

## **Parecer em Apelação – Falta de cobertura do tratamento médico indicado ao paciente**

**PROCESSO N.º AAA**  
**APELAÇÃO CÍVEL**  
**PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL**  
**APELANTE: BBB**  
**APELADO: CCC**  
**RELATORA: DDD**  
**Parecer nº EEE**

Egrégia Câmara,  
Eminente Desembargadora-Relatora,

Cuida-se de Apelação Cível interposta por BBB, pessoa jurídica de direito privado, inconformada com a Sentença prolatada pelo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Manaus que, em Ação de Obrigação de Fazer, cumulada com Tutela Antecipada e Danos Morais, ajuizada por CCC, por negativa de intervenção cirúrgica pelo método *By-pass* Gástrico por videolaparoscopia, julgou procedente a ação de obrigação de fazer, confirmando a antecipação de tutela deferida e fixou em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a indenização por danos morais, além de honorários advocatícios no percentual de 15%.

Nas respectivas razões recursais a Recorrente contesta a presença dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada; assegura que, ao autorizar a realização da cirurgia pelo método convencional, não estava deixando de reconhecer o direito ao procedimento, mas apenas querendo preservar e diminuir os riscos inerentes à cirurgia bariátrica.

Afirma ser indispensável a existência de parecer favorável do Conselho Técnico e de Especialidades da Cirurgia Bariátrica, para a realização da mencionada cirurgia, não havendo

sobreposição do médico cooperado às normas da cooperativa.

A Recorrente colaciona jurisprudência no sentido de que, ao firmar o contrato com o consumidor, a cooperativa pode excluir certos riscos, de acordo com o plano de cobertura solicitado pelo contratante, regras estas submetidas ao princípio da autonomia da vontade.

A Apelante nega, ainda, a ocorrência do dano moral pleiteado, seja pela ausência de prova, seja pela inexistência de nexo causal entre a negativa da autorização para o procedimento cirúrgico e a frustração pela demora, afirmando, por fim, que a responsabilização civil do médico perpassa pela aferição da culpa.

O Recorrido apelou adesivamente, requerendo a elevação da quantia fixada a título de danos morais, ao argumento de que referida indenização deve satisfazer quem recebe e punir o agente causador do dano.

Processado o apelo, subiram os autos. Após, abriu-se vista ao *Parquet* para manifestação pertinente.

É o breve relato. Passa-se a considerar.

De início, constata-se a presença dos pressupostos de admissibilidade da Apelação principal e do Recurso Adesivo, nos moldes dos artigos 500, 508, 511 e 514, todos do CPC, não havendo óbice para que sejam conhecidos pelo Juízo *ad quem*.

Quanto ao *meritum causae*, vê-se que a Apelante, Unimed Manaus, insurge-se contra a decisão confirmativa da tutela antecipada que determinou a realização da cirurgia bariátrica, pelo método *By-pass* Gástrico por videolaparoscopia.

Como será ulteriormente especificado, o apelo constante do recurso principal não merece prosperar, na medida em que desprovido de fundamento legal doutrinário e jurisprudencial.

Na espécie, CCC, à época dos fatos portador de obesidade mórbida, no grau 3 (três), solicitou autorização para realizar o tratamento indicado pelo médico, a saber, cirurgia bariátrica, pelo método *By-pass* Gástrico por videolaparoscopia.

A Apelante não autorizou o tratamento indicado, ao argumento de que o Conselho Técnico e de Especialidades não recomendava a incorporação da cirurgia bariátrica pela via laparoscópica, tratando-se de obesidade mórbida.

No entanto, muito embora o aludido Parecer, constante dos autos, não recomende o método solicitado pelo Apelado, neste mesmo documento, cuja conclusão não é vinculativa, os especialistas arremataram que, aprioristicamente, ambas as técnicas da cirurgia bariátrica, barriga aberta e *By-pass* Gástrico, apresentam vantagens e desvantagens.

Para melhor esclarecimento, é válido reproduzir esta fração do Parecer emitido pelo Conselho Técnico de Especialidades.

*Ipsi literis:*

A cirurgia de *By-pass* gástrico com Y de Roux é considerada o padrão ouro para as cirurgias bariátricas, tanto por via aberta quanto laparoscópica.

Tanto uma técnica quanto outra apresentam vantagens e desvantagens do ponto de vista clínico. É difícil avaliar no geral, que tipo de complicação deve ser evitada, preferencialmente.

O custo da cirurgia laparoscópica é muito superior (cerca de 8 vezes mais) que a cirurgia aberta.

Não encontramos benefícios evidentes que justifiquem assumir esse custo mais elevado.

O CTE não recomenda a incorporação da via laparoscópica para a cirurgia de obesidade mórbida. (fl. 165).

Da análise desse trecho do Parecer, observa-se que, ao contrário do que afirma a Apelante, não foi pelos riscos que a técnica pode apresentar ao paciente que a equipe multidisciplinar da própria BBB deixou de recomendar a técnica *By-pass* Gástrico, na medida em que os dois métodos utilizados no procedimento cirúrgico apresentam benefícios e prejuízos. A inviabilidade está relacionada mesmo é com o alto custo proporcionado pelo procedimento indicado para o Apelado.

Dessa maneira, sob pena de incorrer em ilegalidade, a escolha do melhor tratamento não poderia (e não pode) ficar a critério da Apelante, por duas razões fundamentais: a primeira ligada à independência profissional do médico e a segunda relacionada à especificidade do tratamento que deve ser dado a cada paciente.

Ora, se fosse admitido que o plano de saúde indicasse qual o tratamento a ser dispensado a cada paciente, não se poderia falar em liberdade de atuação, inerente ao exercício profissional. Além disso, caso se admitisse referida interferência, não seria necessário que a pessoa acometida de qualquer patologia procurasse um médico. Bastaria dirigir-se diretamente ao plano de saúde contratado. Também seria dispensável a formação médica, sendo suficiente a criação de máquinas aptas a executar todas as ordens.

Afora isso, também é inaceitável que determinada técnica cirúrgica seja indicada sem levar em consideração as características do próprio paciente, as quais só podem ser aferidas por quem apreciou os exames médicos e laboratoriais, de maneira que não se pode chegar a outra ilação, senão a de que incumbe exclusivamente ao médico prescrever o tratamento. Qualquer cláusula contratual em sentido contrário a isso estaria eivada de vício insanável.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que, efetivamente, ao profissional da medicina cabe indicar o tratamento considerado mais adequado; ao plano de saúde compete a decisão sobre a cobertura ou não da doença. Estabeleceu-se este entendimento no Resp 668216/SP. *In verbis*:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo

simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 668216/SP; T3; Rel. Min. Menezes Direito; Data do Julgamento: 15/03/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 02/04/2007 p. 265; RDR vol. 38 p. 291; RNDJ vol. 91 p. 85).

Além de ilegal, chega a ser imoral a decisão administrativa que veda/proíbe/não autoriza determinada intervenção cirúrgica por ser dispendiosa. O consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, não pode sujeitar-se à lógica lucrativa do fornecedor do serviço, cabendo ao Judiciário assegurar-lhe os direitos e reprimir as lesões já praticadas.

Quanto à assertiva de que não estavam presentes os pressupostos para a antecipação da tutela, cabe pontuar ser esta matéria já preclusa. Este momento é inoportuno para discutir a legalidade da decisão que concedeu a tutela antecipatória. O agravo era o instrumento processual de que dispunha para contestá-la, não o fazendo, é defeso trazer o assunto para rediscussão.

Igualmente, não se aplica ao caso a extensa e laboriosa argumentação no sentido de que a decisão judicial teria violado as regras da liberdade de contratar. Esta discussão não pode ser trazida para os presentes autos simplesmente porque em momento algum do processo foi questionada a cobertura do plano de saúde.

Assim, não estando em questão as cláusulas contratuais em si, relativas a cobertura do plano, não há falar em interferência nas regras contratuais.

Da mesma forma, deve ser julgado improcedente o pedido de exclusão do dano moral fixado. Aliás, esta lesão de ordem

extrapatrimonial emerge claramente dos fatos, tendo em vista que a recusa em autorizar o tratamento trouxe complicações de ordem física e psicológica.

Não é preciso passar por situação semelhante para saber o quão é frustrante contratar um serviço essencial, como é o caso da assistência à saúde, e dele não dispor no momento adequado, sobretudo tratando-se de um obeso, pessoa acometida de sofrimento físico e psicológico.

Muito além desse sofrimento psicológico, a conduta da Apelante contribuiu para o aumento de peso do Apelado e para a sua internação subsequente.

Sendo o dano moral classificado como *re in ipsa*, ou seja, aquele cuja presunção de sua ocorrência decorre da própria narrativa fática, desnecessária é a realização de perícia para sua constatação.

O aresto do Superior Tribunal de Justiça embasa esta assertiva. *in verbis*:

AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA-CORRENTE - LETRA DE CÂMBIO - PROTESTO - DANOS MORAIS - COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - REEXAME DE PROVA - SÚMULA 7. I - É “nula a cláusula inserta em contrato de abertura de crédito que autoriza o credor a sacar letra de câmbio contra o devedor, com base em saldo apurado de forma unilateral na sua conta-corrente. Incidência da Súmula nº 60-STJ” (REsp 655034/SC, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 12.06.2006); II - Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*. III - Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte. IV - É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório

por dano moral apenas nos casos em que o *quantum* arbitrado pelo acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, situação que não ocorreu no caso concreto. Agravo improvido. (STJ. AgRg no Ag 1062888 / SP. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Data de Julgamento: 18.09.2008. Data de Publicação: DJe 08.10.2008). (Sem destaque no original).

Deparando-se com situações similares a que ora se apresenta, os tribunais têm reconhecido que da vedação a determinado tratamento resulta dano moral.

Foi este o entendimento firmado do AgRg no Ag 797325 / SC, STJ. Veja-se:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. LEGITIMIDADE. ESPÓLIO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. *QUANTUM*. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO. 1. “O espólio detém legitimidade para suceder o autor em ação de indenização por danos morais” (REsp 648.191/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 06.12.2004). 2. É possível a reparação moral quando, como no caso presente, os danos não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação de abalo psicológico em que se encontra o doente ao ter negada injustamente a cobertura do plano de saúde que contratou. 3. A análise dos motivos ensejadores da aplicação da multa por litigância de má-fé passa, necessariamente, no caso dos autos, pela interpretação de cláusulas contratuais e revolvimento de fatos e provas constantes dos autos, incidindo, pois, os vetos constantes das súmulas 05 e 07 desta Corte. Precedentes. 4. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil c/c o art. 255, do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a

demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular nº 284/STF. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 797325/SC; T4; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Data do Julgamento: 04/09/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 15/09/2008).

Importante mencionar, ainda, que a exigência mínima que se pode fazer a qualquer fornecedor, essencialmente àqueles que se dedicam a zelar pela saúde e vida humana, bem mais precioso, é que preste um serviço não apenas de qualidade, como também eficaz.

Se o serviço colocado à disposição do consumidor não apresenta essas características, cabe ao prejudicado recorrer ao Judiciário para pleitear a compensação ou reparação pelos danos decorrentes, até como forma de evitar novas violações aos direitos do consumidor.

Após a apreciação de todos os pontos da Apelação principal, passa-se para a análise do Recurso Adesivo, interposto com a finalidade de majorar a quantia fixada a título de danos morais.

No ponto, cabe consignar que, apesar de não existir parâmetro legal que estabeleça os critérios para a aferição do valor a ser pago a título de danos morais, o Magistrado, ao perseguir este desiderato, deve seguir alguns vetores, entre os quais se destacam o grau de reprovação da conduta lesiva, a capacidade econômica do ofensor e a proteção efetiva do direito.

Aplicando esses pressupostos às circunstâncias do caso em análise, admissível é o pedido de elevação do *quantum indenizatório*.

O grau de reprovação da conduta praticada pela Recorrente é inarredável, pois se o plano de saúde contratado cobre a doença do segurado, a Unimed não poderia recursar-se a autorizar o tratamento indicado pelo médico, ainda que mais dispendioso.

A compensação pelo dano moral sofrido também precisa atentar para seu caráter educativo, de maneira que o valor do



dano seja suficiente para desencorajar a reiteração da conduta ilícita.

Do mesmo modo, o *quantum* indenizatório deve representar uma defesa efetiva ao bem jurídico violado, na medida em que a proteção ineficiente de um direito pode ser comparada, quanto aos seus efeitos práticos, a própria impunidade. Em ambos, o agente infrator não se sente intimidado e o direito continuará sendo vilipendiado como se de proteção não dispusesse.

O Judiciário tem participação decisiva nessa questão, pois ao fixar uma indenização capaz de, ao mesmo tempo, compensar a vítima e punir o infrator, sem desprezar os demais elementos, no mínimo estará contribuindo para que os serviços postos à disposição do consumidor sejam prestados de forma eficiente.

Ao dissecar sobre o papel infligidor do dano moral, a doutrina é bastante enfática. Veja-se:

*O quantum* sancionatório a ser aplicado deve sobrelevar o dano moral aos demais existentes, de forma que obtenha uma valorização econômica suficiente a sobrestar a possibilidade de novos danos de igual natureza pelo agente ofensor e por outros, o que poderia, por falta de melhor parâmetro, amparar-se no potencial econômico deste. A importância obtida com a sanção aplicada ao infrator reverter-se-ia ao lesionado, mas não com o sentido de compensar ou atenuar a dor, e sim, como satisfação da promoção da justiça, onde o ofensor foi punido economicamente pelo dano cometido, servindo de exemplo para os demais membros da ordem social, e quando muito, saciando a vingança, inerente ao homem em tais casos<sup>1</sup>

Sem embargos dessas considerações, para a efetividade dos direitos fundamentais, considerando que o dano moral viola direitos da personalidade, a quantia indenizatória não pode ser irrisória, insignificante, pois ao invés de punir o infrator, estará incentivando a reiteração da conduta.

<sup>1</sup> AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). Dano Moral e sua Quantificação. 3 ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005. p. 27.

O Min. Luiz Fux, em brilhante voto proferido no Resp. 598.281/MG, destaca que, nas ações de dano moral, o juiz deve combater a lógica economicista das empresas, segundo a qual é mais rentável deixar que o prejuízo se realize do que preveni-lo.

*Ipsi literis:*

(...) Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se à tese anglo-saxônica do dano punitivo. “Na reparação por danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena”. O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, para a destruição da razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção. Na concepção punitiva, não se reclama dinheiro como preço nem como reparação, mas como satisfação exigida do culpado, a vindicta, a pena. O dano moral é uma sanção por algo imoral.” (STJ; T1; RESp. 598281/MG; Rel. Min. Luiz Fux (1122); Data do julgamento: 02/05/2006; DJ 01.06.2006. p. 147).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, majorou a quantia fixada a título de danos morais, em situação semelhante, por entender que o *quantum* estipulado pelo Tribunal *a quo* era irrisório.

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos

da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. - A quantia de R\$5.000,00, considerando os contornos específicos do litígio, em que se discute a ilegalidade da recusa de cobrir o valor de “stents” utilizados em angioplastia, não compensam de forma adequada os danos morais. Condenação majorada. Recurso especial não conhecido e recurso especial adesivo conhecido e provido. (986947/RN; T3; Rel. Ministra Nancy Andrigui (1118); Data do Julgamento: 11/03/2008; Data da Publicação/Fonte: Dje 26/03/2008).

No voto desse mesmo Recurso Especial a eminente Relatora cita diversos precedentes nos quais a Corte reconheceu o direito ao ressarcimento por danos morais advindos de injusta recusa a autorizar intervenções cirúrgicas indicadas pelo profissional da medicina.

Por todas as razões expostas, este Graduado Órgão Ministerial manifesta-se pelo conhecimento de ambos os recursos, pelo improvimento da Apelação principal e pelo provimento do apelo adesivo, para elevar o valor da indenização por danos morais.

É o parecer.

Manaus, 24 de abril de 2009.

**MARIA JOSÉ DA SILVA NARAZÉ**

Procuradora de Justiça

