou-se um questionário aos magistrados, objetivando uma avaliação mais apurada dos dados obtidos.

A importância deste trabalho paira na identificação dos critérios que fundamentam as decisões quanto à determinação do dano moral nas ações de plano de saúde, uma vez que o problema de pesquisa está relacionado à ausência de padrão nesse tipo de processo. Assim, o estudo buscou responder à indagação: quais critérios são utilizados para a parametrização do dano moral em ações que envolvem plano de saúde ou não existem critérios?

Dessarte, na seção dois, traçou-se premissas básicas sobre o direito fundamental à saúde, analisando o Serviço Público de Saúde no Brasil e destacando sua evolução histórica. Ademais, apontou-se a possibilidade da saúde suplementar, prevista na Constituição de 1988, bem como discorreu-se acerca dos contratos de plano de saúde e os princípios inerentes a essa relação contratual.

Na seção três, foi abordada a intervenção do poder judiciário nas ações relativas aos planos de saúde, fazendo-se uma apreciação do fenômeno da judicialização da saúde, tal qual da tutela judicial do direito em questão, além de tratar do instituto dos danos morais em negativas indevidas.

Por fim, na seção quatro, realizou-se a análise dos dados coletados, ou seja, o objetivo deste trabalho, destacando-se alguns casos mais recorrentes e os fundamentos dos magistrados para o julgamento dos pedidos realizados.

2 SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A fim de demonstrar a importância do direito à saúde, este capítulo abordará as premissas básicas em relação a esta, como um direito fundamental; bem como versará sobre o dever do Estado em provê-la a todos. Nas palavras de George Marmelstein:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (2019, p. 18).

Partindo dessa premissa, determina-se que os direitos fundamentais possuem como objetivo assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como inerente e garantido a todos os seres humanos, independentemente da posição ou conduta social do indivíduo (NUNES, 2018).

Sendo, então, o direito à saúde uma extensão do direito à vida, a sua concretização é essencial ao Estado Democrático de Direito, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar (PEREIRA, 2018).

Segundo Schwartz e Bortolotto (2008), a Constituição de 1988 passou a tratar a saúde como um direito fundamental do cidadão, estabelecendo-a também, nos termos do artigo 196, como um “dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Além de se enquadrar como um direito fundamental, a saúde é um direito social, pois, segundo o artigo 6º da CFRB/88, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Logo, sendo a saúde um direito fundamental e social, assim como fora consagrada pela Constituição de 1988, é imprescindível que haja um sistema público que a concretize e promova o desenvolvimento social (PEREIRA, 2018, p. 18-19).

Feitas essas considerações, na próxima seção, analisar-se-á o Serviço Público de Saúde no Brasil.

2.1 O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL

Antes da Constituição de 1988, o direito à saúde não era acessível para muitos brasileiros e estes, até meados do século XX, podiam contar apenas com a caridade de médicos que atendiam gratuitamente em locais cedidos de forma filantropo-religiosa. Porém, vale destacar que o Estado promovia algumas poucas ações de saúde, como, por exemplo, a grande campanha de vacinação contra varíola, bem como cuidava de determinadas doenças negligenciadas, a saber: doenças mentais, hanseníase, tuberculose etc. (CARVALHO, 2013).

Em 1923, houve a promulgação da Lei nº 4.682 de 24 de janeiro, com autoria do Deputado Eloy Chaves, que instituiu o sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão (CAPs) para garantir, em um primeiro momento, o direito à saúde a trabalhadores ferroviários e, em seguida, a marítimos e estivadores. Foi um período marcado pela criação de diversos institutos previdenciários, fazendo com que o direito à assistência médica evoluísse de forma segmentada e restrita aos contribuintes urbanos da Previdência Social (FINKELMAN, 2002). Isso significa que o sistema público de saúde atendia apenas a uma determinada classe de trabalhadores, desde que estes contribuíssem para a Previdência, enquanto o restante da população que não tinha condições financeiras ainda dependia da caridade e da filantropia de outrem para ter acesso à assistência médica.

Já em 1942, houve a fundação do Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), que em 1960 foi transformado em Ministério da Saúde (MS) e se destacou pela atuação em áreas geográficas distantes e carentes, além de inovar na assistência médico-sanitária, promovendo, inclusive, ações pioneiras na atenção básica domiciliar e implantando redes hierarquizadas de atenção integrada à saúde, possibilitando serviços preventivos e curativos, bem como internação em especialidades básicas. Posteriormente, por meio do Decreto Lei nº 72 de 21/11/1966, foi criado o Instituto Nacional da Previdência Social, resultado da duplicidade do Ministério da Saúde com o Ministério da Previdência Social (FINKELMAN, 2002).

Cabe ressaltar que, no âmbito internacional, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, houve o reconhecimento do direito à saúde como inalienável à toda e qualquer pessoa, bem como um valor social a ser perseguido por toda a humanidade (PEREIRA JÚNIOR, 2013).

Verifica-se que, enquanto internacionalmente, o direito à saúde já era legitimado; no Brasil, ainda estava restrito, com a assistência ofertada apenas para os trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho.

Nessa conjuntura, durante décadas no Brasil, a saúde se enquadrava como um benefício da Previdência Social e não como um direito em si, estando as políticas públicas voltadas a propiciar a recuperação da força de trabalho necessária a produção do capital.

Em 1964, a situação foi ainda mais agravada com o golpe militar que deu início a um novo regime de exceção no País, a ditadura militar. Na época, o Brasil vivia sob a duplicidade de um sistema cindido entre a medicina previdenciária e uma saúde pública sem fomento, visto que as políticas do governo buscavam incentivar a expansão do setor privado (PAIVA; TEIXEIRA, 2014).

Em pleno regime autoritário, aconteciam os movimentos em defesa de um sistema público de saúde pautado na integralidade e na universalidade. Dentre os protagonistas dessa luta, estavam: os movimentos populares, apoiados pelos cidadãos politizados de bairros periféricos que não tinham qualquer acesso à saúde, bem como pelas associações de bairros e Igreja Católica; as Universidades, principalmente nos cursos de medicina, que tencionavam colocar os estudantes em contato com a realidade local; os partidos políticos progressistas, que representavam a resistência à ditadura e buscavam o trabalho junto com a comunidade na periferia dos grandes centros urbanos e em algumas prefeituras; e as prefeituras com bandeiras progressistas, uma vez que estavam mais perto das necessidades da população, carregando o problema e a angústia do que não existia na saúde pública e prejudicava a população (CARVALHO, 2013).

No ano de 1980, veio a público a crise da previdência, gerada pela acentuada queda nas receitas previdenciárias, devido à ampliação da cobertura de amparo médico e pela assistência ao grande número de desempregados, mas que, posteriormente, dera origem às chamadas Ações Integradas de Saúde (AIS), que impulsionaram o desenvolvimento das ideias de reforma com o objetivo de estender o acesso à saúde a todos os brasileiros (PAIVA; TEIXEIRA, 2014).

Finalmente, em 1985, o regime militar encerra-se, após a eleição indireta de Tancredo Neves e posse de seu vice, José Sarney. Nesse contexto, em 1986, o Congresso passou a encarregar-se de criar uma nova constituição que levasse o País de volta à plena democracia (PAIVA; TEIXEIRA, 2014). Posto isso, destaca-se as palavras de Carvalho:

A discussão de uma proposta inovadora e universal com a comunidade e os técnicos resultou naquilo que se denominou Projeto da Reforma Sanitária. Foi emprestada a Tancredo Neves e apropriada como Proposta de Saúde da Nova República. O movimento foi crescendo e culminou com uma grande assembleia em 1986, que foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, em Brasília, com cerca de cinco mil pessoas do Brasil inteiro que referendaram a proposta da Reforma Sanitária. Essa presença maciça dos cidadãos usuários foi possível pois as AIS introduziram Conselhos de

Saúde, com participação comunitária, em cada município como condição de adesão à proposta (2013, p. 9).

Logo, percebe-se que a luta pela Reforma Sanitária teve como um de seus pontos altos a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, que permitiu a participação da sociedade na construção de um novo sistema de saúde, cujas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição de 1988 ao reconhecer o direito de acesso universal à saúde para toda a população com a consequente criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Esse sistema é denominado de único por seguir a mesma ideia organizacional em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas dos governos federal, estadual e municipal, não sendo um serviço ou uma instituição, mas um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem com a mesma finalidade: as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1990). Acerca disso, Esmeraldi e Lopes (2015, p. 20) trazem as seguintes considerações:

A esse sistema é que compete prestar o atendimento assistencial de saúde, nas suas várias modalidades e formas, e garanti-lo sem oneração alguma a qualquer pessoa que dele venha a necessitar, sem qualquer exceção ou discriminação, principalmente para que não se possam distinguir – posto que todas elas sejam iguais perante a lei (CF, art. 5, *caput*) – as pessoas ou tratá-las de forma não isonômica, quaisquer que possam ser os fatores de discriminação sempre constitucionalmente vedados.

Após a promulgação da atual Carta Magna, em 1990, editaram-se as Leis n.º 8.080 e n.º 8.142, que passaram a regulamentar os serviços, a participação da sociedade e as bases de funcionamento do SUS.

A lei nº 8.080/1990 dispõe em seu artigo 2º, corroborando com o disposto pela CFRB/88, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, e estabelece em seu parágrafo 1º que:

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

No artigo 5º da mesma lei são, então, traçados os objetivos do SUS:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Por fim, a Lei 8.142/1990 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Cabe destacar que a doutrina do SUS é norteada por três princípios: a universalidade, dado que a assistência à saúde é um direito garantido a todo e qualquer cidadão; a equidade, uma vez que visa assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade do caso, independentemente de onde more o cidadão, sendo todos iguais; e a integralidade, que, na prática dos serviços, reconhece que cada pessoa participante de uma sociedade, bem como as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, e as unidades prestadores de serviço são um todo indivisível e não podem ser compartimentalizadas (BRASIL, 1990).

Por todo o exposto, observa-se que nem sempre houve o acesso à saúde de forma ampliada. No início, apenas um segmento da sociedade estava resguardado e, somente após a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil consagrou a saúde como um direito fundamental e social, devendo ser garantido a todos e prestado pelo Estado por meio do SUS.

Abaixo, apresenta-se um quadro (FIGURA 1) de quando o SUS completou 25 anos, em 2013, que mostra os momentos marcantes do atual modelo de saúde até a época.

Figura 1 – Os 25 anos do SUS: momentos marcantes do atual modelo de saúde

1988	1990	1994	1996	1997	1999	2000
A Constituição estabelece que a saúde é "direito de todos e dever do Estado"	O SUS ganha regras de funcionamento, com a aprovação da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080)	É lançado o Programa Saúde da Família. Cada equipe (com médicos, enfermeiros e agentes de saúde) cuida das famílias de determinada área da cidade, com visitas mensais	 Começa a distribuição gratuita do coquetel antiaids	O Sistema Nacional de Transplantes é instituído A Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) é criada para ajudar a custear a saúde pública	É criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) 	É aprovada a Emenda Constitucional 29, que prevê os valores mínimos que União, estados e prefeituras devem aplicar em saúde. O SUS passa a ter financiamento garantido
2001	2003	2006	2007	2011	2013	
Com a Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216), os doentes mentais passam a ser tratados fora dos manicômios, que vão aos poucos sendo fechados	É lançado o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu), com ambulâncias acionadas pelo telefone 192 	Por meio do Programa Aqui Tem Farmácia Popular, as pessoas podem receber remédios gratuitamente em farmácias privadas ou comprá-los com grandes descontos 	A renovação da CPMF é rejeitada e o tributo deixa de existir	A Emenda Constitucional 29 é regulamentada, impedindo que ações como saneamento básico, aposentadoria de servidor público e merenda escolar sejam custeadas com verbas do SUS	É lançado o Mais Médicos PARA O BRASIL, programa que leva médicos para regiões do país com poucos profissionais. Um dos destaques é a importação de médicos cubanos 	

Fonte: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>

Como explicitado por Viegas, Carmo e Luz (2015), mesmo com os avanços que o Brasil teve, especialmente em relação ao aumento da oferta de serviços na rede básica de saúde, o acesso a esta ainda compreende um desafio.

O fato é que a saúde pública no Brasil encara diversos problemas. As pessoas que dependem dos atendimentos, tratamentos, procedimentos e medicamentos fornecidos pelo SUS

se deparam com dificuldades para terem suas demandas atendidas, por vezes enfrentando perduráveis filas de espera.

Em uma pesquisa realizada em 2014 pelo Instituto DataFolha, a pedido do Conselho Federal de Medicina e da Associação Paulista de Medicina, revelou-se que 93% da população está insatisfeita com a prestação dos serviços públicos e privados de saúde. Além disso, a pesquisa demonstrou que, no tocante ao SUS, os pontos mais críticos são exatamente alusivos à plena aquisição e ao tempo de espera (LOBOISSIÈRE, 2014).

Diante da situação precária no acesso à saúde pública, algumas pessoas, em situação econômica viável, optam pela realização de contratos com operadoras de saúde particulares, trata-se da saúde suplementar, que será abordada no tópico seguinte.

2.2 A SAÚDE SUPLEMENTAR

Conforme assinalado no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 legitima a saúde como um direito fundamental do cidadão e deve ser assegurada pelo Estado por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Apesar disso, a saúde poderá ser prestada diretamente por entidades privadas, conforme dispõe o artigo 197 da CFRB/88:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Assim, essas entidades, definidas como operadoras de saúde, poderão participar de forma suplementar ao SUS (PINHEIRO; SCHIMIDT, 2012), entendendo-se por saúde suplementar:

[...] a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em outras palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde (SCHULMAN, 2009, p. 201).

Nessa conjuntura, Figueiredo (2012) destaca que o artigo 199 da CFRB/88 estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, ou seja, esta atuará de forma suplementar à rede pública, sendo disponibilizada por entidades privadas de modo adicional e facultativo aos serviços fornecidos pelo Estado.

Esmeraldi e Lopes (2015, p. 14) ponderam, no entanto, que “a contratação junto a uma operadora de plano privado de assistência à saúde não implica e nem significa renúncia ao serviço público posto e dotado de disponibilidade universal e não onerosa, como assim estabelece a Constituição Federal”.

A suplementação da saúde privada só passou a ser regulamentada em 1998 com a Lei 9.656, denominada “dos Planos de Saúde”, criando-se uma normativa específica para estes e seguros privados (ESMERALDI; LOPES, 2015).

No artigo 1º, incisos I e II da Lei supramencionada, tem-se a definição de plano privado e de operadoras de saúde:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo (BRASIL, 1998).

Conforme dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no Brasil, em março de 2020, 47.107.809 (quarenta e sete milhões, cento e sete mil e oitocentos e nove)¹ pessoas são beneficiárias em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia.

Segundo dados extraídos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população estimada no Brasil é em torno de 212.160.538 (duzentos e doze milhões, cento e sessenta mil e quinhentos e trinta e oito)² de pessoas. Ou seja, levando em consideração os dados acima mencionados, 22,2% (vinte e dois virgula dois por cento) da população brasileira, em média, possui plano de saúde, o que revela um número considerável de cidadãos que optam por realizar contratos de assistência de saúde privada.

Ocorre que, devido à enorme quantidade de usuários de planos de saúde, muitas operadoras, reiteradamente, vêm negando aos seus contratantes a cobertura de exames,

¹ Dados colhidos junto ao site da Agência Nacional de Saúde. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

² Dados colhidos junto ao site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

procedimentos e tratamentos, o que deixa o usuário em situação desproporcional, com risco de perder a vida pela ausência de assistência adequada. Esse desequilíbrio na relação contratual, em virtude das negativas, faz com que o número de ações propostas no Poder Judiciário em face de tais operadoras de saúde aumente (PINHEIRO; SCHIMIDT, 2012).

Dito isso, faz-se imperioso o estudo dos contratos de planos de saúde e dos princípios que regem essa relação contratual, como será demonstrado adiante.

2.3 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E OS PRINCÍPIOS INERENTES A ESSA RELAÇÃO

Importante, neste primeiro momento, diferenciar o contrato de seguro de saúde do de plano de saúde, posto que o objeto do presente trabalho é este último.

O seguro-saúde, em linhas gerais, visa ao ressarcimento do segurado pela seguradora, devolvendo a ele os gastos que teve com serviços médico-hospitalares, podendo ser total ou parcial, dependendo dos termos do contrato. O plano de saúde, por sua vez, disponibiliza uma relação de prestadores de serviços profissionais de saúde, clínicas, hospitais e assemelhados para o beneficiário procurar no momento de sua necessidade ou de seus dependentes (BARBUGIANI, 2015).

A Lei n. 9.656/98, em seu artigo 16, inciso VII, alíneas “a”, “b” e “c”, destacou três espécies de regime ou tipo de contratação de plano de saúde que deverão constar obrigatoriamente no contrato. A saber:

- a) Individual ou familiar: disciplinado especialmente pela Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS, refere-se a contratação firmada entre uma pessoa física diretamente com a operadora do plano de saúde, no qual o objeto do contrato pode ser o titular, seus dependentes ou grupo familiar (PEREIRA, 2020, p. 73).
- b) Coletivo empresarial: é aquele que oferece assistência à saúde a determinadas pessoas vinculadas a uma pessoa jurídica por relação empregatícia, sendo regido pela Resolução Normativa n. 195, de 14 de julho de 2009 (PEREIRA, 2020, p. 90).
- c) Coletivo por adesão: oferecido para população que mantém vínculo com pessoas jurídicas de caráter profissional, como por exemplo, conselhos de classe, sindicatos, associações, cooperativas etc. (PEREIRA, 2020, p. 91).

De forma genérica, um contrato é um instrumento que materializa um negócio jurídico, no qual é estabelecido os direitos e deveres das partes envolvidas independente do regime ou do tipo de contratação. O contrato de plano de saúde, por sua vez, é um pacto entre a operadora de plano de saúde e o beneficiário, no qual este se obriga a efetuar o pagamento de uma

contraprestação pecuniária e periódica, enquanto aquele deve disponibilizar atendimento em rede médica específica, arcando com o ônus financeiro, quando surgirem eventuais enfermidades cobertas contratualmente (FIGUEIREDO, 2012).

Com o advento da lei 9.656/1998, instituiu-se um sistema regulamentado e fiscalizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que estipulou uma série de obrigações e direitos tanto para os consumidores quanto para as operadoras de planos de saúde, prevendo-se, com o artigo 35-G, a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre os contratos entre tais consumidores e operadoras.

Nessa perspectiva, para dirimir eventual dúvida a respeito da aplicabilidade do CDC nas relações de planos de saúde, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº. 469 que estabelece categoricamente a execução do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, pois, como destacado por Barbugiani (2015):

O usuário de plano de saúde encaixa-se perfeitamente no conceito de consumidor estabelecido no art. 2º do CDC; da mesma forma, as operadoras podem ser inseridas na definição de fornecedor, presente no art. 3º do CDC: “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Logo, os princípios que regem a relação de consumo estão presentes nos contratos de plano de saúde, objetivando proteger o usuário que, na espécie, é a parte mais vulnerável. Dentre esses princípios, evidencia-se: a dignidade da pessoa humana, que é um direito fundamental; a proteção à vida, à saúde e à segurança, para garantir uma qualidade de vida ao consumidor; a proteção e a necessidade; a transparência, para que o consumidor tenha acesso ao que lhe está sendo oferecido de forma clara; a liberdade de escolha; a intervenção do Estado, visando proteger efetivamente o consumidor; a boa-fé, que tem relação com a solidariedade e a isonomia, e que, no direito do consumidor, é objetivo; a igualdade nas contratações; o dever de informar, relacionado com o fundamento da transparência; e outros (NUNES, 2019).

Ocorre que, no tocante às negociações de assistência à saúde, apesar de ser um contrato clássico de prestação de serviços à essencialidade do bem, que é a saúde, um direito fundamental, os contratos de seguro ou plano de saúde são distintos em certos aspectos daqueles que surgem somente por efeitos patrimoniais, prevalecendo a vida humana (PINHEIRO; SCHIMIDT, 2012).

Nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2014, p.118), essa diferença é percebida quando

[...] a expressiva jurisprudência reconhece posições subjetivas dos titulares de planos de saúde frente às respectivas operadoras, sobretudo para coibir, mediante o

enquadramento como cláusula abusiva (e, pois, mediante a tutela reforçada que resulta da simultânea aplicação das normas de proteção do consumidor, com igual assento constitucional), diversas restrições à cobertura previstas em contratos de planos de saúde, como a limitação do tempo de internação hospitalar, atualmente objeto da Súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se, portanto, que existe uma ampla proteção ao usuário do plano de saúde, tanto por ser resguardado pelas proteções do Código de Defesa do Consumidor, como pelo fato de se estar diante de um bem essencial tutelado pela Constituição Federal, o que lhe garante um maior amparo na efetivação de seus direitos.

3 A SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO

No artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem-se o acesso à justiça como um direito fundamental, cabendo ao Estado garantir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” de qualquer cidadão. Diante disso e do crescente número de usuários de planos de saúde, verifica-se um aumento de casos levados a foro, envolvendo a saúde suplementar, posto que os consumidores estão cada vez mais esclarecidos e exigentes quanto a seus pretensos direitos (VIANNA, 2013).

Assim, no presente capítulo, será abordada a intervenção do poder judiciário nas ações relativas aos planos de saúde, fazendo-se uma análise do fenômeno da judicialização da saúde, bem como da tutela judicial do direito em questão, além de tratar do instituto dos danos morais em negativas indevidas.

3.1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização concerne a um fenômeno no qual questões políticas ou sociais são resolvidas pelo Judiciário, ao invés de serem tratadas pelos respectivos poderes competentes: Legislativo e Executivo. Dessa forma, uma vez que a saúde se refere a uma questão social, a busca de soluções jurídicas para conflitos a que ela se relacionam abre margens para a sua judicialização. Segundo Barroso (2012, p. 24):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

O fenômeno da judicialização da saúde surgiu essencialmente na década de 90, devido às ações de pessoas portadoras do vírus HIV que pleiteavam medicamentos e tratamentos sob a premissa de que a saúde é um dever do Estado e direito inerente à condição humana (MOTA, 2017, p. 52). Hoje, ele compreende a uma questão ampla e diversa de reclame de bens e serviços, abrangendo insumos, instalações, medicamentos, assistências, entre outras demandas a serem protegidas pelo Judiciário (DINIZ, 2014, p. 592). Ademais, hodiernamente, a judicialização da saúde é diferenciada nos sistemas público e privado:

Enquanto a judicialização do sistema público basicamente está assentada nos arts. 196 e 37 da Constituição Federal e na comprovada necessidade de atendimento

assistencial de saúde em favor de determinada pessoa, a judicialização do sistema privado tem por pressuposto, basicamente, um contrato assistencial de saúde regularmente calcado na Lei n. 9.656/98 e registrado na Agência Nacional de Saúde Suplementar que tenha sido celebrado e a comprovada necessidade de atendimento que não foi ou não será prestado por natural incidência da Lei n. 9.656/98, por peculiaridades de cláusulas contratuais ou de específicas orientações das operadoras do setor (ESMERALDI; LOPES, 2015, p. 197).

No caso específico das instituições particulares, observa-se uma dilatada busca pelo poder judiciário e um acúmulo de processos correspondentes aos planos de saúde e seus beneficiários (CONDE, 2019).

Acontece que, na grande parte dos casos, os usuários já procuram seus direitos na Justiça diante de qualquer negativa de atendimento ou tratamento por parte do plano de saúde, assumindo que, por estarem pagando, devem receber toda e qualquer assistência necessária, independente de valores ou regulamentos dos planos; e, por vezes, os magistrados acabam concedendo o pedido por entender que as solicitações dos consumidores são a favor da vida, objetivando garantir a dignidade da pessoa humana, sem levar em conta os contratos assinados (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019, p. 62).

A partir de levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, na pesquisa intitulada “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”³:

Entre 2008 e 2017 [...], o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130% (cento e trinta por cento). [...] A pesquisa identificou que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais (BRASIL, 2019).

A análise também revelou que “os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: Plano de Saúde (34,05%), Seguro (23,77%), Saúde (13,23%) e Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos (8,76%)” (BRASIL, 2019), explicitando, com a incidência elevada dos dois primeiros, a relevância das ações judiciais no âmbito da saúde suplementar, que, segundo por Martinez (2019), provocam reflexos em todo o segmento:

O fenômeno evidencia [...] a atuação do Poder Judiciário — muitas vezes com graves desrespeitos aos contratos firmados — trazendo riscos claros à segurança jurídica das instituições de saúde, à sustentabilidade de todo o segmento e à observância ao marco regulatório determinado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

³ Disponível em:

<http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

Diante do exposto, faz-se necessário pontuar alguns assuntos recorrentes no foro, envolvendo a saúde suplementar.

3.2 A SAÚDE SUPLEMENTAR E OS LIMITES DE COBERTURA

As demandas referentes à saúde suplementar levadas ao poder judiciário são as mais diversas, indo desde o fornecimento de um simples medicamento à autorização de um complexo procedimento cirúrgico realizado em hospital fora da rede credenciada sob alegação de uma urgência. Assim, nesta seção, apresentar-se-á brevemente alguns limites contratuais previstos em lei e cuja inobservância pode dar ensejo a um litígio judicial contra o plano de saúde.

3.2.1 Doenças ou Lesões Preexistentes

O artigo 2º, inciso I, da Resolução RN nº 162/2007, editada pela Agência Nacional de Saúde, define Doenças ou Lesões Preexistente (DLP) como:

[...] aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art. 4º da Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução. (BRASIL, 2007)

Outrossim, na mesma Resolução, o artigo 5º, §§ 1º a 4º, dispõe sucintamente que o beneficiário, ao contratar um plano de saúde, quando expressamente solicitado, deve informar da existência de uma DLP por meio de uma Declaração de Saúde.

Contudo, muitos casos na Justiça referem-se à negativa de cobertura assistencial, por parte dos planos de saúde, ao argumento de lesão ou doença preexistente, uma vez que a realização de exame clínico-laboratorial prévio à contratação é faculdade dos planos e, por ser o consumidor parte hipossuficiente dessa relação, não é razoável que lhe seja imposta uma negativa de cobertura assistencial ao fundamento em sua ciência (PEREIRA, 2020, p. 124).

Dessarte, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 609, a qual estabelece que “a recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houver a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado”.

Na mesma perspectiva, entende o Conselho Nacional de Justiça em seu Enunciado 25 da 1ª Jornada de Direito da Saúde: “É abusiva a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário

não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé (Súmula 609/STJ).”

Por fim, consoante o artigo 11 da Lei nº 9.656/98, cabe à operadora do plano de saúde demonstrar que o consumidor tinha conhecimento da DLP e, diante de todo o exposto, o cliente que se sentir lesado ou ameaçado em seu direito de ter acesso a determinado atendimento, alegando desconhecer a DLP, pode ingressar na Justiça para solucionar sua lide.

3.2.2 Períodos de Carências

Outro assunto comum no poder judiciário que trata dos planos de saúde diz respeito aos períodos de carências. Na Resolução Normativa n. 438/2018, art. 2º, inciso II, entende-se por carência:

O período ininterrupto, contado a partir do vínculo do beneficiário ao contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual as mensalidades são pagas, mas o beneficiário não tem acesso a determinadas coberturas previstas na segmentação assistencial do plano, conforme disposto no inciso V do art. 12 da Lei n. 9.656, de 1998. (BRASIL, 2018)

Em todos os contratos firmados, deve-se presumir a boa-fé das partes, porém, eventualmente, o consumidor pode celebrar um acordo e, no dia seguinte, necessitar de um atendimento que pode ou não ter alto custo. Logo, para evitar prejuízos financeiros, é de cautela do plano de saúde estabelecer períodos de carência (ESMERALDI; LOPES, 2015, p. 160), que, de acordo com a Lei nº 9.656/98, em seu artigo 12, V, “a”, “b”, “c”, têm a alternativa de prever limites máximos, a saber: a) trezentos dias para partos a termo; b) cento e oitenta dias para os demais casos; e c) vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

Destacar-se-á agora a alínea “c”, acima mencionada, a respeito da carência para atendimento de urgência ou emergência. Contudo, é necessário prevenir que os termos “urgência” e “emergência” não são sinônimos e, por comumente serem utilizados como se fossem, a própria Lei nº 9.656/98 trouxe a definição de cada um em seu artigo 35-C:

Art. 35-C É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;
II – de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional. (BRASIL, 1998)

Em casos de urgência ou emergência, independentemente de quais sejam, tendo o prazo de vinte e quatro horas respeitado e o primeiro pagamento da mensalidade quitado, é ilícita a negativa de atendimento sob o fundamento de que o consumidor não alcançou o período

de carência para a realização de determinado procedimento (PEREIRA, 2020, p. 135). Nesse sentido, o STJ editou a súmula 597, estabelecendo que:

A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.

Ademais, nos termos do artigo 12, II, “b” da Lei nº 9.656/98, o plano de saúde não é autorizado a determinar contratualmente o período em que o paciente ficará internado, uma vez que o objetivo do plano é reestabelecer a saúde do mesmo. Desse modo, o STJ editou a Súmula 302 com a seguinte redação: “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

3.2.3 Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde

A Lei 9961/00, em seu artigo 4º, inciso III, confere à ANS a competência para elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que constituem referência básica para os fins dispostos na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

Portanto, segundo a agência, o Rol abrange os procedimentos indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e acontecimentos em saúde; e passa por evolução a cada dois anos, devido à incorporação de novas tecnologias médicas (BRASIL, 2020). Isso significa que uma lista mínima de serviços, como consultas, exames, tratamentos etc., é definida para que, obrigatoriamente, os planos de saúde disponibilizem aos seus usuários.

Entretanto, conforme Pereira (2020, p. 151), a negativa de cobertura assistencial pelos planos de saúde, “motivada pela alegação de inexistência de previsão do procedimento, medicamento ou insumo no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, é, sem dúvida, uma das maiores determinantes da judicialização da saúde”.

O debate consiste na incerteza de que o catálogo é taxativo ou meramente exemplificativo; e a divergência de opiniões no próprio poder judiciário faz com que, cada vez mais, deem-se origem a novas demandas.

Em linhas gerais, o entendimento que prevalece no STJ é de que o Rol da ANS é apenas ilustrativo, apresentando as coberturas básicas obrigatórias, mas sem excluir outras que, porventura, façam-se necessárias ao paciente, desde que a doença seja coberta pelo plano contratado (BRANDÃO, 2020).

Isso é o que se nota na sentença de Relatoria a seguir: “nos termos da jurisprudência desta corte, a ausência de determinado procedimento médico no Rol da ANS não afasta o dever de cobertura por parte do plano de saúde, quando necessário ao tratamento de enfermidade objeto de cobertura pelo contrato” (AgInt no AREsp n. 1.353.908/BA, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, ARCO BUZZI, DJe 26.09.2019).

Todavia, ocorre que a 4ª Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.733.013/PR, adotou um posicionamento diverso, entendendo que o Rol é taxativo.

Tais divergências trazem muita insegurança jurídica para os beneficiários de planos de saúde, fazendo com que, inclusive, no julgamento do REsp 1.867.027/RJ, todos os ministros da 3ª Turma concordassem em levar o tema à Seção como recurso repetitivo para uniformizar a tese e fixar jurisprudência do STJ, conforme mostra a Relatora Ministra Nancy Andrigli:

A despeito da relevância da matéria, verifica-se que, recentemente, instaurou-se a divergência entre as Turmas de Direito Privado com relação a um dos pontos controvertidos trazidos pelo recorrente, qual seja, a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela ANS (se taxativo ou exemplificativo). [...] Tal divergência, vale frisar, nasceu a partir do julgamento do REsp 1.733.013/PR, pela Quarta Turma (julgado em 10/12/2019, DJe de 20/02/2020), que decidiu, na ocasião, mudar o entendimento até então consolidado naquele colegiado (overruling). A partir desse contexto, mostra-se inoportuno, ao menos por ora, propor a afetação deste recurso especial a julgamento pela sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, sendo necessário permitir uma maior reflexão pelas Turmas de Direito Privado, de modo a possibilitar a abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, em atendimento ao que dispõe o § 6º do art. 1.036 do CPC/2015 e ao entendimento da Segunda Seção (ProAfR no REsp 1.686.022/MT, Segunda Seção, julgado em 28/11/2017, DJe de 05/12/2017). (STJ - REsp: 1867027 RJ 2019/0281709-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 05/08/2020)

À vista disso, constata-se que a divergência de interpretação sobre o Rol de Procedimentos e Evento em Saúde da ANS persistirá enquanto o poder judiciário não se posicionar de forma concreta e, desse modo, a insegurança jurídica continuará presente nas relações contratuais entre beneficiários e planos de saúde.

3.3 A NEGATIVA ASSISTENCIAL INDEVIDA E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Como já mencionado, a numerosa quantidade de usuários de planos de saúde impulsiona a existência de muitas negativas por parte das prestadoras em relação a tratamentos, realização de exames, cirurgias etc., o que, conseqüentemente, estimula os clientes a buscarem a tutela de seus direitos no foro e, não raramente, além da autorização de determinados procedimentos recusados na via administrativa, almejam obter danos morais em decorrência das possíveis violações de seus direitos de personalidade (PINHEIRO; SCHIMIDT, 2012).

O entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça é que, havendo uma recusa indevida ou injustificada pela operadora de plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada, gera-se o direito de ressarcimento a título de dano moral, em razão de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicológica do beneficiário, caracterizando o dano moral *in re ipsa* (AgRg no REsp 1408548/PR).

Cabe salientar que o dano moral *in re ipsa* é um dano presumido, ou seja, será desnecessária a apresentação de provas que demonstrem a ocorrência de ofensa moral sofrida pelo consumidor (SOBRINHO, 2015). Alguns tribunais seguem o entendimento do STJ, como é possível aferir nos seguintes julgados:

PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DANO MORAL CARACTERIZADO IN RE IPSA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO E. STJ. RECURSO PROVIDO. Negativa de cobertura de procedimento cirúrgico. Dano moral caracterizado in re ipsa. Indenização devida. Recurso provido (TJ-SP - AC: 10261476620198260071 SP 1026147-66.2019.8.26.0071, Relator: J. B. Paula Lima, Data de Julgamento: 26/08/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/08/2020).

E M E N T A – RECURSO DE APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – TRATAMENTO NÃO PREVISTO NA COBERTURA CONTRATUAL OU NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS – EXPRESSA INDICAÇÃO MÉDICA – IMPRESCINDÍVEL À SAÚDE DA AUTORA – RECUSA INDEVIDA – DANO MORAL IN RE IPSA. É indevida e injusta a negativa de cobertura de tratamento prescrito por profissional de saúde como imprescindível à saúde e à cura da doença coberta pelo plano de saúde contratado. Essa recusa caracteriza dano moral in re ipsa. Recurso de apelação interposto pela ré não provido. Recurso adesivo interposto pela autora provido (TJ-MS 08266378320168120001 MS 0826637-83.2016.8.12.0001, Relator: Des. Wilson Bertelli, Data de Julgamento: 28/06/2017, 2ª Câmara Cível).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA NO FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO PIRFENIDONA (ESBRIET) OU NINTENDANIBE (OFEV). PRESCRIÇÃO MÉDICA. AUTOR DIAGNOSTICADO COM FIBROSE PULMONAR IDIOPÁTICA. JUSTIÇA GRATUITA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1- Trata-se de recurso de apelação cível interposto por plano de saúde em face de sentença proferida pelo juízo da 33ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, condenando o apelante ao pagamento de danos morais e ao fornecimento da medicação. 2- O plano de saúde não comprovou a alegação de que o autor/apelado possui condições de arcar com as despesas decorrentes do processo sem prejuízo a sua subsistência e de sua família. Dessa forma, este deve permanecer como beneficiário da justiça gratuita. 3- 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 às da legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e dos desdobramentos dela decorrentes. Assim, a instituição não pode negar o fornecimento da medicação prescrita pelo médico para o tratamento do paciente, mesmo que não conste no Rol da ANS. Precedentes. 4- Como entendido pelo STJ em relação aos danos morais, a injusta recusa de cobertura de seguro saúde

dá direito ao segurado ao ressarcimento dos danos extrapatrimoniais sofridos, em virtude de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicológica do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes. 5- Condenação em honorários recursais, conforme art. 85, §§2º e 11, do CPC. Recurso conhecido e não provido. ACÓRDÃO Acordam os desembargadores integrantes da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Ceará, nos autos da apelação cível nº 0136775-84.2017.8.06.0001, por unanimidade, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO do recurso de apelação. Fortaleza, 14 de julho de 2020. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE Presidente do Órgão Julgador RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS Desembargador relator. (TJ-CE - AC: 01367758420178060001 CE 0136775-84.2017.8.06.0001, Relator: RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, Data de Julgamento: 14/07/2020, 4ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 14/07/2020)

Em outros tribunais, esse entendimento não prevalece, senão veja-se:

APELAÇÃO. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE INTERNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA. INSUFICIÊNCIA RENAL AGUDA E SEPSE FOCO URINÁRIO. TRATAMENTO NECESSÁRIO E INTERNAÇÃO EM UTI. SOLICITAÇÃO COM URGÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RECUSA INDEVIDA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. A Lei n. 9.656/98, (...) determina o prazo máximo de carência de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência. Não bastasse, o art. 35-C do mesmo diploma legal estabelece em seu inciso I a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente. 2. (...). 3. Diante da gravidade do quadro clínico do autor e das possíveis consequências negativas de seu diagnóstico, resta caracterizada a situação de emergência, sobretudo diante do risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis ao paciente. Afigura-se ilícita, portanto, a conduta da operadora de plano de saúde ao negar, sob a alegação de não observância do prazo de carência, cobertura de internação em Unidade de Terapia Intensiva, necessária ao tratamento adequado do autor. 4. **O específico descumprimento do contrato, por si só, não acarreta a configuração de dano moral, que pressupõe ofensa aos direitos da personalidade, o que não foi verificado na hipótese, sobretudo quando o inadimplemento se apoia em interpretação restritiva de cláusula contratual e disposição legal.** Ressalta-se, ademais, que o pedido de tutela de urgência para que a requerida promovesse a imediata autorização da internação em UTI foi deferida, no regime de plantão judicial, no mesmo dia em que requerida. 5. Se o autor se sagrou vencedor quanto ao pedido cominatório e sucumbente quanto ao pedido relativo aos danos morais, revela-se acertada a distribuição dos ônus sucumbenciais na proporção de metade para cada litigante, reconhecendo-se, assim, a sucumbência recíproca e equivalente das partes, nos termos dos arts. 85 e 86 do CPC. Ainda, a fixação dos honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa observa o regramento do art. 85, § 2º, do CPC. 6. Recursos conhecidos e desprovidos. Honorários majorados. (TJ-DF 07009481320208070006 DF 0700948-13.2020.8.07.0006, Relator: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 05/08/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/08/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (Grifou-se)

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. PRETENSÃO RECURSAL QUE SE RESTRINGE À CONDENAÇÃO DA OPERADORA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. AUSÊNCIA DE AFRONTA A DIREITOS DA PERSONALIDADE. Cinge-se a pretensão recursal à condenação da operadora ré ao pagamento de indenização por danos morais em razão de recusa indevida de cobertura de tratamento fisioterápico domiciliar. **Inocorrente o dano extrapatrimonial, eis que o descumprimento**

contratual, por si só, não dá ensejo à indenização por danos morais, não restando comprovada excepcionalidade no sentido de que os direitos da personalidade da parte autora tenham sido afrontados. Honorários sucumbenciais devidos pela parte autora majorados, em atenção ao preconizado pelo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 70083877886 RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Data de Julgamento: 29/04/2020, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 03/09/2020) (Grifou-se)

APELAÇÃO CÍVEL. CIRURGIA BARIÁTRICA. NEGATIVA DE COBERTURA. DANO MORAL IN RE IPSA. INOCORRÊNCIA. -No julgamento do Agravo Interno nº 0056098-30.2014.8.06.0112/50001, do qual Relatora originária a signatária, sendo designado Relator para Acórdão o douto Desembargador HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO; Data do julgamento: 01/07/2020; Data de registro: 03/07/2020), proferido conforme o art. 942 do CPC/2015 - por maioria de votos, a Primeira Câmara de Direito Privado decidiu que "inexiste dano moral in re ipsa nas hipóteses de eventual descumprimento de cláusulas contratuais, necessitando aquele ser cabalmente demonstrado pela parte que alega tê-lo sofrido, por constituir fato constitutivo do seu direito, em atenção ao art. 373, I, do CPC." -O Apelante, na espécie, deixando de observar a intelecção camerária, baseou integralmente seu Recurso no argumento da ocorrência de dano moral in re ipsa -Não há, pois, o que se refutar deste cotejo, no sentido de que a pretensão recursal é verticalmente dessintônica ao que decidiu recentemente a Primeira Câmara de Direito Privado TJCE, por maioria de votos, razão pela qual o improvimento do Apelo, por força do princípio do colegiado, é medida que se impõe. RECURSO IMPROVIDO. ACÓRDÃO: Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos do Processo nº 0184131-75.2017.8.06.0001, por unanimidade, em conhecer do Recurso e negar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto da Relatora. Fortaleza, 26 de agosto de 2020. VERA LÚCIA CORREIA LIMA Desembargadora Relatora. (TJ-CE - AC: 01841317520178060001 CE 0184131-75.2017.8.06.0001, Relator: VERA LÚCIA CORREIA LIMA, Data de Julgamento: 26/08/2020, 1ª Câmara Direito Privado)

Dentre as seis jurisprudências acima expostas, sendo três para exemplificar o entendimento positivo do tribunal quanto à suficiência da recusa indevida pelo plano de saúde para gerar dano moral e outras três para demonstrar o contrário, separa-se, então, duas, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, onde verifica-se que o entendimento da 4ª Câmara de Direito Privado segue o entendimento do STJ, enquanto o entendimento da 1ª Câmara de Direito privado não segue.

A mesma divergência jurisprudencial entre os tribunais ocorre com os magistrados de primeira instância. Estes, por sua vez, não possuem um entendimento consolidado sobre o tema, se é cabível ou não a reparação por danos morais diante de uma recusa indevida por parte do plano de saúde. Isso, tal como nos casos do Rol da ANS, percorridos na subseção anterior, gera insegurança jurídica para os beneficiários.

Portanto, realizadas essas considerações neste e no capítulo anterior, a respeito da história da saúde no Brasil; de alguns conceitos basilares, como o direito fundamental à saúde; e da relação entre saúde e poder judiciário; segue o terceiro capítulo, no qual será apresentado o objetivo efetivado deste trabalho: a análise de julgados de primeira instância, na comarca de

Fortaleza/CE, no que concerne ao cabimento de danos morais em processos que envolvem planos de saúde, referente ao período de junho de 2019 a dezembro de 2019.

4 ANÁLISE DE DADOS

Após todo o exposto, passa-se agora para uma análise de dados com o escopo de melhor analisar o cabimento de danos morais em processos referentes a planos de saúde. Ressalta-se que a presente pesquisa fora desenvolvida com abrangência referente à Comarca de Fortaleza/CE, com uma análise quantitativa de decisões proferidas no lapso temporal de 1º de junho de 2019 a 31 de dezembro de 2019, pelos magistrados das varas cíveis não especializadas da citada comarca. Além disso, fora aplicado um questionário (APÊNDICE A), de elaboração própria, aos respectivos magistrados.

4.1 EXAME DOS DADOS COLETADOS POR MEIO DO SÍTIO ELETRÔNICO DE CONSULTA DE JURISPRUDÊNCIA DISPONIBILIZADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

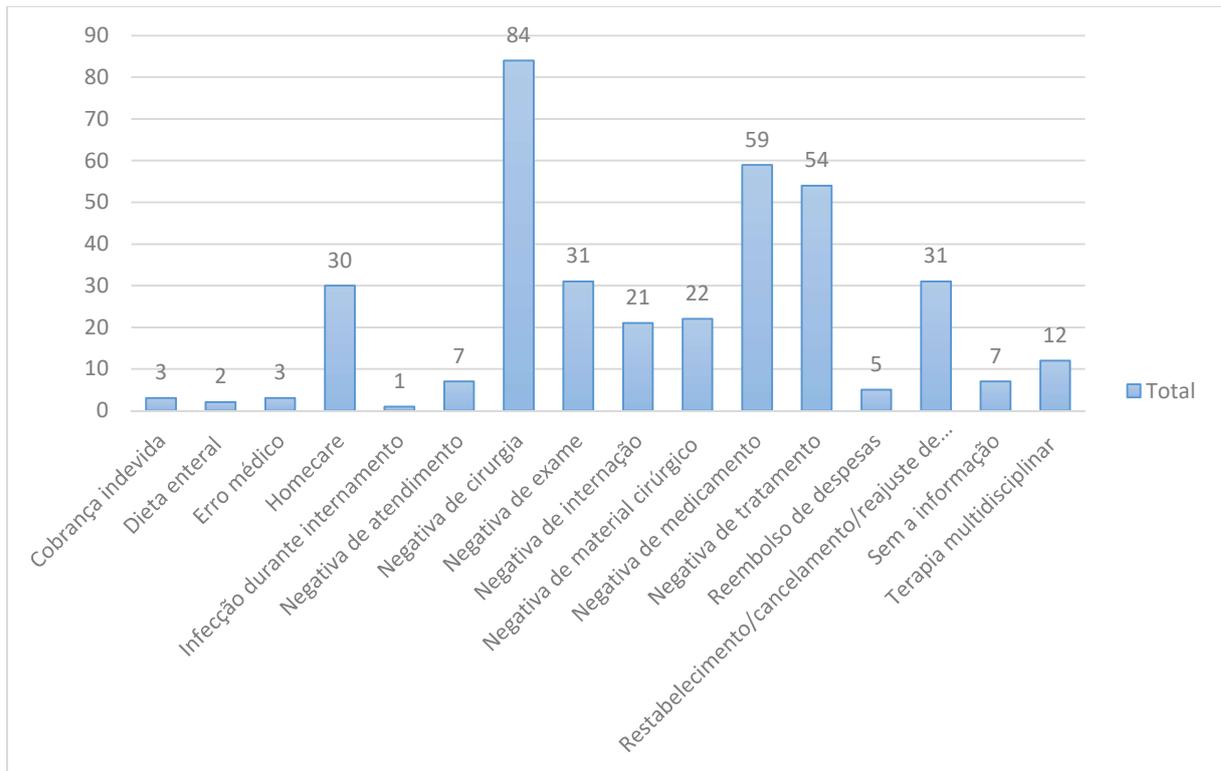
De acordo com os dados obtidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), atualmente, existem 26 varas cíveis com competência comum em funcionamento na Comarca de Fortaleza. Todavia, ao serem consultados os julgados de Primeiro Grau na referida página, aplicando-se os filtros “assunto” — "plano de saúde" e "danos morais" — e “data” — período mencionado na introdução deste capítulo —, foram localizados os registros de 428 sentenças relativos a tão somente 22 varas.

Dessas 428 sentenças, contudo, 56 decisões não foram analisadas, pois não tratavam de mérito em demanda envolvendo plano de saúde e danos morais. A exemplo disso, tem-se os processos nº 0193118-03.2017.8.06.0001 e nº 0110954-10.2019.8.06.0001, que, respectivamente, cuidam de um embargo de declaração e de uma ação em face a um banco.

Sendo assim, com um total de 372 casos para o estudo, cada um fora examinado a respeito: a) da vara que proferiu a sentença; b) do pedido; c) da causa de pedir; d) da faixa etária do autor; e) do sexo do autor; f) da sentença; g) da condenação em dano moral. Tais dados foram catalogados em uma planilha no software Excel, da empresa Microsoft, para facilitar a apreciação.

Logo, quanto aos resultados do levantamento, observa-se, na Tabela 1, que a maioria das ações tem como causa de pedir as negativas de cirurgia, de medicamento, de tratamento ou de exames. Ou seja, dos processos analisados, aproximadamente 72% refere-se a negativas por parte do plano de saúde.

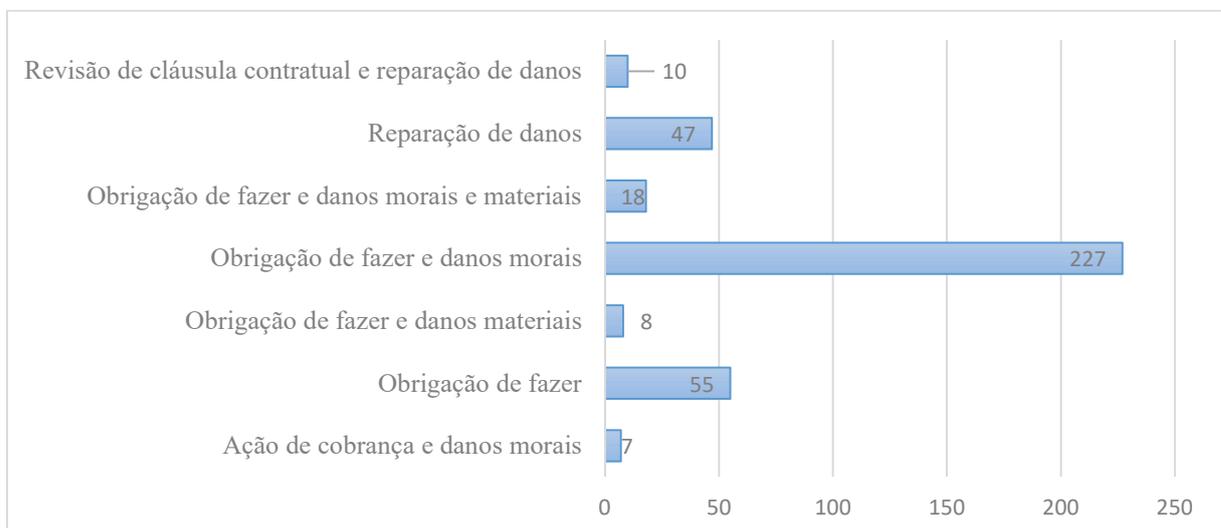
Tabela 1 – Quantidade de ações por causa de pedir



Fonte: Elaborado pela autora, utilizando informações do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Já no que concerne ao pedido realizado, ressalva-se que aquelas com requerimento de obrigação de fazer, em regra, contêm pedido de tutela antecipada, o que não foi analisado no presente trabalho. Das sentenças averiguadas, 227 continham a obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, enquanto que em 55, a parte requeria apenas a obrigação de fazer (TABELA 2).

Tabela 2 – Pedidos



Fonte: Elaborado pela autora, utilizando informações do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

No que se refere ao resultado final da demanda (GRÁFICO 1), 46% dos processos procederam na condenação em danos morais, isso é, em 171 processos, o magistrado compreendeu a legitimidade de indenizar. Em 2% dos casos, não foi possível identificar se houve ou não a condenação, seja por omissão do juízo ou por uma homologação de acordo.

Gráfico 1 – Condenação em danos morais

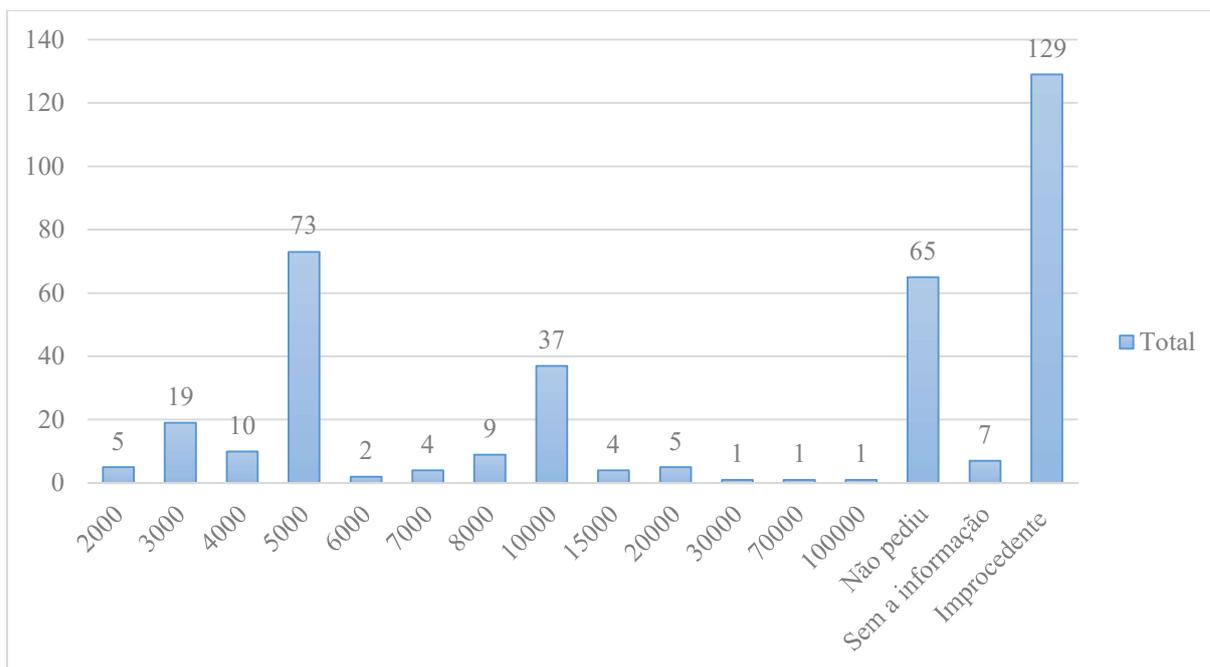


Fonte: Elaborado pela autora, utilizando informações do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Sobre o valor arbitrado pelos magistrados nos processos em que houve a condenação por danos morais (TABELA 3), verifica-se um intervalo entre R\$2.000,00 e R\$100.000 (dois mil e cem mil reais), sendo a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a mais frequente, com 73 sentenças.

Na tabela, foram incluídos todos os processos analisados, inclusive os que a parte não pediu reparação de danos, bem como os que tiveram o pedido julgado improcedente quanto a referida indenização. Dito isso, utilizando o filtro de “improcedência de danos morais” na planilha feita, encontram-se 75 demandas com julgamento de parcial procedência com o deferimento da obrigação de fazer e a improcedência dos danos morais, e 51 processos com julgamento totalmente improcedente. Dessarte, para chegar ao total de 129 improcedência de condenação em danos morais, incluíram-se os processos nº 0082893-96.2006.8.06.0001, devido ao plano ter sido excluído da lide; o nº 0114414-05.2019.8.06.0001, pois a obrigação de fazer foi extinta em razão da morte da autora, sendo o pedido de danos morais julgado improcedente após a habilitação do cônjuge da “de cujus”; e o nº 0113950-78.2019.8.06.0001, por causa da perda do objeto em decorrência do falecimento da parte autora.

Tabela 3 – Valor da indenização de danos morais



Fonte: Elaborado pela autora, utilizando informações do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

A partir da análise das referidas sentenças, percebe-se que a tendência de julgamento quanto ao cabimento de indenização por danos morais em ações que envolvem planos de saúde dá-se pela procedência do pleito indenizatório, que, na maioria dos casos, é requerido pela parte autora. No entanto, verifica-se que a fixação de valores não segue um padrão. Por exemplo, utilizando os processos nº 0122504-36.2018.8.06.0001 e nº 0160923-62.2017.8.06.0001, ambos com a mesma causa de pedir — realização de uma cirurgia bariátrica —, e o mesmo pedido — obrigação de fazer e a reparação dos danos morais —, há, no primeiro, o deferimento do pedido de danos morais com a condenação do plano de saúde ao pagamento de R\$3.000,00 (três mil reais), enquanto que, no segundo, o magistrado deferiu o pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação de danos morais.

Feito esse levantamento, no tópico seguinte, discorrer-se-á sobre a fundamentação utilizada pelos magistrados para concessão ou não de danos morais.

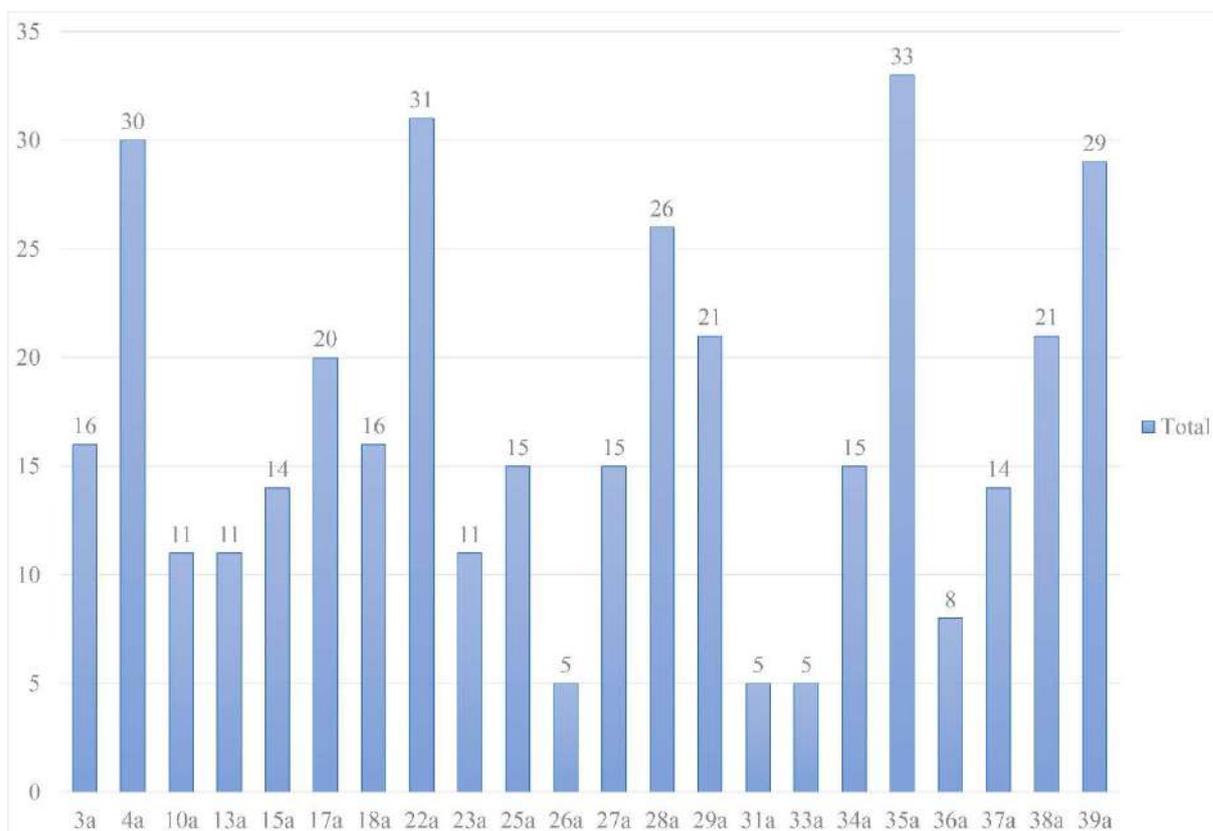
4.2 PRINCIPAIS FUNDAMENTAÇÕES PARA A CONCESSÃO OU NÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Os alicerces para o deferimento ou não do pleito indenizatório são diversos, incluindo até casos semelhantes, tramitados na mesma vara, em que um dos processos resultou na

concessão dos danos morais, enquanto outro, não, demonstrando a variação de entendimento dos magistrados, o que será melhor discorrido em um tópico à frente.

Logo, diante da quantidade de decisões encontradas, delimitou-se o estudo nas sentenças de algumas demandas das varas 4^a, 22^a, 28^a, 35^a e 39^a, por estas apresentarem a maior quantidade de decisões, como se pode aferir na Tabela 4.

Tabela 4 – Quantidade de decisões analisadas por vara



Fonte: Elaborado pela autora, utilizando informações do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Na 4^a vara, encontram-se 16 processos com procedência do pedido de danos morais, 2 de improcedência e 12 em que a parte não pediu. Observa-se que o valor predominantemente arbitrado pelo magistrado é de R\$10.000,00 (dez mil reais), utilizado em 14 sentenças, sendo R\$5.000,00 (cinco mil reais) o outro montante identificado, para 2 demandas.

O fundamento que prevaleceu para os deferimentos foi a caracterização do dano moral presumido, ao molde do trecho sentencial do processo de nº 0114396-52.2017.8.06.0001:

Quanto ao dano moral pleiteado, também assiste razão o promovedor. A recusa indevida ou injustificada pela operadora de plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, incluindo-se o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor tratamento, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, gera direito de ressarcimento a título de dano moral, em virtude de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicológica do beneficiário, caracterizando-se dano moral

in re ipsa. Ainda que o mero descumprimento contratual não justifique indenização por dano moral, nos casos em que a operadora recusa cobertura para tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, deve ser reconhecido o dano extrapatrimonial, porque a situação não causa apenas mero aborrecimento, mas ilícito apto a ensejar danos morais passíveis de reparação (BRASIL, 2019).

Em se tratando da quantia indenizatória, o juízo não explicitou os parâmetros utilizados para o arbitramento, citando meramente que, uma vez configurado o dano, estabelece o valor dentro dos critérios de razoabilidade.

No processo de nº 0187065-06.2017.8.06.0001, o pedido foi julgado parcialmente procedente, deferindo a obrigação de fazer e indeferindo os danos morais. A fundamentação do juízo para a não concessão da verba indenizatória foi a falta de caracterização de má-fé por parte do plano de saúde.

Partindo para a 22ª vara, localizaram-se 20 processos com julgamento de procedência de danos morais, 4 de improcedência e 7 em que a parte autora não realizou o pleito indenizatório. A configuração majoritária do arbitramento de reparação por danos morais encontra-se em R\$5.000,00 (cinco mil reais), havendo, entretanto, condenações em valores inferiores e superiores. O máximo encontrado foi de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Na 22ª vara, prevalece também o entendimento do dano moral *in re ipsa*, conforme se observa no fragmento da sentença do processo de nº 0147078-26.2018.8.06.0001: “Vale ressaltar que os prejuízos extrapatrimoniais suportados pela vítima independem de prova material para emergir o direito à reparação moral, bastando a comprovação da prática antijurídica perpetrada pelo ofensor”.

No tocante do parâmetro utilizado para fixação do valor dos danos morais, o juízo entendeu que deve ser levada em consideração:

[...] a frustração da expectativa do consumidor diante da negativa indevida da cobertura, bem como a aflição e o sofrimento psicoemocional por que passou a paciente com o impasse criado com a injustificada recusa na liberação do procedimento e considerando a função punitivo-pedagógica da indenização (BRASIL, 2019).

Assim, o magistrado definiu o valor que considerou razoável ao dano sofrido, sem mais especificidades.

Na 28ª vara, detectaram-se 26 sentenças, entre as quais, somente 4 tiveram o deferimento do pagamento de danos morais; em 18, o pedido foi julgado improcedente; e em 4, a parte não pediu.

Verifica-se, portanto, que, na perspectiva dessa vara, é incomum a outorga de indenização por danos morais em processos relativos a planos de saúde. O fundamento utilizado

pelo magistrado é que há a imprescindibilidade de se comprovar a lesão da dignidade humana e que, sem isso, não se deve aludir a reparação de danos morais.

Nos 4 processos em que existiu o deferimento, estes foram arbitrados em R\$2.000,00 (dois mil reais), R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A título de exemplo, analisou-se a sentença do processo de nº 0135664-94.2019.8.06.0001, em que o magistrado viu caracterizado o dano moral *in re ipsa* e estipulou que “a fixação da indenização por danos morais deve atender ao princípio da razoabilidade, observando-se o grau de culpa do fornecedor, bem como o seu porte econômico e as peculiaridades do caso”.

Ao se analisar os processos que tramitaram na 35ª vara, verificou-se que, das 33 sentenças localizadas, em 20, foi deferido o pagamento de indenização por danos morais; em 8, o pedido indenizatório foi julgado improcedente; em 2, a parte não pediu; e, em 3, não foi possível obter a informação em decorrência de acordos realizados.

Nota-se que, na vara indicada, a média do valor arbitrado, quando existente a condenação em danos morais, é de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e o valor máximo, R\$10.000,00 (dez mil reais), este último referindo-se a apenas 2 dois dos processos.

A fundamentação utilizada para a procedência do pleito indenizatório de danos morais na vara em questão pairou também, predominantemente, na caracterização do dano moral *in re ipsa*, entendendo-se que este é presumido, não existindo a necessidade de prova. Corroborando com o exposto, segue trecho da sentença do processo de nº 0160762-86.2016.8.06.0001:

Constata-se o dano moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral do lesado e tal verificação é suscetível de fazer-se diante da própria realidade fática, pois como respeita à essencialidade humana, constitui fenômeno perceptível por qualquer homem normal. O dano moral é presumido, pois decorre do próprio fato ilícito, não havendo que se falar na exigência da comprovação do prejuízo, vez que tal tipo de ofensa atinge o patrimônio subjetivo do indivíduo, independentemente, portanto, de prova (BRASIL, 2019).

Segundo o magistrado da 35ª vara, para respaldar o arbitramento do valor, analisou-se “a gravidade da conduta da requerida e a dupla função da indenização, notadamente o seu caráter punitivo” (BRASIL, 2019).

Nos processos nº 0869881-98.2014.8.06.0001 e nº 0160049-48.2015.8.06.0001, a justificativa para a condenação de R\$10.000,00 (dez mil reais) foi exatamente a acima exposta, no entanto o juízo entendeu que a parte fazia jus ao pagamento de valor superior ao comumente aplicado, sem maiores especificações do motivo.

Já nos processos em que houve improcedência do pedido dos danos morais, o magistrado entendeu a ilegitimidade total da solicitação em 5 dos casos; e, em 3, houve a procedência parcial, somente não ocorrendo o deferimento da indenização.

Examinando-se os processos da 39ª vara, foram achadas 29 sentenças, entre as quais, 17 tiveram o pedido de indenização por danos morais julgado como procedente; 8, improcedente; e 4, a parte não pediu.

O valor predominantemente fixado para condenação em danos morais foi de R\$5.000,00 (cinco mil reais), correspondendo a 9 casos. Para as demais situações, houve: 1 sentença com condenação em R\$3.000,00 (três mil reais), 1 sentença com condenação em R\$4.000,00 (quatro mil reais), 2 sentenças com condenação em R\$8.000,00 (oito mil reais) e 4 sentenças com condenação em R\$10.000,00 (dez mil reais).

O fundamento para a concessão é que a negativa indevida de determinado procedimento gera inequívoco abalo psicológico que ultrapassa a esfera do mero dissabor, configurando o dano moral indenizável. Já no que diz respeito aos valores, o juízo entende que se deve considerar a gravidade da moléstia que acometia o autor, bem como os parâmetros de indenizações arbitradas em casos semelhantes pelo TJCE e pelo STJ.

4.3 ANÁLISE DO QUESTIONÁRIO APLICADO AOS MAGISTRADOS

Como já mencionado, magistrados das varas analisadas neste trabalho responderam a um questionário enviado pela presente autora, através de e-mail ou Whatsapp com um link gerado na plataforma “Google Forms”, visando a análise da parametrização de danos morais em processos que envolvem planos de saúde. Ao final, obtiveram-se 10 respostas.

A primeira pergunta tratou da quantidade de demandas relativas a planos de saúde, enquanto a segunda (FIGURA 2) buscou entender se, na visão dos indagados, houve ou não um aumento de processos nessa conjuntura, resultando em 80% de respostas positivas.

Figura 2 – Segunda pergunta do questionário



Fonte: Elaborada pela autora.

Todos os magistrados ainda afirmaram que os autores das ações judiciais envolvendo planos de saúde pleiteiam danos morais, sendo que 90% deles asseguraram ser o montante

indenizatório requerido superior a R\$10.000,00 (dez mil reais). Os 10% restantes disseram que o valor pleiteado é, normalmente, superior a R\$5.000,00 (cinco mil reais), mas inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais).

Na quinta pergunta (FIGURA 3), os respondentes demonstraram entender que, via de regra, existe condenação ao pagamento de danos morais em processos que envolvem planos de saúde.

Figura 3 – Quinta pergunta do questionário



Fonte: Elaborada pela autora.

Ademais, verificou-se que 80% das respostas pontuam o valor dos danos morais nesse tipo de ação como superior a R\$5.000,00 (cinco mil reais) e inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais). Os outros 20% informaram que, usualmente, a quantia é de até R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Ao final do questionário, foi disponibilizado um espaço para considerações dos magistrados no que se refere à parametrização de danos morais e aos critérios analisados no caso concreto, obtendo-se as seguintes respostas:

Figura 4 – Oitava pergunta do questionário

8) Na sua opinião existe uma parametrização para atribuição de danos morais? O que se leva em consideração no caso concreto?

10 respostas

Depende do caso concreto. O valor é atribuído em função do caso em julgamento

A gravidade da patologia, bem como os argumentos ou a falta deles para a negativa das solicitações.

Sim. Em regra a demora no atendimento.

Fonte: Elaborada pela autora.

Figura 5 – Oitava pergunta do questionário (cont.)

Não existe parâmetro.

Infelizmente não.

O que se leva em consideração: o fato de estar claro no contrato que era para fornecer o que se está sendo pleiteado; tempo que levou para o cumprimento da liminar (caso tenha sido deferida); ser idoso; gravidade da doença, dentro outros.

Não. Os parâmetros são geralmente generalistas.

Não. As particularidades do caso concreto, tal como a razão pela qual foi negada a cobertura reclamada.

A dimensão e as consequências do dano a ser reparado

Fonte: Elaborada pela autora.

Portanto, segundo os próprios magistrados, não existe um parâmetro para atribuição de danos morais em processos que envolvem planos de saúde, sendo o cabimento de tal indenização analisado de acordo com o caso concreto.

4.4 ANÁLISE DE CASOS

Nesta seção, apreciou-se alguns casos que explicitam a falta de parametrização de danos morais em ações que envolvem planos de saúde, com a exemplificação de ocorrências semelhantes, tramitadas na mesma vara, mas que foram julgadas com aparente divergência.

4.4.1 Cirurgia Bariátrica

Dentre os processos em análise, identificou-se 10 ajuizados devido à negativa por parte do plano em realizar um procedimento de cirurgia bariátrica. Selecionou-se dois deles, os de nº 0122504-36.2018.8.06.0001 e nº 0160923-62.2017.8.06.0001, para aprofundamento e sinalização das justificativas utilizadas em seus respectivos julgamentos. O primeiro tramitou na 38ª Vara Cível e o segundo, na 34ª. Ambos foram escolhidos em razão da ocorrência de condenação do julgado ao pagamento de danos morais, mas com valores distintos.

Em síntese, a causa antecedente referiu-se a uma ação de obrigação de fazer cumulada a danos morais, na qual alegou-se que o autor solicitou a cobertura cirúrgica para gastroplastia (cirurgia bariátrica), tentando a correção de seu quadro de obesidade. Porém, o pedido foi negado sob a argumentação de que o plano contratado não abonava o procedimento, pois este não constava no Rol da Agência Nacional de Seguro Suplementar.

Ao julgar o mérito da demanda, o magistrado compreendeu que a justificativa do plano não merecia prosperar, uma vez que ainda que “tal procedimento não esteja previsto no aludido Rol, a ANS não possui função limitadora, mas sim o papel de garantir os procedimentos mínimos necessários a serem observados pelos planos e operadoras de saúde”.

Logo, reconhecendo a conduta ilícita, determinou procedente a reivindicação e reconheceu a existência de danos morais, sendo inequívoco o abalo psíquico sofrido pelo autor e paciente em razão da negativa indevida.

Diante disso, fixou o valor de R\$3.000,00 (três mil reais) a ser pago, como pode ser verificado no trecho da sentença abaixo, onde deixam-se claros os critérios para a estipulação desse montante:

Diante das peculiaridades do caso, considerando a potencialidade da conduta, as condições econômicas do promovido, o grau de lesão sofrido pelo autor, a intensidade da culpa, o seu caráter compensatório e inibitório, além de precedentes deste juízo em situações análogas, entendo que a quantia de R\$3.000,00 (três mil reais) se apresenta dentro da proporcionalidade e razoabilidade exigida nesse tipo de aferição subjetiva (BRASIL, 2019).

No caso seguinte, tem-se algo semelhante: uma ação de obrigação de fazer cumulada à indenização por danos morais, na qual a parte autora alega ser portadora de obesidade mórbida desde a infância, necessitando realizar cirurgia bariátrica que foi indevidamente negada pelo plano de saúde sob a fundamentação de que a paciente não preenchia os requisitos exigidos para cobertura, desobrigando, assim, o plano de fornecer o tratamento almejado.

Na apreciação do litígio, o juiz entendeu que o pedido autoral merecia deferimento, dado que todos os requisitos necessários para autorização da cirurgia foram comprovados nos autos. Por conseguinte, passou-se à análise dos danos morais pleiteados, concluindo que a parte autora “experimentou ofensa que lhe marcou negativamente, ou seja, restou cabalmente demonstrado o dano moral alegado”, assim definindo os danos morais em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Finalizando, ao investigar essas duas demandas, buscou-se atestar que, em casos semelhantes, os danos morais foram arbitrados em montantes divergentes sem contemplar qualquer parâmetro objetivo ou tratamento das especificidades dos casos.

4.4.2 Homecare

Outro assunto recorrente nos casos analisados paira na negativa de tratamento em *homecare*, ou domiciliar, havendo 30 processos versados nessa causa. Posto isso, escolheu-se

esmiuçar apenas um deles, tendo em vista o valor de danos morais fixado, que foi o maior encontrado na coleta de dados.

Trata-se do processo de nº 0087062-58.2008.8.06.0001, que tramitou na 18ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. Em resumo, discorre sobre uma ação de obrigação de fazer cumulada a danos morais, ajuizada por uma menor impúbere, representada por seus genitores.

A narrativa traz a paciente, nascida com paralisia cerebral, que, aos 6 anos de idade, precisou ser internada por ventura de uma infecção respiratória. Dias depois, foi necessária a colocação de um cateter para que a aplicação do medicamento endovenoso fosse continuada. Ocorre que, dez horas após o procedimento, a menina apresentou hipossaturação, tendo que ser levada à Unidade de Tratamento Urgente. Verificou-se, então, por intermédio de exames, que houve a perfuração de um dos pulmões no ato da colocação do cateter e a autora teve de permanecer internada por mais trinta dias devido a uma bactéria que contraiu no ambiente hospitalar, sendo, posteriormente, encaminhada, pelo médico que acompanhou o caso, para tratamento domiciliar, o que foi negado pela operadora do plano de saúde.

Por consequência, os representantes legais da criança requereram, além da obrigação de fazer o atendimento domiciliar, a condenação da operadora ao pagamento de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por danos morais, em razão da negativa e do erro médico cometido.

Ao julgar o mérito da ação, o Douto Juízo reconheceu a legitimidade do atendimento domiciliar, diante da necessidade comprovada pelos documentos nos autos; bem como a existência de ato ilícito e nexos causal em relação a negativa da operadora do plano. Quanto ao erro médico, confirmou a responsabilidade solidária do plano de saúde e do hospital conveniado, cabendo, portanto, a condenação por danos morais. Ao fixar a quantia desses danos, foram dispostos os seguintes termos:

Reconhecido, assim, o dever de indenizar, resta o exame do quantum indenizatório. Diante da inexistência de parâmetros estabelecidos por lei para a quantificação do dano moral, doutrina e jurisprudência vêm se manifestando no sentido de que a indenização deve ser fixada em valor suficiente a compensar o ofendido pelo prejuízo experimentado sem gerar enriquecimento indevido, desestimulando, por outro lado, a reiteração da conduta pelo ofensor, o que exige do magistrado a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. **Com efeito, à falta de critérios objetivos, deve o juiz, ao fixar o valor da indenização, agir com prudência, atendendo às peculiaridades do caso sob julgamento e à repercussão econômica da condenação**, de modo que não crie uma fonte de enriquecimento, nem menospreze os prejuízos sofridos pela vítima do ilícito (BRASIL, 2019, grifo nosso).

No presente caso, o magistrado procedeu o cabimento da reparação por danos morais, fixando-a no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), destacando que este seria

“proporcional à conduta praticada pela requerida, além de ser suficiente e adequado à efetiva reparação do ofendido pelos danos morais sofridos”.

Inferiu-se dessa ocorrência que, de fato, não existem critérios objetivos para aprazamento dos danos morais, sendo, portanto, subjetivados pelo juiz, que, ao analisar o caso concreto, estabelece o valor entendido como apropriado.

4.4.3 Terapia Multidisciplinar – Método Therasuit

Por fim, o último assunto frequente nos casos pesquisados alude à negativa pelo plano de saúde para o tratamento multidisciplinar com o método *Therasuit*, que, a propósito, condiz a uma técnica nova, motivo de muitas controvérsias no poder judiciário.

Para abordar essa modalidade e suas repercussões no foro, optou-se por dois processos nos quais, em um deles, houve a legitimação da obrigação de fazer, mas não a de danos morais; e, no outro, ocorreu a total procedência da ação, com fixação de danos morais em R\$10.000,00 (dez mil reais).

O primeiro caso compete ao processo de nº 0119554-54.2018.8.06.0001, que tramitou na 39ª Vara Cível. Cuida de uma ação de obrigação de fazer cumulada a danos morais, ajuizada por um menor, representado por sua genitora, em face de uma operadora de plano de saúde. O autor alegou ser portador de Mielomeningocele Nível Lombo-sacral e Transtorno do Espectro Autista, sendo solicitado pela fisioterapeuta tratamento motor, em quatro módulos ao ano, com o método *Therasuit*. O pedido foi formulado perante a operadora do plano, mas não houve retorno, o que fundamentou o ajuizamento da ação. O autor requereu, além da obrigação de fazer, a condenação do plano ao pagamento de danos morais em R\$20.000,0 (vinte mil reais).

Ao apresentar a contestação, a operadora disse que o tratamento não consta no Rol de procedimentos obrigatórios da ANS e pode trazer risco à saúde do paciente, pois é um modelo conhecido apenas na literatura. Afirmou, ainda, que o plano já garante acompanhamento por equipe multidisciplinar com profissionais de sua rede credenciada e que, por isso, não existindo conduta ilícita, não há configuração de danos morais.

No julgamento do mérito da demanda, o magistrado entendeu que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, não cabendo, portanto, a alegação do plano de saúde da não previsão de cobertura do tratamento pretendido. Sustentou que a necessidade do método restou provada pelo relatório médico, que ressaltou a utilização do *Therasuit* como para melhor evolução do paciente. Assim, interpretou que, por existir indicação expressa de médico especialista e profissionais da área da saúde, não competia

ao plano negar a cobertura e deixar de assegurar o tratamento necessário, até porque, no contrato, existe a cobertura da especialidade de neurologia, relacionada à paralisia cerebral do autor. No que tange aos danos morais, o juiz expôs a insustentabilidade da seguinte forma:

[...] mostra-se descabida a indenização, haja vista se tratar de interpretação de regra do contrato e das normas da agência reguladora competente. [...] Por fim, cumpre dizer, a controvérsia em torno da possibilidade de cobertura ou não de novas técnicas para tratamento da saúde, até pela dificuldade operacional de contratar profissionais para atendimento do paciente, já afasta a existência de ato ilícito relativo ao inadimplemento contratual, em face da não-violação de regra contratual expressa, no que restou descabida a indenização por dano moral em face de ausência de violação a direito da personalidade (BRASIL, 2019).

Constata-se, portanto, que, a pretexto de ser uma nova técnica, o Douto Juízo considerou que não houve ato ilícito, haja vista que o plano de saúde apenas interpretou o contrato vigente e as normas da ANS, não sendo o inadimplemento contratual capaz de gerar danos morais.

Todavia, esse não foi o mesmo o entendimento do prolator na sentença do processo de nº 0171785-58.2018.8.06.0001. Tramitado na 31ª Vara Cível e bastante símil ao caso anterior, condiz a uma ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, ajuizada por uma menor, representada por seu genitor, em face de uma operadora de plano de saúde.

A autora diz ter sido diagnosticada com paralisia cerebral na forma discinética (distônica), o que compromete todos os movimentos dos membros superiores, inferiores e o cognitivo. Diante do quadro, afirmou necessitar de tratamento multidisciplinar pelo método *Therasuit*, com neurologista, fisioterapeutas, terapeutas e fonoaudiólogos, intentando otimizar ganhos motores. Sustentou que o plano de saúde requerido não autorizou os recursos.

Em sede de defesa, o plano declarou que a negativa se deveu pelo fato de o tratamento não ser acobertado pelo Rol da ANS e estar fora da rede credenciada, sendo, então, abarcado pela hipótese de exclusão de cobertura. Enfatizou ser incabível a condenação por danos morais, requerendo improcedência da ação.

Ao julgar o mérito da causa, o magistrado concluiu que a negativa do plano de saúde viola a dignidade da pessoa humana, devendo ser aplicado no caso concreto o princípio da boa-fé subjetiva e a função social do contrato. A conferir:

Bem, a negativa da acionada contrariou expressas e diversas prescrições médicas, avultando a necessidade da realização do tratamento, seja como forma de tentar recuperar a saúde do(a) paciente, seja como meio para não aumentar o sofrimento, implicando na urgência e na necessidade dos serviços requestados, até porque a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (art. 3º, III, da CF/1988), que deve se sobrepor ao próprio aspecto estritamente econômico da relação de consumo. [...] Deve-se, no caso em tela, afastar o princípio do *pacta sunt servanda* e, em seu lugar, aplicar o princípio da boa-fé subjetiva e da função social do contrato.

Verifica-se que a recusa pela requerida contrariou a própria natureza do plano contratado e, conseqüentemente, da assistência à saúde (BRASIL, 2019).

O Douto Juízo comunicou ainda que, como a doença da parte autora é abrangida pelo contrato firmado pelas partes, os tratamentos relacionados a ela devem ser obrigatoriamente custeados, assentando que “a exclusão do fornecimento do tratamento prescrito, no caso vertente, revela-se abusiva, sendo nula, de pleno direito, a cláusula contratual que exclui sua cobertura, que deve ser afastada, no caso concreto, pela atividade hermenêutica do julgador”.

Feitas essas considerações, o juiz compreendeu ser cabível a indenização por danos morais, pois o constrangimento passado pela parte autora fez com que esta ajuizasse ação para a garantia de seu direito, não se tratando de mero aborrecimento. Ao fixar o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, utilizou os seguintes fundamentos:

Portanto, com relação aos danos morais, levando em consideração o fato de ter notícia nos autos de que a indevida recusa no tratamento da parte autora concorre para a demora no atraso do cumprimento da tutela deferida, levando-se em conta a boa condição financeira da parte promovida e verificando o real sofrimento da parte promovente, entendo que a verba indenizatória deve ser fixada em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estabelecidos na Constituição Federal, com a extensão do dano e sua repercussão na esfera moral, não podendo, de forma alguma, a reparação ser causadora de um enriquecimento sem causa. Reputo exagerado o valor pedido na inicial de R\$30.000,00 (trinta mil reais) e entendo proporcional ao malefício experimentado pela parte promovente a condenação no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), pois suficiente para amenizar o desgaste emocional na autoestima da parte autora presumido na espécie, sem proporcionar enriquecimento indevido, ao mesmo tempo em que se presta a incutir na parte demandada a necessidade de maior diligência no desempenho de suas funções empresariais (BRASIL, 2019).

Posto isso, ao analisar os dois casos referentes à autorização do tratamento multidisciplinar pelo método *Therasuit*, verifica-se uma clara divergência de entendimentos em casos extremamente semelhantes. Ambos apresentaram procedência de obrigação de fazer, mas a condenação em danos morais foi legitimada apenas em um, o que evidencia certa fragilidade nas decisões em uma mesma comarca.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, verificou-se que a saúde nem sempre foi uma garantia para todos os cidadãos. Apenas com a Constituição de 1988, estes passaram a ter direito a ela como direito fundamental, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Apesar disso, a Constituição Federal estabelece a possibilidade de a saúde ser prestada diretamente por entidades privadas, a denominada saúde suplementar e, com isso, muitas pessoas optam pela realização de contratos de assistência de saúde privada, devido às dificuldades que encontram para ter acesso ao SUS, o que acarreta em um aumento constante de usuários de planos de saúde.

Assim, em razão da enorme quantidade de beneficiários, os planos de saúde, reiteradamente, negam determinados tratamentos ou procedimentos, fazendo com que os contratantes busquem o Poder Judiciário para rever a negativa que consideram como indevida e isso dá origem à judicialização da saúde.

Nota-se que os usuários procuram, além da obrigação de fazer para que seja deferido o tratamento ou procedimento pleiteado, a indenização por danos morais. O entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça é que a negativa indevida por parte das operadoras gera o dano moral “*in re ipsa*”, ou seja, o dano moral que é presumido e, embora seja essa a compreensão do STJ, os Tribunais dos Estados, bem como os magistrados de primeiro grau, possuem linhas de raciocínio divergentes quanto ao cabimento ou não de danos morais, podendo ser afirmado que eles, por sua vez, não possuem uma base consolidada sobre o tema de que se é cabível ou não a reparação por danos morais diante de uma recusa indevida por parte de um plano de saúde.

Dessa forma, na presente pesquisa, analisou-se a possível existência de um parâmetro utilizado pelos Magistrados das Varas Cíveis não especializadas da Comarca de Fortaleza/Ce, quanto ao deferimento ou não da indenização em comento. Observou-se, pela análise dos dados coletados, que não existe tal parâmetro quanto ao dever de indenizar, tampouco quanto ao valor a ser fixado em caso de procedência do pedido de danos morais, o que causa extrema insegurança jurídica para os usuários, uma vez que é nulo qualquer critério objetivo para essa aferição. Na aplicação do questionário, alguns juízes responderam, pontuando exatamente essa inexistência de padrão e que, para legitimação ou não, considera-se o caso concreto.

Não obstante, constatou-se que, quando há procedência do pedido de danos morais, ao estabelecer o valor da indenização, os Douto Juízos apenas afirmam que estão utilizando dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem maiores especificidades, momento em

que deveriam discorrer do porque o montante arbitrado, tratando com clareza do caso e não de forma genérica como é normalmente feito.

Tal situação causa uma extrema insegurança jurídica para as partes, pois, em casos semelhantes, não é incomum encontrar o mesmo pedido e causa de pedir, mas cujas conclusões são distintas, ocorrendo condenação em danos morais em um, enquanto no outro não; ou culmina a condenação em ambos, mas com quantias dispares.

Portanto, à vista de todo o exposto, é possível concluir que não existe um parâmetro seguido pelos magistrados das Varas Cíveis não especializadas da Comarca de Fortaleza/CE, no que concerne ao cabimento de danos morais em ações que envolvem planos de saúde.

Logo, diante da patente insegurança jurídica para os postulantes, pautada na ausência de uniformização de entendimento e na subjetividade para a determinação do sucesso ou não das demandas, o apropriado seria que os juízes, ao proferir uma sentença, estabelecessem os critérios que serviram de base para as suas decisões, distanciando-se de ideias genéricas ao delimitar precisamente os pontos do caso concreto. Outrossim, em casos de procedência de danos morais, o julgador deveria especificar como chegou ao valor indenizatório atribuído, já que, em muitos casos, o magistrado apenas afirma que utilizou dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sem adentrar na causa em si.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Dados Gerais**. Disponível em:

<<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 23 maio 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Como é Atualizado o Rol de Procedimentos**.

Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/atualizacao-do-rol-de-procedimentos/como-e-atualizado-o-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 23 maio 2020.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2015. – (Coleção Direito Econômico)

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

[Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>>. Acesso em: 12 out. 2020.

BITTAR, Alberto Carlos. **Reparação civil por danos morais**, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, L. C. B. Rol da ANS Taxativo ou Exemplificativo - Uma análise à luz do julgamento do REsp 1.733.013/PR. **Migalhas**, ano 21, 8 abr. 2020, Coluna Migalhas de Peso. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/324068/rol-da-ans-taxativo-ou-exemplificativo---uma-analise-a-luz-do-julgamento-do-resp-1-733-013-pr>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**:

promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 107, de 2 de julho de 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Caminhos do direito à saúde no Brasil**. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 20 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 1 nov. 2020.

BRASIL. **Resolução Normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2007.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTIyMw==>>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Resolução Normativa - RN nº 438, de 3 de dezembro de 2018.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 2012. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1NA==>>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **SUS: a saúde do Brasil.** Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2011.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.408.548 - PR (2013/0331666-4).** Relator Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 19 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48158725&num_registro=201303316664&data=20150526&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 maio 2020.

BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estud. av.**, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002>. Acesso em: 12 out. 2020.

CIRICO, P. F.; RESNER, A. A. R.; RACHED, C. D. A. Os impactos da judicialização na saúde suplementar. **Revista Gestão em Foco**, ed. 11, p. 56-71, 2019. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

CONDE, Luiz Felipe. A crescente judicialização e aumento da influência do Judiciário no sistema de saúde. **Consultor Jurídico (ConJur)**, [Rio de Janeiro], 18 dez. 2019. Coluna Jurishealth. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-18/judicializacao-influencia-judiciario-sistema-saude>>. Acesso em: 12 out. 2020.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 19(2):591-

598, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v19n2/1413-8123-csc-19-02-00591.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. – (Curso de Direito Civil brasileiro, vol. 7)

ESMERALDI, R. M. G. S. L.; LOPES, J. F. S. **Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIA, F. (coord.). Antes do SUS, saúde era para poucos. **Em Discussão!** Brasília, ano 5, nº. 19, fev. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>>. Acesso em: 12 out. 2020.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar** (manual jurídico de planos e seguros de saúde). 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

FINKELMAN, J. (org.). **Caminhos da saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

GONÇALVES, G. A. **A negativa indevida por parte do plano ou seguro de saúde privado gera direito à indenização por dano moral ao consumidor?**. 2019. 78 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/199936>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

LABOISSIÈRE, Paula. CFM: 93% dos brasileiros estão insatisfeitos com saúde pública e privada. **Agência Brasil**, Brasília, 19 ago. 2014. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-08/pesquisa-diz-que-93-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-atendimento-na>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINEZ, Lilia Estay. Excesso de processos gera entraves para a regulação da saúde suplementar. **Consultor Jurídico (ConJur)**, [Rio de Janeiro], 10 set. 2019. Coluna Jurishealth. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-10/judicializacao-gera-entraves-setor-saude-suplementar>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Canimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. **Notícias CNJ**, [Brasília], 18 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MENDES, Eugênio Vilaça. **O cuidado das condições crônicas na atenção primária à saúde: o imperativo da consolidação da estratégia da saúde da família**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOTA, B. R. P. **Judicialização da saúde**: Análise a partir das percepções de juízes federais e estaduais atuantes em Fortaleza-CE. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2017.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.21, n.1, jan.-mar. 2014, p.15-35.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. **A Saúde como Direito Humano Fundamental**. 2013. Monografia (Graduação em Medicina) – Faculdade de Medicina, Estácio, Juazeiro do Norte, 2013. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/medicina/a-saude-como-direito-humano-fundamental.htm#indice_20>. Acesso em: 12 out. 2020.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHMIDT, Ayeza. O direito à saúde e a essencialidade do bem contratado: o dano moral por recusa à cobertura em contratos de assistência à saúde privada. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.17, n. 2, pág. 618-645, Jul/Dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 09 nov. 2020.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde**: Saúde e Contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 257-264, jan. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SILVA, L. P. S. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2018. 65 f. Monografia (Especialização em Direito Público) – Pós-graduação Lato Sensu, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-e-o-princ%C3%ADpio-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SOBRINHO, Bruna *et al.* **Dano "In re Ipsa" e seus aspectos.** [Brasília], 2015. Disponível em: <<https://brunasobrinho.jusbrasil.com.br/artigos/195622872/dano-in-re-ipsa-e-seus-aspectos>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil na área da saúde.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. – (Série gvlaw).

STJ. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial: REsp 686209 RS 2004/0111329-9.** STJ - AgInt no AREsp: 1516463 SP 2019/0165382-3. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ: 29/10/2019, T4 – Quarta Turma, DP: DJe 05/11/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859908932/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1516463-sp-2019-0165382-3?ref=serp>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

STJ. **Recurso Especial: REsp 0087402-83.2016.8.11.0000 MT 2017/0176709-8.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 21/09/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501617198/recurso-especial-resp-1686022-mt-2017-0176709-8/decisao-monocratica-501617222>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

STJ. **Recurso Especial: REsp 0054607-85.2013.8.16.0001 PR 2018/0074061-5.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 20/02/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858176650/recurso-especial-resp-1733013-pr-2018-0074061-5/inteiro-teor-858176658?ref=serp>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

STJ. **Recurso Especial: REsp 0210602-05.2016.8.19.0001 RJ 2019/0281709-0.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 05/08/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896792786/recurso-especial-resp-1867027-rj-2019-0281709-0?ref=serp>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIANNA, G. L. **Judicialização da saúde suplementar: A concepção do "Direito como integridade" contra a discricionariedade judicial.** 2013. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2013.

VIEGAS, A. P. B.; CARMO, R. F.; LUZ, Z. M. P. Fatores que influenciam o acesso aos serviços de saúde na visão de profissionais e usuários de uma unidade básica de referência. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 24, n.1, p. 100-112, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v24n1/0104-1290-sausoc-24-1-0100.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020.

**APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO APLICADO AOS MAGISTRADOS DAS VARAS
CÍVEIS DA COMARCA DE FORTALEZA/CE**

**PARAMETRIZAÇÃO DE DANOS MORAIS EM PROCESSOS QUE ENVOLVEM
PLANOS DE SAÚDE**

Prezado (a) Magistrado (a), as seguintes perguntas poderão ser respondidas de forma objetiva, ademais, ao final do questionário será disponibilizado um espaço para quem desejar complementar seus entendimentos.

1) Há quanto tempo Vossa Excelência exerce a função de Magistrado(a)?

MENOS DE 10 ANOS ()

MAIS DE 10 ANOS ()

2) Verifica-se um aumento de processos que envolvem planos de saúde sendo levados à discussão do poder judiciário?

SIM ()

NÃO ()

3) Em regra, os demandantes pleiteiam danos morais nas ações que envolvem planos de saúde?

SIM ()

NÃO ()

4) Qual valor normalmente pleiteado?

ATÉ R\$ 5.000,00 ()

MAIS QUE R\$ 5.000,00 INFERIOR À R\$ 10.000,00 ()

SUPERIOR A R\$ 10.000,00 ()

5) Em regra, há condenação do plano de saúde ao pagamento de danos morais?

SIM ()

NÃO ()

6) Quando há condenação do plano de saúde ao pagamento de danos morais, qual valor atribuído normalmente?

ATÉ R\$ 5.000,00 ()

MAIS QUE R\$ 5.000,00 INFERIOR À R\$ 10.000,00 ()

SUPERIOR A R\$ 10.000,00 ()

7) Existe uma parametrização para atribuição de danos morais? O que se leva em consideração no caso concreto?

8) As partes costumam recorrer da decisão que indefere danos morais?

SIM ()

NÃO ()

9) Considerações finais:
