

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

5ª VARA CÍVEL

RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **0000287-88.2016.8.26.0555**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Obrigações**
 Requerente: **Kiutaro Tanaka**
 Requerido: **UNIMED SÃO CARLOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Vilson Palaro Júnior**

Vistos.

KIUTARO TANAKA, qualificado na inicial, ajuizou AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE LIMINAR, em face de UNIMED SÃO CARLOS – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, também qualificada na inicial, alegando seja beneficiário de plano de saúde UNIPLAN, contratado pela ré, no curso de cuja cobertura, em 24 de outubro de 2016, teria recebido diagnóstico médico de *adenocarcinoma de próstata* com recomendação de tratamento por *Radioterapia de Intensidade Modulada do Feixe (IMRT)*, cuja cobertura restou negada pela ré sob a alegação de se tratar de procedimento não contemplado pelo rol de procedimentos da ANS, negativa que entende abusiva por inexistir cláusula de exclusão expressa no contrato, à vista do que, pugnando pela aplicação do art. 6º, § 8º do CDC para inversão do ônus da prova, requereu a condenação da ré à prestação da cobertura do tratamento, bem como ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados.

Concedida a tutela de urgência para cobertura do tratamento, sob pena de multa diária, a ré ofereceu resposta sustentando que a negativa à cobertura estaria embasada no rol de procedimentos da ANS - Agência Nacional de Saúde - que admite o tratamento IMRT somente para tumores da região da cabeça e pescoço, impugnando eventual interpretação de que se trate de rol meramente exemplificativo, concluindo se cuide de procedimento não previsto no contrato, cujo item 3 do artigo 3º estabelecerá a observância desse rol da ANS para as coberturas, e se tratando de cláusula contratual escrita de fonte legível e tamanho idêntico às demais, não se vislumbraria abusividade, sustenta ainda, em relação ao dano moral, que o autor teria deixado de comprovar eventuais abalos dessa ordem, pugnando pela improcedência da ação.

O autor deixou de apresentar réplica.

É o relatório.

Decido.

Conforme se vê do documento médico de fl. 32, o autor, de fato, padece de *neoplasia maligna*, com recomendação expressa de tratamento de *radioterapia* com a


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

técnica *IMRT* (vide atestado de fl. 32).

Em circunstâncias tais, nos termos do enunciado da Súmula nº 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a conduta da ré acaba por implicar em abuso frente ao direito do autor, valendo à ilustração a transcrição do verbete: *"havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS"* (cf. Ap.º 1024863-05.2014.8.26.0554 - 7ª Câmara de Direito Privado TJSP - 26/01/20160).

Há que se destacar, ainda, que em se tratando de contrato de plano de saúde privado, as normas que regerão sua execução não se restringem ao Direito Privado, atento a se cuidar aí de típica relação de consumo, com o que a preferência à norma especial, de natureza pública, do Código de Defesa do Consumidor.

Partindo dessas premissas, analisada a negativa da ré, tem-se que o disposto no item 3 do artigo 3º, do contrato, a despeito de estabelecer que as coberturas observarão o rol de procedimentos editados pela ANS (*Agência Nacional de Saúde Suplementar*), ao não incluir a cobertura para o tratamento discutido (*Radioterapia de Intensidade Modulada do Feixe - IMRT*), não poderá ser havido como norma de exclusão do procedimento, atento a que *"interpretam-se restritamente as disposições derogatórias do Direito comum"* (CARLOS MAXIMILIANO ¹).

Ou seja, não havendo exclusão expressa, não há se pretender ampliada a restrição.

Também aplicável à hipótese o disposto pela Súmula nº 96 do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo a qual *"Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento"*.

Nesse sentido, o precedente jurisprudencial: *"Plano de saúde – Ação de obrigação de fazer – Negativa de cobertura para tratamento de câncer com radioterapia na modalidade IMRT, por falta de inclusão no rol da ANS – Inadmissibilidade – Aplicação da Súmula 102 do Tribunal de Justiça – Cabe ao médico especialista eleger o tratamento mais conveniente à cura do paciente e não ao plano – Sentença mantida – Recurso improvido"* (cf. Ap. nº 1024863-05.2014.8.26.0554 - 7ª Câmara de Direito Privado TJSP - 26/01/2016 ²).

Também: *Ação cominatória com pedido de tutela antecipada e indenização por danos morais e materiais. Plano de Saúde. Autor portador de câncer de próstata. Tratamento médico. Indicação de radioterapia com a técnica de IMRT. Recusa de cobertura. Alegação de que o procedimento não está listado na resolução da ANS. Irrelevância. Exclusão de cobertura contratual. Abusividade - art. 51, IV e §1º, II, do CDC. Súmula 102 do TJ/SP"* (cf. Ap. nº 1016240-53.2014.8.26.0100 - 7ª Câmara de Direito Privado TJSP - 05/02/2015 ³).

À vista dessas considerações, é de rigor concluir que a negativa da ré em fornecer o tratamento prescrito por médico como o mais indicado para o autor mostra-se abusivo e carente de amparo legal, cumprindo-nos acolher a demanda no que tange ao

¹ CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, RJ, 1988, n. 123, p. 121.

² <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultado>

³ www.esaj.tjsp.jus.br.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

custeio integral de radioterapia com a técnica IMRT em favor do autor.

Em relação ao o dano moral, caracterizando-se como aquele que "*lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente*" (Gagliano, Pablo Stolze; *Novo curso de direito civil, volume III, Ed. Saraiva, 2008, p. 55*), não se nos afigura presente, cumprindo-nos concluir, com o máximo respeito ao entendimento do autor, se tenha aqui um dissabor e aborrecimento próprio da relação contratual, não devendo dar ensejo à reparação por dano moral.

Conforme define a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, "*Segundo a doutrina pátria, 'só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo'*" (REsp nº 844736/DF, Relator Ministro Luis Salomão, j. 27/09/2009).

Diga-se ainda, o período entre a negativa da ré e a concessão de tutela de urgência não foi largo, não sendo, assim, possível admitir tal fato como suficiente a gerar desequilíbrio psicológico, renove-se o máximo respeito, não cabendo se cogitar, de outra parte, na necessidade do provimento judicial para concretização da obrigação contratual como caracterizador do dano moral indenizável.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: *PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura - Procedimento neurocirúrgico - Autora necessitou ajuizar ação cominatória com pedido de antecipação de tutela, que fora concedida - Apelo cinge-se à questão dos danos morais - Dano moral não caracterizado na espécie - A ré custeou integralmente as despesas com o procedimento da autora - Recusa baseada em cláusula contratual que demanda intervenção do Poder Judiciário, para ser interpretada ou considerada abusiva, não configura dano moral - Meros dissabores - Sentença mantida - Recurso improvido*" (cf. Ap. nº 0116722-94.2012.8.26.0100 - 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP - 15/10/2013).

No mesmo sentido: *"DANOS MORAIS - Plano de saúde - Alegada dificuldade do autor em obter autorização, por parte do plano de saúde, para realização de cirurgia de urgência - Tutela antecipada concedida, posteriormente confirmada na sentença - Necessidade de acionar o Poder Judiciário para alcançar a pretensão, por si só, não configura dano moral indenizável - Sucumbência recíproca caracterizada - Sentença mantida - Recurso improvido*" (cf. Ap. nº 0060857-05.2012.8.26.0224 - 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP - 26/11/2013).

Ainda: *"Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Plano de saúde. (...) Ausente o dever da operadora de plano de saúde de pagar indenização por danos morais. A operadora do plano de saúde tem direito de discutir a respeito da interpretação das cláusulas contratuais. A mera discussão quanto à interpretação de cláusula contratual de plano de saúde não gera dano moral sujeito à indenização. Está caracterizado apenas um aborrecimento. Apelação não provida*" (cf. Ap. nº 0.099.365-86.2007.8.26.0000 - 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP - 02-03-2011).


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
5ª VARA CÍVEL
RUA SOURBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-970
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

A ação fica, portanto, acolhida em parte, impondo à ré a obrigação de custear o tratamento de *Radioterapia de Intensidade Modulada do Feixe (IMRT)* em favor da pessoa do autor, tornando definitiva tutela de urgência concedida, o que deverá ser observado em caso de interposição de recurso de apelação.

Acolhida em parte a demanda, cumprirá à ré arcar com o pagamento do equivalente a 70% (setenta por cento) do valor das despesas processuais e honorários advocatícios, esses arbitrados em 10% do valor da causa, atualizado, ficando os restantes 30% (trinta por cento) a cargo da autora

Isto posto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a presente ação, em consequência do que CONDENO a ré UNIMED SÃO CARLOS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO a custear em favor do autor KIUTARO TANAKA tratamento de *Radioterapia de Intensidade Modulada do Feixe (IMRT)*, mantida a medida que antecipou a tutela, a qual perdurará até o trânsito em julgado desta sentença, e CONDENO a ré ao pagamento do equivalente a 70% (setenta por cento) do valor das despesas processuais e honorários advocatícios, esses arbitrados em 10% do valor da causa, atualizado, ficando os restantes 30% (trinta por cento) a cargo da autora.

Publique-se. Intimem-se.

São Carlos, 14 de março de 2017.

Vilson Palaro Júnior

Juiz de direito

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI
11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**