



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. MAMOPLASTIA REDUTORA. NEGATIVA DE COBERTURA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE FINALIDADE ESTÉTICA. REEMBOLSO DE VALORES. AUSÊNCIA DE PEDIDO. QUESTÃO A SER ANALISADA EM AÇÃO PRÓPRIA.

I. No caso em tela, a sentença julgou improcedente a ação porque a autora realizou por conta própria, durante a tramitação do feito, a cirurgia de mamoplastia redutora, sendo que não há pedido de ressarcimento de valores na petição inicial. Contudo, a autora não pode ser prejudicada pela demora na prestação jurisdicional, inclusive porque a demanda foi ajuizada há mais de oito anos, sendo postergada a análise do pedido de antecipação de tutela formulado em duas oportunidades. Assim, como não há efetivamente pedido na petição inicial de reembolso das despesas, a questão deve ser analisada sob a ótica da existência ou não do direito à cobertura do procedimento cirúrgico, possibilitando, assim, o ajuizamento de futura demanda com vistas à cobrança dos valores.

II. Na presente demanda, a autora pretende a cobertura do procedimento de mamoplastia redutora, para o qual, segundo a operadora do plano de saúde, não há cobertura porque tem finalidade estética.

III. Contudo, a perícia médica realizada nos autos concluiu que não se trata de procedimento meramente estético, mas sim reparador, na medida em que a demandante apresentava repercussão torácica e na coluna agravados pelas mamas muito volumosas.



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

Ainda, de acordo com o *expert*, a autora realizou exaustivo tratamento conservador sem resultado satisfatório.

IV. Da mesma forma, o art. 10, II, da Lei nº 9.656/98, dispõe que somente poderão ser excluídos da cobertura dos planos de saúde procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, o que não é o caso dos autos.

V. De outro lado, os contratos de planos de saúde estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, na forma da Súmula 608, do STJ, devendo ser interpretados de maneira mais favorável à parte mais fraca nesta relação. Ademais, em que pese o procedimento não esteja elencado no rol da ANS, os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais doenças oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente. Além do mais, deve ser priorizado o direito à saúde e à vida em relação ao direito contratual. Incidência dos arts. 47 e 51, IV, § 1º, II, do CDC.

VI. Por conseguinte, é devida a cobertura pela operadora do plano de saúde.

VII. De outro lado, no que tange ao reembolso de valores, como não há efetivamente pedido na petição inicial neste sentido, a questão deverá ser analisada em ação própria, ocasião em que o réu terá a oportunidade de se manifestar sobre tal pleito, bem como de produzir provas no sentido contrário,



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

COMARCA DE GRAVATAÍ

MARIA EMILIA

APELANTE

CENTRO CLÍNICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores

DES.^a LUSMARY FATIMA TURELLY DA SILVA E DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO.

Porto Alegre, 31 de outubro de 2018

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD,

RELATOR.



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

RELATÓRIO

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD (RELATOR)

Trata-se de **recurso de apelação** interposto por **Maria Emília** contra a sentença que, nos autos da **Ação Cominatória de Obrigação de Fazer** ajuizada contra **Centro Clínico**, julgou a demanda nos seguintes termos:

*ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE esta ação movida por **MARIA EMÍLIA** contra **CENTRO CLÍNICO**, nos termos do artigo 487, inciso I, do NCPC, pelos argumentos acima declinados.*

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios em favor dos procuradores da parte adversa, que fixo em R\$ 880,00. Suspendo a exigibilidade da verba, frente a concessão da AJG (fl. 28).

Sustenta a petição recursal que restou inequívoca a necessidade e urgência da realização de cirurgia pela apelante, bem como a negativa do réu em realizar o procedimento. Afirma que a autora foi extremamente prejudicada pela demora da prestação jurisdicional, beneficiando o apelado. Refere que somente passados cinco anos da propositura da demanda é que foi realizado o laudo pericial que atestou a necessidade da realização da cirurgia, sendo que a sentença foi proferida oito anos



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

depois do ajuizamento. Argumenta que a autora custeou a cirurgia por questões de saúde, visto que não suportava as fortes dores de coluna que sentia, as quais eram agravadas pelos seios volumosos. Defende a condenação da ré ao reembolso dos valores gastos para a realização da cirurgia.

Requer o provimento do apelo (fls. 265/275).

Intimado, o réu apresentou as contrarrazões (fls. 277/285).

Subiram os autos a este Tribunal.

Distribuídos, vieram conclusos.

Cumpriram-se as formalidades previstas nos arts. 929 a 935, do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD (RELATOR)

O apelo é tempestivo. Dispensado o preparo em razão do benefício da justiça gratuita.

Para um melhor esclarecimento dos fatos debatidos nos presentes autos, peço vênia para transcrever parte do relatório da sentença:

*Trata-se de ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela movida por **MARIA EMÍLIA** em face de **CENTRO CLÍNICO**, sob os*



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

fundamentos, em suma, de que a autora foi diagnosticada com quadro inicial de hérnia de disco que está agravando-se pelo fato de possuir seios volumosos. Afirmou possuir cobertura de plano de saúde firmado com a requerida, contudo, ao requerer a realização de mamoplastia redutora teve seu pedido negado pela demandada. Sustenta ter alegado a ré que o procedimento é estético e não coberto pelo plano contratado. Refere que a cirurgia redutora não possui finalidade estética e é necessária para evitar avanços nos problemas da coluna (hérnia de disco). Pugnou pela realização do procedimento cirúrgico em sede de antecipação de tutela. Requereu a imposição de multa diária a ré para o caso de não proceder com a obrigação, a qual aduz lhe ser inerente. Pede AJG. Pela procedência dos pedidos contidos na inicial (fls. 02/12). Juntou documentos (fls. 15/27).

O pedido de AJG foi deferido e postergada a análise do pedido de antecipação de tutela (fl. 28).

A autora agravou da decisão, contudo, o recurso não foi conhecido pelo TJ.

Devidamente citada (fl. 51), a requerida apresentou contestação às fls. 52/65. Sustentou que o contrato mantido com a autora não prevê a cobertura para o procedimento requerido. Alegou inexistência de ligação entre a alegada hérnia de disco a hipertrofia mamária. Refere inexistência de ilegalidade no contrato firmando,



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

*sustentando ter sido entabulado de forma consensual.
Juntou documentos (fls. 66/190).*

No caso em tela, a sentença julgou improcedente a ação porque a autora realizou por conta própria, durante a tramitação do feito, a cirurgia de mamoplastia redutora, sendo que não há pedido de ressarcimento de valores na petição inicial.

Contudo, vênia devida, tenho que a autora não pode ser prejudicada pela demora na prestação jurisdicional.

Acontece que, lamentavelmente, a demanda foi ajuizada em 27.08.2010, ou seja, há mais de oito anos, sendo postergada a análise do pedido de antecipação de tutela formulado em duas oportunidades (02.09.2010 – fl. 28 e 28.05.2014 – fl. 221). Por sua vez, a perícia médica somente foi realizada em dezembro de 2015, mais de cinco anos do ajuizamento da demanda, enquanto que a cirurgia foi realizada de forma particular pela demandante em 20.04.2015 (fls. 245/254).

Nestas circunstâncias, como não há efetivamente pedido na petição inicial de reembolso das despesas, tenho que a questão deve ser analisada sob a ótica da existência ou não do direito à cobertura do procedimento cirúrgico, possibilitando, assim, o ajuizamento de futura demanda com vistas à cobrança dos valores.

Pois bem. No caso em tela, como visto, a autora pretende ver reconhecida a obrigação da operadora de plano de saúde em cobrir os custos necessários ao procedimento de mamoplastia redutora.



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

O requerido, por sua vez, alega que não é devida a cobertura para o procedimento, haja vista que o mesmo tem finalidade estética, nos termos da cláusula 2.1, "c", do contrato de plano de saúde (fl. 81).

Entretanto, a perícia médica realizada nos autos concluiu que não se trata de procedimento meramente estético, mas sim reparador, na medida em que a demandante apresentava repercussão torácica e na coluna agravados pelas mamas muito volumosas (fls. 234/235). Ainda, de acordo com o *expert*, a autora realizou exaustivo tratamento conservador sem resultado satisfatório.

Da mesma forma, o art. 10, II, da Lei nº 9.656/98, dispõe que somente poderão ser excluídos da cobertura dos planos de saúde procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, o que não é o caso dos autos.

Ademais, o contrato em tela está submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor. Inclusive, pacificada tal orientação no egrégio STJ, foi editada a Súmula 608, com o seguinte teor:

Súmula 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Nestas circunstâncias, o art. 47, do CDC, determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

Igualmente, deve incidir o disposto no art. 51, IV, § 1º, II, do CDC, segundo o qual é nula a cláusula que estabeleça obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem.

Também, mostra-se exagerada a cláusula que restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ameaçando seu objeto e equilíbrio, ou ainda que seja excessivamente onerosa ao consumidor.

Sobre o tema, Karyna Rocha Mendes, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela ESMP de São Paulo, assevera que (*in* Curso de Direito da Saúde, 1ª ed., Editora Saraiva, 2013, p. 635):

(...)

Com efeito, nos contratos de prestação de serviço de saúde, como já vimos, as cláusulas que infringem os princípios trazidos do Código de Defesa do Consumidor devem ser consideradas abusivas e, conseqüentemente, desconsideradas do pacto contratual. Nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, somente se aplicavam as normas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela legislação anterior especial aos seguros – num verdadeiro diálogo de fontes.

Pelo Código de Defesa do Consumidor temos a aplicação de cláusulas gerais de boa-fé, transparência, informação, normas que buscam o equilíbrio contratual com a proteção da parte vulnerável na relação, o consumidor. O que a Lei nº 9.656/98 fez foi consolidar o que já era considerado abusivo. O espírito



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

do intérprete deve ser guiado pelo art. 7º, do CDC, que autoriza a aplicação de lei e tratados que visem dar ao consumidor maior proteção.

De outro lado, com relação ao fato de o procedimento em questão não estar previsto no Rol da ANS, vale dizer que os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais doenças oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente.

Além do mais, vale dizer que deve ser priorizado o direito à saúde e à vida em relação ao direito contratual.

Nestas circunstâncias, não se tratando de procedimento com finalidade meramente estética, é devida a cobertura pela operadora do plano de saúde.

Sobre a questão, os seguintes precedentes deste Tribunal:

Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Inteligência da Súmula 469 do STJ. Hipertrofia mamária bilateral. Mamoplastia redutora em razão de problemas na coluna. Negativa de cobertura. Indicação cirúrgica para evitar agravamento de complicações na coluna vertebral. Conjunto probatório que demonstra que a indicação da mamoplastia redutora não tem caráter estético no caso concreto. Apelo não provido. (Apelação Cível Nº



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

70072402944, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 29/06/2017);

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO COMINATÓRIA. MAMOPLASTIA REDUTORA. PROBLEMAS NA COLUNA VERTEBRAL. INDICAÇÃO MÉDICA. FIM ESTÉTICO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de procedência exarada em ação cominatória relacionada à cobertura de contrato de plano de saúde. Consoante a exordial, a parte autora sofre de dorsalgia postural e lombalgia em razão do tamanho das mamas. Postulada a cobertura do plano para a cirurgia de redução, houve a negativa sob o fundamento de que não haveria cobertura contratual para tal procedimento, que, ademais, seria estético. 2. Havendo necessidade de a autora realizar procedimento denominado Mamoplastia Redutora, com o fim de aliviar os problemas na coluna, oriundos do excesso de peso das mamas, é dever da operadora de plano de saúde arcar com os custos da cirurgia, porquanto não há fins estéticos a justificar a recusa. 3. Ademais, a parte ré sequer impugna especificadamente o direito à realização da cirurgia. 4. Hipótese em que a gravidade da quadro de saúde autorizaria o recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, em homenagem aos princípios da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70062642715, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 13/10/2016);



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. REDUÇÃO DE MAMAS. INDICAÇÃO MÉDICA. COBERTURA DEVIDA. REEMBOLSO DE VALORES. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA NO CASO. 1. Trata-se de decisão recorrida publicada após a data de 18/03/2016, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, de modo que há a imediata incidência no caso dos autos da legislação vigente, na forma do artigo 1.046 do diploma processual precitado. 2. Evidenciada a necessidade e utilidade da tutela pretendida, uma vez que a parte autora busca o reembolso de valores despendidos com procedimento cirúrgico por ela realizado, merece ser afastada a preclusão de carência de ação por falta de interesse de agir. 3. O contrato em análise foi avençado entre as partes com o objetivo de garantir o pagamento das despesas médicas e hospitalares para a hipótese de ocorrer a condição suspensiva prevista naquele pacto, consubstanciada no evento danoso à saúde. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 4. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Súmula n. 469 do STJ. 5. Aplicáveis ao caso em exame as exigências mínimas previstas no plano-referência de que tratam os artigos 10 e 12 da legislação dos planos de saúde. 6. No presente feito restou comprovada a necessidade de realização da cirurgia de redução de mamas devido a problemas de saúde apresentados pela parte autora, que sofria de



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

deformidades na coluna em razão do excesso de peso naquele órgão. 7. Assim, não há que se falar em ausência de cobertura contratual ao tratamento postulado pela parte autora, porquanto este não se enquadra nas hipóteses de exclusão do artigo 10 da Lei nº. 9.656/98. 8. Em se tratando de prejuízo imaterial, somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para fins de indenização por danos morais, sob pena de banalizar este instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano, em especial quando se trata de responsabilidade contratual, cujo descumprimento deve ocorrer sem justa causa, ao menos aparente, a fim de seja autorizada a reparação pretendida. Rejeitada a prefacial suscitada e dado parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70075511907, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 18/12/2017);

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA DEREDEUÇÃO DE MAMAS. INDICAÇÃO MÉDICA. COBERTURA DEVIDA. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Súmula 469 do STJ. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, segundo o previsto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, a operadora de plano de saúde não pode impor obrigações abusivas que coloquem o consumidor em manifesta



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

desvantagem. 2. Na espécie, ficando evidenciada a necessidade da realização da cirurgia de redução de mamas, com intuito reparador devido a problemas de saúde apresentados pela autora, deve ser mantida a sentença que determinou a cobertura do procedimento pela operadora. 3. O descumprimento contratual, por si só, não dá ensejo ao reconhecimento de danos extrapatrimoniais. Constitui dano moral apenas a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, exorbitando a normalidade, afetem profundamente o comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, desequilíbrio e angústia, situação incorrente nos autos. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70074652322, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 30/08/2017).

Por fim, no que tange ao reembolso de valores, como não há efetivamente pedido na petição inicial neste sentido, a questão deverá ser analisada em ação própria, ocasião em que o réu terá a oportunidade de se manifestar sobre tal pleito, bem como de produzir provas, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** à apelação para julgar procedente a ação e reconhecer a obrigatoriedade do custeio do procedimento de mamoplastia redutora pelo réu.



JAPG

Nº 70079362034 (Nº CNJ: 0301415-08.2018.8.21.7000)

2018/Cível

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ao procurador da autora, fixados em R\$ 3.000,00, atualizados pelo IGP-M, até a data do pagamento, observado o art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

É o voto.

DES.^a LUSMARY FATIMA TURELLY DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO

De acordo com o insigne Relator, tendo em vista que as peculiaridades do caso em análise autorizam a conclusão exarada no voto.

DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA - Presidente - Apelação Cível nº 70079362034, Comarca de Gravataí: "À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO."

Julgador(a) de 1º Grau: PAULA DE MATTOS PARADEDA