

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

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

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

Processo Digital nº: **1001169-63.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Tutela Antecipada Antecedente - Antecipação de Tutela / Tutela Específica**
 Requerente: **Maria Therezinha Beschorner Coelho**
 Requerido: **Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo CABESP**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Marcelo Luiz Seixas Cabral**

Vistos.

MARIA THERESINHA BESCHORNER COELHO interpôs pedido de tutela antecipada em cautelar antecedente em face de CAIXA BENEFICENTE DOS FUNCIONÁRIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO – CABESP. Alegou que é portadora de Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) em estágio avançado, sendo que, no momento, não anda nem mobiliza os membros, vive acamada ou em cadeira de rodas, necessitando de apoio de equipe multidisciplinar em *home care*. Alegou que pleiteou à requerida a prestação de tal serviço, o qual foi negado sob o argumento de que o regulamento da CABERGS, integrante da mesma cadeia de fornecimento do serviço, não previa a benesse. Alegou a solidariedade da CABESP e CABERGS vez que ambas são integrantes de cadeia de fornecimento de serviços. Requereu a antecipação de tutela para que a requerida seja compelida a fornecer o serviço de *home care* nos termos prescritos por médico responsável, sob pena de multa diária no valor de R\$5.000,00.

Concedidos os benefícios da Justiça Gratuita e deferida a tutela antecipada pleiteada (fls. 27/28).

Petição inicial aditada, nos termos do art. 303, §1º, inciso I, do NCPC. Alegou a requerente que a demora na obtenção de resposta por parte da requerida, diante da solicitação do serviço de *home care* gerou, além de altas despesas, angustia e frustração passíveis de indenização. Requereu a condenação da ré ao pagamento do valor sugerido de R\$50.000,00, bem como a confirmação da tutela deferida.

Citada (fl. 145) a ré apresentou contestação (fls. 39/48 e 123/128).

1001169-63.2017.8.26.0566 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

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

Preliminarmente, suscitou a sua ilegitimidade passiva e a impossibilidade jurídica do pedido, visto que o plano de saúde contratado se deu com a CABERGS e que a requerida apenas mantém convênio com aquela, para atendimento dos seus associados no Estado de São Paulo. Requereu a denunciação à lide para que passe a figurar também no polo passivo, a CABERGS. No mérito, alegou que nos termos do convênio de reciprocidade entre CABESP E CABERGS, as empresas estão obrigadas a prestar assistência nos limites do plano de saúde contratado, sendo que não tem ingerência alguma sobre o atendimento prestado aos beneficiários da CABERGS. Que no caso concreto, a CABERGS não autorizou o serviço de *home care* pleiteado pela autora. Pugnou pela inaplicabilidade do CDC. Impugnou a ocorrência do dano moral alegado, ficando caracterizado apenas o mero aborrecimento, não passível de indenização. Juntou documentos às fls. 49/119.

Réplica às fls. 132/144.

Instadas a se manifestarem sobre a necessidade de produção de provas a requerente juntou petição às fls. 153/154, demonstrando seu desinteresse quanto à conciliação, e a requerida à fl. 150, requerendo a produção de prova pericial.

Adveio manifestação da autora apresentando novo parecer médico reafirmando a necessidade quanto ao tratamento em questão (fls. 153/155).

É o Relatório.

Decido.

Não havendo necessidade de produção probatória, pertinente o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 355, inciso I, do NCPC. Friso que a prova necessária é estritamente documental, sendo que o feito conta com um conjunto probatório suficiente para o desfecho da lide. Nesse sentido:

"Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder." (STJ, Resp. 2.832-RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo, julgado em 04/12/91).

De início, indefiro o pedido de denunciação à lide formulado pela requerida, visto que a intervenção de terceiros acarretaria em prejuízo à celeridade da prestação jurisdicional. Há nos autos prova suficiente da relação jurídica entre as partes (fl. 19), bem


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

como de que a requerida se obrigou à prestação dos serviços médicos à requerente (Fls. 69/75), sendo o que basta.

Ademais, podem os titulares do direito de regresso exercê-lo em ação autônoma.

Verifico que se encontra caracterizada a relação de consumo, havendo de um lado o consumidor e de outro um fornecedor. Assim, inequívoca a aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A inversão do ônus da prova, entretanto, não é regra absoluta. Ela é dada, a critério do juiz, quando demonstradas a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência da parte autora, sendo que, qualquer desses dois requisitos deve ser apontado pela parte que a requer.

No caso concreto observo a hipossuficiência da autora, sendo que a parte requerida detém melhores condições para provar a impossibilidade de realização do tratamento pleiteado, ficando deferida a inversão do ônus da prova suscitada.

Dito isso, passo ao mérito.

Trata-se de pedido de tutela cautelar antecedente, visando a prestação de serviço de *home care* à autora, portadora de Esclerose Lateral Amiotrófica, doença conhecida como "ELA".

Conforme se verifica a autora ajuizou a presente ação alegando ser beneficiária de plano de saúde contratado com a requerida, a qual se negou à prestação de serviços de *home care*, indicado por profissional da saúde competente para tanto, que considerou este o melhor tratamento para os graves problemas de saúde que lhe acometem.

Foi deferida a tutela antecipada (fls. 27/28), sendo que cabia à ré a demonstração de que o tratamento domiciliar não poderia ser concedido, o que não se deu. Sendo esta a indicação médica, inclusive de médico do quadro profissional da própria ré, não cabe à requerida dizer qual seria o tratamento mais conveniente à requerente.

Aliás, ao que parece, a ré não afirma que não pode realizar o tratamento, que não o oferece a seus beneficiários, ou ainda impugna a necessidade da prestação do serviço; apenas se atém a alegar que diante da negativa da CABERGS, nada pode fazer.

Ambas as empresas se obrigaram a prestação dos serviços de saúde aos seus



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

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

beneficiários, quando firmaram convênio para tanto. Não há dúvidas de que a requerente é beneficiária do plano de saúde e, dessa forma, deverá receber o tratamento médico que melhor atenda às suas necessidades, de acordo com a recomendação médica.

Friso que já está consolidado o entendimento do Tribunal de São Paulo, através da Súmula nº 90, no sentido da abusividade da cláusula de exclusão dos serviços *home care* aos contratos de prestação de serviço médico. *In verbis*:

“Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de *home care*, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer”.

Deve prevalecer o direito à saúde, sendo dever da operadora do plano a garantia do tratamento adequado, se prescrito por profissional competente, e esse é o caso dos autos. Nesse sentido:

PLANO DE SAÚDE - Abusividade da negativa de cobertura para internação fundada na ausência de cumprimento do prazo de carência - Situação de emergência caracterizada - Aplicável o prazo de carência de apenas 24 horas - Inadmissível a restrição do atendimento às 12 primeiras horas - Abusividade da negativa de cobertura para *home care* - Relatório médico a deixar clara a necessidade do atendimento domiciliar - Obrigação reconhecida por força da vedação legal à restrição de direitos fundamentais inerentes ao contrato, a tornar irrelevante a cláusula de exclusão - Necessidade de exclusão da Central Nacional Unimed da lide, pois sua inclusão ocorreu quando a autora já havia migrado para a Unimed Seguros - Condenação direcionada a esta - Verificada hipótese de litigância de má-fé apenas em relação à Unimed Paulistana - Condenação a esse título restrita a essa ré - Impossibilidade de redução dos honorários advocatícios - DOS RECURSOS, PROVIDO O DA CENTRAL NACIONAL UNIMED E PARCIALMENTE PROVIDO O DA UNIMED SEGUROS. (...) Apesar de não haver obrigatoriedade de cobertura à assistência domiciliar à luz da Lei nº 9.656/98 e das normas da ANS, há obrigatoriedade à luz do Código de Defesa do Consumidor, o qual possui o mesmo caráter cogente e proíbe a restrição a direito ou obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, ameaçando seu próprio objeto, tal como fizeram as rés. Ou seja, apresenta-se irrelevante discutir as alegações da Unimed Seguros no sentido de que a portabilidade extraordinária não gera a obrigação de manutenção das condições de cobertura anteriores. A obrigação aqui imposta decorre de previsão legal que afasta qualquer previsão contratual em contrário. Não se nega a validade das cláusulas limitativas de direito, porém estas não podem configurar afronta à legislação consumerista, uma vez que o princípio da função social prevalece sobre a força obrigatória do contrato. E, a despeito de a saúde ser dever do Estado, cumpre asseverar que, ao operar com o sistema de saúde, as rés assumiram o dever de garantir o direito fundamental à vida, devendo se sujeitar às normas TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo Apelação nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

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

1000566-38.2014.8.26.0002 -Voto nº 31.014 5 imperativas referentes à atividade. Não obstante buscarem lucros, assumem as operadoras privadas parcela da responsabilidade constitucional de promoção da saúde. Por esses motivos, de rigor reconhecer que tanto a Unimed Paulistana quanto a Unimed Seguros possuem a obrigação de cobrir o *home care* com todos os serviços, medicamentos e materiais necessários. (TJSP. Apelação nº 1000566-38.2014.8.26.0002. 10ª Câmara Seção de Direito Privado. Relator ELCIO TRUJILLO. Julgado em 16/05/2017).

Assim, neste quesito, de rigor a procedência da ação.

Não há que se falar, entretanto, na ocorrência de danos passíveis de indenização. O dano moral pressupõe a lesão a bem jurídico não-patrimonial, moral, psíquico e intelectual do ser humano, principalmente ao que se refere à sua liberdade, honra, saúde mental ou física e à sua imagem, o que no caso concreto não se demonstrou, sendo o que basta.

O mero aborrecimento com as situações cotidianas não geram dano moral e devem ser suportadas por todos aqueles que vivem em sociedade. Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Certo é que, o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (TJSP-APL 10010080420148260196 SP - 31ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 19/08/2014 e Publicado em 19/08/2014. Relator Armando Toledo)

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** esta ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, ficando confirmada a tutela antecipada deferida (inclusive no tocante à multa por descumprimento). Condeno a requerida a fornecer à autora o apoio de equipe multidisciplinar em *home care*, abrangendo toda e qualquer prescrição do médico responsável, pelo tempo indicado.

Sucumbentes, as custas e despesas processuais serão rateadas na proporção de 50% para cada parte, sendo fixados honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor atualizado da causa, devidos pela parte autora à ré, e por esta à aquela.

Na hipótese de interposição de apelação, tendo em vista a nova sistemática estabelecida pelo NCPC que extinguiu o juízo de admissibilidade a ser exercido pelo Juízo "a quo" (art. 1.010 do NCPC), sem nova conclusão, intime-se a parte contrária para que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ofereça resposta no prazo de 15 (quinze) dias. Havendo recurso adesivo, também deve ser intimada a parte contrária para oferecer contrarrazões.

Após o prazo, com ou sem resposta, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com o trânsito em julgado, querendo, a parte autora deverá apresentar planilha atualizada de seu crédito e requerer, no prazo de 30 dias, o início da fase de cumprimento de sentença, nos moldes do art. 523 e 524 do NCPC, classificando a petição como incidente processual, no momento do peticionamento eletrônico.

Apresentado o requerimento os autos irão para a fila - processo de conhecimento em fase de execução. Nada sendo requerido, encaminhem-se os autos ao arquivo, sem prejuízo de posterior desarquivamento, a pedido da parte.

Na hipótese de interposição de apelação, tendo em vista a nova sistemática estabelecida pelo NCPC que extinguiu o juízo de admissibilidade a ser exercido pelo Juízo "a quo" (art. 1.010 do NCPC), sem nova conclusão, intime-se a parte contrária para que ofereça resposta no prazo de 15 (quinze) dias. Havendo recurso adesivo, também deve ser intimada a parte contrária para oferecer contrarrazões.

P.I.

São Carlos, 12 de julho de 2017.

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