RECURSO ESPECIAL Nº 1.796.568 - RS (2019/0046828-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE	:	ERASMO CARLOS PIROLI
RECORRENTE	:	JONES PIROLI
ADVOGADOS	:	MAXIMILIANO EVARISTO DE CASTRO LUCCHESI - RS078562 RAFAEL TAUFER E OUTRO(S) - RS094184
RECORRIDO	:	CÍRCULO OPERÁRIO CAXIENSE
ADVOGADOS	:	MARIANA MICHELON E OUTRO(S) - RS089675 CAMILA MIRANDA DE LIMA - RS094174

EMENTA

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC.** PLANO DE SAÚDE. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. COBERTURA PELA OPERADORA. RECUSA INICIAL. PROCEDIMENTO MÉDICO QUE FOI REALIZADO. AUSÊNCIA DE SEQÜELAS AO BENEFICIÁRIO. TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIDEROU QUE A DEMORA NÃO ACARRETOU DANOS MORAIS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

DECISÃO

ERASMO CARLOS PIROLI e JONES PIROLI (ERASMO e outro) ajuizaram ação cominatória em desfavor de CIRCULO OPERARIO CAXIENSE (OPERADORA), cujos pedidos foram julgados procedentes o fim de, tornando definitiva a a decisão que antecipou os efeitos da tutela, determinar à ré que forneça a medicação denominada *TEMODAL* no prazo de 24 horas contados da intimação, desde que indicado pelo médico assistente, sob pena de imposição de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento (e-STJ, fls. 288/295).

Irresignados, ERASMO e outro interpuseram apelação, que foi desprovida pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

> *Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral. Prefaciai de não conhecimento do pedido de majoração da verba honorária rejeitada. Mérito. Negativa de cobertura. Dano moral. Não caracterização. A operadora de plano de saúde não pratica ato ilícito gerador de dano moral, por si só, ao negar a cobertura de determinado procedimento, baseada em cláusula, segundo sua interpretação contratual. Danos morais não comprovados. Distribuição dos ônus sucumbenciais e verba honorária mantidas nos termos da sentença. Apelo não provido.* (e-STJ, fl. 323).

Os embargos de declaração opostos por ERASMO e outro foram rejeitados (e-STJ, fls. 352/355).

Inconformados, ERASMO e outro interpuseram recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando a violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil e art. 6º, VI, do CDC, por reputar que teria havido a prática de ato ilícito pela recorrida na medida em que o segurado necessitava de intervenção cirúrgica, sendo que a recusa inicial pela operadora de saúde causou profundos prejuízos de natureza moral que ultrapassam o mero aborrecimento. Também indicou dissídio jurisprudencial, tendo por paradigmas precedentes dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo e ainda desta Corte Superior.

Em juízo de admissibilidade, a Terceira Vice-Presidência do Tribunal estadual admitiu o referido apelo nobre (e-STJ, fls. 443/448).

É o relatório.

DECIDO.

O inconformismo não merece prosperar.

De plano, vale pontuar que o presente recurso especial foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

ERASMO e outro sustentaram que teria havido a prática de ato ilícito pela recorrida na medida em que o segurado necessitava de intervenção cirúrgica, sendo que a recusa inicial pela operadora de saúde causou profundos prejuízos de natureza moral que ultrapassam o mero aborrecimento.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de piso concluiu que a SEGURADORA, não obstante a sua resistência em autorizar a realização de cirurgia necessária, não teria causado abalo psíquico, aflição ou humilhação ao segurado, tendo sido rejeitada a pretensão de reparação dos alegados danos morais:

> *A condenação da ré à cobertura do tratamento pleiteado é questão preclusa, posto que ausente apelo da demandada quanto à sentença. O apelo diz respeito unicamente ao segundo pedido, de condenação por danos morais, que foi desacolhido pelo juízo.*
> *Nesse aspecto, em que pese a ocorrência de situação desagradável sofrida pela parte autora, não houve qualquer*

repercussão na esfera moral dos consumidores, tratando-se apenas de mero transtorno involuntário que não alcançou o limiar necessário a justificar reparação pecuniária.

No caso concreto de que ora se cuida, de fato não houve dano moral, restringindo-se à esfera da legítima discussão de cláusula contratual, do que não houve maiores sequelas ou prejuízos para o autor.

Também com o máximo respeito aos ínclitos Ministros do STJ que, no momento presente, estão consolidando posicionamento majoritário que orienta a jurisprudência no Brasil no sentido de se tratar de dano moral presumido, não posso concordar com esse entendimento.

Aliás, isso serve até mesmo para incentivar o demandismo, a judicialização, uma vez que a solução do conflito na esfera da mediação ou da conciliação não lograria acrescentar esse benefício secundário da indenização, limitando-se à cobertura de tratamento recusada. Permito-me, por entender oportuno e conveniente, ademais, trazer à reflexão dos colegas e, futuramente, do próprio STJ, se houver recurso especial, a análise da questão sob o víeis consequencialista que nos permite a AED - Análise Econômica do Direito.

(...)

A viabilidade econômico-financeira dos planos de saúde está submetida a rigorosos cálculos atuarias que procuram manter o equilíbrio entre receitas e despesas, em benefício da mutualidade. É obrigação da operadora de plano de saúde, na forma da Lei n. 9.656/1998, art. 8°, inc. VI:

> *Art. 8º VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos.*

E quando há o desequilíbrio atuarial, pode acontecer até mesmo o encerramento da operação, com o fechamento do plano de saúde pela ANS, por sua inviabilidade econômico-financeira que atender aos clientes da carteira. Veja-se o disposto no art. 24 da Lei n. 9.656/1998:

> *Art. 24. Sempre que detectadas insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico -financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.*

Tudo indica que um dos motivos pelos quais os planos de saúde individuais estão rareando no mercado seja este. Está havendo concentração no mercado, diminuindo o número de operadoras e aumentando a concentração em planos de saúde em grupo, em

prejuízo daqueles que não tem como neles ingressar, por não serem membros de alguma organização específica para esse propósito.

Não há dúvida que é a mutualidade quem ao final pagará a conta desse tipo de indenização por dano moral, acarretando desequilíbrio atuarial ao plano e diminuição de recursos para o atendimento de legítimas demandas dos clientes, na cobertura efetiva de tratamentos médicos e/ou odontológicos.

É por esse motivo que se justifica a análise criteriosa, atento às particularidades do caso concreto, se de fato houve ofensa ao direito da personalidade do indivíduo, não banalizando o reconhecimento do

dano moral, a ponto de em cada julgamento de procedência, além da concessão do tratamento postulado, muitas vezes discutível à luz das cláusulas do contrato, conceder-se a benesse de R$ 8.000,00 ou mais a título de "dano moral" (que será pago por todos os clientes da carteira).

Aqui, o fato não tem relevância jurídica, tratando-se de mero dissabor ou aborrecimento decorrente da forma de interpretação contratual pela ré. Destaco a lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho nos "Comentários ao Novo Código Civil", Vol. XIII, Ed. Forense, p. 104:

> *"Dano moral e inadimplemento contratual:*
>
> *Outra conclusão que se extrai desse novo enfoque constitucional é de que mero inadimplemento contratual, moral ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos dele decorrentes ficam alcançados pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então poderão configurara dano moral."*

Entendo que, apesar dos argumentos trazidos pela parte autora, as dificuldades enfrentadas com o intuito de obter o cumprimento da cobertura prevista no plano de saúde, não constituem, por si só, elementos suficientes a ensejar a indenização por dano moral. E isto porque, os dissabores sofridos não importam em abalo capaz de causar- lhe danos psicológicos de tal monta que possa ensejar a reparação a título de danos morais. A recusa na prestação de serviços não trouxe ao autor maiores conseqüências, eis que decorrentes da insatisfação de não ter o contrato de prestação de serviço sido prestado da maneira como pretendia. Entretanto, a ré o fez dada a interpretação (ainda que se possa entender equivocada) que fez da cláusula limitativa da cobertura.

> *Até porque, o STJ já teve oportunidade de assentar que "o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade" (REsp 338162/MG, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.02.2002).* (e-STJ, flS. 327/328 e 330/333).

Assim, a Terceira Turma do STJ possui precedentes no sentido de que a pretensão de reparação de danos morais advindos de retardo na realização de procedimento cirúrgico que o paciente considerava urgente, sem a produção de quaisquer seqüelas à sua saúde, encontra óbice na impossibilidade de revisão do entendimento firmado pelo Tribunal *a quo* sobre o pleito à luz do acervo fático-probatório carreado aos autos, a teor da Súmula 7 do STJ, conforme as ementas adiante reproduzidas:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MATERIAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ . AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> *1. A jurisprudência desta Corte entende que, quando a situação experimentada não tem o condão de expor a parte a dor, vexame, sofrimento ou constrangimento perante terceiros, não há falar em dano moral, uma vez que se trata de circunstância a ensejar mero aborrecimento ou dissabor, mormente quando o simples descumprimento contratual, embora tenha acarretado aborrecimentos, não gerou maiores danos ao recorrente. 2. No caso, o Tribunal de origem, mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, entendeu não estarem presentes elementos que configurem danos morais a serem indenizados, pois inexiste nos autos indício de que o recorrente tenha passado por percalços anormais, diversos daqueles decorrentes da própria doença.*
> *Consignou, ainda, que entre a recusa e a realização do procedimento indicado pelo médico assistente da recorrente decorreram poucos dias, de modo que houve o fornecimento do tratamento em tempo exíguo e hábil.*
> *3. Desse modo, a reversão do julgado afigura-se inviável para esta eg. Corte de Justiça, tendo em vista a necessidade de reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência, todavia, incabível, a atrair a incidência da Súmula 7/STJ.*

4. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no REsp 1727478/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, j. 13/11/2018, DJe 30/11/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA NA COBERTURA DE CIRURGIA DE REDUÇÃO DE MAMA. TRATAMENTO INDICADO POR MÉDICO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. SÚMULA 7 DO STJ. ÓBICE APLICÁVEL A AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. O col. Tribunal de origem concluiu, com base na interpretação dos elementos fáticos e probatórios dos autos, pela ausência dos requisitos ensejadores a indenização a título de dano moral, pela recusa na cobertura de cirurgia de redução mamária, fundada na ausência de inclusão do procedimento no rol da Agência Nacional de Saúde (ANS), bem como na ausência de cobertura contratual. Na espécie, não ficou configurada a conduta ilícita capaz de ensejar a indenização a título de danos moral.
2. A conclusão do acórdão estadual, no sentido de que a negativa de custeio de tratamento indicado por médico decorreu de interpretação de cláusula contratual e, por tal razão, não enseja dano moral indenizável é imune ao crivo do recurso especial, como ensina o verbete n. 7 da Súmula desta Casa, aplicável a ambas as alíneas do permissivo constitucional. Nesse sentido: AgInt no AREsp 919.156/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe de 28/11/2016.
3. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no AREsp 1289829/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Quarta Turma, j. 30/08/2018, DJe 05/09/2018)

RECURSO ESPECIAL. SAÚDE SUPLEMENTAR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA DE GASTROPLASTIA. SENSIBILIDADE ÉTICO-SOCIAL DO JULGADOR. AFERIÇÃO DO DANO MORAL PELA NEGATIVA DE COBERTURA. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO EXTRAPATRIMONIAL NO ILÍCITO CONTRATUAL. MERO ABORRECIMENTO CONFIGURADO.
1. Ação ajuizada em 20/06/12. Recurso especial interposto em 29/09/16 e concluso ao gabinete em 26/07/17. Julgamento: CPC/15.
2. O propósito recursal consiste em definir se os contornos da negativa de cobertura para realização de cirurgia de

gastroplastia da beneficiária de plano de saúde produziram dano moral compensável ou se consistiram em meros aborrecimentos.
3. Em relação aos litígios no campo da saúde suplementar, a conduta ilícita da operadora de plano de saúde, consubstanciada na negativa de cobertura de procedimentos previstos contratualmente, pode produzir danos morais ao beneficiário quando houver agravamento de sua condição de dor, de abalo psicológico e com prejuízos à saúde já debilitada.
4. A agutização de teses extremas - seja pelo afastamento genérico, seja pelo reconhecimento automático do dano moral - não encontra espaço dentro da noção de um processo judicial de resultados justos, cujo objetivo sempre renovado é encontrar a sensível e adequada pacificação do conflito de direito material trazido ao Poder Judiciário.
5. A adoção irrefletida de qualquer dos pontos, sem a devida articulação com as particularidades que individualizam as demandas judiciais, produz resultados inaceitavelmente injustos, quer por confiscar o direito legítimo à compensação das vítimas de verdadeira situação de abalo moral, quer por acolher dissimulações que em verdade quando muito se exaurem na esfera patrimonial sem ao menos triscar na sensibilidade do beneficiário de plano de saúde.
6. Na hipótese concreta, primeiro e segundo graus de jurisdição registraram que a negativa de cobertura não produziu piora no estado de saúde da beneficiária do plano de saúde, e nenhum dano que ultrapasse o dissabor cotidiano.
7. Recurso especial conhecido e não provido.
(REsp 1684257/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 14/08/2018, DJe 17/08/2018)

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. INTERNAÇÃO EM UTI. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DEFERIDA. FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DANO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA REFORMADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.
I - O Tribunal de origem, com base nas provas carreadas aos autos, reformou a sentença e não reconheceu a configuração de dano moral, considerando que: "Da análise de toda a documentação constante do bojo dos presentes autos, verifica-se que, na mesma data em que foi distribuída a ação, foi deferida a liminar pleiteada e a autora foi transferida para a UTI. Inexistiram, portanto, maiores complicações no feito que ensejem o recebimento da indenização pretendida".
II - A inversão do julgado na forma pretendida, considerando que não há notícia notícias nos autos de que a demora na internação tenha causado à parte recorrente qualquer dano à sua saúde,

> *demandaria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.*
> *III - Agravo interno improvido.*
> (AgInt no AREsp 977.298/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, j. 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

Nessas condições, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.

MAJORO os honorários advocatícios anteriormente fixados em desfavor de ERASMO e outro em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R$ 2.625,00 (dois mil seiscentos e vinte e cinco reais), nos termos do art. 85, § 11 do NCPC, observada a concessão da gratuidade da justiça.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º)

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro MOURA RIBEIRO

Relator