



Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Programa de Mestrado em Direito

**A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E O DANO MORAL. ANÁLISE DE
CASOS E A VALORAÇÃO DAS CONDENAÇÕES NAS NEGATIVAS DE
PROCEDIMENTOS CIRURGICOS BUCOMAXILOFACIAL NO ÂMBITO DO TJDF**

LEANDRO GUSTAVO ANTONIO DE OLIVEIRA NASCIMENTO

BRASÍLIA/DF

2016

LEANDRO GUSTAVO ANTONIO DE OLIVEIRA NASCIMENTO

**A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E O DANO MORAL. ANÁLISE DE
CASOS E A VALORAÇÃO DAS CONDENAÇÕES NAS NEGATIVAS DE
PROCEDIMENTOS CIRURGICOS BUCOMAXILOFACIAL NO ÂMBITO DO TJDF**

Dissertação apresentada ao Centro
Universitário de Brasília, como parte das
exigências do Programa do Mestrado em
Direito Público e Políticas Públicas - área de
concentração Estado, políticas públicas e
domínio econômico-social, para a obtenção
do título de Mestre.

Prof(a). Dr(a). Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Orientador

Prof(a). Dr(a). Jefferson Carús Guedes
Coorientador

BRASÍLIA/DF

2016

LEANDRO GUSTAVO ANTONIO DE OLIVEIRA NASCIMENTO

A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E O DANO MORAL. ANÁLISE DE CASOS E A VALORAÇÃO DAS CONDENAÇÕES NAS NEGATIVAS DE PROCEDIMENTOS CIRURGICOS BUCOMAXILOFACIAL NO ÂMBITO DO TJDFT

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Brasília, como parte das exigências do Programa do Mestrado em Direito Público e Políticas Públicas - área de concentração Estado, políticas públicas e domínio econômico-social, para a obtenção do título de Mestre.

Brasília, _____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Orientador

Prof(a). Dr(a). Jefferson Carús Guedes

Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Prof(a). Dr(a). Pablo Malheiros Cunha Frota

Membro Externo - UFG e FURB

RESUMO

A recusa da solicitação de um serviço de saúde pelas operadoras privadas abre ao consumidor a possibilidade de uma prestação jurisdicional para o cumprimento da obrigação contratual, bem como a possibilidade de arbitramento de quantia a ser paga em razão do dano moral sofrido pelo segurado. Muito se discute a respeito das balizas norteadoras para a fixação do dano moral, quando existentes, diante da ausência de ato normativo que disciplina tal instituto. O prejuízo da negativa de cobertura dos planos de saúde afetam não só o patrimônio da pessoa, como também os direitos da personalidade. Por esta razão, é muito importante o papel do juiz na interpretação jurídica para o conceito e adequação do dano moral, para que seja confirmado a prestação jurisdicional efetiva com o devido cumprimento da finalidade do instituto, atendendo a duração razoável da demanda, bem como os meios processuais aptos a proporcionar os objetivos do processo. Contudo, diante das peculiaridades de cada caso, os órgãos julgadores adotam critérios nas ações de obrigação de fazer combinadas com pedido de dano moral, que necessitam ser aperfeiçoadas, especialmente nos casos que envolvem a prestação do serviço de saúde em cirurgias bucomaxilofacial, levando em consideração o crescente número de pedidos dessa natureza no âmbito forense.

Palavras-chave: Prestação jurisdicional. Dano moral. Direitos da personalidade. Procedimento bucomaxilofacial.

ABSTRACT

The refusal of the request for a health service by private operators opens the consumer the possibility of a national provision for the fulfillment of contractual obligations, as well as the possibility of amount of arbitration to be paid on account of material damage suffered by the insured. There is debate about the guiding beacons for fixing the moral damage, if any in the absence of normative act that governs such institute. The loss of the negative health plans affect not only the assets of the person, as well as the rights of personality. For this reason it is very important the role of the judge in the legal interpretation of the concept and adequacy of moral damage, to be confirmed effective adjudication with due fulfillment of the purpose of the institute, given the reasonable duration of the demand as well as the procedural means able to deliver the objectives of the process. However, considering the peculiarities of each case, the judging bodies adopt criteria on duty actions decision making combined with a request for moral damage, which need to be improved, especially in cases involving the provision of health services in maxillofacial surgery, leading into account the increasing number of requests of this nature in the forensic context.

Keywords: Court Services. Moral damage. Personality Rights. Maxillofacial procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1. O PROCESSO EFETIVO, JUSTO E CÉLERE.....	10
1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA	10
1.2 DA EFETIVA PRESTAÇÃO PROCESSUAL.....	17
1.2.1 A lei adjetiva	19
1.2.2 O tempo da resposta judicial	22
1.2.3 As técnicas processuais	27
1.3 EFETIVIDADE PARA FORA DO PROCESSO E A FORMALIZAÇÃO DE JULGADOS NEGATIVOS.	32
CAPÍTULO 2. DANO MORAL, SUAS FUNÇÕES E CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO – MUNDO DO DEVER SER	38
2.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO.....	38
2.2 OBJETIVOS DO DANO MORAL.....	45
2.2.1 Educador	45
2.2.2 Compensatório	48
2.2.3 Punitivo.....	50
2.3 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	56
CAPÍTULO 3. ESTIMULO CIRCULAR AO DESCUMPRIMENTO MATERIAL.	62
3.1 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE COMPORTAMENTO SOCIAL	62
3.2 A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO	67
3.3 ÓRGÃO DE REGULAÇÃO DO SETOR – INEFETIVIDADE DE GERENCIAMENTO.....	75
CAPÍTULO 4. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NO ÂMBITO DOS JULGADOS DO TJDFT PARA FUNDAMENTAR E QUANTIFICAR O DANO MORAL NA NEGATIVA DOS PROCEDIMENTOS BUCOMAXILOFACIAIS.	85
4.1 FUNDAMENTO DAS DECISÕES PESQUISADAS	85
4.2 CRÍTICA QUANTO À ARGUMENTAÇÃO.....	114
CONCLUSÃO.....	121

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será analisado o instituto do dano moral nos casos de judicialização da saúde privada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, averiguando a questão judicosa na sua plenitude, no tocante aos tratamentos odontológicos solicitados, especialidade bucomaxilofacial.¹

O assunto é recorrente, e foi escolhido em razão da pertinência temática da minha atuação profissional como Advogado, e, agora como Defensor Público do Distrito Federal.

A prestação dos serviços de saúde pelas operadoras privadas, hodiernamente, é usufruído por grande parte da população desta capital, e à medida que ocorre a recusa do serviço solicitado, abrem-se ao consumidor algumas opções, dentre elas o acesso ao Poder Judiciário, para obrigar a prestação do serviço, bem como verificar se houve configuração da lesão imaterial.

Diante desse esquadro surgem alguns pontos a serem esclarecidos: Configura dano moral as negativas indevidas nos procedimentos bucomaxilofacial? Caso positivo, os valores fixados usualmente alcançam seus objetivos: educar, compensar e punir? Estão em consonância com a prestação jurisdicional efetiva? Inibe o efeito replicador das ações judiciais ocasionando segurança jurídica? Gera descrédito com o Poder Judiciário?

Para responder as perguntas acima, será utilizado material bibliográfico objetivando certificar os conceitos jurídicos de prestação jurisdicional efetiva, dano moral e a verificação de critérios para que se possa chegar um valor adequado nos casos concretos em análise. Com efeito, falamos, aqui, em conceitos eminentemente jurídicos e que, por isso, são trabalhados pela doutrina. Os processos judiciais em curso perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também serão utilizados como subsídios, de modo a se verificar a

¹ CFO. Consolidação das normas para procedimentos nos conselhos de odontologia. Disponível em: <<http://cfo.org.br/wp-content/uploads/2009/10/consolidacao.pdf>>. Acesso em 10 maio 2016. “Especialidade da odontologia que tem como objetivo o diagnóstico e o tratamento cirúrgico e coadjuvante das doenças, traumatismos, lesões e anomalias congênitas e adquiridas do aparelho mastigatório e anexos, e estruturas crânio-faciais associadas”.

aplicação do dano moral nos casos de judicialização da saúde privada nas cirurgias bucomaxilofaciais e os critérios (in)utilizados para definição de seus valores.

Este estudo busca responder as questões relevantes destacadas acima, que tem sido objeto de inúmeras críticas entre os operadores do direito, principalmente, no que tange as balizas norteadoras do calculo realizado para a fixação do dano moral, quando existentes.

A dificuldade sistêmica advém da própria ausência de ato normativo disciplinando o instituto e seus contornos. Definir o que é o dano moral é uma tarefa difícil e os julgadores, melhor que a doutrina, são quem fazem uma análise concreta das agressões que perfazem a lesão extrapatrimonial e suas consequências². O prejuízo afeta a pessoa e não o seu patrimônio, violando, assim, os direitos da personalidade tais como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome entre outros, e, por consequência, acarreta ao lesado, dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.³

Nesta esteira, imprescindível é o papel do juiz na interpretação jurídica, uma vez que o conceito e a adequação do dano moral necessita uma análise do Poder Judiciário, em se tratando de um conceito amplo, cuja interpretação e densificação cabem ao órgão julgador que deve assegurar uma prestação jurisdicional efetiva, com o cumprimento da sua finalidade.

Tal possibilidade apenas foi possível na modernidade, diante da necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico a partir da Constituição, prezando pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os outros direitos fundamentais, de acordo com o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988⁴.

A exposição completa da pesquisa articula-se em quatro capítulos. No primeiro capítulo será verificada como os processualistas enxergam o que seja a

² BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 111 .

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 6. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p. 377.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

prestação jurisdicional efetiva, tema instigante quando se trata da aplicação da justiça ao caso concreto. Para tanto, será ressaltado alguns pilares de grande importância para a busca da realização do direito substancial, dentre eles a lei, a duração razoável da demanda, bem como os meios processuais aptos a proporcionar os objetivos do processo.

No segundo capítulo, trataremos do dano moral, seus objetivos –educar, compensar e punir – bem como os critérios de quantificação utilizados pelos julgadores para se chegar ao valor compensatório pela lesão experimentada.

No terceiro capítulo, será descrito o padrão de comportamento das sociedades empresárias que atuam no ramo de seguradoras da saúde, a existência e atuação do órgão de regulação do setor, instituído com objetivo de controle e fiscalização das atividades suplementares da saúde privada, e, por fim, as considerações sobre a industrialização do dano moral e/ou do mero aborrecimento.

Concluído os aspectos teóricos acima, no último capítulo, apresentaremos um exame sobre os critérios e motivos adotados pelos órgãos julgadores nas ações de obrigações de fazer combinadas com pedido de dano moral, redigido com base nos resultados de levantamento realizado em 17 processos apreciados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal entre o ano de 2013 a 2016.

Os assuntos em destaque no presente trabalho tem como mote auxiliar no aperfeiçoamento das decisões judiciais, sobretudo, nos casos em que envolve a prestação de serviço de saúde e os consumidores/pacientes, considerando o crescente número de segurados e, por consequência, o crescente número de pedidos dessa natureza no âmbito forense.

CAPÍTULO 1. O PROCESSO EFETIVO, JUSTO E CÉLERE

1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA

O problema da efetividade da prestação jurisdicional é um tema sempre em destaque em qualquer discussão sobre a aplicação da justiça ao caso concreto.⁵ Humberto Theodoro Júnior faz uma sutil distinção entre prestação jurisdicional e tutela jurisdicional. A primeira é a garantia de acesso a um provimento judicial, colocando fim à contenda instaurada, mesmo que não tenha reafirmado o direito que diz ter. Já a segunda significa o resguardo concreto do pleito alinhavado, sendo um *plus* da prestação, consistindo, então, no reconhecimento de fato do bem jurídico posto em discussão, a uma das partes.⁶

Em sentido diferente, a tutela jurisdicional, independentemente da procedência do pedido, caracteriza o amparo judicial, restando errôneo o entendimento que somente quem tem razão recebe a tutela jurisdicional do Estado.⁷

José Roberto dos Santos Bedaque descreve a tutela jurisdicional, que coincide com o primeiro conceito de prestação jurisdicional, como: “O conjunto de

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 77, p. 168, jan/1995. “A preocupação de tornar mais efetivo o processo vem sendo ultimamente, em nosso País e no estrangeiro, nota constante na produção doutrinária e no pensamento de quantos participam da atividade forense. Congressos nacionais e internacionais têm feito dela tópico de seus temários. Não faltam referências ao problema no cotidiano dos meios de comunicação social: e, se tais referências tantas vezes aparecem distorcidas pelo preconceito e por certa desenvoltura vizinha da leviandade, nem por isso perde o fenômeno todo o relevo. Há uma consciência difusa, embora nem sempre objetivamente fundamentada, de que ao notável progresso da ciência, e ao próprio grau de aprimoramento já atingido, no Brasil e alhures, pela legislação processual, está longe de corresponder, na proporção desejável, a evolução do nível qualitativo do serviço da Justiça.

⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias. 2. ed. América Jurídica, 2001. p. 2. “Urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu [...] Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda in concreto o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional”

⁷ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. Teoria Geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p. 131.

medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”.⁸

Tal diferenciação entre uma e outra denominação, em que pese os relevantes argumentos, não será considerada aqui. Com isso, tanto a prestação como a tutela jurisdicional serão tratadas como sinônimos.⁹

A Constituição, art. 5º, XXXV, traz o princípio da inafastabilidade da jurisdição, reiterando a necessidade de se atuar no viés garantidor a uma realização eficiente: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Regramento semelhante também é previsto no Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Interamericana de Direitos Humanos – promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Os arts. 8º e 26, principalmente, destacam o tom efetivo no resguardo dos direitos das pessoas:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo:

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹⁰

Esses regramentos, ao menos formalmente, dão garantias aos litigantes e obrigam o Poder Judiciário a realizar uma prestação jurisdicional efetiva, por conseguinte, célere, adequada, se for o caso, preventiva e com efeitos pedagógicos, cujos resultados irradiarão para fora do processo, servindo de alerta para que condutas desrespeitosas sejam prontamente rechaçadas.

⁸ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo. 3ªed. São Paulo. Malheiros. 2003. p. 31.

⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações da tutela de urgência no relatório barradas. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador. Editora Juspodvim. 2013. p. 386.

¹⁰ CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de San Jose da Costa Rica. 1969.

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 29 set. 2015.

Outro não é o entendimento de Mauro Cappelletti, pois, para ele: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.¹¹ Como dito: “... os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo”.¹²

Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que esse princípio é expresso desde a Constituição de 1946, tendo, desde lá, clareza solar de elevação da tutela judicial efetiva, garantidora da proteção judicial a lesão ou ameaça a direito.¹³

Kazuo Watanabe, escrevendo sobre o princípio, destaca não se tratar apenas de acesso formal aos órgãos jurisdicionais, e sim de acesso à justiça justa, efetiva, em tempo hábil, visando à proteção contra qualquer forma de tirania.¹⁴

Em trabalho publicado nos anais do XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em São Paulo, em novembro de 2009, Juliana de Camargo Maltinti escreve sobre a norma constitucional:

Portanto, este dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, de tal forma que para que se tenha efetividade é necessário que no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo aquilo que faz jus.¹⁵

A evolução do princípio é constante, surgindo daí o conteúdo da tutela jurisdicional qualificada, adjetivada, devendo, desse modo, ser rápida, efetiva e adequada”.¹⁶

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988. p. 12.

¹² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 14º Ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2012. p. 78.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 480.

¹⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. Saraiva, 1996. p. 19.

¹⁵ MALTINTI, Juliana de Camargo. Direito Fundamental à jurisdição efetiva. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2382.pdf>. Acesso em 25 junho 2015.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 14º Ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2012. p. 119.

Em trabalho sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni, de forma ímpar, informa:

[...] O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser visto como um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar através do procedimento adequado ou iii) o direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p, ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional.¹⁷

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero revelam uma preocupação com o direito substancial posto em discussão: “A efetividade da tutela jurisdicional traduz uma preocupação com a especificidade da proteção judicial. O resultado da demanda deve ser o mais aderente possível ao direito material”.¹⁸

A esses aspectos citados, é de extrema urgência acrescentar a resposta jurisdicional, a necessária pacificação social, objeto do direito, fazendo com que as partes reconheçam seu fim¹⁹, mudando, para tanto, a forma de comportamento.

Nesses termos os ensinamentos de Miguel Reale: “... o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”.²⁰

Na atualidade, existe muita contraposição à eficaz prestação jurisdicional. Com a evolução da sociedade, evoluíram também os problemas, e, à medida que não são resolvidos em outras esferas, os imbróglis são canalizados para o Poder Judiciário, como última esperança de resolução.²¹

Certo é que antes disso, o cidadão já percorreu vários outros caminhos, no entanto, sem sucesso. As formas de realização da paz social extrajudicial, quando

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acessado em 10 de set. 2015.

¹⁸ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. Teoria Geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p. 30.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 7º Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013. p. 140.

²⁰ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25º Ed. São Paulo. Saraiva. 2001. p. 2.

²¹ BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao direito. 12º ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. p. 127. “A coação, como execução compulsória, liga-se ao “dever-ser” do direito, pois quando a norma jurídica, que contém preceitos de conduta, não é espontaneamente cumprida, impõe-se certas consequências: (1) realização do que foi ordenado e (2) a reparação do não cumprimento”.

não são inexistentes, são falhas, ou mesmo não valem a pena, falando economicamente, para aquele que ganha com a procrastinação.²²

O sistema, numa autofagia grave, não resolve o problema, consome recursos públicos e transfere aquilo que deveria ser atribuição/dever para o qual foi criado, a outro órgão, igualmente custeado pelo tesouro, que se sobrecarrega com a ausência de prestação daquele que originariamente deveria solucionar a pendência, fazendo, portanto, que a prestação não seja a contento, e assim se segue num caminho sem fim.²³

A título de exemplo, temos os maiores litigantes do país: o Estado e seus órgãos, setor de plano de saúde, bancos, inclusive públicos, empresas de telefonia, cada uma regulada por um órgão estatal, ou pelo menos deveria ser, ou no caso do INSS, o próprio órgão Estatal.²⁴

Na seara consumerista, as falhas na prestação de serviço, de uma só vez, geram em tempo recorde milhares de ações envolvendo o mesmo fato, estorvando, desse modo, a prestação jurisdicional.²⁵

²² LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da decisão Judicial. 2º ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 198. “No plano jurídico tem grande relevância cumprir um contrato ou não cumpri-lo, pagando uma indenização – é uma decisão que envolve os custos de oportunidade. A função é importante toda vez que introduza uma espécie de valoração do “custo-benefício” de cada ação, sempre que se trate de elementos quantificáveis”.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo. v. 105. p. 181, jan/2002: “Escusado insistir em que nem tudo pode ficar na dependência da atuação dos mecanismos da Justiça. Há que contar com uma ação enérgica das instâncias administrativas; e há que contar, sobretudo, com a colaboração constante dos próprios membros da comunidade. Seja-me lícito reproduzir aqui observação feita alhures. O reconhecimento de interesses coletivos e difusos implica necessariamente o de deveres que recaem sobre cada um de nós em face dos outros membros da comunidade. Se não nos prontificamos a fazer o que nos toca para preservar os bens e valores que pertencem a todos, ou a muitos, falece-nos autoridade moral para cobrar de órgãos públicos, inclusive dos judiciais, desempenho mais prestante.

²⁴ OLIVEIRA, Bruno Silveira. Conexidade e efetividade processual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 297. “Em princípio, também não nos parece que o Estado Brasileiro interessem juízes ágeis”.

²⁵ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: A questão do “excesso de acesso à justiça”. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b250a90d3cf086>>. Acesso em 26 set. 2015. “No mundo jurídico, essa sociedade massificada repercute em uma litigiosidade também massificada, com inúmeras demandas semelhantes ajuizadas pelos consumidores, a título individual ou coletivo. No campo da telefonia não é diferente. São diversas ações questionando cobranças indevidas, a má prestação do serviço e a imperícia na negatificação dos dados do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, ocasionando inclusive indenizações por danos morais.

Outro aspecto relevante é a precariedade do sistema judicial, não em nível qualitativo, porém estrutural²⁶ e quantitativo, conforme se extrai do relatório do Conselho Nacional de Justiça, relativo ao ano base de 2014, lançado em 2015.

Em 2014, a Justiça Estadual contou com a atuação de **11.631 magistrados**. Ao final do ano, eram 12.077 cargos de magistrados providos e 446 magistrados afastados da jurisdição, sendo que tais afastamentos podem ocorrer em razão de licenças, convocações para instância superior, entre outras. Cumpre informar que existem, criados por lei, 15.878 cargos de magistrados na Justiça Estadual, com a existência de **23,9% de cargos vagos**. Desde 2009, o número de magistrados na Justiça Estadual tem se mantido constante, com um tênue crescimento de 2,7% em todo o período [...]

Em relação aos servidores, ao final de 2014, a Justiça Estadual possuía uma equipe de **179.711 servidores**, sendo 157.746 do quadro efetivo que, excluídos os 1.200 que estavam requisitados e cedidos para outros órgãos, resultou em uma força de trabalho de 156.546 efetivos (87,1%). Somem-se, ainda, à equipe, 9.048 requisitados e cedidos de outros órgãos (5,0%) e 14.117 comissionados sem vínculo efetivo (7,9%). Cumpre informar a existência de **37.165 cargos criados por lei e ainda não providos**, que representam **24% dos cargos efetivos existentes**, percentual que apresenta leve redução desde 2011". (grifo no original).²⁷

Com relação à taxa de congestionamento processual, temos que, a cada 100 processos que entram, 24 são baixados, ou seja, o percentual chega a 74%²⁸.

A Justiça Estadual, composta por 27 tribunais, 2.620 comarcas e 9.378 unidades judiciárias de primeiro grau, subdividas em 5.850 varas, 1.534 juizados especiais e 1.994 varas com juizados adjuntos, recebeu, apenas no ano de 2014 um total de 20,1 milhões de processos. Tal quantitativo apresentou redução de 2,0% em relação a 2013, após três anos subsequentes (2010-2013) de crescimento médio anual da demanda, na ordem de 5,8%. Mesmo com queda nos casos novos e com aumento de 2,6% no total de processos baixados, a taxa de congestionamento manteve-se estável, em 74%, o que significa que, de cada 100 processos que tramitaram na Justiça Estadual durante o ano de 2014, apenas 26 foram baixados. Ao analisar os casos novos por grau de jurisdição, identifica-se que a queda na demanda deve-se ao primeiro grau, tanto no âmbito do juízo comum (-4,4%) quanto no dos juizados especiais (- 1,6%). No 2º grau, ao contrário, houve aumento de 10% na demanda.²⁹

²⁶Boletim do magistrado. 16 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-1021-boletim-do-magistrado-27052011>>. Acesso em 30 set. 2015. "A Justiça de 1ª instância está sucateada. Faltam equipamentos e servidores; os juizes estão sobrecarregados. Há muitos processos com sentença acumulados nos cartórios, porque não há, sequer, servidor para fazer o registro necessário à publicação da sentença"

²⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Justiça em número 2015. Ano base 2014. Brasília. CNJ. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 30 set. 2015. p. 72/73.

²⁸MACHADO, Fabio Cardoso. Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 143/144. A própria acumulação crescente do número de processos indica a necessidade de proteção jurisdicional concreta".

²⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Justiça em número 2015. Ano base 2014. Brasília. CNJ. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015. p. 112.

Explicitadas as dificuldades, o novo Código de Processo Civil traz, em seu artigo 6º, a preocupação em dar uma resposta rápida, segura, eficaz e que de fato resolva a peleja em questão, colocando definitivamente um fim à contenda instaurada, quando prevê: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.³⁰

Esse regramento é novo, no sentido de não possuir correspondência no Código de 1973, porém velho no sentido de se preocupar em dar a cada um aquilo que é seu em sua inteireza, de forma eficaz, conforme descrito na norma. Nesta esteira já é o teor do Código de Defesa do Consumidor, quando, em seu art. 83, contemplou: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, por meio da comissão de juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, teve o tema em análise como de suma importância para o resgate da confiança da população no Poder Judiciário, com o efetivo resultado do processo, reforçando a real necessidade de assegurar os ditames constitucionais em prol dos cidadãos, vejamos:

O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.

[...]

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.³¹

Assim, a tutela jurisdicional efetiva é um conjugado de ações, em âmbito estrutural e processual, em que o desfecho da controvérsia põe um fim ao caso concreto, com o intuito de coibir futuros comportamentos semelhantes, tendo em vista a irradiação dos efeitos da resolução em outros casos, considerando a magnitude e valoração do direito violado.³²

³⁰ DIDIER JR., Fredie. Peixoto Ravi. Novo código de processo civil. Comparativo com o código de 1973. Salvador. Editora JusPodvim. 2014. p 43.

³¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 9/19.

³² ZANOTTI, Bruno Taufne; COURA, Alexandre de Castro. (Pós) Positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGER, Elza Coelho de Azevedo. Direito, Política e Jurisdição. Desafios para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. (org). Editora CRV. Curitiba. 2014. p. 39.

1.2 DA EFETIVA PRESTAÇÃO PROCESSUAL

Existem várias formas de concretizar a busca pelo Direito, a depender do tipo de bem a que se persegue, do estado do patrimônio, da necessidade daquele que se arvora na titularidade do bem, da existência dessa riqueza, entre outros.

No caso, o destaque será dado aos instrumentos utilizados para a efetiva prestação jurisdicional, no que concerne à realização da saúde suplementar ofertada e não cumprida ou embaraçada pelas sociedades empresárias do setor.

A delimitação se faz necessária porque cada atitude deve ser baseada na técnica processual correta, a depender dos objetivos pretendidos, demandando, assim, um tipo de proceder do pretense titular do direito.

Ronnie Preuss Duarte, tratando da garantia de acesso justiça, reverbera:

[...] ausente um processo potencialmente capaz de conduzir a resultados justos efetivos, os dispositivos legais se limitariam a uma ineficaz proclamação de direitos que se mostrariam insuscetíveis de ser eficazmente defendidos pelos respectivos titulares.³³

Luiz Guilherme Marinoni é mais incisivo, colocando nos seguintes termos a realização: “... Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer seus próprios direitos”.³⁴

O processo nesse contexto assume papel crucial, pois se materializa e define o modo como o direito será resguardado. Com a proibição da autotutela, o Estado traçou o caminho a ser percorrido para a recomposição da normalidade. No entanto, cuidados e diligência são de suma importância, considerando que um pequeno erro de direção poderá custar muito no desfecho do caso em análise.

“Em breve síntese, ao propor o princípio da integridade, Dworkin entende que o magistrado não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), mas poder vinculado, no sentido de que sua ação somente pode ter um resultado: o resultado que mostre mais adequado ao caso concreto, construindo a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os Direitos Fundamentais. Esse é o fundamento de legitimidade do magistrado, que deve ter a sensibilidade para perceber que nenhum dos seus atos é isolado no tempo, uma vez que deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro”.

³³ DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso a justiça. Os direitos processuais fundamentais. Coimbra. Coimbra Editora. 2007. p. 17.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 set. 2015.

Variados são os rumos à efetividade. José Carlos Barbosa Moreira traçou um roteiro básico a ser seguido:

Escrevíamos então: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.³⁵

Kazuo Watanabe destaca:

[...] o que se pretende fazer dessas conquistas doutrinária e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma crítica de mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento a efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominara substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.³⁶

É preciso ter em mente que a busca da efetividade não pode chegar a tal ponto de romper com outros direitos e garantias fundamentais. Um direito, como regra, não deve se sobrepor a outro, a maior ou menor relevância, salvo em raríssimas exceções, é o caso concreto quem dirá.

José Carlos Barbosa Moreira dá o norte sobre o tema debatido: “... a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro”.³⁷

Portanto, o caminho a ser seguido dependerá da celeuma posta em discussão, em que se averiguarão as melhores técnicas para se atingir a otimização desejada. De nada adianta ter processos céleres que, ao final, cometam injustiças,

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Revista de Processo. São Paulo. v. I. 77, p. 168, jan/1995, p.183-190.

³⁶ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2º Ed. São Paulo. Central de publicação jurídica. Centro de estudo e pesquisas judiciais. 1999. p. 20/21.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Revista de Processo. São Paulo. v. 77. p. 168, jan/1995.

prestigiando o infrator da lei. Como também, de nada adianta ter processos longos, nos quais, ao final, o bem buscado certamente estará perecido, retirando do seu titular o uso e gozo daquilo que lhe pertence.

Em linhas gerais, temos alguns grandes pilares de notória importância para auxiliar e repensar a questão da busca ideal da realização do direito substancial, sem descurar, lógico, do devido processo legal, incluído aí o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ele inerentes, balizas de qualquer sistema justo e imparcial.³⁸

1.2.1 A lei adjetiva

Não basta apenas a lei para que a finalidade de seu nascimento seja atingida. A simples modificação legislativa não mudará sozinha a realidade dos caminhos tortuosos em busca de concretização dos direitos, se não vier acompanhada de “mudança de mentalidade”.³⁹

Ledo engano também achar que as leis não são importantes, mas somente elas em muito pouco ou nada mudarão o panorama atual. E ainda assim, se faz necessário acompanhar de perto e debater qualquer proposta de alteração legislativa, para que não se piore o que já não está bom.⁴⁰

Não raro, injustamente ocorre a taxaço de que o aspecto processual em seu conteúdo é o grande fiador da morosidade das lides judiciais, passando-se despercebido que cada item, lei, tempo, técnica processual adequada, partes, julgador, estrutura, equipe de apoio, etc., possui sua parcela de responsabilidade na condução e execução dos trabalhos, ora mais, ora menos, a depender do entrave posto para resolução, e que somente no caso concreto poderá se ter a certeza de

³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como colorário do devido processo legal. Revista de Processo. São Paulo. v. 66. p. 72. Abr/1992. “... Por via de consequência, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise: a) da complexidade do assunto; b) do comportamento dos litigantes; e c) da atuação do órgão jurisdicional”.

³⁹ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo. Malheiros. 2006. p. 90.

⁴⁰ PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Revista de Processo. São Paulo. v. 102. p. 155. Abr/2001. “Em nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. É esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos - agentes, organização e procedimentos - sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”.

quem ou de que foi o principal ocasionador da dilatação desnecessária do tempo até a conclusão final da celeuma.

Na oitava série da linha temas de direito processual, José Carlos Barbosa Moreira debate sobre a fórmula mágica apresentada por alguns para a solução definitiva dos males que acarretam o emperramento do Poder Judiciário:

Na realidade, basta ver como são diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em função da variedade do contexto institucional, econômico, social e cultural em que ela é chamada a trabalhar, para perceber o quão ilusória é a esperança de quem aposta todas as fichas em um só número.⁴¹

De fato, não são os instrumentos processuais, as garantias dadas às partes que causam entrave no caminho processual. De tempos em tempos as reformas na legislação adjetiva estão sendo feitas. No entanto, os problemas tenderam a aumentar, e novas reformas foram discutidas com o intuito de regular essas situações, buscando a máxima efetividade do seu caráter instrumental, mas, conforme dito, o problema é estrutural e envolve vários outros agentes e fatores.⁴²

Outro ponto importante são os estudos do Conselho Nacional de Justiça - Justiça em números -, que tratam sobre o desempenho e diagnóstico da justiça brasileira, em todos os ramos.

Através dessas pesquisas, se inicia uma fase com dados robustos sobre a real estrutura do Poder Judiciário Brasileiro, os maiores litigantes, bem como os grandes entraves para o aperfeiçoamento das instituições, e nada melhor do que conhecer a realidade para saber o que é preciso mudar de forma eficaz.

Com isso, reformar por reformar não traz o benefício esperado, senão com estudos sérios sobre a modificação, conforme aventado. É necessário analisar o complexo judicial, descobrir onde é, e o que está ocasionando os piores resultados, e se debruçar numa solução que de fato se transforme em melhorias para o sistema.

43

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de direito processual civil. São Paulo. Saraiva. 2004. p. 6.

⁴² Ibidem.

⁴³ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e técnica processual. São Paulo. Malheiros. 2006. p. 83.

Essa avaliação servirá de base para o próximo passo a ser dado, seja para retroceder, caso os resultados estejam sendo insatisfatórios, seja para estimular outros avanços com o objetivo de otimizar a prestação da justiça.

Reforçando os argumentos acima, novamente José Roberto dos Santos Bedaque traça excelente comentário sobre as reformas da lei processual:

[...] se as reformas processuais não forem acompanhadas de alterações estruturais profundas na organização do Poder Judiciário, com preocupações voltadas para a formação e aperfeiçoamento do julgador, corre-se o risco de novas frustrações, pois os instrumentos não encontrarão condições favoráveis a sua aplicação.⁴⁴

Tal elucidação nunca foi tão contemporânea como agora, considerando a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, prometendo curar vários males irremediáveis, cujas imperfeições foram em grande parte atribuídas ao Código de 1973 e suas reformas, em que pese a grande injustiça das afirmações diuturnamente ouvidas.⁴⁵

Por isso, muitos dos problemas enfrentados na estrutura judicial estão fora do domínio da ciência processual, assim, apenas modificá-las certamente não trará os bons resultados esperados, considerando que as alterações visam atacar as consequências do problema, e não suas causas.⁴⁶

Confirmando os achados acima, o multicitado José Carlos Barbosa Moreira é categórico em professar que beira a ilusão achar que a norma se dá por satisfeita com sua vigência, apenas, sem nos preocuparmos com seu futuro. É nesse momento que devemos ter maior atenção com a lei, porque, daí em diante, os efeitos abstratos que motivaram sua criação passarão a ter efeitos concretos, que poderão, ou não, ser colidentes com o fim esperado desde o seu nascedouro, dando, a partir daí, auxílio sólido para as demais peças do organismo.⁴⁷

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2º ed. São Paulo. Malheiros. 2001. p. 17.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de direito processual civil. São Paulo. Saraiva. 2004. p. 4. "... O chavão, repetido a cada momento – sobretudo em editoriais da imprensa, redigidos, ao que parece, por pessoas que nunca sequer passaram pela porta do Fórum-, acompanha-se de recomendações veementes de que se reduzem os prazos e recursos, se cancelem oportunidade para as manifestações das partes, e outras do gênero."

⁴⁶ OLIVEIRA. Bruno Silveira. Conexidade e efetividade processual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 292.

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de direito processual civil. São Paulo. Saraiva. 2004. p. 12.

1.2.2 O tempo da resposta judicial

Outro aspecto sempre lembrado é o tempo da resposta judicial. A razoável duração do processo, princípio constitucional que está disciplinado no art. 5º, LXXVIII: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Essa previsão, de forma tímida, já constava das Constituições de 1934 e 1946, dispondo sobre a rápida resolução dos processos. Em retrocesso formal, as demais Cartas que se seguiram não tinham em seu corpo a razoabilidade temporal aventada.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45, por outras fontes a razoável duração do processo já existia entre nós, tendo em vista a previsão no Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Interamericana de Direitos Humanos – promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, art. 8º, I.

No direito estrangeiro, observamos a mesma preocupação. Nos Estados Unidos, a 6º emenda à Constituição assegura aos litigantes um julgamento rápido – *Speedy Trial Clause*. Em Portugal, muitos são os dispositivos que tratam do assunto, inclusive em sede constitucional. A Constituição espanhola assegura um processo sem dilações indevidas, e o mesmo se tem na Alemanha e em vários outros países do mundo.⁴⁸

O novo Código de Processo Civil, na parte inicial que trata sobre as normas fundamentais, destaca o assunto, em seus arts. 4º e 6º, respectivamente, tamanha a preocupação com o desiderato: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, e “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Em outra oportunidade, no tópico em que são tratados os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, o tema volta à tona, art. 139, II: “O juiz dirigirá o processo

⁴⁸ CABRAL. Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador. Editora Juspodvim. 2013. p. 78.

conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: II - velar pela duração razoável do processo”, e assim se segue em vários outros artigos da lei.

Os comandos razoável e célere não se confundem, mas ambos são interdependentes. As partes atuantes no processo buscam uma prestação efetiva, ao mesmo tempo em que demandam rapidez no desfecho da lide, de modo que não sejam subtraídas as práticas de todos os atos que garantam influenciar na opinião do julgador, com o intuito de fazer valer seu melhor direito, e, por conseguinte, mantê-lo ou retomá-lo, de quem injustamente o detenha.⁴⁹

A preocupação em dar celeridade aos julgamentos não é só no Brasil. Vários países enfrentam muitas dificuldades em concretizar esse postulado, pois as contendas judiciais são multifacetárias, e cada caso será guiado por um rumo diferente, não podendo, sob pena de cometimento de inúmeras injustiças, dar um caminho único para todas as questões, diga-se incontáveis, que possam aparecer no dia a dia forense.⁵⁰

A qualidade do desenvolver processual há tempos é buscada pelos estudiosos, sabedores de que o tempo perdido é um grande mal, na medida em que põe em dúvida a própria justiça da decisão, continuamente agravada pelos enigmas típicos das sociedades modernas e contemporâneas, ou seja, os problemas de massa.⁵¹

Vejamos que a celeuma não é nova, e há anos já se discutia sobre o tema. Na Itália, dados de 1998 sobre a administração da Justiça davam conta de que os

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental a duração razoável do processo. Revista Estação Científica. Juiz de fora. v. 01. Nº4. p. 82. Out-Nov/2009. “Além disso, demonstra que o direito à duração razoável do processo não é sinônimo de celeridade processual, uma vez que compreende, além do direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito ao prazo adequado para a prática de atos processuais e direito de não ter a esfera jurídica restringida por tempo desnecessário, denotando que a sua amplitude o faz incidir em todas as espécies de processo, judiciais ou não”.

⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 03 de outubro de 2015. “Ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça”.

⁵¹ OLIVEIRA, Bruno Silveira. Conexidade e efetividade processual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 289.

processos demoravam em torno de 4 anos até o fim. No Japão, também em 1998, antes da entrada no novo estatuto processual, os processos duravam em média mais de dez anos até a análise da Corte Suprema. Nos Estados Unidos, um processo chega a durar entre três a cinco anos; por isso a grande cultura de resolução extrajudicial das pendências é fruto da morosidade do judiciário, encontrando ali terreno fértil para prosperar.⁵²

Para José Rogério Cruz Tucci, o fator tempo há muito é o principal motivo da crise na justiça: “... uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social”.⁵³

Escrevendo sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni dissecou a norma constitucional, extraíndo dela uma tripla obrigação aos seus destinatários: legislador, juiz e o Estado.⁵⁴

Cabe ao legislador, obrigatoriamente, produzir leis que oportunizem aos litigantes a prática de atos processuais em prazo sensato, bem como sua penalização, substantiva ou adjetiva, advenha de não proceder conforme o mandamento. Ao juiz cabe a condução do feito de forma que a realização dos deveres das partes seja em prazo racional, que não gere procrastinações indevidas, e, ainda, que dê pronta resposta ao requerimento e solicitação dos autores, calcado na melhor técnica processual adequada ao caso, evitando, assim, a necessidade de repetição do ato, ante o não atingimento do fim almejado. Por fim, o Estado deve cumprir a obrigação de criar condições salubres de trabalho aos colaboradores da jurisdição, com estrutura condizente à responsabilidade imposta, dotada de tecnologia e materiais necessários, visando a uma melhor otimização dos trabalhos, dotando o Poder Judiciário de orçamento compatível com sua magnitude e importância na vida em sociedade, de modo a permitir praticar seu desiderato.⁵⁵

⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de direito processual civil. São Paulo. Saraiva. 2004. p. 2.

⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como colorário do devido processo legal. Revista de Processo. São Paulo. v. 66. p. 72. Abr/1992.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental a duração razoável do processo. Revista Estação Científica. Juiz de fora. v. 01. Nº4. p. 83. Out-Nov/2009.

⁵⁵ Ibidem.

Sobre este último tópico, na obra *Novas Linhas do Processo Civil*, o autor já alertava sobre o assunto:

Não pode ser ignorada, também, a importância de um bom ambiente de trabalho e de uma boa infraestrutura administrativa. Os serviços auxiliares e os recursos de material não podem ser negligenciados, pois sem esta atuação jurisdicional será impossível.⁵⁶

Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas para o Ministério da Justiça, em 2006, intitulada de “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, teve como objetivo estudar até que ponto os cartórios auxiliavam na morosidade da justiça. Considerando que o maior Tribunal Estadual é o de São Paulo, lá foram escolhidos quatro cartórios para embasarem os estudos, dois na capital e dois no interior, e posteriormente diagnosticados. Ressalte-se que as conclusões, apesar do trabalho restrito, se aplicam a outros Tribunais do Brasil, tendo em vista que a mesma legislação paira sobre os auxiliares da justiça, cuja função exercida é de semelhança ímpar, possuindo, portanto, tais características, em maior ou menor grau.

Os dados levantados são de extrema relevância para se conhecer o problema, e dele tirar a solução necessária/efetiva, visando expurgar ou pelo menos diminuir consideravelmente esse percalço:

O tempo em que o processo fica em cartório é grande em relação ao tempo total de processamento. Descontados os períodos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por um período equivalente a 80% (no cartório A) e 95% (nos cartórios B e C) do tempo total de processamento.⁵⁷

Ao tratar do tema, José Rogério Cruz Tucci faz referência ao “prazo morto”, caracterizando-o como dilação indevida, ou seja, tempo em que o feito permanece parado aguardando algum impulso, tais como juntada, publicação etc., que não são realizados ou que deveriam ser otimizadas com racionalidade na execução das tarefas, evitando-se fazer mais de uma vez a mesma coisa.⁵⁸

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4^o. ed. São Paulo. Malheiros. 2000. p. 86.

⁵⁷ BRASIL. Ministério Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Ano base 2006. Brasília. 2007. p. 23.

⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e Processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997. p. 67.

As demais considerações revelam que o Tribunal nem sequer tinha conhecimento dessa profunda falha na estrutura, que, sem sombra de dúvidas, é a mais alarmante.⁵⁹

Diante desse contexto, as modificações legislativas, as técnicas processuais, ou qualquer outra forma de atuação do julgador ou das partes, precisam ser repensadas, quando comparadas com a contribuição do trabalho desenvolvido nesta seara, em que pese o reconhecimento notório da relevância das demais nuances que atravancam o percurso processual até a efetivação do direito material.

Isso porque o resultado da pesquisa se imiscui em qualquer processo, tendo em vista que obrigatoriamente passarão pelos escaninhos, ao passo que a utilização de técnica ou de procedimento equivocado atingirá somente um percentual pequeno dos casos.

O temerário é que os maiores responsáveis pelo problema da lentidão da prestação jurisdicional nem sequer são ouvidos em qualquer reforma sobre o tema, e justamente aqueles que dão ritmo ao trabalho desenvolvido pelos juristas.

Assim, concluíram que é necessário reverter o quadro, adotando inúmeras providências, a saber:

[...] motivação dos funcionários e conscientização da importância de suas tarefas para o acesso à justiça;... leis e doutrina processuais que considerem a existência e a importância da burocracia cartorial na atividade jurisdicional;... a inclusão dos cartórios judiciais na pauta dos estudos sobre a morosidade da justiça brasileira e o desenvolvimento de novas pesquisas em continuação ao presente levantamento exploratório.⁶⁰

O estudo merece uma pronta atenção do Poder Judiciário, considerando que reflete as condições organizacionais das estruturas judicantes do Brasil, cada uma com suas devidas particularidades, mas que não as eximem da maioria das

⁵⁹ BRASIL. Ministério Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Ano base 2006. Brasília. 2007. p. 29. “A despeito do impacto que provocam sobre a morosidade do processo, os cartórios judiciais não são vistos como “atores” do sistema de justiça. A exata medida da influência que os cartórios projetam sobre o acesso à justiça e a morosidade processual parece também não ser compreendida pelos demais atores. No sistema de justiça, os cartórios judiciais são, praticamente, “invisíveis”.

⁶⁰ BRASIL. Ministério Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Ano base 2006. Brasília. 2007. p. 55.

conclusões negativas descobertas, ou pelo menos expostas de forma clara, com metodologia e transparência.⁶¹

1.2.3 As técnicas processuais

Técnica processual, de acordo com Jose Roberto dos Santos Bedaque, nada mais é do que “o meio apto a proporcionar os objetivos do processo”.⁶² Já o processo, na concepção moderna, é o “instrumento instituído pelo Estado para resolver crises verificadas no plano material, de modo que a solução se aproxime, na medida do possível, daquilo que ocorreria não fosse necessária a via jurisdicional”.⁶³

Eduardo Righi, em complemento aos conceitos acima, esclarece que “a técnica tem a obrigação de ser capaz de assegurar aos litigantes um instrumento efetivo e seguro, apto a proporcionar uma decisão justa à luz da Constituição”.⁶⁴

As estratégias criadas pelo legislador são fruto de reformas, que sobretudo visam coibir a morosidade no caminho percorrido até o pleno uso e gozo do bem da vida buscado.⁶⁵

Nos ateremos aqui às técnicas processuais efetivas, no plano adjetivo, que conferem maior rapidez e concretude ao direito substancial buscado de forma célere nas relações jurídicas travadas ente os consumidores e as sociedades empresarias operadoras de planos de saúde, estando entre elas, como as mais utilizadas, de forma eficiente, a antecipação de tutela (tutela provisória), *astreintes* e o julgamento antecipado da lide, isso em atenção aos casos que serão analisados no derradeiro capítulo.

⁶¹ Ibidem, p. 10. “De forma alguma isto significa que as conclusões aqui apresentadas sejam exclusivas dos cartórios estudados ou da Justiça paulista”.

⁶² BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e técnica processual. São Paulo. Malheiros. 2006. p. 80.

⁶³ Ibidem, p.98.

⁶⁴ RIGHI, Eduardo. Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo. Editora afiliada. 2011. P.85.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6º ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2009. p. 157. “Nesse contexto de acelerações, a antecipação da tutela jurisdicional, com base na razoável probabilidade do direito e necessidade de tutela urgente pelo demandante, corresponde também a um risco consciente assumido em prol da tempestividade da tutela”.

Qualquer instrumento processual, considerado em seu sentido amplo, e, em não menos amplo, as inúmeras situações fáticas que precisam de uma resposta jurídica, só terá seus contornos bem utilizados após a leitura e releitura da situação posta em concreto, pois a partir daí é que a sabedoria processual fluirá na adoção do melhor dispositivo para a elucidação da temática posta a desate.

Desta forma, o tema envolvendo a negativa de prestação do serviço de saúde pelo setor privado com seus consumidores, o instituto da antecipação de tutela, assumiu um papel de destaque relevante.⁶⁶

Ao solicitar os procedimentos bucomaxilofaciais, objeto de análise linhas à frente, a saúde do paciente já está deveras comprometida. Dor de cabeça, de ouvido, enxaqueca, dificuldade mastigatória, fonatória, deglutição estão presentes na totalidade dos casos, além, é claro, dos casos de urgência e emergência, nos quais o risco de vida ou de dano irreparável estavam prementes. Em resposta ao pleito, além de ultrapassar o prazo regulamentado pela Agência Nacional de Saúde, quando se dignam a responder, decotam uma série de materiais necessários para a consecução do ato médico, colocando em risco a vida do paciente, sem qualquer justificativa plausível.⁶⁷

O profissional não deve colocar em risco sua carreira e a saúde do paciente em detrimento de ganhos financeiros com a economia dos materiais que as empresas querem fazer, daí surge a pendência a ser resolvida, cujo suporte não é respaldado, senão pelo acionamento da jurisdição.

É fato digno de nota que o Judiciário, nesses casos, deu resposta imediata para a realização dos tratamentos solicitados, através da técnica antecipatória, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, já revogado, em que o juiz, verificando a plausibilidade do direito e visando evitar dano de difícil ou incerta reparação ou abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu, adiantou a pretensão requerida no pedido inicial, determinando que as operadoras de saúde

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Processo nº 2012.03.1.030695-8, 2ª Vara Cível de Ceilândia. Decisão Interlocutória. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=3&SEQAND=4&CDNUPROC=20120310306958>> Acesso em 20 maio 2016.

⁶⁷ Ibidem.

arcassem com os dispêndios do tratamento, inicialmente, negado, até o julgamento final do caso, em que, no final, as tutelas foram confirmadas.

O direito em testilha é nada mais nada menos do que a saúde, consistindo no pleno e hígido restabelecimento de suas funções. Quanto aos demais requisitos, restaram todos devidamente demonstrados, considerando que o tempo, nesse tipo de moléstia, assume relevância excepcional para seu restabelecimento. Protelar a cura da doença, além de dificultar a plena recuperação, teria o condão de gerar outros males no eupático, cujo tratamento seria mais custoso, em termos biológicos e econômicos.

Ao deferir o pedido da parte antes da citação, não está o julgador rompendo as balizas do contraditório e da ampla defesa, apenas os interpretando à luz da Constituição e da plausibilidade do direito invocado, pois, conforme Daniel Amorim Assunção Neves, “a tutela antecipada satisfaz faticamente o direito da parte, ou seja, permite que a parte aproveite no plano dos fatos uma situação que só poderia ser obtida com a vitória judicial definitiva”.⁶⁸

Noutra forma, deixar perecer o bem buscado pelo autor, elevando o contraditório e a ampla defesa a patamares superiores, não condiz com a realidade almejada pela efetividade da prestação jurisdicional. A concretização é o norte que se impõe, mas com parcimônia e razoabilidade, pois não é salutar que nenhuma das partes da lide saia sacrificada, mais do que o necessário para restabelecer o patrimônio daquele que tem, de fato, o direito vindicado.⁶⁹

Cândido Rangel Dinamarco insiste:

Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.

[...]

Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer a tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva.⁷⁰

⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Volume único. 3º ed. São Paulo. Editora Método. 2011. p. 1147.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 2º ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2009. p. 22

⁷⁰ Ibidem.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, arts. 294 a 311, a antecipação dos efeitos da tutela, passou a se chamar tutela provisória, desdobrada na urgência e na evidência⁷¹. A primeira será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Já a tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: “I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; e, IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Apesar da modificação legislativa, não resta dúvida de que a inovação legal tem o mesmo desiderato da lei processual revogada, ou seja, buscar a efetividade do direito material de forma célere, justa e, principalmente, efetiva.

Outro instrumento comumente usado para dar coerção e imediatidade na decisão judicial são as *astreintes*⁷², previstas no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. A concretude determinando a feitura de determinada obrigação, quando não revestida da multa, como nos casos de realização de procedimentos médicos, soa como mero aconselhamento⁷³, que se

⁷¹ CASTRO, Marcello Soares. Tutela de urgência e tutela de evidência: Limites e possibilidades de um regime único. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador. Editora Juspodvim. 2013. p. 277/278. “Afirmamos que as tutela de urgência e tutela de evidência são espécies de tutela diferenciada pois, ao contrário das tutelas jurisdicionais fundadas em racionalidade unitarista – que pretendem apresentar um tipo de tutela jurisdicional padrão supostamente aplicável a todas as situações-, as tutelas diferenciadas são pautadas na efetividade e alinhadas a partir de um elemento que possibilita a sua aplicação sensível ao caso concreto: a adaptabilidade”.

⁷² JUNIOR, Delosmar Mendonça. Tutela mandamental e efetividade do processo. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 122. “ O princípio da efetividade do processo, base dogmática na natureza e função da jurisdição, deve servir para sistematização e normogênese em torno das construções teóricas e jurisprudências voltadas para os arts. 461 e 461-A do CPC”.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4^o. ed. São Paulo. Malheiros. 2000. p. 217. “Note-se, aliás, que é a possibilidade do uso da multa que confere efetividade ao provimento final, já que uma ordem que não se pode ligar a coerção transforma-se em mera recomendação”.

cumpra ou não, ao seu puro talento, em franco prejuízo à parte *ex adversa*. Fábio Cardoso Machado demonstra com clareza a força da aplicação da multa, “O credor faz ver os dentes para não ser obrigado a morder”.⁷⁴

Assim, o arbitramento de valor em caso de descumprimento, conquanto que não seja irrisório, ante a potencialidade econômica dos conglomerados do setor, serve de “incentivo” para a fiel execução da ordem na forma e tempo determinado.

Noutra perspectiva, se a ação já foi proposta por desrespeito às regras de convivência, probidade e lealdade, não causaria surpresa que a ordem dada, sem coerção econômica, não surtisse o efeito esperado, ante o mau costume do litigante habitual.⁷⁵

Por fim, primando também pela utilização racional dos métodos processuais, temos o julgamento antecipado da lide, ferramenta relevante quando bem aplicada pelo juiz condutor do processo. O regramento está no art. 330 do antigo arcabouço adjetivo, e, no novel, sua localização está nos arts. 355 e 356, com algumas modificações, no entanto, que não desnaturam o objetivo visado, ou seja, a rápida e consciente prestação jurisdicional.⁷⁶

O tema de prova sempre foi e será uma tormenta para os operadores do direito, considerando que uma prova produzida de modo equivocado ou não produzida, além de inspirar o convencimento do magistrado, positiva ou negativamente, poderá fazer com que o caminho processual se delongue demasiadamente, em notório descompasso com a solução rápida e totalmente oposta à eficiência buscada, influenciando de forma ímpar no resultado do processo.⁷⁷

⁷⁴ MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 266.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Os 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

⁷⁶ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19^o ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2016. p. 555. “O julgamento antecipado da lide, outra modalidade de julgamento conforme o estado do processo, sucede em duas hipóteses: quando não houver necessidade de produção de outras provas, ou quando ocorrer o efeito material da revelia e o réu não tiver comparecido em tempo oportuno para a produção de provas (art. 355, I e II)”.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. Considerações da tutela de urgência no relatório barradas. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). *Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo*. Salvador. Editora Juspodvim. 2013. p. 435. “... O princípio da eficiência,

Por isso, o uso da técnica adequada influi na qualidade da tutela prestada pelo Estado, considerando que falhas metodológicas no emprego da lei são origens de numerosas tormentas, oportunizando o prolongamento inútil de inúmeros processos, que, ao final, só serviram para engrandecer o engarrafamento judicial.⁷⁸

1.3 EFETIVIDADE PARA FORA DO PROCESSO E A FORMALIZAÇÃO DE JULGADOS NEGATIVOS.

De pouco adianta o uso perfeito da efetiva prestação processual se, a cada momento, nova lide, faticamente igual, aparece. A prestação jurisdicional efetiva deve necessariamente passar pelo caminho de contenção de novas demandas, não bastando apenas aplicar a lei ao caso concreto; precisa ir além. Esse *plus* é o efeito radiante e pedagógico da decisão.⁷⁹

No estágio em que se encontra a sociedade, a economia e as relações jurídicas, intensificadas e mais reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, é perceptível que poucas pessoas jurídicas engrossam o absurdo número de litígios que chegam ao Poder Judiciário. É o caso dos bancos, das operadoras do setor de telefonia, de plano de saúde e o próprio Estado, entre outros, que, juntos, são os maiores litigantes habituais, lesando de forma contundente a saúde jurisdicional.⁸⁰

Em se tratando de litigantes habituais, importante destacar a ideia de Galanter, citado por Mauro Cappelletti, que demonstra perfeitamente a necessidade de decisões judiciais mais severas, a fim de coibir que os grandes litigantes organizacionais, para obterem vantagem econômica, se utilizem do poder estatal, desvirtuando a verdadeira missão, em prol de interesses sub reptícios.

aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão judicial”.

⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Revista de Processo. São Paulo. v. 77. p. 168. Jan/1995.

⁷⁹ FARIA, Anacleto de Oliveira. Instituições de direito. 5^o ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1980. p. 10. “Como ressaltamos acima, o direito representa uma dupla finalidade: a segurança nas relações humanas e a justiça. Se o fim mediato do direito é garantir a ordem e a paz na atividade humana social, o seu fim último é a realização da justiça”.

⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1994. p. 171. “Nos tempos atuais, o crescimento do Estado é patologicamente acompanhado por uma crescente vulnerabilidade a interesses de grupo. Os grupos econômicos, particularmente, encontram sempre os modos de influenciar a escolha dos dirigentes e a adoção de providências concretas”.

As vantagens dos "habituais", de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos.⁸¹

Ricardo Luis Lorenzetti expõe com clareza esse comportamento: “No plano jurídico tem grande relevância cumprir o contrato ou não cumpri-lo, pagando uma indenização – é uma decisão que envolve custos de oportunidade”.⁸²

A mal versação ou a condução direcionada para uma finalidade que não realiza o bem comum ocasiona uma perda de legitimidade do poder, tendo em vista o desvio perpetrado, conforme lição extraída de José de Oliveira Ascensão:

Não basta a origem do poder, porventura obtida por meios regulares; não basta, pois, a observância dos procedimentos. Nem que estejam a ser observadas rigorosamente as regras sociais. Se a ordem jurídica deixar de funcionar para o benefício coletivo e for instrumentalizada para servir interesse privados, sua legitimidade desaparece.⁸³

Corroborando o mesmo entendimento, Luiz Guilherme Marinoni:

A fluidez do sentido do direito conspira contra sua autoridade, podendo destituí-lo de força para regulação social. O direito, enquanto ameaça, é tanto menos efetivo quanto mais abre oportunidade para o sujeito pensá-lo como não incidente. Nesse sentido, é claro, falece autoridade ao direito para evitar o desvirtuamento do comportamento social.⁸⁴

O viés adotado é bastante simples, no entanto, muito pernicioso. Uma única pergunta já permite termos a dimensão do desastre: Quanto ganharei em descumprir a avença com um cliente, já abatendo eventual sanção decorrente de um processo?

Aliado a isso, ainda há a costumeira inércia da população lesada em não recorrer para fazer valer o seu direito violado, prática essa que ocorre não só no Brasil, como também em outros países do mundo.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988. p. 25.

⁸² LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da decisão Judicial. 2º ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 198.

⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Introdução a ciência do direito. 3º ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2005. p. 209.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes (Justificativa do novo CPC). São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 115.

Um importante estudo realizado entre os consumidores na comunidade europeia mostra bem a realidade motivadora do comportamento. Apenas 2% dos consumidores que tiveram desrespeitados seus direitos fizeram reclamação aos órgãos de defesa, e, com relação ao acionamento judicial, o número foi tão irrisório que nem sequer teve repercussão para efeitos de estatística.⁸⁵

Números bem parecidos foram constatados aqui no Brasil, conforme um estudo do Ministério da Justiça denominado “Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais”, que concluiu que o percentual de reclamação via judiciário chegou a 3%, muito correlato ao achado na Europa, onde, em tese, os cidadãos são mais esclarecidos quanto a seus direitos e obrigações.⁸⁶

Todos esses ingredientes reunidos têm gerado nas decisões judiciais sobre o assunto um modelo de julgados desvirtuados, extremamente prejudicial aos componentes da demanda, com exceção do grande causador de todo o imbróglio.

A natureza e os fins dos julgados virtuosos é oposta ao que se tem visto na prática. A ação dos conglomerados econômicos é instigada pelo modo de resposta que as cortes vêm dando àquela situação entre paciente/consumidor no trato com os atuantes no ramo da saúde privada.

O setor tem plena convicção de que o seu não fazer não trará maiores consequências, seja de que ordem for: administrativa, judicial e muito menos econômica.⁸⁷

Marinoni leciona a respeito, mas note-se a inversão lógica causada pela abusividade do comportamento, sem qualquer retalhamento pelos poderes constituídos: “Têm, em outras palavras, legítima expectativa de que os julgamentos

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988. p. 24.

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais. 2013. 116 p. : il. (Diálogos sobre justiça). p. 15.

⁸⁷ EBC. Presidente Do Conselho Federal de Medicina alerta para crise iminente nos planos de saúde. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-18/presidente-do-cfm-alerta-para-crise-iminente-nos-planos-de-saude>>. Acesso em: 05 maio 2015.

que podem os atingir não variarão sem justificativa plausível e que, assim, podem dirigir suas atividades de acordo com as diretrizes já fixadas”.⁸⁸

Em complemento arremata: “Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança jurídica necessária ao desenvolvimento das relações sociais”.⁸⁹

Teoricamente a colocação é perfeita aos casos em que o causador do entrave fosse compelido a reestabelecer a situação violada e que esse “fazer” servisse de pauta para as futuras condutas em idênticos casos do tema em análise. No entanto, não é o que acontece com o surgimento de várias demandas sobre o mesmo assunto, cujo resultado, na esmagadora maioria, é: custeia-se o procedimento solicitado, mas o valor do dano extrapatrimonial causado não inibe a reiteração do mesmo erro pelo risível valor arbitrado, conforme se comprovará na análise de casos do derradeiro capítulo.

A forma como estão sendo decididos os pedidos que envolvem os casos de saúde suplementar, na especialidade bucomaxilofacial, não coíbe, pelo contrário, fomenta o efeito replicador, nocivo para toda a estrutura judicante e para a sociedade, na medida em que tudo tem um custo a ser suportado pelo contribuinte e pelo próprio sistema. O efeito multiplicador, em termos gerais, é tão nefasto que, somente se houvesse paralisação por três anos de distribuição de processos, mantendo os magistrados e servidores, os mesmos índices de produtividade, seria possível zerar o estoque.⁹⁰

A Associação dos Magistrados Brasileiros, em setembro de 2015, lançou em Brasília o processômetro, ou seja, uma espécie de contagem em tempo real do número de ações propostas nos foros do Brasil. De acordo com a entidade, existem mais de 100 milhões de processos. A cada 5 segundos um processo novo é

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3^o. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 106.

⁸⁹ Ibidem, p. 107.

⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Justiça em número 2015. Ano base 2014. Brasília. CNJ. 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015. p. 75.

ajuizado, e mais de 42 milhões, o que corresponde a cerca de 40%, poderiam ser evitados se os litigantes habituais respeitassem o ordenamento jurídico.⁹¹

Outra coisa é o valor monetário do processo, oriundo do tesouro e alimentado em boa parte pelos tributos pagos por toda a sociedade. Virgílio Afonso da Silva destaca: “Em linhas gerais, o argumento é simples: a realização e proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso dos direitos sociais, seja no dos civis e políticos”.⁹²

Em termos numéricos, o custo da justiça brasileira é de R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por habitante, de acordo com os dados globais da justiça estadual, extraídos do relatório do Conselho Nacional de Justiça”.⁹³

Desta feita, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil, em 12 de outubro de 2015 às 16h58min, possuía 204.932.625 (duzentos e quatro milhões, novecentos e trinta e dois mil, seiscentos e vinte cinco) habitantes⁹⁴. Agora, multiplicando pelo valor obtido de custo da justiça por habitante, temos o valor total de 37.912.535.625 (trinta e sete bilhões, novecentos e doze milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, seiscentos e vinte e cinco reais).

Comparando esse valor com os dados da Associação dos Magistrados, em termos de gasto com processo e com os números do Conselho Nacional de Justiça, já que 40% dos casos não deveriam existir, a diminuição dos custos seria em torno de 15 bilhões de reais, em valores brutos, sem considerar os valores com estrutura, entre outros, cujos gastos existiriam, mesmo com esse grande percentual a menos. Por outro lado, com menos processos certamente teríamos tutelas judiciais mais céleres, adequadas e efetivas.

⁹¹ BRASIL. Associação dos magistrados brasileiros. Placar da justiça e destaque nos telejornais. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=23668>>. Acesso em 12 out. 2105.

⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: Entre transformação social e obstáculo a realização dos direitos sociais. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010. p. 591.

⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Justiça em número 2015. Ano base 2014. Brasília. CNJ. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015. p. 71. “No ano de 2014, as despesas totais da Justiça Estadual somaram aproximadamente R\$ 37,6 bilhões, o que representou um crescimento de 4,0% em relação ao ano de 2013, e de 32,6% no último sexênio². Essa despesa equivale a 0,7% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 5,2% dos gastos totais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 185 por habitante”. (Grifo no original)

⁹⁴ IBGE. Estatística Populacional. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 12 out. 2015.

Dito isso, a forma como reiteradamente os fatos vêm acontecendo gerou uma segurança jurídica às avessas para aquele que rompe com as balizas legais - mesmo comportamento mesma resposta -, num único intuito de auferir grandiosos benefícios econômicos.

Com todo esse esquadro, uma mudança de postura se faz necessária. Não que a reparação robusta do dano moral seja a solução de todos os males, mas, por ser uma matéria corriqueira nos fóruns brasileiros, já seria um grande passo em direção ao refreamento das reiteradas condutas dos litigantes habituais, aqui incluídas as sociedades empresárias do setor da saúde suplementar.⁹⁵

⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Justiça em número 2015. Ano base 2014. Brasília. CNJ. 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015. p. 98 e 100. “A Indenização por Dano Moral aparece entre os maiores assuntos tanto em Direito Civil quanto em Direito do Consumidor” e “Indenização por Dano Moral e por Dano Material estão entre os principais assuntos dos juizados especiais (4 dos 8 maiores assuntos)”.

CAPÍTULO 2. DANO MORAL, SUAS FUNÇÕES E CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO – MUNDO DO DEVER SER

2.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO

O fato de não ter existido, por muito tempo, o regramento sancionatório civil, em hipótese alguma significa que as lesões de cunho íntimo, da personalidade, da honra, da intimidade e do nome não aconteceram. Na seara penal, a violação a tais direitos eram, e são, prontamente retrucadas pela legislação punitiva, vide crimes contra a honra, a liberdade e vários outros relacionados no mesmo contexto.⁹⁶

Por vezes, a lei autorizava a violação a esses direitos; o próprio Estado chancelava o comportamento, tendo-o como condizente à época. No entanto, esse proceder, como dito, não deixou de ser violador da esfera do indivíduo. Mesmo com respaldo legal, não deixou de trazer sofrimento, constrangimento e dissabores àqueles que a ele se submetiam, ou seja, as mulheres e os escravos, hoje plenamente reconhecidos e inseridos como cidadãos titulares de direitos e deveres.⁹⁷

Nesse contexto contraditório, temos por excelência o dano moral, ou seja, para Alexandre Sturion de Paula, a depender dos fatos: “O pior dano possível dentre todos os compreendidos na seara jurídica, vez que vem demolir o alicerce que cada ser humano possui para sobrevivência e convivência social”.⁹⁸

A evolução do instituto, de notável importância, passou por períodos de inexistência, nascimento e crescimento, até seu atual formato, destacando que ainda gera controvérsias e discussões de tamanha monta, que vozes abalizadas advogam

⁹⁶ MARINANGELO, Rafael. Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues NANNI, Giovanni Ettore; (Org.). A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. Editora Atlas. São Paulo. 2012. p. 669/670.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf>. Acesso em 27/04/2016.

⁹⁸ STURION DE PAULA, Alexandre. Dano moral. Um prisma de sua admissão e da aferição de seu quantum sob a ótica da conotação sancionatória. In AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Dano moral e sua quantificação. Editora Plenum. Caxias do Sul. 2005. p. 23.: “...é o caso da mãe que perde seu único filho por um atropelamento violento”.

em sentido diametralmente opostos, tamanhas são as decisões díspares sobre a mesma situação fática.⁹⁹

Historicamente, num primeiro momento houve a negação total do reconhecimento do dano moral, titularizada, genericamente, como teoria negativista. Apregoavam, em síntese, que o valor pecuniário, a mensuração em moeda da mágoa se afigurava absurda e, por conseguinte, ilegal, na medida em que não se podia quantificar uma lesão a um bem não patrimonial, considerando a incerteza de mácula, ou seja, sua subjetividade, grande fiadora da insegurança jurídica. Um dos maiores expoentes dessa doutrina é Friedrich Carl Von Savigny¹⁰⁰.

O viés econômico dos pensadores dessa premissa¹⁰¹ não permitia visualizar o ser humano em sua inteireza, tal como em tempos modernos, por isso destacava a impossibilidade dessa matéria, por várias vezes taxada de esdrúxula.

Outra corrente é a dos que predicavam a reparação do dano moral, e eram chamados de positivistas. Esses consideravam a violação do direito extrapatrimonial¹⁰² passível de compensação monetária, em que pese a subjetividade e a ausência de preço do bem violado. As consequências do abaloamento do direito não seriam equivalentes com a reparação financeira, mas essa seria uma forma de satisfazer, de atenuar parcialmente, o rompimento causado pela transgressão. E mais, alardeavam que seria por demais indecente deixar ileso o causador de todo o constrangimento, aflição e dor ao ser humano. Dentre alguns dos maiores expoentes dessa doutrina temos Carnelutti e Calamandrei.¹⁰³

Existia também outra corrente, que defendia a tese de que o dano moral só existiria se viesse acompanhado de um dano palpável economicamente; essa era chamada de mista ou eclética. Por razões lógicas, essa percepção não vingou, pois

⁹⁹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ªed. São Paulo. Editora Atlas. 2014. p. 92. “[...] corremos, agora, o risco de ingressar na fase de sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.”

¹⁰⁰ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3ª. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

¹⁰¹ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. 2ª ed. São Paulo. Tradução Claudia Berliner. Editora WMF Martins Fontes. 2009. p. 07.: Ou ainda: considerem, em nosso sistema de direito civil, a teoria dos bens: algumas culturas têm uma concepção muito materialista dos bens, protegem acima de tudo a posse dos bens materiais...”

¹⁰² Ibidem, p. 07. “... outras, ao contrário, preocupam-se mais em proteger bens morais e intelectuais como a honra, profissões, ofícios, liberdades e etc. Também esses conflitos nos remetem a problemas filosóficos.”

¹⁰³ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3ª. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

seus postulados davam prevalência ao materializável. Em outras palavras, o dano moral, por si só, não era contemplado. Héctor Valverde Santana destaca: “Cuida-se de orientação jurídica baseada no acolhimento da reparabilidade do dano moral condicionada à ocorrência de um dano indireto ou reflexo de natureza patrimonial ou econômica”.¹⁰⁴

O desenvolvimento dessas teorias não foi estanque, e elas seguiram uma linearidade temporal. Com isso, num mesmo período tínhamos pensadores que defendiam cada qual suas convicções, conforme anotado por Pablo Malheiros da Cunha Frota:

Adequar essa categoria de direito nos moldes dos Códigos Civis oitocentistas foi dificultoso para a civilística, que utilizou outros institutos de direito civil para proteger a personalidade do ser humano (**teoria positivista**); de outro lado, a corrente **negativista** apontava a ilogicidade na edificação dos direitos da personalidade como objeto da relação jurídica, pois este se confundiam com os próprios seres humanos, a torná-los direitos subjetivos (**teoria negativista**).¹⁰⁵

No Brasil, o desenvolvimento do instituto passa por divisões bem claras sobre a reparabilidade, ou não, do agravo imaterial, igualmente aos períodos acima citados. Num primeiro momento, é considerada a objeção do direito, tendo em vista que a dor sentida e o direito violado não poderiam ser mensurados.

Noutra perspectiva, Sergio Cavalieri Filho destaca a admissão da lesão imaterial, porém despregada da lesão material “ao menos diretamente”, e, por consequência, sua completude, como instituto, ainda ficou pendente de ajustes, haja vista que determinados fatos abarcados pelo direito, inegavelmente, além do patrimônio, arrasam mais intensidade a alma, a honra e seus atributos, e, nesse viés, não raras vezes a dor sofrida não tinha relevo.

Tome-se como exemplo o caso da morte de um chefe de família em acidente. Quem pode negar que, além do aspecto patrimonial dessa morte, representada pelo amparo material (alimentação, habitação, o sustento de modo geral), a esposa e os filhos da vítima sofrem também profundo, intenso sofrimento pelo trágico desaparecimento pelo esposo e pai?¹⁰⁶

Nesse contexto temos o enunciado da Súmula nº 491, nos idos de 1969, em sessão plenária de 03 de dezembro, do Supremo Tribunal Federal: “É indenizável o

¹⁰⁴ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no direito do consumidor. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 138.

¹⁰⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo. Editora Método. 2008. p. 120/121.

¹⁰⁶ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ªed. São Paulo. Editora Atlas. 2014. p. 93.

acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.¹⁰⁷

Ao interpretar o enunciado, chegamos à conclusão de que o dano material futuro, ou a depender da força laborativa do filho, presente, apresentando, como dito, a profunda dor da perda de um ente querido, não se caracterizava como imaterial puro.

No entanto, o Ministro Raphael Gomes de Barros Monteiro Filho, em exposição feita em 30 de Abril de 1995, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região – “Fórum de Debates”, patrocinado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, São Paulo – SP, pontuou o disfarce na resolução da contenda instaurada, vejamos:

Na realidade, era o modo de conceder a indenização por dano extrapatrimonial sem dizê-lo diretamente, circunstância, por sinal, admitida em diversos julgados, entre eles os publicados nas RTJ 65/554–555 e 94/242–244, in verbis: “É, pode-se dizer, uma forma oblíqua de se atingir a reparação do dano moral, dadas as reações que suscita o pleno reconhecimento do instituto.”¹⁰⁸

Contudo, na mesma oportunidade invocou o RE nº 109.233 – MA, relator Ministro Octavio Gallotti, destacando o dano moral puro, julgado em 12/08/1986:

Dano moral puro. Restituição indevida de cheque, com a nota 'sem fundo', a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo.¹⁰⁹

Evoluindo, com a reiteração de julgados e normativamente, temos o grande divisor de águas, a Constituição Federal de 1988; em seguida, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, pacificando toda e qualquer celeuma quanto à posituação do instituto, tão discutido e mal aplicado por muito tempo em solo nacional.

A Constituição Federal trata do assunto quando disciplina, em seu art. 5º, os Direitos e Garantias Fundamentais:

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Súmula nº 491. Brasília, 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.realjus.com.br/dji/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0491.htm> Acesso em: 01 maio 2015.

¹⁰⁸ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. Indenização por dano moral: Evolução jurisprudencial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/download/209/205>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹⁰⁹ Ibidem.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹¹⁰

A Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002, traz outras regras sobre o tema¹¹¹. Do mesmo modo, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, normatizou o assunto:

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;¹¹²

A Constituição Cidadã é ainda mais incisiva ao, de certa forma, replicar o que já vinha descrito na Constituição Alemã¹¹³. Assim, colocar a Dignidade da Pessoa Humana¹¹⁴ como fundamento da República Federativa do Brasil, art. 1º, III, é dar força normativa que perpassa qualquer relação jurídica, modelando-lhe o conteúdo e

¹¹⁰BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹¹¹BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015. Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹¹²BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹¹³ALEMANHA. Constituição. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015. Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

¹¹⁴BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 maio 2015. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

alcance, seja em âmbito público, seja em âmbito privado, “obrigando o Estado a proteger a dignidade humana por meio de todos os órgãos e instituições Estatais”.¹¹⁵

Em complemento destaca Brunela Vieira de Vicenzi: “Importa dizer, portanto, que o Estado tem o dever permanente, em todos os níveis e esferas da Administração Pública, de proteger a dignidade humana de todos, cuidando para que ela não seja violada”.¹¹⁶

Sobre esse princípio “fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais”¹¹⁷, César Fiúza ilustrou:

Princípio da dignidade da Pessoa Humana – A dignidade humana, como vimos, é um valor a ser realizado pelo ordenamento jurídico. Foi consagrado no art. 1º, III, da Constituição da República brasileira. É com base nessa dignidade que todas as normas jurídicas constitucionais e infra-constitucionais, bem como todas as situações e relações jurídicas deverão ser interpretadas, inclusive os contratos.¹¹⁸

Para Ricardo Mauricio Freire Soares, o princípio em tela é o centro do emaranhado legal, orientador dos demais direitos fundamentais, como exemplificadamente a vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos, direitos de manifestação e acesso às fontes da cultura nacional, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre inúmeros outros.¹¹⁹

Em sede de reiteração de julgados, temos a edição do enunciado da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça¹²⁰, editada em 12/03/1992, superando de uma vez por todas essa separação desarrazoada entre os danos: “São cumuláveis as indenizações por danos materiais e morais oriundas do mesmo fato”.

¹¹⁵ VIERIA DE VICENZI, Brunela. É digno ser humano? Ou és Digno, ser humano?. Revista dos Tribunais *on line*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Volume 82 jan. 2013. DTR\2013\471. p.77

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

¹¹⁸ FIÚZA, César. Direito Civil. Curso completo. Ed. Del Rey, 16º edição, Belo Horizonte, 2013, p. 535.

¹¹⁹ FREIRE SOARES, Mauricio Ricardo. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo. Editora Saraiva. São Paulo. 2010. p. 135.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Súmula nº 37. Brasília, 12 de Março de 1992. Disponível em : <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 01 maio 2015.

Novamente, o Ministro Raphael Gomes de Barros Monteiro Filho, ao rememorar que, nos idos de 1913, o Supremo Tribunal Federal havia analisado o Agravo nº 1.723, tratando sobre uma liquidação de danos em um acidente ferroviário, cujo desfecho culminou com a morte de um chefe de família. Nesse caso, há 72 anos da edição da súmula, a Corte cumulou o dano material com o moral. No entanto, em julho de 1915, o julgado foi reformado, com a exclusão do dano extrapatrimonial. O direito excluído à época foi taxado de “extravagância do espírito humano”. No embate, o Ministro Pedro Lessa, considerado por Rui Barbosa o “mais completo de nossos juízes”, restou vencido, mantendo-se indene à indenização moral, alardeando em seu arrazoado que: “não é necessário que a lei contenha declaração explícita acerca da indenização do dano moral, para que esta seja devida. Na expressão dano, está incluído o dano moral”.¹²¹

Bastante esclarecedora é a ideia de Humberto Teodoro Júnior, segundo a qual, na vida em sociedade, as pessoas conquistam bens em sentido amplo que são protegidos pela ordem jurídica. Uns patrimoniais outros imanentes à personalidade humana, com requisitos de essencialidade e indisponibilidade. É direito seu não ser enfadado por ninguém, nos bens que formam seu patrimônio, bem como preservar a salubridade de sua personalidade.¹²²

Com relação à definição do tema, “é tarefa das mais difíceis”¹²³, portanto, o escólio de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. É a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado, dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.¹²⁴

¹²¹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. Indenização por dano moral: Evolução jurisprudencial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/download/209/205>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 2º edição. São Paulo. Editora Juarez Oliveira. 1999. p. 2.

¹²³ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 111 .

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 6. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p.377.

Para outros “é a violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial”¹²⁵ ou “o incomodo ou aflição experimentado por alguém, em seus sentimentos de honorabilidade, em razão de alguma conduta lesiva”.¹²⁶

Pablo Malheiros da Cunha Frota aduz:

[...] o dano moral funda-se na iníqua lesão com efeitos nas situações jurídicas existenciais, de qualquer ordem ou natureza, da pessoa humana, que fica com a qualidade de vida prejudicada em todos ou em alguns aspectos, **quais sejam a vida, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade social** (grifo no original).¹²⁷

Em fecho, Sergio Cavallieri Filho professa o chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. Com isso, a Constituição reformulou o dano com nova dimensão, tendo em vista ser ela a base de todos os valores morais, ou seja, a essência de todos os direitos personalíssimos.¹²⁸

Fincado nessas premissas temos o dano moral, regido pelo Direito Constitucional/Civil/Consumidor, em que se busca resguardar direitos da personalidade, amparados pela dignidade da pessoa humana, cujo rompimento causa dor, angústia, aflição e dissabores de caráter ímpar no indivíduo, passíveis de reparação/compensação pecuniária. Outrossim, violações que não provoquem no lesado direto os sentimentos retrocitados, mas que porventura ataquem o decoro e a honra, são também consideradas violadoras de direito não patrimonial, cuja reparação é, em última análise, perfeitamente cabível.

2.2 OBJETIVOS DO DANO MORAL

2.2.1 Educador

De regra, essa função educadora, sobretudo na seara do sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor, assume importância ímpar, principalmente pela linha abordada no presente trabalho, em que a relação entre consumidor e plano de

¹²⁵ DEDA OLIVEIRA, Artur Oscar. A reparação dos danos morais. São Paulo. Editora Saraiva. 2000. p 8.

¹²⁶ PAIVA FARIA JÚNIOR, Adolpho. Reparação civil do dano moral. São Paulo. Editora Juarez Oliveira. 2003. p. 35.

¹²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo. Editora Método. 2008. p. 201.

¹²⁸ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ªed. São Paulo. Editora Atlas. 2014.p. 88.

saúde resta desvirtuada, e pela transcendência que pode haver entre possíveis próximas vítimas.

As relações sociais se desenvolvem de forma veloz, de modo que os regramentos existentes por diversas vezes titubeiam quando se é convocado a dar a resposta ao caso concreto. As regras existem para que um indivíduo não possa se arvorar em algo que não lhe pertence, não que a ausência de parâmetros leve a isso, mas, com a normatização de cunho legal e até mesmo de cunho moral, as avenças ou desavenças são dissipadas de forma mais rápida e eficaz, para que o mesmo tema não necessite de outro pacificador para dar a mesma resposta.

Desta feita, o modo como as sociedades empresariais atuantes na saúde privada se comportam prejudica de forma reiterada tanto o consumidor, de forma individual, quanto a gama de consumidores que usam do serviço solicitado, por isso se faz necessária a elevação dessa missão educadora.¹²⁹

André Gustavo Corrêa de Andrade traça considerações a respeito do novo norte a ser seguido:

A preocupação da responsabilidade civil não se circunscreve ao dano já consumado e as forma de repará-lo. Encarece-se o objetivo de impedir a realização do dano, sua continuação ou repetição, principalmente (mas não exclusivamente) em relação aqueles bens e direitos que não encontram na tutela reparatória a proteção adequada, como se dá com os direitos da personalidade.

[...]

Na verdade, toda primazia deve ser dada a finalidade preventiva, com prioridade o “não danificar” porque valoriza os bens e interesses jurídicos, não o seu valor econômico. Reconhece-se que a preservação do direito é mais importante do que a reparação do dano a ele causado.¹³⁰

Assim, mesmo que ocorra a violação ao direito alheio, a função pedagógica deve ter sua relevância enaltecida, para que o mesmo ato prejudicial não volte a acontecer, inclusive em sede judicial: “Ao impor a obrigação de reparar danos, as sentenças judiciais desenvolvem uma atividade pedagógica, educativa, evitando, em

¹²⁹ PLANOS de saúde prejudicam usuários, afirma representante de médicos. Câmara Legislativa. Brasília, 14 de setembro de 2011. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/202540-PLANOS-DE-SAUDE-PREJUDICAM-USUARIOS,-AFIRMA-REPRESENTANTE-DE-MEDICOS.html>> Acesso em 28 abr. 2016.

¹³⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p 239/240.

muitos casos, a prática de ilícitos”¹³¹, e é nesse sentido que nos filiamos: “dissuadir condutas futuras”.¹³²

O Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 1.317.611, Ministra Nancy Andrighy, eleva o caráter educador do dano moral, fixando, nesse caso, em R\$ 10.000,00 (Dez mil reais) a reparação¹³³. No caso, a consumidora encontrou um preservativo aberto na lata de extrato de tomate, após o consumo da família:

Contar o que aconteceu é parte do processo de expiação do mal. Dividir com todos a indignação e a reprimenda faz com que a pessoa passe da indignação ao sentimento de dever cumprido. O próprio fundamento do dano moral, que além de reparação do mal também exerce uma função educadora, justifica a divulgação do fato à imprensa.¹³⁴

O Desembargador Alfeu Machado, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no Acórdão nº 860.806, comunga do mesmo viés pedagógico:

A função pedagógico-preventiva é aquela entendida como medida reiterada de desestímulo a que posteriores atos semelhantes venham a acontecer, não só no âmbito do ofensor, mas com indelével e nítido propósito de alcançar todos os integrantes da coletividade, servindo de alerta ao desrespeito para com o consumidor e desestimulando a prática de semelhantes ilicitudes. Mostra-se ainda atitude salutar, eis que impõe o constante aprimoramento dos fornecedores de serviços, para que melhorem o serviço prestado, sob pena de poderem vir a sofrer condenação judicial.¹³⁵

O caráter educativo, por si só, não é muito utilizado pela doutrina, cabendo aos julgadores sua adoção, justamente porque os escritores consideram que o caráter pedagógico já se encontra incluído no compensatório. Nesse sentido, Flavio Tartuce:

[...] 3º Corrente: A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinar acessório, visando coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá

¹³¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Volume 7. Responsabilidade Civil. 4º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 15.

¹³² FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). O novo código Civil e a Constituição. 2º edição. Porto Alegre. Editora livraria do Advogado. 2006. p. 204.

¹³³ TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 401.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Especial nº 1.317.611. Relator: Ministro Nancy Andrighy. Brasília, 27 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102974732&dt_publicacao=27/08/2012>. Acesso em: 03 maio 2015.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão nº 860.806. Relator: Alfeu Machado. Brasília, 20 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20120111455655A PC>>. Acesso em: 03 maio 2015.

se estiver acompanhado do principal. Essa tese tem prevalecido na jurisprudência.¹³⁶

Afora a subsunção de um objetivo ao outro, o certo é que o caráter educativo bem aplicado tem potencialidade de coibir a reiteração de condutas por parte dos agentes nocivos, ao mesmo tempo em regula de forma sadia a relação entre prestador de serviço e consumidor, refreando, também, a proliferação de pedidos de reparação por danos morais calcados no mesmo motivo, ou seja, negativa dos procedimentos cirúrgicos bucomaxilofacial.

2.2.2 Compensatório

O objetivo compensatório da lesão moral, na peculiaridade que lhe é inerente, tem seu foco virado para o passado; portanto, nasce o dever reparatório quando a esfera jurídica da vítima é invadida e violada nos seus direitos da personalidade. O ângulo analisado para recomposição é o fato e as consequências jurídicas desse fato na esfera do sujeito passivo.¹³⁷

É a marca característica¹³⁸ entre os doutrinadores e os julgadores, tendo em vista “o objetivo de atenuar, parcialmente, os efeitos da lesão”¹³⁹. Teoricamente se compensa aquilo que não se restitui; portanto, os direitos de personalidade, o decoro, a honra, seus atributos mais especiais, são dessa forma.

Por isso, chegar-se a um valor naquilo que não tem preço é tarefa penosa, tanto é que vozes abalizadas negavam o dano imaterial justamente pela impossibilidade de quantificar o inquantificável, e esse dilema, em franco prejuízo ao lesado, se estendeu por penosos e longos anos, até se concluir a lisura do pleito.

Com isso, Carlos Roberto Gonçalves dá enfoque na textura abaixo:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como

¹³⁶ TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 410.

¹³⁷ BENACCHIO, Marcelo. Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues NANNI, Giovanni Ettore; (Org.). A função punitiva da responsabilidade civil no código civil. Editora Atlas. São Paulo. 2012. p. 648.

¹³⁸ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no direito do consumidor. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.p. 189.

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – V. 3. Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 119.

sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.¹⁴⁰

Como repisado, busca-se, através do dinheiro, uma amenização da violação do interesse protegido pela norma, restando, desse modo, bastante equivocados os operadores do direito, cujo preconceito não permitia compensar o sofrimento moral com a prestação pecuniária.¹⁴¹

Nesse caminho, Salomão Resedá informa que, diante da falta de medicação para a agressão moral, a satisfação do direito violado, em dinheiro, seria um meio de diminuir o transtorno causado, com outros contentamentos que esse modo pecuniário pode proporcionar.¹⁴²

Em comentário elucidador, Cícero Camargo Silva descreve com clareza o objetivo perseguido: “Isto porque a indenização não tem o condão de conceder a vítima a satisfação pelo mesmo objeto do agravo, mas possibilita que restabeleça, na medida do factível, o *status quo* ante a ofensa sofrida”.¹⁴³

O Tribunal Cidadão no AgRg nos EDcl no AREsp 165515/RJ, relatoria do Ministro Sidnei Beneti, também dá ênfase ao caráter compensatório:

A indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor.¹⁴⁴

Aliada aos arrazoados teóricos, tanto em sede doutrinária como em sede de fundamentação de julgados, a função compensatória tem que se revestir de um valor pecuniário que de fato incuta no causador do dano um temor de renovação de conduta violadora do direito alheio.

Com isso, deve necessariamente, trazer a reboque o desaconselhamento de reiteração do mesmo procedimento ilícito, para que a sociedade possa encontrar a

¹⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 6. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p.395.

¹⁴¹ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3°. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 17.

¹⁴² RESEDÁ, Salomão. A função social do dano moral. Florianópolis. Editora Conceito Editorial. 2009. p. 184.

¹⁴³ CAMARGO SILVA, CÍCERO. Aspectos relevantes do dano moral. In AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Dano moral e sua quantificação. Editora Plenum. Caxias do Sul. 2005. p.77.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Agravo em Regimental nº 165515/RJ. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 08 de Outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;aresp:2012-09-20;165515-1223427>>. Acesso em: 03 maio 2015.

serenidade necessária para se desenvolver, harmonizando-se com o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana e da proteção do indivíduo.

2.2.3 Punitivo

O nome da função já traz em si uma compreensão sobre o tema, ou seja, admoestar aquele infrator que lesiona direito alheio, dando-lhe um recado que tal conduta é vedada pelo regramento em coletividade, e, para tanto, seu estimado patrimônio será desfalcado para recompor a normalidade das coisas. Nesse viés, o enfoque recai na pessoa do ofensor.

A finalidade punitiva é marcada pela discussão da sua aplicação ante a ausência de lei autorizando o desiderato. Clayton Reis defende a tese da impossibilidade da adoção do caráter punitivo:

Ao adotar os princípios da satisfação, bem como os da compensação de danos morais, o legislador não inseriu no texto legal a pretensão punitiva; a *contrario sensu*, separou de forma precisa a responsabilidade civil da penal. [...]

Ora, realmente, é incongruente que em sede de responsabilidade civil se trate de matéria penal, mesmo porque, como assinalado, em nenhum momento o Código Civil institucionalizou a aplicação de procedimentos punitivos na mesma linha em que foram prescritos pelo Código Penal.¹⁴⁵

Lado outro, Hector Valverde Santana admite a finalidade punitiva, mesmo com ausência de lei tratando especificamente sobre o assunto:

O sistema jurídico brasileiro diverge, no que tange a função punitiva da indenização, do sistema da *common law*. Não em nosso sistema jurídica uma quantia específica, determinada ou autônoma para atender a função punitiva. Conforme acima referido, hoje não base legal para a imposição de pena civil no subsistema jurídico de defesa do consumidor. Entretanto, não há motivo para negar que ao valor da indenização corresponda a qualquer finalidade punitiva.

[...]

Não se exige na esfera civil que a punição do infrator siga os princípios e regras específicas do direito penal, a exemplo do princípio da legalidade estrita, a preexistência de tipos penais fechados, dentre outros.

A punição da órbita civil decorre necessariamente de lei, imperativo de segurança jurídica, mas que, diante da multiplicidade de casos concretos possíveis e as particularidades do direito privado, são aberras as descrições normativas de condutas e as respectivas sanções.

A função punitiva da reparação do dano moral apresenta-se de forma inquestionável em razão da necessidade de o juiz considerar o grau de culpa e a condição econômica do ofensor para fixar o valor em dinheiro da indenização.¹⁴⁶

¹⁴⁵ REIS, Clayton. Dano Moral. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 165.

¹⁴⁶ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no direito do consumidor. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.p. 197.

A necessária adoção desse lado punitivo é umas das características marcantes do instituto, que não estaria completo, nem faria frente aos casos de abuso de direito reiterado com o objetivo tão somente de angariar lucros por determinados setores econômicos da sociedade.

O temor daqueles que defendem a inaplicabilidade do caráter punitivo se deve ao fato de que indenizações milionárias serão arbitradas ao estilo norte americano¹⁴⁷. No entanto, a realidade daquele país é outra. É digno de nota que casos esdrúxulos aconteceram, mas não se trata da regra, e sim de exceção, cujos desvios foram reparados em grau de recurso, exemplificando, o caso conhecido como *The McDonald's Coffee Case*. Nesse caso, em 1992, uma consumidora, Sra. Stella Lieback, derramou café e teve queimaduras de terceiro grau nas pernas e genitália, devido à alta temperatura da bebida servida. No julgamento, restou demonstrado que várias reclamações sobre a temperatura do café já haviam sido feitas pelos consumidores, em torno de 700 a cada 24 milhões de copos vendidos, mas a rede de restaurantes não tomou nenhuma providência, alegando ser estatisticamente irrelevante. O júri a condenou a empresa, a título de *compensatory damages*, no valor de US\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) e, a título de *punitive damage*, US\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil dólares), porém o julgador minorou esse valor para US\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil dólares), pois considerou-os excessivos. Pouco tempo depois, o McDonald's reduziu a temperatura do café para evitar outros acidentes semelhantes, ou seja, houve de fato mudança de postura.¹⁴⁸

Outro ponto importante para desmistificar o instituto estrangeiro foi o estudo publicado pela *Bureau of Justice Statistics* sobre o ano de 2005. Nesse apanhado, constatou-se que o valor médio pago a título de *punitive damage* foi de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares) e que apenas 39% dos danos punitivos excederam os danos compensatórios. Não bastasse isso, a Suprema Corte

¹⁴⁷ RESEDÁ, Salomão. A função social do dano moral. Florianópolis. Editora Conceito Editorial. 2009. p. 225. "Sendo assim, diante dessa estruturação, conceitua-se o *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e cosequente função social da responsabilidade civil".

¹⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p 227/229.

Americana, em 2003, declarou inconstitucional o arbitramento superior a quatro vezes o valor da indenização compensatória.¹⁴⁹

Com isso, nem se aplicássemos na íntegra o direito estrangeiro, teríamos aqui indenizações milionárias, dados os valores irrisórios em que são arbitrados os danos morais pelos julgadores; por isso, a resistência quanto à aplicação do mote repressor não encontra amparo sólido para subsistir, pois: “ O patrimônio particular e individual do ofensor detém maior proteção do que os interesses do lesado”.¹⁵⁰

No ordenamento brasileiro, portanto, não se aplica o caráter punitivo nos moldes do americano. Lá sim, o regramento é apenador da conduta do agente, o que não acontece no Brasil. Aqui se tem claramente um critério utilizado para quantificar e justificar o valor arbitrado, tanto é que, nas compensações por dano moral, não se tem a separação de rubricas, ou seja, valor X para recompensar, e valor Y para reprimir.¹⁵¹

Apesar da discussão travada, a reprimenda do instituto é algo recorrente e já incorporado no pensamento jurídico brasileiro, e não deixa de ser uma consequência da compensação dos danos sofridos, conforme escólio de Sergio Cavalieri Filho: “A indenização punitiva do dano moral surge com reflexo da mudança de paradigma da sociedade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição)”.¹⁵²

No mesmo caminho trilham os ensinamentos de Eugênio Fachhini Neto: “Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar ali também a ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil”.¹⁵³

¹⁴⁹ MARINANGELO, Rafael. Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues NANNI, Giovanni Ettore; (Org.). A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. Editora Atlas. São Paulo. 2012. p. 693.

¹⁵⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo. Editora Método. 2008. p. 230

¹⁵¹ MARINANGELO, Rafael. Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues NANNI, Giovanni Ettore; (Org.). A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. Editora Atlas. São Paulo. 2012. p. 686.

¹⁵² CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ªed. São Paulo. Editora Atlas. 2014. p. 106.

¹⁵³ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). O novo código Civil e a Constituição. 2ª edição. Porto Alegre. Editora livraria do Advogado. 2006. p. 183.

A reiteração de julgados, por outro lado, também evidencia o caráter repressor, ao menos formalmente, tendo em vista que o valor arbitrado diuturnamente pelas cortes faz com que o papel destacado nesse título não passe de mera leria, aliás, assim o é inclusive no viés compensatório, como no pedagógico, tendo em vista que a obtenção de lucro ilícito é o caminho perseguido com a violação de direito alheio.

Anoto trecho do Acórdão nº 709.070, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que teoricamente preenche todos os requisitos exigidos para uma real e séria reparação imaterial. Noutra perspectiva, o valor arbitrado de R\$ 3.000,00 (três mil reais), em desfavor de uma operadora de plano de saúde de grande porte, “com faturamento em receita de prêmio de seguro em mais de 10 bilhões, e lucro líquido de 483,2 milhões, no ano de 2012 e 7,8% maior que em 2011”¹⁵⁴, de conduta reprovável reiterada, cujo objeto de disputa é a integridade física do consumidor, não preenche nem de longe nenhum dos requisitos essenciais da dissolução do dano, pois não educa, não compensa e tampouco pune o violador das regras sociais postas.

Quanto ao pedido de redução do dano moral pela requerida e de majoração do requerente, fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais), não merecem acolhida, uma vez que correto o valor determinado.

A valoração do dano moral deve ser motivada pelo princípio da razoabilidade, e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade e os efeitos do sofrimento, e tem por finalidade caráter didático-pedagógico com o objetivo de desestimular a conduta lesiva.

Assim sendo, a compensação moral deve se basear nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da exemplaridade.

Considerando o porte da empresa requerida, o caráter pedagógico da indenização, o constrangimento sofrido pelo requerente na negativa de fornecimento de materiais para a realização da cirurgia bucomaxilofacial, o fato da cirurgia ter sido realizada apenas quando a requerida foi notificada do deferimento da antecipação da tutela e considerando que a indenização a título de danos morais não proporciona o enriquecimento sem causa, a quantia fixada de R\$ 3.000,00 (tres mil reais), mostra-se adequada e justa. (Grifo no original).¹⁵⁵

Nesse trilho, é crescente o desprestígio do instituto, em que decisões como essa, que nada têm de exemplaridade, só possuem beleza no papel e na teoria, não

¹⁵⁴ RELATÓRIO anual 2012 SulAmérica. Disponível em: <http://relatorioanual2012.sulamerica.com.br/files/RA2012_SulAmerica_04.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão nº 709.070. Relator: João Egmont. Brasília, 09 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg11?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20120710026824A PC>>. Acesso em: 04 maio 2015.

desestimulando o comportamento agressivo e nocivo com o consumidor, pelo contrário, fomentam a continuidade do ato.

Nos julgados, a teoria do desestímulo é amplamente empregada (às vezes caracterizada de mitigada¹⁵⁶), como falado, somente no pergaminho, porque efetivamente sua aplicação não condiz com o que deveria representar. Em linhas gerais, o agente ativo da usurpação do direito de terceiro deve sofrer uma sanção equivalente ao dano perpetrado, e um *plus* punitivo, em que haja a intenção de reprimir futuras condutas em prol de uma coletividade, em busca da “função social da responsabilidade civil”.¹⁵⁷

Em reforço à argumentação exposta, transcrevo parte do artigo de Mozart Vilela Andrade Júnior, em que a conduta da Corte Cidadã é titulada de desestímulo as avessas:

Se o propósito inicial era aplicar uma indenização que respondesse aos anseios sociais, com a diminuição das práticas lesivas, o atual posicionamento da Corte Especial desvirtua o instituto. Em rigor, ocorre um **desestímulo às avessas**, a **vítima é desestimulada** a enfrentar todos os dissabores trazidos por uma contenda judicial para receber, ao final, um valor irrisório.

De outro vértice, **o ofensor é estimulado** a práticas lesivas, porque sabe que, não obstante o arbitramento de uma indenização justa pelo magistrado de primeiro grau, em última instância, o valor será revisto. Ademais, poucos serão os que perseguirão a reparação de seus direitos na esfera judicial com valores reparatórios que não compensam nem os aborrecimentos de uma contenda judicial, tampouco o prejuízo experimentado.

Sob outra ótica, indaga-se: o que representa R\$ 10.000,00 para uma empresa com o faturamento trimestral de R\$ 3,79 bilhões de reais como a VIVO S.A., uma das recordistas em demandas? Ou ainda para empresas como a TAM LINHAS AÉREAS, de faturamento trimestral de R\$ 2,3 bilhões? Como pode o STJ acreditar que esses valores realmente desestimulam as práticas lesivas?

Prova inconteste da ineficácia dos atuais valores indenizatórios é a enorme reincidência dos atos ofensivos. Consequentemente há o abarrotamento do Judiciário com ações que poderiam ser evitadas se o "Tribunal da Cidadania" defendesse efetivamente os interesses do cidadão. (grifo no original).¹⁵⁸

Em apoio à argumentação, José Carlos Guimarães Almeida:

Efetivamente, é a compensação por danos morais o real pode coercitivo da norma consumerista. Se o judiciário se constringe em determinar valores

¹⁵⁶ TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 410.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 415.

¹⁵⁸ ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela. Dano moral, STJ e desestímulo às avessas. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2443, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14480>>. Acesso em: 02 maio 2015.

expressivos que venham a significar um prejuízo ao fornecedor, estará, indiretamente, incentivando a perpetuação do fato danoso.¹⁵⁹

Com efeito, não bastará trazer simplesmente o pensamento americano para o Brasil que o sucesso estará garantido; aliás, a prática jurídica nacional tem nos mostrado que assim não funciona, porque necessariamente o que é bom lá, pode não ser bom aqui; por isso é importante efetuar ajustes operacionais para a realidade brasileira. Assim é a sugestão de Paulo Nader sobre a mescla dos regimes:

À luz da dialética hegeliana, o sistema norte-americano atua como antítese do ordenamento pátrio e vice-versa. Como antítese tende a fundir a tese, gerando uma nova realidade – a síntese -, pensamos que o nosso sistema de responsabilidade civil pode assimilar em parte as *punitive damages* e, de igual modo, aquele ordenamento pode ser revisto de acordo com nossa experiência, que é também a família romano-germânica, evitando-se as exorbitâncias que a atual orientação permite.¹⁶⁰

Nesse contexto, a boa aplicação da teoria do desestímulo contribuirá para o desenvolvimento da cultura jurídica brasileira, evitando que os Tribunais, assoberbados de trabalho, usem a criatividade inerente ao “jeitinho brasileiro” e se furtem a resolver o problema de forma eficaz e definitiva, consoante se depreende da proposta do Ministro Luis Felipe Salomão, tendo em vista o aumento de casos (Em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos dez anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior), de barrar os recursos à Corte, com base na alçada do Juizado Especial, em prestígio aos Tribunais Estaduais, nas condenações inferiores a 40 salários mínimos.¹⁶¹

O temeroso é que a proposta fala em condenação para se barrar o processamento do recurso, e não em pedido da parte, que, não raras vezes, é maior do que quarenta salários mínimos, e, também com muita frequência, é a condenação bem aquém desse patamar, hoje estipulado em R\$ 35.200,00 (trinta e cinco mil e duzentos reais).

¹⁵⁹ ALMEIDA, José Carlos Guimarães. Compensação por danos morais nas relações de consumo. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/JoseCarlosGuimaraesAlmeida.pdf>. Acesso em: 07 maio 2015.

¹⁶⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Volume 7. Responsabilidade Civil. 4º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013.

¹⁶¹ STJ estipula parâmetros para indenizações por danos morais. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em 04 maio 2015.

Essa argumentação nada mais é do que uma política nefasta de redução do número de processos, em vez de realmente se debruçar sobre o tema e resolver o problema, calcado decisões justa e em benefício de toda a comunidade.

2.3 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Antes da Constituição Federal de 1988, vigoravam vários diplomas normativos tratando sobre o que se chamou de indenização tarifada. Contudo, alguns regramentos não foram recepcionados pela norma constitucional, outros já haviam sido revogados ou pacificados via Superior Tribunal de Justiça¹⁶², por violarem, sobretudo, a igualdade, criando restrições em prol daqueles que sabiam de antemão quanto pagariam por desrespeitar o direito alheio e lesioná-lo como bem lhe aprouvesse, considerando que o benefício auferido, ou o malefício rogado, lhe traria mais bônus do que ônus.

Exemplificadamente, temos o Código Brasileiro de Telecomunicações¹⁶³ e a Lei de Imprensa¹⁶⁴ (não recepcionada pela Carta Maior, nos termos do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF). Outro caso

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Súmula nº 281. Brasília, 13 maio 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Súmula 281: “A indenização por dano moral não esta sujeita a tarifação da Lei de Imprensa”. Acesso em 02 maio 2015.

¹⁶³ BRASIL. Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm>. Acesso em: 02 maio 2015. “Art. 84. Na estimativa do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. (Revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967)
§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.
§ 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.
§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei de Imprensa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 02 maio 2015. “Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.”

relevante é o Código Brasileiro de Aeronáutica¹⁶⁵, em que a aplicação tarifada dos danos aos passageiros de transporte aéreo tinha restrição legal (em consonância com o pacto de Varsóvia sucedido pelo de Montreal), porém, como destacado, a Constituição e, nesse caso, também a Lei Consumerista, via jurisprudência, vide RE 391032 AgR / RJ - Rio de Janeiro¹⁶⁶, expurgaram esse entendimento pernicioso para a sociedade e aqueles que sofriam individualmente a lesão a seu direito.

No entanto, no caso acima citado, pendente no Supremo Tribunal Federal julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 636331 e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 766618, cuja repercussão geral foi reconhecida. Debate-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou do Pacto de Varsóvia. O relator Ministro Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Teori Zavascki proferiram o recurso, dando azo à aplicação da tabela tarifada. A Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, suspendendo o julgamento em 08/05/2014, e assim, permanece. Em defesa da aplicação mais favorável ao consumidor, o Procurador Geral da República afirmou que a defesa do consumidor é princípio da República e que o Estado tem o dever de proteger o consumidor em situações de vulnerabilidade e hipossuficiência, pois só assim haveria respeito à Carta Maior.¹⁶⁷

¹⁶⁵BRASIL. Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm>. Acesso em 02 maio 2015. “Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro. Art. 261. Aplica-se, no que couber, o que está disposto na seção relativa à responsabilidade por danos à carga aérea (artigos 262 a 266).

Art. 262. No caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, ocorrida durante a execução do contrato do transporte aéreo, a responsabilidade do transportador limita-se ao valor correspondente a 3 (três) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN por quilo, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso (artigos 239, 241 e 244)”.

¹⁶⁶ INDENIZAÇÃO - DANO MORAL – ATRASO - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação, cumpre observar a Carta Política da República, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil. AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (RE 391032 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-059 Divulg 21-03-2012 Public 22-03-2012).

¹⁶⁷ SUSPENSO julgamento sobre regra de indenização em transporte aéreo internacional. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266374>>. Acesso em 20 maio 2016.

Assim, fora tais casos, o critério é feito por arbitramento judicial, porém, como nos mostra a realidade, a tarefa é árdua. Os atos normativos que tratam do instituto, sobretudo o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, trazem mínimos referenciais a serem adotados pelos magistrados, cabendo, então, à doutrina e à jurisprudência se debruçarem sobre o encargo, o que não significa que ele seja ruim, mas ajustes se fazem necessários.

Assim, existem critérios de quantificação para todos os tipos; tanto os escritores quanto os julgadores têm métodos próprios de valorar o “quantum” a ser reparado na violação dos direitos rompidos.

O cálculo do dano imaterial é carregado de muita subjetividade, portanto, conforme Paulo Nader, o julgador deve se apegar aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, aferindo a gravidade da ofensa e a condição das partes, e mais, para conter justiça no valor dado, não pode, de forma alguma, ser irrisória, vil, nem tampouco promover o enriquecimento sem causa.¹⁶⁸

Na oportunidade, Boris Padron Kauffman externa alguns requisitos de prudência na fixação do valor a ser deferido à parte lesada, evidenciando que: “em relação ao autor do ato danoso, o grau de sua culpa e seu porte econômico; em relação ao ofendido, o nível socioeconômico; em relação ao ato, a sua potencialidade danosa. Tudo temperado com moderação”.¹⁶⁹

Sergio Cavalieri Filho assinala que o árbitro tem que levar em consideração que o dano não pode gerar fortuna, e deve ser suficiente para reparar a lesão, nada mais; qualquer fixação fora desse esquadro caracterizará enriquecimento indevido, e, por consequência lógica, nascerá outra violação aos direitos daquele que antes violou; portanto, de suma importância a adequação da razoabilidade e sensatez por parte do julgador. Desta feita, ao prudente arbítrio, a quantia deve ser de acordo com a reprovabilidade da conduta, tamanho e grau do sofrimento sentido pela

¹⁶⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Volume 7. Responsabilidade Civil. 4º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 91.

¹⁶⁹ PADRON KAUFFMAN, Boris. O dano moral e a fixação do valor indenizatório. In AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Dano moral e sua quantificação. Editora Plenum. Caxias do Sul. 2005. p.39.

vítima, as qualidades das partes envolvidas, bem como qualquer outro critério relevante que se mostrar presente na situação posta.¹⁷⁰

Para Eugênio Facchini Neto, os critérios são na seguinte medida:

[...] permanece inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima, etc.), também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente.¹⁷¹

Os critérios lançados acima são complementados, ou reunidos, por Flávio Tartuce, pois, para ele, o juiz deve se pautar na equidade, verificando a extensão do dano, as condições socioeconômicas das partes, as condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, da vítima e de terceiro. Outrossim, destaca também um modelo bifásico adotado em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, agregando todos os itens destacados. Num primeiro momento, fixa-se o valor básico para a indenização, e noutro eleva-se ou diminui-se, de acordo com a presença ou não das circunstâncias citadas, o que, para ele, nada mais é do que o modelo monofásico, por todos adotados.¹⁷²

Esse critério é claramente compreendido no Recurso Especial nº 1.152.541, relatoria Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

VI – Método bifásico para o arbitramento equitativo da indenização. O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado).

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante

¹⁷⁰ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2014. p. 105.

¹⁷¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). O novo código Civil e a Constituição. 2ª edição. Porto Alegre. Editora livraria do Advogado. 2006. p. 204.

¹⁷² TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 415.

definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial.¹⁷³

O modelo bifásico de quantificação leva grande vantagem em relação aos demais modos de fixação do dano moral, considerando que a divisão em fases, permite sopesar de fato as circunstâncias do caso e um a um aumentar ou diminuir o montante final. Com isso, se reduz a subjetividade do julgador que ao pontuar no método tradicional o faz de maneira global, sem exteriorizar aos operadores quais foram os motivos mais relevantes para se chegar naquele valor do caso concreto.

É sabido que todos esses requisitos destacados são de suma importância para se chegar a um valor adequado de fixação; porém, existe um desdobramento que não é parece ser apropriado para o caso, se trata do enriquecimento indevido ou ilícito. Primeiro, porque não é indevido, e, segundo, muito menos ilícito.

A reparação só é admissível quando existe lesão a direito de outrem. Logo, a composição será feita por intermédio da reparação pecuniária, e, se o valor fixado pelo magistrado foi por demais abastado, ainda assim não será enriquecimento sem causa ou eivado de ilicitude, tendo em vista que o caminho percorrido até esse desfecho se iniciou com uma violação passível de indenização, cujo supedâneo, nada mais, nada menos, está fincado na Constituição Federal e demais atos normativos, plenamente vigentes e eficazes no regramento jurídico brasileiro.

Reforçando o entendimento, Carlos Frederico Maroja:

Passo, pois a focar a questão atinente ao valor adequado da indenização. A estória de que a fixação de indenização por danos morais em valores que não sejam os que irrisoriamente vêm sendo arbitrados pela jurisprudência causa "enriquecimento ilícito" é uma daquelas mentiras que, de tanto repetidas, criam pernas e saem andando por aí.

[...]

Quem afirma que uma indenização por danos morais condigna representa enriquecimento ilícito apenas repercute a velha e ultrapassada concepção de que não se pode indenizar o dano moral, porque não é possível medir o "pretium dolors".

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. REsp nº 1.152.541/RS (2009/0157076-0). Recurso Especial. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 13 de setembro de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901570760&dt_publicacao=21/09/2011>. Acesso em 20 maio 2016.

[...]

Trocando em miúdos, é certo que a vítima dos danos morais até pode "enriquecer" com a indenização respectiva - entretanto, não há nada de ilícito com isso, a menos que se considere ilícita a observância da Constituição.¹⁷⁴

Portanto, ao fim diante do caso concreto, o juiz, na prudência inerente ao tema, aliada aos critérios elencados pela doutrina e pela jurisprudência, diga-se que não são poucos, deverá solucionar a contenda posta, objetivando, na medida do possível, prestar a jurisdição de forma escoreta e de modo a pacificar a sociedade; para tanto, "deverá apelar para o que lhe parece equitativo e justo"¹⁷⁵, sem, contudo, denotar "parcimônia na fixação dos valores, ao privilegiar êxito econômico ao lesante".¹⁷⁶

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJDF. Processo nº 2009.01.1.123319-0. Décima quinta vara cível de Brasília. Sentença proferida em 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20090111233190>>. Acesso em 02 maio 2015.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 21. Ed. rev. e atual. Vol 7. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 96.

¹⁷⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo. Editora Método. 2008. p. 230.

CAPÍTULO 3. ESTIMULO CIRCULAR AO DESCUMPRIMENTO MATERIAL

3.1 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE COMPORTAMENTO SOCIAL

O assunto é recorrente, mas a abordagem é diferenciada, conforme se mostrará a seguir.

A prestação dos serviços de saúde pelas operadoras privadas, hodiernamente, é usufruído por grande parte da população brasileira, considerando a melhora em termos socioeconômicos e, também, por arrastamento, condicionar uma importante mudança nas estruturas individuais e coletivas das pessoas que passaram a ter oportunidade de usufruir outros “bens” até então desconsiderados, tabela abaixo:

Tabela 01 - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2003-2014)

ANO	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontologia
Dez/2003	32.074.667	4.325.568
Dez/2004	33.840.716	5.312.915
Dez/2005	35.441.349	6.204.404
Dez/2006	37.248.388	7.349.643
Dez/2007	39.316.313	9.164.386
Dez/2008	41.468.019	11.061.362
Dez/2009	42.686.816	13.257.322
Dez/2010	45.154.355	14.513.958
Dez/2011	46.499.273	16.981.132
Dez/2012	48.243.789	19.152.817
Dez/2013	50.574.517	20.780.121
Mar/2014	50.722.522	20.969.662

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 03/2014¹⁷⁷

Em qualquer ramo sério de atividade empresarial, era de se esperar maiores investimentos de modo a não perder de vista a qualidade, e, conseqüentemente, atrair mais usuários e por lógica simples, mais lucro, diga-se responsável.

¹⁷⁷ ANS. Dados gerais: Beneficiários de plano de saúde por cobertura assistencial. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

Mas denota-se do sistema imposto a perversidade, ou seja, o crescente número de adeptos e a decrescente qualidade da contrapartida, com rompimento de vários princípios de convivência. A conduta usual dos atuantes do setor, negando atendimento, aumentando demasiadamente as mensalidades, rompendo unilateralmente os contratos de forma sub-reptícia, violam de sobremaneira, diversos atos normativos além de inúmeras outras diretrizes cogentes de comportamento, em prejuízo e descaracterização da avença levada a efeito.¹⁷⁸

Efetivamente, pulula uma nítida violação das tratativas entre as partes, ou seja, o desrespeito concreto das normas constitucionais nas relações particulares, “especialmente em face das atividades privadas que tenha certo “caráter público””.¹⁷⁹

Compartilha o mesmo entendimento, Fredie Diddier Jr.:

Essa extensão da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, naturalmente, vem carregada de especificidades inerentes ao direito privado [...] Fincadas essas premissas, pode-se então, concluir que o princípio do devido processo legal - direito fundamental previsto na Constituição Brasileira - aplica-se, sim, ao âmbito privado, seja na fase pré-contratual, seja na fase executiva.¹⁸⁰

Dentre os inúmeros rompimentos na relação entre consumidor e operadoras de plano de saúde, temos o abuso do direito, “cláusula geral de conceito aberto e dinâmico”¹⁸¹ previsto no art. 187, do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.¹⁸²

Segundo Heloisa Carpena, o regramento civilista sobre o tema, não restringe sua aplicação, pelo contrário, admite em qualquer caso a figura em testilha: “O abuso, como categoria autônoma dos atos contrários ao direito, não se limita ao

¹⁷⁸ ALVES, Pedro Henrique de Almeida. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/pedro-alves-reajuste-plano-saude-aos-59-anos-abusiva>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. Volume I. 9°. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p. 46.

¹⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 14° Ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2012. p. 55.

¹⁸¹ TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8° edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 315.

¹⁸² BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

exercício de certo e determinado direito subjetivo, identificando-se igualmente em outras situações jurídicas subjetivas”.¹⁸³

Silvo de Salvo Venosa, assevera: “Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como fato de usar um poder, de uma faculdade, de um direito, ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente a sociedade e o direito o permitem”.¹⁸⁴

Para Caio Mario da Silva Pereira, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes: “...abusa do direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem”¹⁸⁵, e, assim é o *modus operandi* das sociedades empresárias do setor que atuam nesse ramo, em que pese a natureza pública do contrato, o bem posto em salvaguarda e a criação da Agência Nacional de Saúde, órgão criado para regular o setor.

Concernente ao abuso do direito, o estatuto civilista adotou a teoria objetiva, “pois não é necessário a consciência de excederem os limites impostos”¹⁸⁶, a intenção de prejudicar, contentando-se, desse modo, com o excesso, causador de danos a terceiros em descompasso com os benefícios angariados pela conduta.¹⁸⁷

Decorrente do abuso do direito, o Código Civil, no seu art. 422, enuncia outras regras de condutas, a saber: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.¹⁸⁸

A probidade e a boa-fé, igualmente, norma de regência da lei consumerista, impõem aos contratantes, o dever de agirem sempre com honradez, lealdade, honestidade e confiança recíproca, isto é, proceder com lisura, tanto na tratativa negocial, formação e conclusão do contrato como em sua execução e extinção,

¹⁸³ CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código de 2002 - Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo código civil: Estudo na perspectiva civil-constitucional. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2003. p. 393.

¹⁸⁴ VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil. Parte geral. 14° ed. São Paulo. Editora Atlas. 2014, p. 576.

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mario Pereira da Silva. Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 26° ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 565.

¹⁸⁶ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11°ed. São Paulo. Editora Atlas. 2014. p. 173.

¹⁸⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). O novo código Civil e a Constituição. 2° edição. Porto Alegre. Editora livraria do Advogado. 2006. p. 191.

¹⁸⁸ BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

impedindo que uma parte embarace a ação da outra, com o intuito de “reprimir certos comportamentos, orientar a interpretação e moralizar o contrato”.¹⁸⁹

A boa-fé, por Maria Cristina Vidotte Blanco e Frederico Garcia Pinheiro: “é um projeto de retidão de conduta social de acordo com os padrões sociais determinados pelos valores humanos que indicam os comportamentos éticos. Esse princípio propõe parâmetros sociais e éticos para a atuação privada”.¹⁹⁰

Discorrendo sobre o tema, Maria Helena Diniz, elucida sobre a importância do artigo em comento, vejamos:

E a boa-fé objetiva, prevista no artigo *sub examine*, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido e baseado na lealdade e probidade (integridade de caráter), proibindo comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente. “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção de confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”¹⁹¹

A boa fé objetiva impõe aos contratantes a necessidade de operar com lealdade e honestidade, pois não é permitido que um fustigue as legítimas expectativas do outro. Esse princípio se evidencia pelos deveres anexos de proteção, cooperação (também chamado de lealdade) e informação, objetivando equilibrar a relação obrigacional, satisfazendo os interesses dos atores, impedindo uma parte de esbulhar os anseios da outra. É obrigação das partes atuar, cooperando mutuamente, mirando a efetivação harmoniosa da obrigação, sempre, da forma que mais proveito possa ter os pessoalmente envolvidos. Acerca do dever de cooperação, Nelson Rosenvald:

[...]
b) os deveres de cooperação impõem as partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignadas. Agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante.¹⁹²

¹⁸⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Curso completo de direito civil. 3º ed. São Paulo. Editora Método. 2010. p. 376.

¹⁹⁰ VIDOTTE BLANCO, Maria Cristina. GARCIA PINHEIRO, Frederico. Definindo a importância do abuso do direito processual frente aos princípios constitucionais. In DIDIER JR. Fredie. Constituição e Processo (org). Editora Juspodvim. 2007. p. 316.

¹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 13º Ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 364.

¹⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil IV. Contratos – Teoria geral e contratos em espécie. 3º ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2013. p. 178.

Somado a isso, é imperioso depurar os procedimentos das operadoras, para que haja otimização da principiologia da justiça contratual¹⁹³, pois com esse proceder, a segurança nas relações privadas estarão mais fortificadas e sérias, assim, “os custos da transação tendem a diminuir ao mesmo tempo em que a previsibilidade do comportamento dos contratantes, eleva o grau de segurança”.¹⁹⁴

No intuito de equilibrar e otimizar essa relação desproporcional entre consumidor e fornecedor, o Estado se utiliza na saúde suplementar, do dirigismo contratual, conforme lembrado por João Batista de Almeida:

[...] imposição de limitação a liberdade contratual, pelo Estado, com o objetivo de proteger o consumidor hipossuficiente, mediante a promulgação de leis que impõem ou proíbem certas cláusulas, limitando sensivelmente a autonomia da vontade.¹⁹⁵

O dirigismo contratual traz em seu bojo, proteção ao consumidor nas relações de consumo, impondo observância de normas com base na boa-fé, justiça, probidade, transparência, equidade, tendo em vista a função social do contrato.

Essa função é caracterizada, por Cesar Fiúza, nos seguintes termos:

Os contratos são fenômeno econômico social. Sua importância, tanto econômica quanto social, salta aos olhos. São meios de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem a dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros. Esta seria a função social dos contratos: promover o bem-estar e a dignidade dos homens, por todas as razões econômicas e pedagógicas acima descrita.¹⁹⁶

Portanto, a essência do contrato, transcende as partes envolvidas e vai muito mais além, por isso o Estado tenta regular, restringindo de certo modo, comportamentos e interesses nas relações consumeristas. Da mesma forma, quando mal versado, irradia igualmente, os malefícios que dele advém aos demais consumidores em idêntica situação.

Por isso, mesmo restringindo a liberdade de contratação e quebrada as regras cogentes impostas, de forma reiterada pelo fornecedor de serviço de saúde

¹⁹³ FIÚZA, César. Direito Civil. Ed. Del Rey. 16º edição, Belo Horizonte. 2013. p.532. “Segundo o princípio da justiça contratual, o contrato deve ser justo, ou seja, deve ser equilibrado, de modo que as partes saiam satisfeitas da contratação. O contrato deve ser bom para ambos”.

¹⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil IV. Contratos – Teoria geral e contratos em espécie. 3º ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2013. p. 167.

¹⁹⁵ BATISTA DE ALMEIDA, João. Manual de direito do consumidor. São Paulo. Editora Saraiva. 2003. p. 104.

¹⁹⁶ FIÚZA, César. Direito Civil. Ed. Del Rey. 16º edição, Belo Horizonte. 2013. p. 518.

privada, o dano moral quando solicitado não deve ser concedido de forma pífia, tendo em vista que não tem efeito prático refrador da contenciosidade quanto à mudança de postura pelo agente funesto.

A ótica utilizada pune o consumidor em sentido amplo, referendando a má prática comercial e premiando o ator nocivo, nessa perspectiva, beneficia, intensamente, quem recebe o dinheiro da prestação, sem honrar o que lhe cabe fazer a contento (não raras vezes, somente após o deferimento do pedido em sede de antecipação de tutela), elevando, desse proceder a máxima invertida com o lucro auferido decorrente da utilização da própria torpeza.

3.2 A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO

A pergunta que se faz necessária logo de início é: Há quem interessa a pecha “banalização do dano moral”? A indústria do dano moral? A meu sentir, a resposta é clara. Interessa aquele que contumazmente é demandado nesse tipo de pedido, pois corrigir vícios de conduta pode não ser interessante na matemática econômica, na geração de lucros e dividendos de grandes sociedades empresariais, como o setor da prestação privada de serviço de saúde, bancos, telefonias, entre outros litigantes profissionais.

Sobre o tema trago a informação que a Ministra Nancy Andrighi recebe os advogados via *skype*. No dia 3 de dezembro de 2014, a revista Consultor Jurídico acompanhou o desenrolar dessa novidade tecnológica. Em um dos casos, o causídico tentava convencê-la de receber o terceiro embargos de declaração no Recurso Especial. O caso envolvia indenizações cobradas por pessoas que perderam sua moradia, por desabamento de um prédio em Recife, pouco tempo depois a inauguração do empreendimento. Assim, do caso, infere-se o uso nocivo de material de baixa qualidade para a construção dos apartamentos, em notório prejuízo aos consumidores.

O advogado, no intento de defender o cliente e encampar sua tese, lança o argumento infalível, qual seja, se o pagamento fosse feito de inopino, nasceria dali uma “indústria do dano moral”. A magistrada respondeu, enaltecendo, indústria,

caso exista, é da construção de apartamentos irregulares que deixaram várias famílias sem abrigo, há 15 anos.¹⁹⁷

Estavam em discussão no caso, o direito social de moradia, estampado na Constituição Federal. Para esse fim, muito provável as famílias juntaram suas economias e compraram suas residências, e, se abstiveram de gozar de outros normativos sociais, tão interessantes quanto, por exemplo, o lazer.

Outra coisa, o caso até chegar ao Superior Tribunal de Justiça, levou vários anos, no contexto, mais de uma década, e, ainda assim, querem lhe intitular de “indústria do dano moral”. Esse, na nossa opinião, é o viés em que querem inserir a banalização do dano moral e a exaltação do mero aborrecimento.

É sabido que distorções existem, e devem ser corrigidas com lealdade, expondo o problema e buscando soluções, e, não com discursos retóricos desprovidos de suporte teórico.

Nesse sentido é importante destacar o 2º seminário de Direito, Estatística e Jurimetria, realizado em 22/06/2012, na Cidade de São Paulo. Após análise de dados de mais de 1000 acórdãos, constaram que 38% das indenizações foram fixadas em menos de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem como, cassaram duas quimeras: “O de que existe uma indústria de dano moral no Brasil e de que falta uniformidade a julgar casos do tipo”.¹⁹⁸

A Fundação Getúlio Vargas, na série pensando direito, volume nº 37 – O Dano moral no Brasil – contribui de forma exemplar sobre tema em debate e após análise concluiu que apenas 3% das indenizações solicitadas ultrapassaram R\$ 100.000,00 (cem mil reais):

No que se refere aos valores concedidos a título de reparação por danos morais, buscou-se, em primeiro lugar, verificar a hipótese de que os valores arbitrados são excessivamente altos. Isto é importante, pois a existência de condenações exorbitantes, com a criação de uma “indústria de danos morais” voltada ao enriquecimento das vítimas, é um dos argumentos comumente invocados em favor da tarifação da reparação por danos morais e do estabelecimento de tetos.

¹⁹⁷VASCONCELOS, Marcos. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/skype-ministra-nancy-andrighi-multiplica-audiencias-advogados#author>>. Acesso: 05 maio 2015.

¹⁹⁸BEREZIN, Ricardo Zeef. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-22/justica-ainda-primeiros-passos-elaboracao-dados-estatisticos>>. Acesso em: 05 maio 2015.

Em segundo lugar, buscou-se verificar se há grande variação nos valores das reparações em casos semelhantes, de modo a testar a capacidade dos tribunais de conceder tratamento igualitário, evitando o que muitas vezes se denomina de “loteria” dos danos morais.

No que se refere à primeira questão, a análise dos valores concedidos pelos tribunais analisados, seja de todos em conjunto, seja de cada amostra separadamente, apresenta uma marcada prevalência de valores baixos.

Combinando-se os resultados de todas as amostras, temos que em 38% dos casos as vítimas receberam menos que R\$ 5.000,00. Em 81% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$24.999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 representam apenas 3% do total.¹⁹⁹

Esses achados são relevantíssimos, primeiro porque nunca existiu indústria do dano moral e o segundo é, justamente essa uniformidade em patamares ínfimos, que levam os grandes grupos a apostarem na perpetuação de condutas lesivas bonificadoras, pois desde já, sabedores de que os louros auferidos²⁰⁰, serão muito maiores do que os prejuízos amargados.

Com a subjetividade do dano, a linha entre praticar o ilícito moral e configurar um mero aborrecimento, dificulta até mesmo ao possível lesado, avaliar com segurança, se houve ou não algum ato, passível de reprimenda pela ordem jurídica. Corroborando com essa subjetividade, a do julgador também, contribui de maneira ímpar, para o engrandecimento da celeuma, pois casos iguais faticamente, por vezes dão guarida ao dano moral, em um julgamento, e, em outro, não, ou mesmo, com valores muito diferenciados, para a mesma situação, conforme se extrai de artigo, sob a orientação de Maria Celina Bodin de Moraes:

¹⁹⁹ SÉRIE Pensando o Direito. Projeto Pensando o Direito. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/37pensando_direito.pdf> Acesso em 13 mar. 2016

²⁰⁰ “Em termos reais isso significa que, por exemplo, no processo número 0134758-58.2010.8.26.0100, que tramita no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Banco “S.” fora condenado a devolver para um cliente [que teve R\$ 250.000,00 descontados indevidamente de sua conta bancária] a quantia equivalente ao dobro daquele valor, mais honorários advocatícios de 20% e juros de 1% ao mês contados da citação. Na prática, como a citação aconteceu há cinco anos se considerássemos, para não perdermos tempo com cálculos desnecessários, a inflação do período como de 0% estaríamos falando que o débito desta Instituição Financeira naquele processo seria de [R\$ 250mil x 2 [condenação a devolução em dobro] x 1,60 [sessenta meses de juros simples] x 1,2 [20% de verba sucumbencial] = R\$ 960mil]; contudo, imaginemos, por outro lado, que o Banco S resolvesse depositar em juízo [contestando as penalidades impostas pela legislação consumerista] a quantia incontroversa de R\$ 250.000,00. Ao longo dos 60 meses de processo a referida Casa Bancária não teria ao seu dispor aquele numerário para emprestar a tomadores de crédito. Tomemos por base um juro no cheque especial [e sabemos que é bem maior que o que mencionaremos] de 3% ao mês cobráveis de forma capitalizada. Aplicando-se ao caso a função exponencial n [similar ao que ocorre com a Tabela Price] ao longo de 60 meses a lucratividade obtida com o dinheiro tomado compulsoriamente do cliente seria de nada menos que: R\$ 1.472.900,00 [um milhão e quatrocentos e setenta e dois mil e novecentos reais]. Noutras palavras, isso significa que, mesmo perdendo o citado conglomerado econômico ganhou”. Disponível em: <<http://papini.jusbrasil.com.br/artigos/180443272/a-correta-utilizacao-do-dano-moral-podera-ser-a-mola-propulsora-para-desemperrarmos-o-sistema-judiciario-analise-de-lead-case>> . Acesso em 07 maio 2015.

Nesse ponto, cabe salientar que das quatro Turmas (1ª, 2ª, 3ª e 4ª) do STJ encarregadas do julgamento dessas questões, cada Turma segue apenas e tão somente seus próprios precedentes jurisprudenciais, de modo que cada Turma tem arbitrado valores diferentes para hipóteses semelhantes.²⁰¹

O tema gera controvérsia significativa e juristas se posicionam que existe um problema a ser resolvido. Na mesma perspectiva, os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, onde com certo temor, destaca uma nova fase: “... corremos, agora, o risco de ingressar na fase de sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias”.²⁰²

Seguindo o mesmo critério, Paulo Nader:

Entre os membros da sociedade há um dever moral de cordialidade, de respeito recíproco, de cooperação, sem os quais as relações se tornam conflituosas. Há também, o dever de tolerância diante de pequenas e relevantes faltas, às vezes decorrentes de equivocadas interpretações de fatos ou de problemas pessoais. Estes, todavia, não justificam qualquer danos a outrem, sejam materiais ou morais. Quem os pratica deve sujeitar-se às reparações legais; todavia, simples aborrecimentos não justificam os pleitos de indenização.²⁰³

Com o tom mais ameno, Yussef Said Cahali professa que:

Mas o desabrochar tardio da reparabilidade do dano moral em nosso direito fez desenfrear uma “demanda reprimida”, que por vezes tem degenerado em excessos inaceitáveis, com exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto.²⁰⁴

Em outra oportunidade, complementa que:

Na realidade, os exageros da primeira hora, resultantes de uma exultada demanda reprimida, paulatinamente vão sendo recompostos, o que induz o mérito de restaurar a dignidade de um instituto tão penosamente consagrado em nosso direito.²⁰⁵

Flávio Tartuce dá o toque pelo qual deve se seguir, para o não cometimento de injustiças num tema tão melindroso, dado as suas características peculiares: “De toda sorte, a questão deve ser refletida pela comunidade jurídica nacional, uma vez

²⁰¹ SILVA, Isaura Salgado. COUTO, Igor Costa. Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Isaura%20Salgado%20Silva%20e%20Igor%20Costa%20Couto.pdf>. Acesso em: 06 maio de 2015.

²⁰² CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2014. p. 92

²⁰³ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Volume 7. Responsabilidade Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 90.

²⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3ª. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 18.

²⁰⁵ Ibidem. p. 52.

que o filtro relativo aos meros aborrecimentos tem afastado muitos pedidos justos de reparação imaterial”.²⁰⁶

Pois bem, a argumentação corriqueira daqueles que levanta a bandeira da banalização do dano moral é que os pedidos infundados, como se fossem a maiorias esmagadora fazem com que o Poder Judiciário se encha de processo, e, por conseguinte, o que seria importante, demoraria a ser resolvido, tipo um engarrafamento processual.

Não se desconhece a existência de pedidos esdrúxulos, dada volatilidade do regime. No entanto, tais aberrações são devidamente rechaçadas pelos julgadores, restabelecendo a normalidade, agora, o que não se permite, é que se levante um estandarte, achincalhando um regramento constitucional de tamanha monta, por causa de poucas “anormalidades” vista nos corredores dos fóruns.²⁰⁷

Trago a tona a cartilha do Conselho Nacional de Justiça, intitulados dos 100 maiores litigantes. O órgão, com o objetivo de mapear e reprogramar o Poder Judiciário Brasileiro, em 2012, após, estudo sistemático dos demandantes e demandados, elaborou a segunda edição.

Tão importante quanto monitorar continuamente o quantitativo de processos existentes, qual é a estrutura disponível e quais são os níveis de produtividade que o Poder Judiciário brasileiro dispõe para dar conta dos litígios, é o conhecimento sobre quem são os principais demandantes do trabalho de magistrados e servidores. O presente relatório cuida exatamente deste segundo objetivo, dando continuidade à identificação dos principais demandantes, com vistas a suscitar o debate sobre o que pode ser feito para reduzir a excessiva litigância no Brasil.²⁰⁸

Para o tema em debate, é de grande relevância, trazer os números do silabário. Os poderes públicos, nas três esferas e os bancos, juntos possuem 31%, dos processos ingressados na justiça estadual, federal e do trabalho, em 1º grau, em dez meses de avaliação, de 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011.

Desse total, 18% dos maiores litigantes estão no polo ativo, ao passo que, somente, em 13%, são réus, portanto, uma primeira constatação há de ser feita.

²⁰⁶ TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013. p. 404.

²⁰⁷ FARIZEL, Davi. 5 dos processos judiciais mais bizarros do Brasil. 2016. Disponível em <<http://davifm.jusbrasil.com.br/artigos/241208201/5-dos-processos-judiciais-mais-bizarros-do-brasil>> Acesso em 20 maio 2016.

²⁰⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Os 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2015.

Nem se admitíssemos, em casos extraordinários, que todas as demandas são oriundas e causadoras de danos morais, esse instituto, abarrotaria as cortes.

Outra coisa, os litigantes habituais são os mesmos, em grande parte, os grandes conglomerados econômicos, tais como bancos, telefonia, planos de saúde (aparecendo em 8º lugar no ranking, em saldo residual em 31/03/2010, na justiça estadual) etc. Anota-se que a “coincidência”, se é que podemos dizer, é nociva e absurda, merecedora de imediata resposta por parte do Estado.

Essa cultura litigatória afeta a regular desenvoltura do Poder Judiciário, desrespeita as leis vigentes, sobretudo no caso, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição - direito à saúde -, prejudica a economia, e, o mais importante para o segmento, auferem milhares de reais em dinheiro pela conduta abusiva, e na prática, não são reprimidas a contento por isso e, ainda são defendidas pela escola da indústria do dano moral.

E, quando condenadas, as indenizações são tão irrisórias, que servem somente para fortificar o mal comportamento, e, pensar em novas estratégias de praticar o abuso de direito, vedado na lei, mas reiterado as claras no dia-a-dia. Cláudia Lima Marques na apresentação da obra de Héctor Valverde Santana trata do tema:

E ainda pior, esta falta de solidariedade (e de efetividade) na sanção – uma sanção reduzida e para poucos – (que aqui estou chamando de sanção pífia) do dano moral, acaba por criar uma lógica totalmente invertida, que os consumidores, que lutam judicialmente por seus direitos estariam “organizados” em uma chama “indústria do dano moral” e de que aqueles que ficam passivos, estes sim, seriam os consumidores corretos ou ideais, pois “aceitam” ou suportam o dano moral sem recorrer ou usar as estruturas do acesso à justiça. Esta visão não pode continuar a prevalecer, de alguma forma a dogmática do direito do Consumidor deve reconstruir-se para dar mais efetividade ao ressarcimento dos danos morais, individuais e coletivos no Brasil.²⁰⁹

Destaco que os casos que serão analisados, nos capítulos seguintes, nenhuma das reparações passaram de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), e a grande maioria, como num tabelamento programado, foram arbitrados em R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), apesar do belo discurso de violação imaterial e da dignidade da pessoa humana, bem como o caráter pedagógico da

²⁰⁹ SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no direito do consumidor. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

medida, e, em outros casos, sequer existiu a condenação pelo dano imaterial, ao argumento de mero descumprimento contratual não gera reparação moral.

No intuito de contribuir com dados concretos, pesquisei, em 06/05/2015, no sitio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (www.tjdft.jus.br) e fiz uma pesquisa com dois filtros, com o objetivo de mostrar percentualmente, os danos morais, sua configuração ou não.

Na primeira parte da pesquisa – dano e moral -, foram totalizados 105.858 registros, divididos em 25.946 Acórdãos, Base Histórica de Acórdãos 88 registros, Todas 52.929 e Turmas Recursais 26.895. A consulta mirou nos 100 primeiros acórdãos da justiça comum, julgados no período de 29/04/2015 a 15/04/2015, independente da matéria civil questionada, ou seja, pouco importava ser negatização de nome ou descumprimento contratual, qualquer que seja.

O resultado se deu na seguinte forma: Desses 100 votos, 3 foram descartados, por conter matéria de âmbito penal. Restaram, então 97, que restou dividido em 55 julgados configurando dano moral, perfazendo, 57%, e 42, não configurando o dano moral, totalizando, 43%. Com esse resultado de pesquisa ampla, ainda assim, a lesão ao direito, efetivamente reconhecida, supera seu não reconhecimento, afastando, na oportunidade, a banalidade. Com isso percebe-se que existe mais violação ao direito imaterial do indivíduo, do que sua “suposta” violação, como apregoado pelos apoiadores da indústria do dano moral.

Num segundo momento – dano e moral e plano e saúde - totalizou 2.307 registros, divididos em 1.502 Acórdãos e Turmas Recursais 805. O parecer observou os 100 primeiros acórdãos, também da justiça comum, julgados no período de 29/04/2015 a 28/01/2015, portanto, especificamente relacionado aos planos de saúde e suas coberturas.

O produto dos dados se deu nos seguintes patamares: Configuração do dano imaterial, 87 casos, 87%, não configuração, 13 casos, 13%. Mais uma vez, de forma, ainda mais incisiva, percebe-se o alto objetivo litigatório do conglomerado econômico que atua no setor, outra percepção lógica, cada vez mais cristalina é que os defensores da banalização, o fazem, sem qualquer substrato fático, apenas levantam uma auriflama em favor dos seus interesses, e, o que é pior, angariam

adeptos que reproduzem o *slogan*, interferindo, assim, nas resoluções das questões judiciais.

Um estudo da Fundação Getúlio Vargas, divulgado no segundo semestre de 2013, só aclara que o problema poderá ser maior. O projeto foi encomendado pelo Ministério da Justiça, denominado “Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais”²¹⁰, visando saber a confiança dos brasileiros nas diversas formas de resolução de conflito, e os resultados são alarmantes, o que só confirmam os argumentos alardeados nas linhas anteriores.

A pesquisa foi realizada com 1294 pessoas em diversos cantos do Brasil e o apurado, entre outros, é o seguinte:

1. 19% da população não tem o hábito de reclamar seus direitos;
2. 34% da população reclamam algumas vezes seus direitos;
3. Do percentual que reclama 63% o faz diretamente as empresas ou aos prestadores de serviço;
4. 15% recorrem ao Procon;
5. 3% afirmam disponibilidade em buscar o judiciário para solução do conflito;
6. 2% procuram as agências reguladoras;

O produto do que foi dito no trabalho dá conta que o problema é muito maior, considerando que a imensa maioria dos reclames e dos ilícitos violadores dos direitos alheios, sequer chegam ao crivo da justiça, em que pese ser grande o números de processos ajuizados, esse número é muito aquém da realidade fática dos desserviços prestados, conforme se arrebata na citação abaixo:

As reclamações que chegam ao PROCON e ao JUDICIÁRIO, portanto, não expressam, necessariamente, os problemas, os conflitos e as insatisfações dos consumidores. Mesmo assim, em termos absolutos, os consumidores

²¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Secretaria da Reforma do Judiciário. Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais. 2013. 116 p.: il. (Diálogos sobre justiça). p. 15

que chegam ao PROCON ou ao Judiciário somam um contingente elevado de cidadãos.²¹¹

É sabido que há reconhecimento dos desmandos do setor econômico, mas a conivência do Poder Judiciário, em subestimar as indenizações é patente, não que elas sejam a salvação do problema, mas é um começo de enfrentamento em busca da tranquilidade, ou pelos menos amenização do borbulhamento do sistema. Nesse caso, a cultura judiciária brasileira, ainda, tolera a economicidade do dano – parêmia (custo-vantagem) -, tendo em vista os baixos valores, irrisórios, frente o agente causador do prejuízo, pois a continuidade da conduta tal qual contumazmente é feita, garante certeza do lucro auferido.²¹²

3.3 ÓRGÃO DE REGULAÇÃO DO SETOR – INEFETIVIDADE DE GERENCIAMENTO

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é autarquia sob o regime especial, órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades suplementares do setor privado da saúde.

Em que pese sua finalidade disciplinada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, ou seja, atender o postulado público na defesa dos direitos referentes à assistência suplementar à saúde²¹³, ela ainda não cumpre, a contento, os motivos que ensejaram a sua criação, fazendo que o mercado se torne cada vez mais leonino e perverso justamente com a parte fraca da relação: o consumidor/paciente.

É com pesar que vemos diuturnamente a agência, sucumbir aos poderio econômico dos grandes conglomerados que atuam nesse ramo de prestação de serviço de saúde. Os objetivos da criação, com os custos sendo sujeitados pelo

²¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Secretaria da Reforma do Judiciário. Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais. 2013. 116 p. : il. (Diálogos sobre justiça). p. 15.

²¹² ALMEIDA, José Carlos Guimarães. Compensação por danos morais nas relações de consumo. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/JoseCarlosGuimaraesAlmeida.pdf>. Acesso em: 07 maio 2015 07/05/2015.

²¹³ BRASIL. Leis de Planos e Seguros Privados de assistência à Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 04 maio 2015. “Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

erário público, servindo a outro senhor, em notório desproveito para a população que lhe mantém, é totalmente deturpado.²¹⁴

Aos usuários dos planos de saúde, na esmagadora maioria, sofrem com o comportamento abusivo/desleal das empresas, que de forma contínua e reiterada, negam procedimentos de emergência, ou de urgência²¹⁵, unidade de tratamento intensivo, medicamentos para o tratamento de doenças, próteses e órteses²¹⁶, conforme resolução nº 338/2013, limitam tempo de cura, entre inúmeros outros descabros, nos termos do enunciado de súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Insatisfeitos com os serviços prestados, ou com alto percentual de reajuste dos preços das prestações mensais do prêmio seguro de saúde, vários consumidores fazem reclamação no órgão estatal esperando algum respaldo quanto a sua insatisfação, diga-se de forma rápida e eficaz, porém, não raras vezes, ao invés de solucionar a demanda posta, o próprio órgão, cuja lei deu atribuição reguladora, instiga o consumidor a usar as vias judiciais para conseguir seu desiderato, conforme consta nos autos nº 2012.01.1.167160-3, também, objeto de análise nos capítulos seguintes do trabalho:

O interlocutor foi informado da competência da ANS e a buscar seus direitos individuais junto aos órgãos de defesa do consumidor, através do PROCON

²¹⁴ REIS, Vilma. ANS foi capturada pelos planos privados de saúde. Abrasco. Publicado em 20 maio 2014. Disponível em <<https://www.abrasco.org.br/site/2014/05/mario-scheffer-ans-foi-capturada-pelos-planos-privados-de-saude-sus-e-que-sai-perdendo/>> Acesso em 25 abr. 2016.

²¹⁵ BRASIL. Leis de Planos e Seguros Privados de assistência à Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso em: 04 maio 2015 Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional”.

²¹⁶ ANS. Resolução Normativa nº. 338, de 21 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=2591>. Acesso em 05 maio 2015. “Art. 19 - A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998. § 2º Prótese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido. § 3º Órtese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico”.

ou ao juizado especial cível e que ao final desta apuração receberá uma resposta.²¹⁷

É por demais, contraditório, buscar a solução a quem a lei deu esse atributo e ser instigado a buscar a efetivação em outro campo, abstendo-se assim, de usar sua prerrogativa, seu poder-dever.

Outro fator temerário é a conclusão dos procedimentos administrativos sobre as solicitações no órgão, em alguns casos, o tempo de espera é de 12 anos para o desfecho, e, quando chega ao fim, muitos deixam de ser cobrados por algum percalço encontrado no caminho até a finalização. E, mais, em alguns casos, conforme noticiado, algumas multas aplicadas ou sugeridas para o caso em análise, simplesmente foram reduzidos, ou mesmo suprimidas, sem, contudo, constar nenhuma motivação, nem mesmo, referência na ata da resolução do procedimento.²¹⁸

Questionada sobre esses fatos eivados de ilegalidade e descaso com o trato da coisa pública, a autarquia, informou que a demora é por causa da obediência do devido processo legal administrativo, pelo qual deve ser seguido para não lesar os direitos dos atuantes do setor - denúncia - apuração - auto de infração - defesa da operadora - julgamento em primeira instância - recurso da operadora - juízo de reconsideração e julgamento do recurso (segunda e terceira instância).²¹⁹

Não é crível que respeitar a lei signifique em última análise a vitória baseada no desrespeito da norma, também, não é crível que se premie esse comportamento maléfico com o consumidor e com o erário público.

Por outro lado, é fácil perceber porque isso acontece, pois na agência existe uma alternância entre os gestores das operadoras de plano de saúde, com cargos de comando, chamada de “porta giratória”, onde alternam os gestores do órgão com cargos de direção nas operadoras do setor, surgindo, da “confusão”, o conflito de

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.01.1.167160-3. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=2012011671603>>. Acesso em: 04 maio 2015.

²¹⁸ Folha de São Paulo. ANS leva até 12 anos para julgar operadoras de planos de saúde. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1243837-ans-leva-ate-12-anos-para-julgar-operadoras-de-planos-de-saude.shtml>>. Acesso em 05 maio 2015.

²¹⁹ Folha de São Paulo. ANS diz seguir processo legal para punir operadoras de saúde. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1243842-ans-diz-seguir-processo-legal-para-punir-operadoras-de-saude.shtml>>. Acesso em 05 maio 2015.

interesses, resolvido, na maioria das vezes em prol do mercado privado, tanto é verdade, que basta ver a continuidade das praticas abusivas.²²⁰

Outro problema recorrente são os aumentos cobrados sempre além da inflação do período. Existem no mercado alguns planos de saúde comercializáveis, entre ele o plano individual e o coletivo, resolução nº 195/2009²²¹. O individual qualquer pessoa em tese, poderia comprá-lo, sem está vinculado, por exemplo, a uma pessoa jurídica que tenha contratado aquele segmento para as despesas médicas provenientes dos funcionários da empresa. O coletivo, como dito, o vínculo da pessoa jurídica se faz necessário.

Os planos individuais, teoricamente, estão sob o manto protetivo da agência, principalmente no que pertine a cobertura de atendimento e aumento da mensalidade paga pelo consumidor, já, o coletivo não, por ser de autogestão. Em defesa da prerrogativa alegam que a revisão do equilíbrio financeiro não deve passar pelo crivo do órgão regulador, e, mais, se arvora na prerrogativa de fazerem o despactamento de forma unilateral²²², ao seu bel prazer, caso constate que o serviço não esteja rendendo os frutos econômicos esperados.

Com tanto poder assim, é quase impossível conseguir contratar um plano individual pelas “ingerências” acima, ao mesmo tempo em que cresceu de forma assustadora os planos coletivos, onde em média, no ano de 2014, o aumento das mensalidades foram de 18%, bem acima da inflação, chegando a alguns casos, a

²²⁰ Folha de São Paulo. ANS abriga ex-executivos de operadoras de planos de saúde. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1243840-ans-abriga-ex-executivos-de-operadoras-de-planos-de-saude.shtml>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

²²¹ ANS. Resolução Normativa nº. 195, de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458>. Acesso em 05 maio 2015. “Art. 2º Para fins de contratação, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em: I – individual ou familiar; II – coletivo empresarial; ou III – coletivo por adesão. Art. 3º Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar. Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária. Art 9º Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial”.

²²² TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. Prática ilegal e abusiva dos planos de saúde. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-16/pratica-ilegal-abusiva-planos-saude-resolucao-unilateral#author>>. Acesso em 05 maio 2015.

passar de 90%, principalmente em relação as pessoas mais idosas e, no mesmo período, o percentual de reajuste dos planos individuais foram 9,65%.²²³

O descontentamento, ante a falta de trato sério da agência, sempre vai atingir o consumidor, de uma forma ou de outra, seja repassando os custos, seja pela má prática comercial. O Presidente do Conselho Federal de Medicina, Dr. Roberto Luiz D'Ávila, no dia do médico, em 2012, relatou claramente o *modus operandi* dos atuantes do setor, bem como a falta de gerenciamento na saúde complementar brasileira:

PRESIDENTE DO CFM ALERTA PARA CRISE IMINENTE NOS PLANOS DE SAÚDE

Brasília - No Dia do Médico, comemorado hoje (18), o presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), Roberto Luiz d'Ávila, diz que o país está prestes a viver uma crise no sistema de saúde suplementar. “Os médicos estão se descredenciando das operadoras [de plano de saúde]. daqui a pouco vai ter mais gente comprando plano de saúde e menos médicos querendo trabalhar com operadoras porque não nos respeitam, é um jogo burro”, disse o presidente.

D'Ávila diz que os médicos não querem mais trabalhar por cerca de R\$ 40 por consulta, o que relata que pagam os planos de saúde e que, além disso, as “interferências antiéticas” feitas pelos planos de saúde na relação médico-paciente estão “insustentáveis”.

Entre as interferências antiéticas, d'Ávila citou que “existem médicos que estão com limitação de pedir exames; muitas vezes você tem que seguir regras, tipo protocolos e diretrizes, que eles [as operadoras de plano de saúde] estabelecem e existe limitação de autonomia profissional”.

Os embates existentes entre médicos e planos de saúde foram motivo de atos públicos feitos pelos médicos contra o que eles chamam de “abusos praticados pelas empresas da saúde suplementar”. De acordo com o CFM, os médicos de 21 estados confirmaram este mês a suspensão dos atendimentos de consultas, exames e outros procedimentos eletivos por planos de saúde como forma de protesto.

[...]

Falta de investimento e “ação limitada” da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no controle da ação dos planos de saúde são problemas que a categoria cita na carta elaborada pelas entidades médicas. “Há uma inércia do poder político. Faltam políticas públicas de saúde,” diz o presidente da CFM.²²⁴

Outro ponto importante é o art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre a obrigatoriedade de ressarcimento ao SUS²²⁵, todas vezes que o

²²³ TCU abre processo para investigar reajustes abusivos de planos de saúde. IG notícias. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2015-01-23/tcu-abre-processo-para-investigar-reajustes-abusivos-de-planos-de-saude.html>>. Acesso em: 05 maio 2015.

²²⁴ EBC. Presidente Do Conselho Federal de Medicina alerta para crise iminente nos planos de saúde. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-18/presidente-do-cfm-alerta-para-crise-iminente-nos-planos-de-saude>>. Acesso em: 05 maio 2015.

²²⁵ BRASIL. Leis de Planos e Seguros Privados de assistência à Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 04 maio 2015. “Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos

consumidor titular de plano, seja por qual motivo for – negativa de atendimento ou não – utilize a rede pública de saúde. O numerário ressarcido será encaminhado para Fundação Nacional da Saúde, e, por sua vez, transferido para o Ministério da Saúde, para serem utilizados em programas da pasta, bem como para a realização de políticas públicas relativas a melhoria da população.

Calha destacar que esse artigo é objeto da ADIN 1931 – MC, sendo a liminar indeferida, pelo relator, a época, Ministro Maurício Corrêa, e, ainda se encontra o mérito pendente de análise pelo pleno:

[...]

44. Outra questão tida como contrária e ofensiva ao princípio da proporcionalidade seria o ressarcimento, de que trata o caput do artigo 32 da lei, ao Poder Público dos serviços de atendimento que a rede hospitalar de saúde pública prestar ao contratado do plano. Frise-se que esses serviços só atingem os atendimentos previstos em contrato e que forem prestados aos respectivos consumidores e seus dependentes por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS, como está explicitamente disciplinado no § 1º do artigo 32, na versão atual, verbis: "O ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao Sistema Único de Saúde - SUS, mediante tabela de procedimento a ser aprovada pelo Consu".

45. Não vejo atentado ao devido processo legal em disposição contratual que assegurou a cobertura desses serviços que, não atendidos pelas operadoras no momento de sua necessidade, foram prestados pela rede do SUS e por instituições conveniadas e, por isso, devem ser ressarcidos à Administração Pública, mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da CÂMARA DE SAÚDE COMPLEMENTAR. Observo que não há nada nos autos relativamente aos preços que serão fixados, se atendem ou não as expectativas da requerente. Tudo gira em torno de hipóteses.

[...]

48. Tratando-se de segmento da maior sensibilidade social, pois envolve a saúde e a vida das pessoas, tenho que as normas impugnadas nesta parte da ação, em face da anômala condição em que os agentes da requerente operavam nesse mercado, não violam o devido processo legal, pelo que, neste exame cautelar, não vejo que esteja caracterizado o *periculum in mora*, recomendando-se, ao contrário, em virtude de boa dose de conveniência, que os textos atacados sejam mantidos até o julgamento final da ação.

São essas as razões pelas quais indefiro o pedido quanto a esta parte.²²⁶

nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. § 1º O ressarcimento será efetuado pelas operadoras ao SUS com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde - FNS. § 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor”.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 1931. ADI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1931&classe=ADI-MC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 maio 2015.

O Tribunal de Contas da União, em auditoria realizada na Agência Nacional de Saúde, processo nº 023.181/2008-0, acórdão 502/2009²²⁷, no período compreendido entre 25/08/2008 a 05/09/2008, com o objetivo de averiguar como se dava o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, dos serviços prestados, aos consumidores dos serviços privados, constatou um prejuízo de R\$ 3,8 bilhões de reais.²²⁸

Esse período se refere a 4 (quatro) anos, certamente, desde 1999 até os dias de hoje, facilmente o montante ultrapassaria mais de 10 bilhões de reais, considerando que entre 2000 a 2010, o montante recomposto foi, apenas, de R\$ 123 milhões de reais²²⁹, e que o valor ressarcido em 2013 foi de R\$ 183,2 milhões e de janeiro a julho de 2014, o valor chegou a R\$ 184 milhões²³⁰, pois em maior proporção aumentou o número de segurados, bem como, o número de reclamações e ações judiciais sobre o assunto.

Na devassa, descobriu, bem como determinou que:

1. Os procedimentos ambulatoriais não são cobrados, somente a Autorização de Internação Hospital (AIH), e, o que não é cobrado, supera os gastos com o segundo, em mais de R\$ 10 bilhões de reais, isso, somente entre 2003 a 2007;
2. No mesmo período, deixou de cobrar R\$ 2,6 bilhões de reais, em procedimento de média e alta complexidade;
3. Entre o 1º trimestre de 2001 a 1º trimestre de 2006, a ausência de efetividade na cobrança, gerou um passivo de R\$ 2,6 bilhões de reais, passível de ressarcimento;

²²⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 05 maio 2015.

²²⁸BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=1290413>. Acesso em 05 maio 2015.

²²⁹EBC. Planos pagam ressarcimento recorde 2014 por internação de beneficiários no SUS. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-09/planos-pagam-ressarcimento-recorde-2014-por-internacao-de-beneficiarios-no-sus>>. Acesso em 05 maio 2015.

²³⁰ANS. Grupo técnico debate o monitoramento da garantia de atendimento. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/a-ans/2589-planos-de-saude-ressarcem-r-184-milhoes-ao-sus>>. Acesso em: 16 ago. 2014

4. A autarquia alegou falta de pessoal para processar os ressarcimentos, no entanto, averiguou-se a improdutividade do setor, na medida em que deixavam de cobrar os maiores valores devidos, para se cobrar os menores, desrespeitando os princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência;
5. Cobrança do passivo retroativo, em 10 anos nos termos do Código Civil, visando reforçar o caixa do Sistema Único de Saúde em prol dos brasileiros;
6. Melhoras no sistema de confronto da base de dados, para clarear as informações e otimizar as cobranças;
7. Benefício da contagem e dos prazos para a resposta, bem superiores ao previstos na Lei nº 9.784/1999;
8. Morosidade no cadastro das impugnações, constatando que na Secretaria de atenção a saúde do Ministério da Saúde, somente em 2008, havia 2500 processos sem autuação;
9. Utilização pelas operadoras de três instâncias para apreciação da impugnação, com a observação de que nenhum dos recursos dirigidos haviam sido julgados pela Diretoria de Colegiado (terceira instância);
10. Vencido o trâmite administrativo e valorado a “quantum” a pagar, constatou-se a morosidade da Gerência-geral no envio das informações ao CADIN (Cadastro de crédito não quitado do setor público federal) e Procuradoria-Geral da ANS para inscrição da dívida ativa dos não pagadores, alegando falta de recursos humanos e dificuldade de saneamento dos autos;
11. Procuradoria-Geral da ANS, também demorava a inscrever na dívida ativa, aduzindo, também, falta de procuradores, ou mesmo devolvia o processo a Gerência-geral, alegando erro no saneamento;
12. Utilização das instâncias recursais, pelos planos, como meio protelatório, associado a demora de atuação da autarquia;
13. Existirem apenas 10 analistas que avaliavam as contestações das empresas em todas as instâncias, número esse insuficiente para o desiderato;

14. Que a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), não era atualizada, com isso valores constantes eram sempre baixos, portanto, quando os planos ressarciam, ainda era vantajoso, pois a base de cálculo eram os valores do SUS, bem menores que os praticados, e, ainda, porque não se oneravam com os custos indiretos que teriam de suportar, caso prestassem efetivamente o serviço pelo qual se propôs (estrutura, pessoal, insumos e etc.);

15. Ausência de acompanhamento e avaliação pelo Ministério da Saúde das metas e do desempenho da Agência, violando portaria conjunta nesse sentido;

16. Falta de adequada política de segurança de informação;

17. Somente após a audiência pública, em meados de 2009, a agência adotou medidas para minimizar as fragilidade referente a atualização da tabela e o julgamento dos recursos em terceiro grau;

18. Morosidade e ineficiência do processo de ressarcimento;

19. A maioria dos problemas elencados se dão pela falta de controle interno (Auditoria interna e corregedoria) e externo, supervisão do Ministério da Saúde;

20. Determinou, entre outras coisas, a cobrança dos procedimentos de média e alta complexidade, adequação do trâmite processual a Lei nº 9.784/1999, adoção de transparência em suas ações, melhorias no sistema de informação visando facilitar a cobrança e agilidade para os órgãos de controle, inclusive a controladoria Geral da União, a missão de verificar a contas;

21. Recomendou, a alteração da legislação interna, redistribuição dos recursos humanos, para otimizar os trabalhos, a revisão do parcelamento concedido as operadoras, tendo em vista a falta de proporcionalidade com o poderio econômico apresentado pelas operadoras, e etc.;

Conforme destacado, a principal descoberta foi o não processamento do ressarcimento de média e alta complexidade, ressarcimento esse calculado na ordem de bilhões de reais.

Por último, e, não menos estarrecedor, destaco a aprovação da Lei 12.973, de 12 de maio de 2014, prevendo sanções mais brandas aos planos de saúde descumpridores das suas obrigações, no entanto, a presidente Dilma Rousseff, vetou calcada nos seguintes argumentos:

A medida reduziria substancialmente o valor das penalidades aplicadas, com risco de incentivo à prestação inadequada de serviço de saúde. Além disso, o dispositivo enfraqueceria a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, causando desequilíbrio regulatório.²³¹

Soa absurdo e desrespeitoso com o cidadão esse tipo de postura, ou seja, estamos em tempos de efetivar os direitos, dando força e robustez aos órgãos de controle, aí uma lei com esse teor, abrandando as multas, quando na verdade deveria recrudescer ante o quadro colocado de falta de efetividade e gerenciamento da Agência Nacional de Saúde.

Assim, diante do quadro alinhavado, não resta dúvida dos motivos porque a agência peca na sua função precípua de regular o mercado privado da saúde. Também, é sabido, que a passos curtos, a situação vem mudando, por exemplo, a proibição de grandes empresas de comercializarem determinados tipos de planos, o aumento da cobrança do ressarcimento e o uso de mediação para solucionar o problema do consumidor, no entanto, muito aquém, dos motivos da sua criação e muito aquém, da necessidade da coletividade, que usa esses produtos, em

²³¹BRASIL. Mensagem nº 111, de 13 maio 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Msg/VEP-111.htm>. Acesso em: 07 maio 2015. “Art. 101. A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 25. O descumprimento dos dispositivos previstos nesta Lei e em seus regulamentos, bem como dos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, caracterizará prática infrativa, conforme indicadores de fiscalização estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde - ANS, sujeitando a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: [...] Art. 27 [...] § 2º No caso de 2 (duas) ou mais infrações da mesma natureza, em período inferior a 1 (um) semestre-calendário, praticadas até 31 de dezembro de 2014, aplica-se a pena de 1 (uma) única infração, se iguais, ou a mais grave, se diferentes, a qual deverá ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, observados o valor da multa definido em regulamento e os seguintes parâmetros de proporcionalidade:
I - de 2 (duas) a 50 (cinquenta) infrações, 2 (duas) vezes;
II - de 51 (cinquenta e uma) a 100 (cem) infrações, 4 (quatro) vezes;
III - de 101 (cento e uma) a 250 (duzentos e cinquenta) infrações, 8 (oito) vezes;
IV - de 251 (duzentos e cinquenta e uma) a 500 (quinhentas) infrações, 12 (doze) vezes;
V - de 501 (quinhentas e uma) a 1000 (mil) infrações, 16 (dezesseis) vezes;
VI - acima de 1.000 (mil) infrações, 20 (vinte) vezes.” (NR).

momento de desespero ímpar, correndo risco de vida, em muitas vezes em que o serviço é solicitado.²³²

CAPÍTULO 4. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NO ÂMBITO DOS JULGADOS DO TJDFE PARA FUNDAMENTAR E QUANTIFICAR O DANO MORAL NA NEGATIVA DOS PROCEDIMENTOS BUCOMAXILOFACIAIS.

Neste capítulo serão examinadas as sentenças e os acórdãos referentes a 17 processos sobre a negativa de procedimento bucomaxilofacial, a respectiva condenação na obrigação de fazer e/ou não no dano moral solicitado, com as devidas fundamentações, e se, de fato, os valores arbitrados cumprem as funções do instituto e, principalmente, punem o agente causador a contento, inibindo novas condutas com o mesmo conteúdo.

4.1 FUNDAMENTO DAS DECISÕES PESQUISADAS

De todos os julgados verificados, as prescrições de tratamento estão previstas no rol exemplificativo da Agência Nacional de Saúde; portanto, de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, sendo os procedimentos identificados na Classificação Internacional de Doença (CID) como altamente invasivos.²³³

A Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial²³⁴ é a especialidade que tem como objetivo o diagnóstico e o tratamento cirúrgico e coadjuvante das doenças,

²³² ANS suspende comercialização de 46 planos de saúde. ANS. Publicado em 26 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3213-ans-suspende-comercializacao-de-46-planos-de-saude>> Acesso em 25 abr. 2016.

²³³ ANS. Resolução Normativa nº. 338, de 21 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=2591>. Acesso em 04 maio 2016.

²³⁴ ANS. Resolução Normativa nº. 338, de 21 de outubro de 2013. “Art. 21. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências: VIII - cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilofaciais listados nos Anexos desta Resolução, para a segmentação hospitalar, conforme disposto no artigo 4º desta Resolução Normativa, incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação

traumatismos, lesões e anomalias congênitas e adquiridas do aparelho mastigatório e anexos, e estruturas crânio-faciais associadas.²³⁵

O paciente que necessita de uma intervenção cirúrgica nesses casos já vem sofrendo com uma série de sintomas, levando em muitos casos um tempo considerável até que se chegue à causa e ao procedimento necessário a ser realizado. Antes da intervenção cirúrgica, fora os casos de acidente na região da face²³⁶, o eupático já tentou outras formas de tratamento menos invasivas, porém não surtiram o efeito desejado.

Os tolerantes que foram submetidos aos cuidados médicos apresentaram os mesmos diagnósticos: dor de cabeça, de ouvido, do pescoço e enxaqueca, além de dificuldade de mastigar, falar e respirar. A sintomatologia dolorosa era combatida com analgésicos, e o uso contínuo poderia ocasionar outras doenças, tais como hepatite medicamentosa e gastrite, podendo causar ainda dependência psíquica. O tempo era aliado na recuperação. Assim, a demora na realização do ato médico poderia causar outros problemas de maior custo biológico e econômico, além de agravar os que já existiam.

Como resultado da pesquisa, foram encontradas diversas ações de obrigação de fazer combinadas com pedido de dano moral, entre 2013 e 2016, demonstrando o descaso das operadoras de plano de saúde em atender e solucionar os pedidos de liberação e custeio das cirurgias, pois, ausente de justificativa, negavam parcialmente ou integralmente as solicitações dos procedimentos/materiais cirúrgicos, sem qualquer respaldo técnico científico.²³⁷

hospitalar; Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=2591>. Acesso em 04 maio 2016.

²³⁵ CFO. Consolidação das normas para procedimentos nos conselhos de odontologia. Disponível em: <<http://cfo.org.br/wp-content/uploads/2009/10/consolidacao.pdf>>. Acesso em 10 maio 2016.

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2010.01.1.127521-0. Décima Sexta Vara Cível de Brasília. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20100111275210>> Acesso em 18 maio 2016.

²³⁷ BRASIL. Conselho Federal De Odontologia Resolução Nº. 115, de 3 de abril de 2012 - Disciplina a prescrição de materiais de implante, órteses e próteses, e determina arbitragem de conflitos. "Art. 4º. As autorizações ou negativas devem ser acompanhadas de parecer do cirurgião-dentista responsável, identificado com o nome e número de inscrição no Conselho Regional de Odontologia". Disponível em:

Nesse universo de processos, os tratamentos só foram realizados após a antecipação de tutela, ante a presença inequívoca dos seus requisitos. Com isso, a totalidade dos casos se enquadraram como procedimentos de urgência ou emergência, consoante a Lei nº 9.656/96²³⁸. Restou apurado também o desinteresse das requeridas em produzir provas visando comprovar seu direito, sendo as celeumas resolvidas com a técnica processual do julgamento antecipado da lide. A seguir, as fundamentações dadas nas sentenças e acórdãos.

1) Processo nº 2012.09.1.011598-5 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K08.2 ATROFIA DO REBORDO ALVEOLAR.**

a) Fundamentação do 1º grau: Obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

A indenização por dano moral não obedece a critério estrito de legalidade, até porque impossível a quantificação tabelada da dor presumida da vítima por violação a direito subjetivo da personalidade, sendo certo que tal indenização tem caráter essencialmente compensatório, posto que impossível de equiparação econômica, bem como, ainda, visa a punir a conduta do agente causador do dano, a fim de lhe imprimir aspecto pedagógico/preventivo para que a conduta impugnada não torne a se repetir.

A doutrina tem apontado critérios para sua fixação, dentre estes: a) a gravidade objetiva do dano; b) o lugar da sua ocorrência (se em ambiente público ou privado); c) o conteúdo do ato em si; d) a situação social e a personalidade da vítima; e) as suscetibilidades particulares da vítima; f) a condição econômica do ofensor e da vítima e, g) a proporcionalidade. Considerando os critérios já apontados, arbitro a indenização na quantia de R\$ 3.000,00.²³⁹ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

Acerca dos danos morais, a meu aviso, a negativa de autorização de cobertura, **em casos graves e urgentes**, atinge a esfera subjetiva do paciente, **que já debilitado pela sua condição de saúde**, vê sua situação ser agravada diante da injusta recusa, que lhe ocasiona aflição psicológica e angústia. Dessa feita, não obstante o mero inadimplemento contratual, em

<ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsssp/bibliote/informe_eletronico/2012/iels.abr.12/iels81/U_RS-CFO-115_030412.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

²³⁸ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1996, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde: “Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;
II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em 07 maio 2016.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.09.1.011598-5. Segunda vara cível de Samambaia. Sentença proferida em 13 de novembro de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=69&CDNUPROC=20120910115985>> Acesso em 04 maio 2016.

regra, não ensejar danos morais, a natureza do contrato em questão, **por tratar do bem maior da vida**, enseja maior responsabilidade sobre seu descumprimento.

[...]

No que concerne ao quantum indenizatório, mostra-se indispensável que o valor fixado atenda ao binômio **reparação-prevenção: além de reparar o dano, a quantia arbitrada deve alijar da sociedade condutas como as retratadas neste feito sem, entretanto, resultar em enriquecimento ilícito do Requerente.**

[...]

Nesse toar, a meu sentir, **a quantia de R\$3.000,00 (três mil reais), arbitrada pelo douto juízo a quo, mostra-se razoável para remunerar os transtornos sofridos pelo Requerente, bem como para prevenir equívocos dessa sorte**, diante dos danos que repercutiram na vida daquele.²⁴⁰ (Grifo no original)

2) Processo nº 2011.01.1.225473-3 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer procedente e dano moral improcedente.

Tenho que a justificativa da ré para se eximir da cobertura contratada não prospera, na medida em que o relatório médico que acompanha a inicial (fls. 44/60) recomenda, de forma justificada e com a **necessária urgência**, a realização da cirurgia buco-maxilo-facial, cujo procedimento, com a utilização do material indicado às fls. 55/60, são imprescindíveis para recompor a saúde do demandante, **sob pena de dano irreparável à sua saúde (função respiratória, mastigatória, fonação etc.).**

[...]

Todavia, tal destino não se reserva ao pedido de indenização por danos morais, pois a mera recusa fundada em vedação contratual não possui o condão de malferir o patrimônio imaterial do consumidor, além do que tal circunstância é comum ao cenário negocial onde os dissabores são frequentes.²⁴¹ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: dano moral reformado fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A boa-fé objetiva, ao tempo em que impõe aos contratantes um modelo de comportamento ético, honesto, leal, também coíbe eventuais abusos por eles praticados, mediante condutas que frustrem as legítimas expectativas depositadas no fiel cumprimento do quanto contratado.

A recusa em autorizar cirurgia e fornecer materiais indicados para o tratamento da doença importa em negativa de cobertura, especialmente porque não cabe ao plano de saúde definir qual tratamento se mostra mais eficaz para a saúde do segurado.

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão n.687562, 20120910115985APC, Relator: Flavio Rostirola. 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/06/2013, Publicado no DJE: 02/07/2013. Pág.: 58.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Processo nº 2011.01.1.225473-3. Décima nona vara cível de Brasília. Sentença proferida em 19 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=42&CDNUPROC=20110112254733>> Acesso em 04 maio 2016.

É abusivo, portanto, o comportamento da seguradora que, ao argumento de que ausente justificativa técnica, nega autorização para a realização de procedimentos indicados por especialista, que dispõe de conhecimentos específicos quanto às inovações alcançadas, dia após dia, pela medicina, ciência em constante atualização.

[...]

Inexistem parâmetros rígidos e apriorísticos para se fixar indenização por dano moral, **devendo ser levados em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.**

Dou provimento ao recurso do autor e condeno a ré a pagar ao autor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).²⁴² (Grifo nosso)

3) Processo nº 2012.07.1.002682-4 – Diagnostico: **CID 10: K07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS E Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

No que tange aos danos morais, tendo em conta o relato dos fatos na inicial e a documentação colacionada pelo autor, concluo que o ilícito perpetrado pela ré certamente causou aborrecimento, desgaste e preocupação, além de contratempus e vaivens em momento delicado e de indiscutível dor física e abalo emocional. **Verifico que a ré, com a negativa veemente de cobertura, não sopesou as circunstâncias do caso. Preferiu agir à margem do sistema legal de proteção ao consumidor a avaliar melhor a situação e encontrar a solução acobertada pela lei.** Indubitavelmente, o ato ora impugnado atingiu as legítimas expectativas do autor de receber do plano de saúde uma prestação de serviço compatível com suas reais e efetivas necessidades. E a frustração decorrente, que poderia constituir mera chateação em outros casos, **maximiza-se pelo quadro de saúde debilitada.** Desse modo, compreendo que o dissabor causado ao autor reveste-se de um **grau de extraordinariedade e gravidade hábil** à configuração do dano moral.

Entretanto, o arbitramento do valor devido a título de reparação de danos morais sujeita-se a decisão judicial, **informada pelos critérios apontados pela doutrina e jurisprudência e condensados pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação.** Assim, **procedida a compatibilização da teoria do valor do desestímulo com o princípio que veda o enriquecimento sem causa e consideradas as condições econômicas das partes e o grau de responsabilidade,** arbitro a indenização no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).²⁴³ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

²⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.874761, 20150110552475APC, Relator: Hector Valverde Santanna, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 23/06/2015. Pág.: 230.

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.07.1.002682-4. Quarta vara cível de Taguatinga. Sentença proferida em 24 de setembro de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=45&CDNUPROC=20120710026824>> Acesso em 05 maio 2016

Não há dúvida, portanto, de que a atitude da operadora do plano de saúde ocasionou no autor abalos e sofrimentos morais, que não se caracterizam como simples dissabores, cabendo o pagamento de indenização por dano moral.

Patenteado o cabimento da cobrança do dano moral, passo à análise do *quantum* indenizatório.

Segundo a jurisprudência pacífica dos tribunais, para a fixação do valor da indenização compensatória de danos morais, **é necessário observar as circunstâncias do caso concreto, as condições pessoais e econômicas das partes e a extensão do dano, de modo que o arbitramento seja feito com moderação e razoabilidade, com vistas a se evitar o enriquecimento indevido do ofendido e a abusiva reprimenda do ofensor.**

Na hipótese, importa considerar que a ré é uma companhia com capital social, em 31/03/2011, estipulado em R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), conforme estatuto colacionado à fl. 177/180. Por outro lado, também não se pode olvidar que não realização da cirurgia, na data marcada, em decorrência da não liberação de todos os materiais imprescindíveis ao procedimento gerou aflição psicológica no autor, ao frustrar suas expectativas de receber a cobertura securitária para tratamento adequado ao seu quadro clínico.

Com tais considerações, tenho como razoável a fixação do valor indenizatório no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais), diante das peculiaridades do caso.²⁴⁴(Grifo nosso)

4) Processo nº 2012.09.1.024735-7 – Diagnostico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS E 3. K 07.0 ANOMALIA DO TAMANHO DA MANDÍBULA.**

a) Fundamentação do 1º grau: Obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 5.000,00 (três mil reais).

A justificativa apresentada pela ré (fls. 109/109) limitou-se a negar o procedimento cirúrgico simplesmente por conta dos materiais requisitados. Em outras palavras, foi reconhecido o direito ao custeio da cirurgia, ainda que por via transversa. A negativa, repito, se deu no que tange à parte do material solicitado pelo cirurgião. Ao mesmo tempo, noto que a operadora de plano de saúde não apresentou nenhuma outra solução para o caso, como, por exemplo, cirurgia equivalente, mas igualmente eficaz, com a utilização de outros materiais. No meu sentir, a atitude da ré violou o princípio da boa-fé contratual e o dever de bem informar (art. 6º, IV, do CDC). Além do mais, pondero que qualquer disposição contratual que eventualmente exclua de cobertura o procedimento almejado viola o CDC por configurar patente abusividade (art. 51, IV, do CDC).

[...]

Quanto aos danos morais, pondero que o avanço jurídico consistente no rompimento da antiga tendência segundo a qual apenas se vislumbrava possível a reparabilidade exclusiva dos prejuízos materiais é inovação digna de aplausos.

É sabido por muitos, vale lembrar, independentemente dos reflexos patrimoniais carreados aos atos ilícitos, que são também reparáveis os

²⁴⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão n.709070, 20120710026824APC, Relator: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/08/2013, Publicado no DJE: 09/09/2013. Pág.: 189

atropelos psicológicos gerados, como forma de minorar os desalentos sofridos, visto que o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, passíveis de reparação pecuniária, caso sejam estes atingidos.

Desse modo, a reparação por danos morais deve advir de ato que, pela carga de ilicitude ou injustiça que traga, provoque indubitável violação ao direito da parte, de sorte a atingir o seu patrimônio psíquico, subjetivo ou ideal. Nessas condições, a indenização encontra amparo jurídico no direito pátrio, especialmente, no artigo 5o, V e X, da Constituição Federal, e no artigo 12 do Novo Código Civil. No caso, tenho que a negativa imposta pela empresa requerida constituiu falha na prestação dos serviços de saúde e atingiu os direitos da personalidade do segurado, gerando dano moral indenizável. Posto isso, mostra-me razoável a condenação da ré em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), **pois tal quantia, sem importar em enriquecimento ilícito de quem quer que seja, serve, ao mesmo tempo, de consolo para a autora ("compensatory damage") e de medida pedagógica para a ré ("punitive damage").**²⁴⁵ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

A ré pretende, ainda, que seja afastada a condenação pelo dano moral ou, caso mantida, seja minorada. Por sua vez, o autor pede a majoração do *quantum* indenizatório.

Em regra, o simples inadimplemento contratual não dá ensejo à indenização por danos morais, salvo quando dele resulta violação ou agravamento da interferência indevida na esfera da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem da vítima. **No caso, o autor tinha uma “deformidade dento - facial com deficiência antero posterior e vertical de maxila associado a um severo retrognatismo mandibular”, que lhe causava dores e disfunção miofacial (fls. 69).** Diante disso, não se trata de mero aborrecimento a negativa da empresa do plano de saúde em fornecer os materiais, uma vez que há clara necessidade de realização da cirurgia. Acrescente-se que havia previsão contratual da cirurgia e que a recusa indevida de materiais equivale à recusa da cobertura de plano de saúde. Diante disso, deve ser reconhecido o dano moral, na medida em que a recusa agravou a aflição e o sofrimento do segurado, já abalado pela gravidade da doença.

O magistrado fixou a indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Esse *quantum* mostra-se razoável.

Como se sabe, o valor da condenação deve estar adequado ao exame das circunstâncias do caso, da capacidade econômica do ofensor e da exemplaridade - como efeito pedagógico - que há de decorrer da condenação. Diante disso, a indenização não pode ser tão mínima que não consiga frear esses atos ilícitos que atingem a sociedade de consumo nem tão alta que possa configurar enriquecimento ilícito.

Na hipótese, o autor, repita-se, teve negada a cobertura de materiais para cirurgia buco-maxi-facial, o que, inegavelmente, gerou sofrimento psicológico. **Ademais, a segurada é empresa com inegável capacidade econômico-financeira.**²⁴⁶ (Grifo nosso)

²⁴⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Processo nº 2012.09.1.024735-7. Segunda vara cível de Samambaia. Sentença proferida em 16 de abril de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=51&CDNUPROC=20120910247357>> Acesso em 05 maio 2016

²⁴⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão n.724866, 20120910247357APC, Relator: Arnaldo Camanho De Assis, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/10/2013, Publicado no DJE: 28/10/2013. Pág.: 128

5) Processo nº 2012.01.1.081543-3 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, E, 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer procedente e dano moral improcedente.

As exigências dos cirurgiões dentistas para a realização dos procedimentos cirúrgicos são lastreadas em experiências que evitam expor o paciente a um risco desnecessário. **A cautela em realizar operações médicas, ainda mais aquelas que exigem um cuidado especial, como é o caso do procedimento de bucomaxilofacial, é inerente a atividade do cirurgião dentista, vez que estão tratando diretamente com a saúde das pessoas, e não com bens materiais que caso deteriore em razão do emprego errôneo de técnica, joga-se o produto imprestável no lixo, passando-se à próxima experiência. Ademais, caso haja qualquer complicação na mesa de cirurgia, seja por uma parada respiratória ou algo parecido, onde a paciente deixe de habitar esse mundo, é esse profissional da saúde que irá sentar no banco dos réus para responder por uma eventual negligência no descarte de certo material que seria necessário utilizar.**

[...]

Passo a tecer comentários acerca dos danos morais pleiteados. No caso, diante do relatório do cirurgião dentista constante dos autos **impossível não reconhecer que houve violação aos limites éticos do direito de parte da seguradora ré, pois a sua recusa não se deu de forma razoável, de forma moderada, de acordo com os limites éticos previstos no ordenamento jurídico, mas, evidentemente, sem análise apurada das informações que lhe foram enviadas.** A negativa da ré em disponibilizar todos os materiais necessários, frustrou a legítima expectativa da parte autora, em se submeter a uma cirurgia segura e com o mínimo de invasão possível. As consequências do ato abusivo devem ser as mesmas de qualquer atuação sem direito, de todo ato ou omissão ilícitos.

Ou seja, gera a obrigação de indenizar, desde que o comportamento abusivo venha acompanhado dos demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam o dano e o nexa causal entre o ato abusivo e o dano, além da obrigatoriedade de extrapolar as vicissitudes da vida cotidiana.

[...]

Com isso, não há que se cogitar em ofensa aos direitos da personalidade, apto a ensejar o dever de indenizar previsto no art. 186 do Código Civil, ante a ausência de dano, no caso, o extrapatrimonial.²⁴⁷ (Grifo nosso)

O recurso foi interposto perante o Tribunal, mas por questões processuais não teve sua apreciação meritória verificada; por consequência, inviabilizada a apreciação do dano moral.

²⁴⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.01.1.081543-3. Décima Vara Cível de Brasília. Sentença Proferida em 27 de junho de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=65&CDNUPROC=20120110815433>> Acesso em 05 maio 2016.

6) Processo nº 2012.08.1.003091-5 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: Obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Quando ao primeiro requisito, nota-se pela leitura do relatório médico apresentado às fls. 143-163 que **a parte Autora é portadora de disfunção articular de mandíbula, cefaléia (dor de cabeça e enxaqueca), ostalgiia bilateral (dor de olvido), crepitação bilateral em ATM's (ruídos na movimentação maxilar) acompanhado de dor na articulação temporomandibular nos movimentos funcionais, que afetam a sua função mastigatória, respiratória e na fonação.**

[...]

Quando ao pedido de indenização, cumpre esclarecer que o dano moral consiste no abalo psíquico, moral e intelectual causado sobre a vítima, que se vê submetida à humilhação, sofrimento, constrangimento, vexame, angústia. Decorre da agressão à dignidade humana. Sua natureza subjetiva, conquanto dificulte sobremaneira sua mensuração em valores pecuniários, é o principal elemento que o distingue do dano material. No caso, trata-se de quadro de saúde que, devido à recusa na autorização do procedimento cirúrgico pela Ré, **poderia ter agravado ainda mais,** o estado de saúde da Autora.

Ademais, houve recusa injustificada na autorização dos procedimentos cirúrgicos cobertos pelo plano (fl. 164), a qual somente aconteceu em cumprimento de decisão judicial. É inequívoco que tais circunstâncias causaram abalo psíquico, temor, aflição, medo e angústia à Autora, que não se confundem com meros dissabores ou aborrecimentos. Assim, apesar de, por mero inadimplemento contratual, não ensejar a ocorrência de danos morais, a jurisprudência deste Tribunal vem reconhecendo esse direito, quando 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. **O quantum a ser fixado deverá observar as seguintes finalidades: preventiva, punitiva e compensatória, além do grau de culpa do agente, do potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado, obedecidos os critérios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.**

Desse modo, fixo o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, considerando-se a gravidade da conduta, o potencial econômico da Ré e os valores comumente adotados pelo Tribunal em situações semelhantes.²⁴⁸ (Grifo nosso)

Nesse caso, não houve proposição de recurso objetivando a majoração do dano moral, permanecendo, portanto, o valor arbitrado em 1º grau.

²⁴⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.08.1.003091-5. Vara Cível do Paranoá. Sentença Proferida em 26 de junho de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=8&SEQAND=79&CDNUPROC=20120810030915>> Acesso em 05 maio 2016

7) Processo nº 2012.09.1.023210-9 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer procedente e dano moral improcedente.

[...]

c) Do dano moral. Para haver compensação pelos sofrimentos amargados, é preciso mais que o mero incômodo, constrangimento ou frustração, sendo necessária a caracterização de aborrecimento extremamente significativo capaz de ofender a dignidade da pessoa humana. Assim, não é qualquer desconforto ou aborrecimento que pode gerar dano moral. Nesse sentido, ao examinar cada hipótese concreta, a decisão do magistrado deve ser informada pelo bom senso, a fim de que o instituto não seja banalizado. No caso em exame, apesar de ser inequívoco o incômodo, observa-se que a frustração decorrente do descumprimento contratual não teve o condão de causar à autora constrangimento moral hábil a ser compensado, até porque a negativa ocorreu em virtude de divergência médica, o que é aceitável pela RN 262".²⁴⁹

b) Fundamentação do 2º grau: dano moral reformado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em que pese a argumentação exposta pelo d. julgador, verifica-se que a pessoa que continuamente paga com assiduidade o plano de saúde por prazo indeterminado, na expectativa futura de que este cumpra com sua obrigação, tem violada sua dignidade moral quando, **em momento de fragilidade e angústia se vê desamparada pelo plano.**

Patenteado o cabimento da cobrança do dano moral, passo à análise do *quantum* indenizatório.

Segundo a jurisprudência pacífica dos tribunais, para a fixação do valor da indenização compensatória de danos morais, é necessário observar as circunstâncias do caso concreto, as condições pessoais e econômicas das partes e a extensão do dano, de modo que o arbitramento seja feito com moderação e razoabilidade, com vistas a se evitar o enriquecimento indevido do ofendido e a abusiva reprimenda do ofensor.

Também não se pode olvidar que a não realização da cirurgia em decorrência da não liberação de todos os materiais imprescindíveis ao procedimento gerou aflição psicológica na autora, ao frustrar suas expectativas de receber a cobertura securitária para tratamento adequado ao seu quadro clínico.

À vista de tais aspectos, tenho como razoável a fixação do valor indenizatório no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), diante das peculiaridades do caso, **sendo ainda certo que tal importância melhor reflete a verdadeira finalidade da condenação, que neste caso é pedagógica, de forma a prevenir e punir o ato ilícito e injusto praticado**

²⁴⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.09.1.023210-9. Segunda Vara Cível de Samambaia. Sentença proferida em 20 de agosto de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=116&CDNUPROC=20120910232109>> Acesso em 05 maio 2016

pela seguradora e para o qual não deu causa a segurada.²⁵⁰ (Grifo nosso)

8) Processo nº 2012.04.1.009663-2 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K08.2 ATROFIA DO REBORDO ALVEOLAR SEM DENTE E 2. K07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: Obrigação de fazer procedente e dano moral im procedente.

O cirurgião Bucomaxilofacial, chegou a conclusão, após analisar o autor, em 04.06.2012, que, na hipótese de o paciente não efetuar o procedimento cirúrgico em questão, o mesmo "**pode apresentar um agravamento da situação clínica atual, com dores acentuadas, permanente e degeneração dos tecidos circunjacentes que compõem a articulação craniomandibular e, principalmente, evoluir com o decréscimo da área chapeável da maxila e da mandíbula, impossibilitando a restauração do sistema estomatognático que culminará na perda dos remanescentes dentais...na limitação da função mastigatória, da função respiratória e na fonação.. apresentar novas doenças ... necessitará de outros procedimentos cirúrgicos de maior complexidade...**" (relatório de fls.71). Assim, verifica-se que o tratamento em questão é o que melhor se adéqua ao estado de saúde do autor.

[...]

No que toca ao pedido de indenização por danos morais, verifica este Juízo que ele é incabível, eis que, conforme reiterada jurisprudência dos tribunais pátrios, a simples recusa da seguradora em pagar a indenização prevista em contrato, por entendê-la indevida, por si só não é causa geradora de danos morais.²⁵¹ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

A negativa de cobertura do procedimento cirúrgico, no presente caso, lastreada em interpretação razoável de cláusula contratual, não enseja a condenação à indenização por danos morais.²⁵² (grifo nosso)

9) Processo nº 2012.07.1.031091-7 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS e 2. K 07.5 ANOMALIA DE TAMANHO DE MANDÍBULA E Q 38.0 ANQUILOGLOSSIA.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 15.000, 00 (quinze mil reais).

²⁵⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.756951, 20120910232109APC, Relator: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/01/2014, Publicado no DJE: 07/02/2014. Pág.: 153

²⁵¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.04.1.009663-2. Segunda Vara Cível do Gama. Sentença Proferida em 20 de fevereiro de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=4&SEQAND=84&CDNUPROC=20120410096632>> Acesso em 05 maio 2016

²⁵²BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.775975, 20120410096632APC, Relator: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/04/2014, Publicado no DJE: 04/04/2014. Pág.: 126

Analisando o acervo processual, como já pautado na decisão que concedeu a tutela específica, obrigatória é a cobertura do atendimento de emergência, com tal definido os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico, conforme se observa pelo artigo 35-C da Lei nº 9.656/98.

Pelos documentos que instruem o pedido, o não atendimento ou a não disponibilidade do tratamento médico à autora poderia ocasionar maiores danos, cuja salvaguarda era a intervenção cirúrgica, medida de urgência.

[...]

E, diante desse quadro, a própria figura do dano moral tem o condão de, ao mesmo tempo, reparar danos suportados pelo consumidor, bem como o de possibilitar ao prestador do serviço ou fornecedor do produto expiação pela ofensa, **com exortação de que não mais viole direito e cumpra, de forma efetiva, sua obrigação.**

Esse paradigma reparação/proteção teve seu berço, doutrinariamente, na chamada **Teoria do valor do desestímulo** - aplicada hodiernamente por nossos Tribunais e em julgados que vêm tentando consolidá-la, a qual se espelha no exemplo norte-americano do punitive damages. **Essa teoria defende a fixação de indenização por danos morais em valor que desestime os autores dos danos a agir da mesma forma lesiva em outra oportunidade.**

Fica, claro, portanto, que a condenação por danos morais teria, ao lado da compensação, o objetivo de punir o ofensor e, por conseqüência, **dar exemplo à sociedade.**

Por ser subjetivo, diáfano e abstrato, não podendo, pois, ser comprovado, o dano moral emerge, em regra, in re ipsa, ou seja, pelo simples fato da violação, desde que restem comprovados a conduta ofensiva e o seu nexos de causalidade. Todavia, esse entendimento não é absoluto, porquanto, por sua característica, a dor fica na percepção do julgador, posto que, deverá ele, colocando-se no lugar da vítima, precisar se o fato determinado tem ou não capacidade de infligir àquela qualquer dano extrapatrimonial. A indenização, decorrente de atos ilícitos não tratados especificamente pela lei, será feita mediante arbitramento. Nessa linha, tantas vezes já se ouviu dizer que tão tormentosa é a atividade jurisdicional tocante ao arbitramento do valor indenizatório em se tratando de dano moral. **Para se evitar abusos e condutas despóticas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm procurado estabelecer alguns critérios, tais como: a condição pessoal da vítima; a capacidade econômica do ofensor; a efetiva prevenção e retribuição do mal causado; a natureza; e a extensão da dor, na tentativa de minorar o puro subjetivismo do magistrado.**

No caso, **o arbitramento da indenização por dano moral deve ser moderado e eqüitativo, atento às circunstâncias de cada caso, evitando que se converta a dor em instrumento de captação de vantagem (de lucro capiendo); mas também deve ser suficiente para inibir e reverter o comportamento faltoso do ofensor.**

Sopesadas as circunstâncias dos autos, bastante para se alcançar à Justiça o arbitramento da indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).²⁵³ (Grifo nosso)

b) **Fundamentação do 2º grau: dano moral reformado para R\$ 3.000,00 (três mil reais).**

²⁵³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.07.1.031091-7. Quarta Vara Cível de Taguatinga. Sentença proferida em 03 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=44&CDNUPROC=20120710310917>> Acesso em 05 maio 2016.

A recusa do custeio do tratamento manifestada pela apelante, determinando que a apelada, como forma de obtenção do avençado no contrato de plano de saúde, **se valesse da via judicial, provocara indelével cicatriz no âmago da apelada, impingindo-lhe, inexoravelmente, abatimento moral e psicológico, vez que o custeio do procedimento que lhe fora prescrito fora pautado pelo custo que alcançava, e não pelo efeito terapêutico dele esperado.**

Ademais, os efeitos derivados da recusa havida sobrepujam os fatos inerentes à vida em sociedade e passíveis de serem enquadrados como simples transtornos e aborrecimentos. É que a apelada não experimentara simples desconforto ou chateação proveniente da negativa de fornecimento de tratamento manifestada pela apelante. **Experimentara as aflições, angústias, contratempos e humilhações derivadas da circunstância de que, conquanto acometida de deformidade mandibular que, ante a demora em realizar o tratamento, poderia ensejar procedimento mais complexo e doloroso,** a operadora do plano de saúde que a beneficiava, a despeito de cláusula expressa prevendo a cobertura cirúrgica bucomaxilofacial em unidade hospitalar, decidira se recusar a custear parte dos materiais necessários ao tratamento que lhe fora prescrito. A negativa de custeio da terapêutica imposta consubstanciara, portanto, tratamento ofensivo e desconforme com o princípio da dignidade humana, determinando o havido à caracterização do dano moral.

Deve ser assegurada à apelada, pois, uma satisfação de ordem moral, que não constitui, como é cediço, um pagamento da dor, pois que esta é imensurável e impassível de ser ressarcida, **mas representa a consagração e o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, do valor inestimável e importância desse bem,** que deve ser passível de proteção tanto quanto os bens materiais e interesses pecuniários que também são legalmente tutelados.

[...]

Apurado, então, o ilícito praticado pela apelante, que consistira na indevida negativa de custear parte dos materiais necessários ao procedimento, o dano, que é representado pelas ofensas direcionadas aos atributos da personalidade do ofendido, consubstanciando-se nos dissabores, transtornos, humilhações e aborrecimentos que experimentara em decorrência de ter sido tratado com menosprezo no momento em que padecia dos sofrimentos provenientes do mal que a afetava, o nexo de causalidade jungindo o proceder da ofensora às lesões intrínsecas experimentadas pela ofendida, e, por fim, a irreversível culpabilidade da apelante, restam caracterizados todos os pressupostos para a geração da obrigação de compensar os danos que provocara, pois aperfeiçoara-se o silogismo delineado pelo artigo 186 do Código Civil para que o dever de indenizar resplandeça.

[...]

Como é cediço, a mensuração da compensação pecuniária devida ao atingido por ofensas de natureza moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento do ofensor, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao vitimado pelo ilícito.

[...]

Alinhados esses parâmetros afere-se que, levando-se em conta as circunstâncias que envolveram a recusa parcial de custeio de tratamento manifestada pela operadora e os efeitos que irradiara, que não chegaram a redundar na impossibilidade de realização tratamento cirúrgico de que necessitava a apelada, nem ensejara risco irreversível à saúde ou à vida da consumidora, ensejando-lhe, contudo, angústia, humilhação, frustração e transtorno, **ante a demora da apelante, que somente efetivara a**

autorização para o procedimento após a propositura desta ação, afere-se que a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais) afigura-se mais condizente com o ilícito contratual havido e com as consequências de baixa lesividade que ensejaram.

[...]

É que a compensação destina-se a conferir um lenitivo à apelada de forma a lhe ser assegurado um refrigério pelas ofensas morais que experimentara e sancionar a ofensora pelo seu desprezo para com o direito alheio e para com as próprias obrigações que lhe estão destinadas na condição de prestadora de serviços. **Aliás, não pode ser desprezado, também, seu caráter pedagógico e profilático, que tem como escopo admoestar o ofensor e levá-lo a repensar sua forma de atuação e seus procedimentos administrativos objetivando coibir a reiteração de atos idênticos”.**²⁵⁴ (Grifo nosso)

10) Processo nº 2012.01.1.167160-3 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS E 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer procedente e dano moral im procedente.

A despeito do descumprimento contratual por parte da ré não há, no caso, danos morais indenizáveis. Isto porque, apesar do inequívoco aborrecimento que o descumprimento de obrigação contratual poderia acarretar não possuiria a gravidade capaz de ensejar dano moral nem afetaria os direitos da personalidade da segurada.²⁵⁵

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

Em suas razões de inconformismo, requer a autora a condenação da seguradora no pagamento de indenização a título de danos morais, por entender que a atitude desleal e ilegal da apelada em decotar parte dos procedimentos e do material necessário para a realização do procedimento cirúrgico causou transtornos de ordem psicológica em sua vida, **principalmente porque a cirurgia só foi realizada depois de concedida a tutela antecipada.**

No caso, a negativa de fornecimento de material para a realização do procedimento cirúrgico foi parcial e a cirurgia restou garantida por meio da concessão da liminar requerida.

Ademais, a autora já se encontrava com alterações de oclusão dentária, da respiração, distúrbios de ATM's, alterações da fonação, mastigação e digestão, de maneira que a negativa do plano de saúde não agravou seu estado de saúde.

Tenho defendido em outros julgados que a negativa de cobertura, embora reprovável, por si só, não gera dano moral.

²⁵⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.793106, 20120710310917APC, Relator: Teófilo Caetano. 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 04/06/2014. Pág.: 75

²⁵⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.01.1.167160-3. Nona Vara Cível de Brasília. Sentença proferida em 29 de agosto de <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=45&CDNUPROC=20120111671603>> Acesso em 05 maio 2016

Diante do exposto, nego ao apelo da autora.²⁵⁶ (Grifo nosso)

11) Processo nº 2012.01.1.110830-7 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, e, 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral im procedentes.

Dessa feita, no que se refere aos materiais solicitados para realização de procedimento cirúrgico, como se vê da própria contestação, houve a autorização segundo os materiais empregados pelos experts credenciados. Assim, apesar do documento de fls. 237/239, ao qual a parte ré faz menção, inexistir aposição de qualquer assinatura ou símbolo que denote a autorização por parte da ré, **vê-se claramente a liberação de materiais segundo os indicados pelo relatório do médico auditor e não segundo a lista de materiais do médico particular. Corroborando, às fls. 345/353 a parte autora informa que a cirurgia não foi realizada na data agendada (30/08/2012) em razão de não terem sido fornecidos todos os materiais cirúrgicos solicitados pelo cirurgião dentista do autor, conforme listagem coligida à fl. 351.** Nesse sentido, é evidente que a alegação da parte ré é verdadeira ao afirmar que houve a autorização de todo o procedimento cirúrgico bem como de todos os materiais necessários, **só que estes de acordo com o que utilizado pelos médicos credenciados e não de acordo com aqueles solicitados pelo médico particular do autor. Logo, ao comparar a autorização dos materiais para a realização da cirurgia com a solicitação dos materiais prescritos pelo médico particular (documento original à fl. 79), estar-se-á diante de uma liberação de materiais de forma parcial, visto que a solicitação de materiais pelo autor não se amolda aos relatórios dos médicos credenciados e aos dos médicos auditores da parte ré.** De toda sorte, da detida leitura do contrato de seguro saúde firmado entre as partes (documento de fls. 96/119 e fls. 120/127), constato que o seguro contratado se refere tão somente à adesão médica, e não à adesão dental ou a ambas as modalidades de seguro, conforme dados do contrato à fl. 120. **Confirmando o acima mencionado, verifico a existência de cláusula contratual que autoriza a cobertura de cirurgias odontológicas buco-maxilo-facial (cláusula 11.4.5.), seguida de cláusula contratual que expressamente exclui a cobertura securitária dos materiais odontológicos que seriam utilizados na realização de referido procedimento odontológico, conforme segue:** "11.4.6.3 - Estão excluídos, desta cobertura, os honorários do cirurgião dentista e os materiais odontológicos utilizados na execução desses procedimentos odontológicos." Ora, mediante a existência de cláusula expressa em que se exclui determinada cobertura securitária, não se mostra ilegítima a recusa da ré em fornecer os materiais solicitados pelo autor para realização de procedimento cirúrgico. [...]

A "contrario sensu", no caso posto em julgamento, há previsão expressa quanto à exclusão da cobertura dos materiais odontológicos a serem

²⁵⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão n.793685, 20120111671603APC, Relator: Mario-Zam Belmiro, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 02/06/2014. Pág.: 285

utilizados nos procedimentos cirúrgicos (notadamente a cirurgia buco-maxilo-facial, prevista na cláusula 11.4.5.), motivo pelo qual a recusa da ré não se mostra injustificada, nem tampouco abusiva.

[...]

Portanto, não se mostra cabível o pedido formulado nos autos quanto à obrigatoriedade da ré em fornecer todos os materiais solicitados para procedimento cirúrgico, pois inexistente referida obrigação contratual.

[...]

DO DANO MORAL

A despeito do descumprimento contratual por parte da ré, não há, no caso, danos morais indenizáveis. Isto porque, apesar do inequívoco aborrecimento que o descumprimento de obrigação contratual e legal poderia acarretar, não possuiria a gravidade capaz de ensejar dano moral nem afetaria os direitos da personalidade do segurado. Sérgio Cavalieri ensina que só se deve reputar 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 está fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazer parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (apud GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 549/550).

[...]

Desse modo, como não restou configurado o agravamento da saúde do paciente ante a recusa da ré à autorização solicitada nem ofensa aos direitos da personalidade do autor, não há que se falar da configuração de dano moral indenizável, razão pela qual não pode ser acolhido o pleito condenatório correspondente." (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: obrigação de fazer e dano moral reformados, este fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Com efeito, o relatório colacionado às fls. 68/78, assinado pelo médico que acompanha o quadro clínico do requerente, evidencia que o mesmo é portador de *"deficiência antero posterior de maxila secundariamente a deficiência vertical de maxila associado moderado prognatismo mandibular"*. **Tal deficiência leva à *"disfunção articular, cefaléia temporal, otalgia bilateral e crepitação bilateral em ATM's acompanhado de dor na articulação temporomandibular nos movimentos funcionais de lateralidade e protrusão"*, razão pela qual foi indicada a realização de intervenção cirúrgica bucomaxilofacial.**

Para tanto, foram solicitados uma série de materiais específicos (fl. 79), sendo que o documento de fls. 81/87 contém informações médicas precisas e detalhadas explicitando a necessidade de utilização de cada um dos referidos equipamentos.

Mesmo assim, por meio do expediente de fl. 349 verifica-se que o procedimento não foi realizado, pois a ré não apresentou o material necessário à realização do procedimento.

Convém, nesse momento, ressaltar que o item 11.4.5 Do Contrato de Cobertura de Assistência Médica e Hospitalar (fls. 96/119) prevê expressamente a *"cobertura de cirurgias odontológicas buco-maxilo-facial e procedimentos odontológicos passíveis de realização em consultório, que necessitem de ambiente hospitalar por imperativo clínico"* (fl. 102, verso).

Neste particular, existindo de forma clara no contrato a cobertura para o fornecimento do procedimento cirúrgico buco-maxilo-facial, não é possível que a ré, de modo unilateral, restrinja os materiais que serão utilizados, porquanto a faculdade de escolher o material mais adequado ao paciente é do responsável pelo tratamento.

Afinal, estando a moléstia coberta pelo plano de saúde - aspecto em relação ao qual as partes não divergem - **a escolha por esta ou por aquela terapêutica é medida que compete efetivamente ao médico especialista da área, e não à seguradora, interessada na obtenção de lucro.**

Assim, as empresas que oferecem planos privados de assistência à saúde podem até estabelecer quais patologias são cobertas pelo seguro, mas não cabe a elas eleger o tipo de tratamento que lhes pareça mais adequado, **pois o consumidor não pode deixar de receber a terapêutica mais moderna em razão de a seguradora ignorar os avanços da medicina ou por não atender à conveniência dos seus interesses.**

[...]

Relativamente à possibilidade de caracterização de danos morais, quando há indevida recusa de cobertura de seguro de saúde, o STJ tem se posicionado em sentido afirmativo, na medida em que a resistência da seguradora agrava a aflição e o sofrimento experimentado pelo segurado, já fragilizado pela enfermidade de que é portador.

[...]

Não há dúvida, portanto, de que a atitude da operadora do plano de saúde ocasionou no autor abalos e sofrimentos morais, que não se caracterizam como simples dissabores, cabendo o pagamento de indenização por dano moral.

Patenteado o cabimento da cobrança do dano moral, passo à análise do *quantum* indenizatório.

Segundo a jurisprudência pacífica dos tribunais, para a fixação do valor da indenização compensatória de danos morais, é necessário observar as circunstâncias do caso concreto, as condições pessoais e econômicas das partes e a extensão do dano, de modo que o arbitramento seja feito com moderação e razoabilidade, com vistas a se evitar o enriquecimento indevido do ofendido e a abusiva reprimenda do ofensor.

Na hipótese, importa considerar a não realização da cirurgia na data marcada, em decorrência da não liberação de todos os materiais imprescindíveis ao procedimento, gerou aflição psicológica no autor, ao frustrar suas expectativas de receber a cobertura securitária para tratamento adequado ao seu quadro clínico.

Com tais considerações, tenho como razoável a fixação do valor indenizatório no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais), diante das peculiaridades do caso, monetariamente e juros de mora a contar da data do julgamento deste recurso pelo Colegiado".²⁵⁷ (Grifo nosso)

12) Processo nº 2013.01.1.117805-5 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, 2. K 07.5 ANORMALIDADE DENTOFACIAIS FUNCIONAIS, 3. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS e M 24.3 DESLOCAMENTO E SUBLUXAÇÃO DE ARTICULAÇÃO.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Ao contrário do que alega a requerida, o profissional que acompanha o autor, a quem compete, exclusivamente, a escolha da terapêutica mais conveniente, indicou de forma pormenorizada e clara a necessidade de

²⁵⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.796447, 20120111108307APC, Relator: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/06/2014, Publicado no DJE: 16/06/2014. Pág.: 165

intervenção cirúrgica, **com um dia de internação, anestesia geral e utilização do material descrito na fl. 61, conforme relatório de fls. 45/80.** Por este motivo, entendo que a recusa da intervenção cirúrgica, indicada pelo bucomaxilofacial, devidamente coberta pelo plano de saúde, restringiu o direito do autor, **configurando prática abusiva**, porquanto se trata de obrigação fundamental da ré e é inerente ao contrato custeá-los.

[...]

No que se refere aos danos morais, entendo que o ilícito perpetrado pela ré certamente causou não apenas aborrecimento, desgaste e preocupação, **mas verdadeiro abalo emocional, atingindo as legítimas expectativas do autor de receber do plano de saúde uma prestação de serviço compatível com suas necessidades.**

Passo então à sua quantificação.

Como se sabe, no tocante ao valor a ser fixado, deverá o Magistrado buscar o equilíbrio, equidade e serenidade, prevalecendo sempre o bom senso na fixação dos valores. **Assim, a indenização pelo dano moral há de atingir valor que imponha ao devedor obrigação que, quando satisfeita, sirva ao menos para tentar reparar o mal e o constrangimento causados pelo ato contrário ao direito, além de inibi-lo a continuar tal prática.**

Com o propósito de evitar o arbítrio judicial, a jurisprudência tem explicitado critérios a serem seguidos, de forma que a condenação seja justa, evitando-se, **de um lado, o enriquecimento sem causa justa e, de outro, a própria falta de reparação.**

Fixados tais balizamentos, tenho convicção que, na hipótese vertente, a fixação da indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) está em perfeita sintonia com finalidade da função judicante”.²⁵⁸ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: dano moral reformado para R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Compulsando os autos, verifica-se que as alegações da ré no sentido de que não houve recusa para o procedimento solicitado pelo autor, porquanto o pedido ainda esta sob análise, não merecem prosperar, tendo em vista que, **mesmo diante de solicitações, reclamação, indicação de médicos, perícia, já se passou mais de um ano e ainda não houve manifestação da ré.**

Vislumbra-se, assim, que o silêncio da SULAMÉRICA SAÚDE S/A ao não se manifestar sobre o pedido formulado pelo segurado, neste caso concreto, equivale à recusa em autorizar os procedimentos indicados pelo médico responsável pelo tratamento do paciente, circunstância que configura ato ilícito, pois compete ao profissional de saúde definir o tipo de tratamento indicado para o segurado, não à operadora do plano.

[...]

Caracterizada a ilicitude da recusa da SULAMÉRICA SAÚDE S/A em autorizar o tratamento médico do autor, observa-se que essa conduta ilícita gera danos morais indenizáveis, **tendo em vista que o temor de permanecer com a deficiência outrora diagnosticada, acrescido da necessidade de ingresso no Judiciário para conseguir autorização para realizar os procedimentos, a demora, a expectativa e a incerteza são situações que exasperam a fragilidade física e emocional da segurado, aptas a abalarem a dignidade da pessoa humana.**

Além disso, seria desnecessária a qualificação do sofrimento suportado pelo paciente que se vê diante da recusa de autorização para realizar

²⁵⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2013.01.1.117805-5. Nova Vara Cível de Brasília. Sentença proferida em 22 de janeiro de 2014. Disponível em < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=40&CDNUPROC=20130111178055>> Acesso em: 20 maio 2016.

procedimento médico urgente, tendo em vista que, nesses casos, o dano é presumido, caracterizando-se na modalidade *in re ipsa*, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

No tocante ao valor da indenização, além de observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme os precedentes acima referidos, o magistrado deve ponderar o grau de ofensa produzido, a posição econômico-social das partes envolvidas, a prolongação da ilicitude, proporcionando a justa recomposição à vítima pelo abalo experimentado e, de outra parte, advertir o ofensor sobre sua conduta lesiva, mediante coerção financeira suficiente a dissuadi-lo da prática reiterada do mesmo ilícito.

Nesse contexto, tem-se que o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) será apto para coibir a reiteração da prática do ato ilícito pela operadora do plano de saúde e para compensar o sofrimento suportado pelo autor em decorrência da recusa da ré em autorizar o procedimento requerido pelo médico que a assiste.²⁵⁹ (Grifo nosso)

13) Processo nº 2012.03.1.030695-8 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, e, 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer procedente e dano moral improcedente.

O procedimento cirúrgico foi autorizado, mas foi negado a utilização de alguns materiais, conforme fls. 187/189. A controvérsia, portanto, gira em torno da necessidade da autorização de todo material que seria necessário para realização da cirurgia. Posta a questão nesses termos, vale sempre ressaltar que o ônus da prova compete à parte autora, quanto ao fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu a tarefa é a de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme termos do art. 333 do CPC. Na espécie, BRADESCO SAÚDE deixou de comprovar que não seria necessária a utilização de todos os materiais requeridos para a cirurgia. Com efeito, em sua defesa sustenta que a desnecessidade de liberação de todos os materiais solicitados estaria justificada no parecer técnico que acostou aos autos (fls. 187/189). A despeito deste Juízo não desconsiderar referido parecer técnico, certo que a seguradora ré não requereu a produção de provas capazes de confirmá-lo em Juízo, pois não há dúvidas que foi elaborado de forma unilateral, ou seja, sem a participação da parte autora.

[...]

Quanto aos danos morais. Conceitualmente, dano moral é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é o espanto, a emoção, a vergonha, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Entretanto, 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, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia no trabalho, no trânsito, nos negócios,**

²⁵⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.799771, 20130111178055APC, Relator: Leila Arlanch, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/06/2014, Publicado no DJE: 08/07/2014. Pág.: 59

entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

O dano moral decorre, enfim, de uma violação de direitos da personalidade, atingindo, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima. Segundo Aguiar Dias, o "conceito de dano é único e corresponde a lesão de direito, de modo que, onde há lesão de direito, deve haver reparação do dano. O dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que não é o dinheiro, nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado." (Da Responsabilidade Civil, 6ª edição, vol. II, pág. 414).

Embora o ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, prevejam a ampla reparação pelos danos materiais e morais sofridos, não se exime a parte postulante da prova efetiva do abalo em seus direitos da personalidade. No caso desses autos a seguradora estava lastreada em parecer técnico, e por conta disso entendia existir razões para indeferir a liberação de alguns materiais para a realização de cirurgia. O referido parecer não foi confirmado por provas produzidas no decorrer do processo, razão pela qual foi reconhecido o direito da parte autora. Entretanto, verifica-se que foi assinado por um professor e dentista, o que sugere estar embasado em critérios técnicos, não sendo o caso de se reconhecer abusividade no proceder da ré a justificar a sua condenação em danos morais. Ademais, não há qualquer demonstração de que a demora entre a negativa da ré e a data em que se deferiu a antecipação de tutela a autora de alguma forma teve agravada a sua situação, ou seja, teve a sua saúde comprometida de forma diversa que vinha suportando antes da indicação da cirurgia.

Destarte, por não considerar, no caso desses autos, que a seguradora ré ultrapassou o limite do razoável, entendo não ser devida indenização por danos morais".²⁶⁰ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

A aferição da ocorrência do dano moral, assim, deve levar em conta as consequências da negativa perpetrada pela operadora do seguro-saúde, **sobretudo nos casos de procedimentos médicos ou odontológicos considerados urgentes ou em caso de emergência**, em que a negativa da operadora do plano efetivamente é passível de aumentar sobremaneira a aflição psicológica do paciente e de sua família, em virtude do risco de agravamento da situação de saúde da segurada. Todavia, no caso dos autos, a conduta da apelada não se mostra causadora de danos morais à apelante, visto que a negativa não fora quanto ao tratamento em si - cirurgia -, a qual fora regularmente autorizada pela seguradora e seria de uma forma ou de outra realizada, mas tão somente quanto à utilização de determinados materiais.

[...]

Como cediço, o direito à indenização por danos morais emerge da violação aos atributos da personalidade, e, conquanto a irradiação do dano dispense comprovação material ante sua natureza, deve derivar de fatos presumivelmente capazes de afetar a incolumidade dos direitos da personalidade do ofendido.

²⁶⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.03.1.030695-8. Segunda Vara Cível de Ceilândia. Sentença proferida em 19 de dezembro de 2013. Disponível em < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=3&SEQAND=39&CDNUPROC=20120310306958>> Acesso em: 20 maio 2016.

Consoante emerge assente na doutrina e na jurisprudência, somente deve ser considerado dano moral aquele sentimento de dor, vexame, sofrimento ou humilhação que foge à normalidade do cotidiano, exorbitando as vicissitudes próprias da vida. Ao revés, o mero dissabor ou aborrecimento do dia a dia não estão albergados no âmbito do dano moral. Isso quer dizer que a conduta da apelada, ao negar a cobertura integral dos materiais solicitados, não acarretara consequências lesivas aos atributos da personalidade da apelante, não estando caracterizado o dano moral por cuja compensação almejava. Ante estas especificidades, que afastam o agravamento da angústia e aflição psicológica da apelada, há de ser afastada a ocorrência de dano moral, não se aperfeiçoando, assim, o silogismo necessário à reparação civil".²⁶¹ (Grifo nosso)

14) Processo nº 2010.01.1.127521-0 – Diagnóstico: **CID 10: 1. S02.6 FRATURA DA MANDÍBULA e 2. S02.4 FRATURA DOS MALARES E MAXILARES.**

a) Fundamentação do 1º grau: Obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada autor.

No caso vertente, não há dúvidas que a negativa de cobertura do plano de saúde ao autor quanto aos honorários do profissional de saúde quando o autor encontrava-se preste à realização de uma cirurgia buco maxilo facial caracteriza violação à dignidade moral do paciente em momento de grande fragilidade e angústia.

No que diz respeito ao valor devido, é cediço que, pela natureza não patrimonial do bem violado, a doutrina tem indicado diversos parâmetros que devem ser seguidos pelo julgador quando da fixação do quantum arbitrado a título de danos morais.

A doutrina aponta como critérios a razoabilidade, a proporcionalidade, a extensão do dano, o grau da culpa, e a capacidade financeira do ofensor e do ofendido, de forma que não seja irrisório nem importe enriquecimento da vítima.

A fixação da indenização por dano moral deve ter em conta, portanto, não somente as condições das partes envolvidas no litígio, como também a natureza da lesão e as conseqüências na vida profissional e pessoal do autor.

In casu, após analisar com detença os autos, constato que o valor R\$ 3.000,00 (três mil reais) encontra-se em consonância com os critérios da proporcionalidade e razoabilidade que devem nortear o julgador em casos como o vertente, seja porque os materiais foram custeados pela requerida, seja porque o paciente não deixou de ser submetido ao respectivo tratamento.²⁶² (Grifo nosso)

c) Fundamentação do 2º grau: dano moral reformado para R\$ 3.000,00 (três mil reais) apenas para autor paciente.

²⁶¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.811771, 20120310306958APC, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/08/2014, Publicado no DJE: 20/08/2014. Pág.: 53

²⁶²BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2010.01.1.127521-0. Décima Sexta Vara Cível de Brasília. Sentença proferida em 08 de janeiro de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=64&CDNUPROC=20100111275210>> Acesso em 06 maio 2016.

No caso, ficou incontroverso que o terceiro autor, com apenas treze anos, necessitava de cirurgia bucomaxilofacial, pois se encontrava com quadro de sialorreia, má oclusão, dor a movimentação mandibular, halitose severa e assimetria facial, podendo a não intervenção ocasionar grave prejuízo.

Na esteira desse raciocínio, vê-se que, embora o terceiro autor estivesse adimplente com suas obrigações, bem como necessitasse do serviço médico prescrito, a requerida negou a prestação da assistência contratada. Contudo, há um dado a merecer acurada atenção.

O polo ativo encontra-se composto pelo menor, vítima do acidente que causou o trauma, e seus genitores, os quais sustentam haver suportado a angústia pela recusa empreendida pela operadora de plano de saúde.

O dano moral, em regra, é devido apenas ao próprio ofendido, admitindo a doutrina e a jurisprudência a possibilidade de parentes da vítima postularem compensação pelo prejuízo experimentado, alegando terem sido atingidos de forma indireta pelo ato lesivo.

Cuida-se do dano moral reflexo, o qual tem origem no ilícito causador do abalo a determinada pessoa, mas atingindo terceiro que tenha com o ofendido um vínculo direto.

A reparação por dano indireto (*par ricochet*) exige situação extrema, ou seja, **deve ter como característica a excepcionalidade**, inexistente nos fatos narrados na demanda.

A meu sentir, os pais do terceiro autor vivenciaram aborrecimento típico do cotidiano, porquanto a negativa de cobertura constitui mero descumprimento contratual, não causando aos genitores o abalo psíquico apto a gerar dever indenizatório em relação a eles.

No caso, a recusa em cobrir os custos com o tratamento indicado para o terceiro autor causou apenas a ele o desequilíbrio da psique, porquanto se viu impedido de obter o reparo das lesões sofridas com o acidente.

Quanto a seus pais, ora autores, a inadimplência contratual não tem o condão de ensejar a pretendida reparação.

Pois bem. Verificada a presença do dever indenizatório em relação ao terceiro autor, imperioso perquirir acerca da razoabilidade e da proporcionalidade do *quantum* arbitrado na sede escoteira.

Pugna a parte requerente, em sede de apelo adesivo, pela majoração da verba indenizatória, fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais), reputando a insuficiente para reparar o prejuízo moral.

A meu ver, a quantia indenizatória arbitrada não se mostra desproporcional ao prejuízo, porquanto solicitada a autorização para o procedimento cirúrgico em 15.07.2010, com data prevista para o dia seguinte, a cirurgia realizou-se em 19.07.2010, ou seja, em lapso temporal curto.

Assim, não se justifica majorar a quantia indenizatória, sob pena de ensejar enriquecimento sem justo motivo para o terceiro requerente, violando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, orientadores do magistrado na tarefa de mensurar o prejuízo moral".²⁶³ (Grifo nosso)

15) Processo nº 2012.07.1.029175-0 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS e 2. K 07.5 ANORMALIDADES DENTOFACIAIS FUNCIONAIS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral im procedentes.

²⁶³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão n.820477, 20100111275210APC, Relator: Mario-Zam Belmiro, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/09/2014, Publicado no DJE: 22/09/2014. Pág.: 150

Mostra-se abusiva a atitude da operadora do plano de saúde que simplesmente indefere o pedido de custeio do tratamento sem especificar o motivo da recusa ao consumidor.

[...]

Assim, legítima a pretensão autoral quanto ao pedido de cobertura dos materiais necessários à realização do procedimento cirúrgico segundo a prescrição médica.

Portanto, não compete ao plano de saúde limitar a atuação do tratamento, sendo responsabilidade do médico que acompanha a paciente indicar os procedimentos e materiais necessários, tendo sido apresentado o laudo pelo cirurgião com o encaminhamento para cirurgia e elencado os materiais imprescindíveis aos procedimentos, o que repele o argumento da ré de que não foram apresentados todos os documentos necessários.

[...]

No que concerne ao pedido de condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, filio-me ao entendimento de que o mero descumprimento contratual não é passível de gerar abalo psicológico apto a causar ofensa aos direitos da personalidade.²⁶⁴ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: dano moral reformado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Com efeito, mostra-se incontroverso que a ré/apelante não autorizou o pedido de validação prévia de procedimentos que visavam ao custeio e fornecimento dos meios para o tratamento cirúrgico da autora, como requerido por especialista, **somente o fazendo, por ocasião de determinação judicial para tanto.**

Cumpra observar, de início, que, ao contrário do defendido pela ré/apelante, o procedimento requerido pela parte autora possui cobertura e **encontra-se regularmente previsto na Resolução Normativa n. 338, da Agência Nacional de Saúde, que atualiza o rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, previstos na RN 211/2010 e que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências.**

[...]

Note-se que a recusa, conforme apontado na r. sentença e documentos colacionados aos autos, se deu única e exclusivamente pelo fato de a autora não ter apresentado documentos suficientes para justificar a autorização do procedimento (fls. 56 e 248). **Sequer houve comprovação de que a autora teria sido informada sobre quais documentos estariam pendentes.**

[...]

Desse modo, a limitação contratual imposta pela apelante, sem qualquer justificativa legal para tanto, **viola o dever de boa-fé objetiva**, sendo, portanto, nula, a teor do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso da parte autora.

Nesse contexto, se mostra legítima a expectativa daquele que contrata plano de saúde, **diante da presença de quadro grave de saúde**, de que a ré/apelada iria oferecer e franquear os recursos necessários ao tratamento do usuário/contratante. **Não o fazendo, não se pode negar a ocorrência de abalo e dano psíquicos em quem já se encontra por demais fragilizado, em razão do mal que lhe acomete.**

²⁶⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.07.1.029175-0. Segunda Vara Cível de Taguatinga. Sentença proferida em 11 de junho de 2014. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=47&CDNUPROC=20120710291750>> Acesso em 06 maio 2016.

Nesse sentido, mostra-se pacífico, no âmbito deste Eg. TJDFT, que o mero inadimplemento contratual não tem o condão de, por si só, gerar direito à indenização por danos morais.

Todavia, em casos excepcionais como a hipótese em exame, em que os transtornos e aborrecimentos sofridos estão evidentes, impõe-se, sim, o dever de indenizar.

O dano moral, nesse caso, decorre de uma violação de direitos da personalidade, atingindo, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima.

Pode ser definido como a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, **cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica.**

À parte lesada cumpre apenas provar os fatos ensejadores da reparação pretendida, sendo desnecessária a prova da violação ao direito da personalidade.

Uma vez estabelecido que o fato investigado gera reparação, deverão ser consideradas as três finalidades do dano moral para fixação do valor indenizatório. **São elas: a compensação pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentados pela parte requerente; a punição para a parte requerida; a prevenção futura quanto a fatos semelhantes (função pedagógica).**

Não há dúvida que a negativa da ré/apelada em autorizar pedido de validação prévia de procedimentos, relativo ao custeio dos materiais para a realização do ato cirúrgico ao qual deveria ser submetida a autora gerou ansiedade, aflição e angústia, o que é causa suficiente para configurar a ofensa aos direitos da personalidade, **vez que estava em jogo a plena saúde do ser humano ao necessitar de cirurgia complexa para minimizar seus problemas dentofaciais funcionais.**

A causa de pedir no que tange aos danos morais resultou devidamente demonstrada na medida em que foi negado o custeio dos materiais imprescindíveis para o sucesso do ato cirúrgico.

Portanto, **diante da angústia a que se é submetida o portador de tal malignidade**, a recusa do plano, quanto à autorização de pedido de validação de procedimentos, relativo ao fornecimento dos meios adequados ao tratamento a ser efetuado, não pode ser encarado como mero aborrecimento do cotidiano, em vista dos abalos psíquicos que a negativa produz, **ante a iminência de ocorrência de fato mais grave.**

[...]

Para a fixação do *quantum* devido, deve-se utilizar os critérios gerais, **como o prudente arbítrio, o bom senso, a equidade e a proporcionalidade ou razoabilidade, bem como os específicos, sendo estes o grau de culpa da parte ofensora e o seu potencial econômico, a repercussão social do ato lesivo, as condições pessoais da parte ofendida e a natureza do direito violado.**

Dessa forma, diante dos fatos mencionados e provados, tem-se que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) bem atende aos preceitos visados, já que proporcional à violação ocorrida, mormente pelo fato de não acarretar qualquer enriquecimento sem causa".²⁶⁵ (Grifo nosso)

16) Processo nº 2011.11.1.007104-3 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2**

**ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS, 2. Q 67
ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

²⁶⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT Acórdão n.836882, 20120710291750APC, Relator: Hector Valverde Santanna, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/12/2014, Publicado no DJE: 09/12/2014. Pág.: 335

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, entendo que os fatos demonstrados nos autos são ensejadores da referida indenização por danos morais. O mero inadimplemento contratual não pode ser considerado como ensejador de indenização por danos morais. Contudo, **a recusa injustificada, como no caso dos presentes autos, da administradora de plano de saúde em autorizar o procedimento médico de urgência**, com os materiais indicados pelo médico fere princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana, e traz, como consequência, o dever de indenizar por danos morais.

É certo que não existe um parâmetro legal para a fixação da indenização por danos morais. Todavia, **o seu valor não pode ser tão insignificante nem exorbitante a ponto de converter-se em fonte de enriquecimento ilícito.**

Assim, atenta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com vistas a evitar que casos como esses se repitam e visando ainda a compensação dos danos experimentados pela Autora, tenho que a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mostra-se suficiente no presente caso.²⁶⁶ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau: manutenção da decisão do 1º grau.

A empresa ré insurgiu-se quanto à sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, asseverando que não estaria evidenciada a ilicitude da recusa de cobertura e que o autor teria experimentado apenas meros dissabores do cotidiano.

É certo que o mero inadimplemento contratual não se mostra suficiente para fundamentar o reconhecimento do direito à indenização por danos morais.

No entanto, conforme bem salientou o d. Magistrado sentenciante, "a recusa injustificada, como no caso dos presentes autos, da administradora de plano de saúde em autorizar o procedimento médico de urgência, com os materiais indicados pelo médico fere princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana, e traz, como consequência, o dever de indenizar por danos morais".

[...]

Dessa forma, constatada a ilicitude do ato da empresa apelada ao recusar a emissão de autorização para cobertura de alguns materiais necessários ao procedimento cirúrgico indicado ao autor, tem-se por evidenciada a responsabilidade da apelante pelo pagamento de indenização por danos morais.

Em caráter sucessivo, a ré pleiteou a redução do valor da indenização por danos morais.

É cediço que a indenização por danos morais tem por finalidade compensar a dor, o abalo psicológico, os constrangimentos e os aborrecimentos experimentados pela parte ofendida, **sem perder de vista a necessidade de reprender a parte ofensora pela gravidade de sua conduta, com o intuito de prevenir que reincida em atos ilícitos semelhantes.**

Entretanto, a inexistência de regra legal, que norteie o cálculo do valor da indenização por danos morais, **impõe ao magistrado o dever de pautar sua avaliação na extensão do abalo psicológico experimentado pela parte ofendida e nas condições pessoais das partes envolvidas.**

²⁶⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2011.11.1.007104-3. Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante. Sentença proferida em 21 de fevereiro de 2014. Disponível em < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=11&SEQAND=93&CDNUPROC=20111110071043>> Acesso em 19 maio 2016.

No caso dos autos, é indubitável o abalo psicológico experimentado pelo apelante, diante da recusa de cobertura cirúrgica que lhe é contratualmente devida.

Assim, levando-se em consideração todos os aspectos fáticos demonstrados nos autos, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tenho que a indenização por danos morais fixada monocraticamente, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atende às finalidades pedagógica e reparatória, sem acarretar enriquecimento indevido da parte autora".²⁶⁷ (Grifo nosso)

17) Processo nº 2014.09.1.013262-9 – Diagnóstico: **CID 10: 1. K 07.2 ANOMALIAS DA RELAÇÃO ENTRE AS ARCADAS DENTÁRIAS e 2. Q 67 ASSIMETRIA FACIAL ENTRE AS ARCADAS.**

a) Fundamentação do 1º grau: obrigação de fazer e dano moral procedentes, este fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pois bem, da análise dos autos, entendo que razão assiste à autora. Além disso, o relatório de fls. 50/64 aponta que as queixas da autora ("disfunção articular, cefaleia temporal, otalgia e crepitação bilateral em ATM's acompanhado de dor na articulação temporomandibular nos movimento funcionais de lateralidade e protrusão associados a relatos de luxação de articulação." "Parafunção noturna tipo apertamento dental com fraturas de cúspides dentárias". "fadiga muscular e ruídos articulares, compatíveis com síndrome da dor e disfunção miofacial severa". "Ronco noturno") tiveram início oito meses antes do mês de abril de 2014, com agravamento do quadro nas últimas oito semanas.

[...]

Analiso o pedido de indenização por dano imaterial. O dano moral capaz de gerar reparação pecuniária é aquele que viola direito da personalidade, atingindo o sentimento de dignidade da vítima. O inadimplemento contratual pode, em casos excepcionais, ser gerador de dano moral, consoante leciona Sergio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil. 5.ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2003. p. 98): "mero inadimplemento contratual, mora... não configuram, por si sós, dano moral... 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, configurarão o dano moral". No caso em tela, tenho que o inadimplemento contratual ultrapassou os meros dissabores do cotidiano, pois no momento em que a consumidora precisou do plano/seguro de saúde ele não lhe atendeu a contento. Mesmo com o procedimento cirúrgico agendado para maio de 2014, inicialmente a ré recusou total cobertura e em seguida validou o procedimento de forma parcial, comprometendo o sucesso do tratamento. **A partir daí, com todas as suas expectativas frustradas, a consumidora tentou resolver a questão incansavelmente, mas não obteve êxito.** Passou por momentos de aflição e angústia, **pois apenas o tratamento que lhe fora indicado era capaz de liquidar as dores e desconfortos que lhe acometiam de forma crônica.** De fato, os aborrecimentos, percalços, frustrações, próprios da vida em sociedade não geram o dever de indenizar, mas na hipótese, a conduta da demandada configura ferimento à integridade biopsicológica da

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.862739, 20111110071043APC, Relator: Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/04/2015, Publicado no DJE: 27/04/2015. Pág.: 191

consumidora, inequivocamente tomada pela sensação de tristeza, aflição, frustração e desespero diante da impossibilidade de realização da cirurgia conforme planejado.

Com relação ao valor indenizatório, anoto que a reparação por danos morais possui dupla finalidade: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, como fator de desestímulo à prática de atos lesivos à personalidade de outrem. O quantum não pode ser demasiadamente elevado, mas, por outro lado, não deve ser diminuto a ponto de se tornar inexpressivo e inócuo. Destarte, atendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como de vedação do enriquecimento ilícito, fixo o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de reparação pelos danos imateriais experimentados pela autora, observada a capacidade econômica das partes, a gravidade do fato e a extensão do dano gerado”.²⁶⁸ (Grifo nosso)

b) Fundamentação do 2º grau:

- Acórdão na apelação – dano moral improcedente, salvo a opinião da relatora, que votou no sentido de diminuir o valor fixado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

Portanto, sem reparos na r. sentença que condenou a ré/apelante a autorizar e a custear imediatamente a realização dos procedimentos de osteoplastia da mandíbula, osteotomia alvéolo palatina, osteotomia Le Fort I, reconstrução parcial da mandíbula com enxerto ósseo e mentoplastia, incluindo os gastos com todos os materiais, medicamentos e honorários dos profissionais responsáveis pela cirurgia.

Da mesma forma, ante a abusiva e injustificada negativa de autorização para realização desses procedimentos no tempo e no modo devidos, tenho que deve ser mantida a condenação da ré/apelante ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora/apelante.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência demonstram que o prejuízo imaterial é uma decorrência natural da violação do direito da personalidade ou da prática do ato ilícito. Desse modo, o dano moral é *in re ipsa*, operando-se independentemente de prova do prejuízo. Tal entendimento assenta-se na dificuldade de se demonstrarem, processualmente, as alterações anímicas como a dor, a frustração, a humilhação, o sofrimento, a angústia, a tristeza, entre outras.

Assim, haja vista cuidar-se de incerteza, a demonstração da dor da vítima situa-se na esfera do subjetivismo, com a análise das suscetibilidades de cada um, o que influi nas variações constatadas em cada caso. Entretanto, quando se evoluiu para a noção de violação de direitos da personalidade, não mais há a necessidade de se comprovar a dor, mas sim demonstrar, no campo processual, o fato gerador da lesão aos direitos da personalidade, o que se faz presumir uma alteração anímica e, conseqüentemente, o dano moral.

No caso, a ré/apelante não efetuou a prestação devida no tempo nem no modo pactuados, pois recusou, abusivamente, autorização de realização dos procedimentos indicados pelo cirurgião dentista, para tratamento da patologia da autora/apelante.

²⁶⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2014.09.1.013262-9. Segunda Vara Cível de Samambaia. Sentença proferida em 20 de novembro de 2014. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=80&CDNUPROC=20140910132629>> Acesso em 06 maio 2016

Em nenhum momento, a ré/apelante justificou sua decisão, limitando-se a afirmar que se cuidava de "*doença e/ou lesão preexistente*" (fl. 85), sem, nem ao menos, indicar profissional habilitado a verificar a real situação do caso da autora/apelante.

Nesse contexto, é inegável que a ré/apelante causou a autora/apelante injustificado transtorno, sofrimento, angústia, abalo emocional e psíquico, o que, por si só, já demonstraria a ocorrência do dano moral.

Ora, a autora/apelante contratou o plano de saúde exatamente para se ver amparada em momentos de dificuldades como os que passa, motivo que torna, ainda mais gravosa, a indevida recusa na autorização do procedimento.

Verifica-se, dessa feita, que os inúmeros dissabores causados à autora/apelante pela ré/apelante ultrapassam os naturais desconfortos decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, atingindo profundamente sua honra subjetiva.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, por se tratar de violação a direito extrapatrimonial, a sua quantificação é tarefa árdua, pois a natureza jurídica da reparação passa a ser satisfatória, no sentido de dar uma satisfação à vítima e lhe dar alívio em face das ofensas sofridas, embora não se pretenda mensurar o valor financeiro dos bens atingidos.

Para tanto, devem ser observados alguns parâmetros fixados pela jurisprudência, quais sejam: a extensão do dano ou gravidade da violação, a repercussão na esfera pessoal da vítima, o tempo de permanência da infração, a função preventiva da indenização ou o grau de reincidência do fornecedor e, por fim, o grau de culpa e a capacidade financeira do ofensor.

Por outro lado, é imprescindível levar-se em consideração a vedação ao enriquecimento sem causa, **a fim de se evitar a famigerada indústria do dano moral.**

Nesse toar, atenta a todos esses aspectos, especialmente quanto à conduta injustificável e repreensível da ré/apelante, à sua condição econômica, bem como quanto à condição pessoal da autora/apelante, a repercussão dos fatos e a natureza do direito subjetivo fundamental violado, tenho que a r. sentença merece ser parcialmente reformada, para que a indenização por danos morais seja fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor que se mostra mais adequado às peculiaridades do caso *sub examine*.

[...]

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - Revisor e Relator Designado

Após ouvir atentamente o voto da eminente Desembargadora Relatora, peço vênias para divergir apenas quanto a um ponto.

Verifica-se assistir razão ao apelante/réu no que diz respeito a sua condenação por danos morais.

[...]

De fato, a negativa de tratamento ao argumento que se tratava de doença preexistente, quando na verdade o diagnóstico apenas se deu após a contratação do plano de saúde, sustentando que a autora teria agido com má-fé, constitui descumprimento contratual.

Conquanto a recusa em custear o tratamento tenha gerado dissabores e transtornos, creio que estes não chegaram a macular a imagem da autora, tampouco a honra subjetiva, a ensejar ofensa aos seus direitos da personalidade.

Nesse passo, verifico que a conduta da Apelante/ré não é suficiente para impor a condenação pleiteada, porquanto, em que pese o desconforto causado, não se tratava de patologia que causasse risco de vida a segurada, tendo sido o tratamento cirúrgico realizado após o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Embora os aborrecimentos decorrentes da inexecução de um contrato provoquem incômodos, no caso concreto não restou demonstrado que

o fato acarretou algum dano à saúde da autora, sendo meros acontecimentos cotidianos a que somos todos suscetíveis.

[...]

Forçoso, pois, concluir que o desconforto e a angústia provocados pelo eventual descumprimento contratual não se converte, "*ipso facto*", em dano moral que se recomponha em pecúnia.

O Senhor Desembargador SEBASTIÃO COELHO – Vogal. Com o Revisor.²⁶⁹

- Acórdão nos Embargos Infringentes: dano moral reformado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Diante do extenso e detalhado relatório já se confirma a necessidade da realização do tratamento cirúrgico em caráter emergencial, porquanto as anomalias apresentadas pela paciente têm o condão de sujeitá-la a quadro alérgico de grande potencialidade, bem como retira as funções de mastigação e de fonação, acarretando, ainda, trauma oclusal.

[...]

A requerente solicitou a autorização em abril de 2014 e a operadora de saúde, em maio, recusou-se a consentir na cobertura para a realização da cirurgia (v. fls.50/82 e 85). **Após reedição do pedido, em 29.05.2014, houve a validação parcial do procedimento, fato que compromete o resultado do tratamento.**

Em virtude da negativa de cobertura, **a autora propôs a presente demanda em 11.06.2014, obtendo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para obrigar a ré a autorizar o procedimento cirúrgico, com materiais e medicação necessárias, conforme indicação do profissional assistente, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (v. fls.108/109v).**

A despeito do pequeno transcurso de tempo entre a data do relatório (09.04.2014) e a antecipação dos efeitos da tutela, em 13.06.2014, pouco mais de dois meses, a requerida fez novas exigências para a realização do procedimento, causando evidente abalo à psique da autora.

[...]

Em princípio, a recusa empreendida pela ré não ensejaria a reparação econômica pretendida. **Todavia, o agravamento do quadro clínico assinalado no relatório e a urgência que o caso demanda, constituem causas suficientes para a autorização do procedimento solicitado pelo profissional assistente.**

[...]

Ademais, como se sabe, prevalece o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana sobre eventuais disposições contratuais, em especial quando há dúvida acerca da interpretação de suas cláusulas.

Nesse norte, a atitude da operadora de saúde revela extremo desrespeito com a saúde da segurada, notadamente porque não se impressionou com a admoestação do especialista.

Com efeito, no caso dos autos, excepcionalmente, a injusta negativa de cobertura para a realização da cirurgia da autora, é apta a gerar danos morais, porquanto impinge à paciente, que se encontra em momento de grande fragilidade, sofrimento e angústia pela incerteza de acesso ao tratamento necessário à recuperação de sua saúde e qualidade de vida.

[...]

²⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Acórdão n.885915, 20140910132629APC, Relator: Maria De Lourdes Abreu, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/07/2015, Publicado no DJE: 12/08/2015. Pág.: 253.

Situações como as aqui descritas demonstram a inquietação e a angústia vivenciadas pela paciente, ao se deparar com a recusa da operadora de saúde, **mesmo padecendo de patologia intratável clinicamente.**

[...]

Na esteira desse raciocínio, merece aplauso o entendimento minoritário, justificando-se o acolhimento da pretensão deduzida nesta via recursal.

Com essas considerações, rogando respeitosa vênia aos prolores do entendimento majoritário, **dou provimento** ao recurso, confirmando, assim, o duto voto escoteiro".²⁷⁰ (Grifo nosso)

Como restou demonstrado nas argumentações acima, o tema é bastante contraditório, em ambos os graus de jurisdição, quanto à aplicabilidade do dano moral e à quantificação do valor compensatório/pedagógico/punitivo, fato que será apreciado no próximo tópico deste trabalho.

4.2 CRÍTICA QUANTO À ARGUMENTAÇÃO

Nesta parte serão analisadas as justificativas para a não aplicação da lesão imaterial, bem como os critérios e motivos adotados quando da sua aplicação.

Os julgados que não acolheram os pedidos de dano moral possuem semelhante argumentação para afastá-lo. Alegam, em síntese, que o descumprimento contratual é um acontecimento da vida moderna e negocial, causa apenas meros aborrecimentos e dissabores, por isso, não é apto a afetar os direitos da personalidade, não causando nos reclamantes nenhuma aflição ou abalo psicológico compensável.

O viés adotado nessa linha de raciocínio é diametralmente oposto com o reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça. A Corte entende que o mero inadimplemento contratual não gera o dever de indenizar, mas, quando se refere a injusta recusa de cobertura de plano de saúde, de fato abala os direitos da personalidade, considerando que o pedido de cobertura de tratamento já traz em si a debilidade psicológica pela doença que aflige o segurado.²⁷¹

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.922.704, 220140910132629EIC, Relator: Mario-Zam Belmiro, 2ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 22/02/2016, Publicado no DJE: 01/03/2016. Pág.: 208.

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Especial nº 1.411.293 - SP (2013/0341500-6). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32723704&num_registro=201303415006&data=20131212&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 07 maio 2016.

Os processos citados se enquadram perfeitamente no esquadro acima. São doenças complexas, com elevado grau de debilidade, e a demora na realização do procedimento, além de perenizar os males pelos quais vem passando o paciente, pode ocasionar outros transtornos com maior potencialidade, tanto em termos biológicos – cura e recuperação -, como econômicos.

Por meio da pesquisa realizada, constataram-se casos faticamente iguais com desfechos totalmente diferentes, e os mesmos motivos utilizados para conceder o pedido compensatório foram desprezados para sua negativa, inclusive pelos mesmos julgadores.

Exemplificando o narrado acima, é possível verificar tamanha disparidade nas decisões proferidas. No processo nº. 2013.01.1.117805-5, os julgadores entenderam pela aplicabilidade do dano moral tendo em vista a ilicitude da negativa do procedimento indicado. Já no processo nº. 2012.03.1.030695-8, os mesmos julgadores decidiram que, mesmo que indevida a negativa do procedimento, esta não teve a aptidão de causar angústia e sofrimento; logo, inexistente a lesão. De igual modo aconteceu nos processos 2012.04.1.009663-2 e 2012.01.1.167160-3.

Casos como esse, que não são poucos quando o assunto é o dano moral, trazem incompreensão e insegurança jurídica para os aplicadores do direito e até mesmo para as partes, pois, para fatos iguais, as respostas são diferentes, e o pior, pelo mesmo julgador, que não segue uma linha decisória em matérias semelhantes: “Daí se falar em loterias indenizatórias”.²⁷²

A conclusão a que se chega é que os julgadores não se utilizam de critérios técnicos seguros para analisarem os pedidos de compensação imaterial, mostrando-se vacilantes e inseguros de estabelecer unicidade efetiva e igualdade na resolução dos fatos.

Nos casos em que houve o reconhecimento da lesão ao direito da personalidade do segurado, os critérios adotados para quantificar o valor da

²⁷² SILVA, Isaura Salgado. COUTO, Igor Costa. Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Isaura%20Salgado%20Silva%20e%20Igor%20Costa%20Couto.pdf>. Acesso em 06 maio 2015.

compensação pedagógica punitiva não destoam de um julgado para outro, o que não retirou a equivocidade do montante irrisório fixado.

Esses critérios, em geral, foram os utilizados nos julgados: O fato gerador em si, gravidade e consequências; Contribuição das partes e situação econômica e social; Natureza do direito violado; Razoabilidade e proporcionalidade; Desestímulo e; Enriquecimento indevido.²⁷³

A falta de parâmetros legais para quantificação levou à criação dos critérios acima citados. Registra-se que as balizas para a valoração monetária não são ruins, nem tampouco uma possível delimitação legal, desde que exista ressalva para potencializar o valor caso a conduta seja grave, dolosa e reiterada, exatamente como aqui restou demonstrado, porque senão bastaria um simples cálculo matemático para transgredir ou não a lei ou um acordo.

Nos dois modelos, limitação legal ou não, será a fundamentação colocada que permitirá, de fato, chegar a um valor condizente com o dano e a real e efetiva compensação. Constatada a ausência de correlação entre os motivos e o valor, será a justificação que permitirá corrigir e, com isso, minimizar o subjetivismo do julgador.

Outro tipo de tarifação é a judicial. Essa tarifação leva em consideração os julgados da Corte e principalmente o bem jurídico lesado. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Recurso Especial nº 959.780 – ES, pontuou a favor e contra esse método:

Esse critério, bastante utilizado na prática judicial brasileira, embora sem ser expressamente reconhecido pelos juízes e tribunais, valoriza o bem ou interesse jurídico lesado (vida, integridade física, liberdade, honra) para fixar as indenizações por danos morais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.

A vantagem desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal. Assegura igualdade, porque casos semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as decisões variam na medida em que os casos se diferenciam.

Outra vantagem desse critério é permitir a valorização do interesse jurídico lesado (v.g. direito de personalidade atacado), ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido.

²⁷³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Processo nº 2012.07.1.029175-0. Segunda Vara Cível de Taguatinga. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg11?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&CDNUPROC=20120710291750>> Acesso em 20 maio 2016.

Esse método apresenta alguns problemas de ordem prática, sendo o primeiro deles o fato de ser utilizado individualmente por cada unidade jurisdicional (juiz, câmara ou turma julgadora), havendo pouca permeabilidade para as soluções adotadas pelo conjunto da jurisprudência. Outro problema reside no risco de sua utilização com excessiva rigidez, conduzindo a um indesejado tarifamento judicial das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, ensejando um engessamento da atividade jurisdicional e transformando o seu arbitramento em uma simples operação de subsunção, e não mais de concreção.²⁷⁴

O problema da fixação do valor do dano moral não se encontra nesse ou naquele método, e sim na motivação. Nas decisões elencadas, do jeito em que foram lançadas, a justificação não permite uma avaliação se, de fato, esse ou aquele ponto foi valorado de acordo com o caso concreto. E mais, todos os valores arbitrados, no máximo em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), reforçam os argumentos da irrisoriedade do valor.

Os julgamentos não fizeram a verificação pontual dos critérios que serviram de base para a fixação do valor, simplesmente fizeram citação dos requisitos de forma genérica, sem destacar quais deles serviriam para minorar ou elevar o valor e por que. Cabe ressaltar que a argumentação, como posta, é desconexa e não se presta a dar efetividade ao instituto, servindo de molde para todos os pedidos de dano moral, deixando somente ao subjetivismo do julgador o arbitramento do valor.

Examinados os fatos dos processos e adequando os argumentos para a quantificação, percebe-se com mais nitidez a inexistência de ligação entre as razões invocadas e o quanto arbitrado, a saber:

a) O fato gerador em si, gravidade e consequências: O segurado, já debilitado em sua saúde, sentindo fortes dores e dificuldade em funções primordiais do corpo humano – falar, respirar e mastigar, solicitava a liberação do procedimento, que ora era negado, ora era parcialmente liberado, sem justificativa.

Nos casos, o tempo era grande aliado na cura do eupático, e a demora na realização do procedimento poderia acarretar outros transtornos mais graves; outrossim, as cirurgias só foram autorizadas após a antecipação de tutela, evidenciando a abusividade no comportamento do plano de saúde.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Resp. 959.780. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14539430&num_registro=200700554919&data=20110506&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 10 maio 2016

b) Contribuição das partes e situação econômica e social: O segurado em nada contribuiu para o imbróglio, apenas exigiu a contraprestação do contrato entabulado. Já as sociedades empresárias do setor, grandes conglomerados econômicos²⁷⁵ de conduta reprovável reiterada²⁷⁶, no intuito de aumentar os lucros e não cumprir sua parte na avença, contestavam os pedidos de procedimento, sem apresentar nenhum suporte técnico científico, independentemente da natureza emergencial ou urgencial do pedido.

c) Natureza do direito violado: O bem em testilha é a saúde, um dos bens jurídicos mais importantes previstos na Constituição, sem o qual os demais ficam impossibilitados de ampla fruição.

d) Razoabilidade e proporcionalidade: Por se tratar de conceitos vagos e de difícil realização, remete ao subjetivismo do julgador sua exteriorização. Sendo assim, a satisfação pecuniária arbitrada tem que ser valorada de forma ponderada, com bom senso, nem muito elevada nem irrisória, ou seja, com equidade e de acordo com as circunstâncias concretas do fato.

e) Desestímulo: O montante arbitrado há de ser um valor que refreie condutas semelhantes, irradiando para casos presentes e futuros, com o objetivo de eliminar esse tipo de controvérsia e fomentar a pacificação social: “Assim, se o agente ofensor é uma grande empresa que pratica reiteradamente o mesmo tipo de evento danoso, eleva-se o valor da indenização para que sejam tomadas providências no sentido de evitar a reiteração do fato”.²⁷⁷

f) Enriquecimento indevido: O valor fixado deve ser comedido, evitando que o segurado enriqueça e que o ofensor empobreça, sendo essa uma das maiores preocupações dos julgadores. Os pedidos eram entre R\$ 15.000,00 (quinze mil

²⁷⁵ RELATÓRIO anual 2015 SulAmérica. Lucro líquido em 2015, 734,3 milhões, patrimônio líquido, 4,4 bilhões, Receita total 17,4 bilhões. Dos processos analisado, a Sul America, figurou como réu em 11 deles. Disponível em <<http://relatorioanual2015.sulamerica.com.br/>> Acesso em 10 maio 2015

²⁷⁶ RELATÓRIO de avaliações de operadoras ANS. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/indice-geral-de-reclamacoes-igr>> Acesso em 10 maio 2016.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Resp. 1.152.541. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 13/09/2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17228027&num_registro=200901570760&data=20110921&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 10 maio 2015.

reais) e R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais), nesses casos, nem se fosse acolhida a integralidade do montante pleiteado, ocorreria o temido enriquecimento do segurado, e muito menos o empobrecimento das operadoras de plano de saúde.

Cabe destacar que apenas num único processo, nº 2012.07.1.031091-7, o valor arbitrado se mostrou mais próximo à melhor interpretação dos critérios acima, diferenciando-se dos demais casos. Aqui o magistrado, sopesando as circunstâncias descritas, fixou o valor em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). O Tribunal, ao apreciar o recurso contra o montante arbitrado, reduziu-o para R\$ 3.000,00 (três mil reais), apesar da retórica de violação dos direitos da personalidade, angústia, aflição, e de que somente após a propositura da ação foi possível a realização da cirurgia.

Esses dizeres, como outros tantos, só têm valia no pergaminho, se não vierem acompanhados de uma efetiva condenação pecuniária, pois em muito pouco irradiam, transcendem para conter condutas futuras e efetivar o instituto como refreador do número de processos judiciais.²⁷⁸

Os valores arbitrados giraram entre R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 6.000,00 (seis mil reais); portanto, o modo como a Corte distrital vem tratando os casos de dano moral decorrente de abusividade, ausência de boa-fé, com relação às operadoras de plano de saúde e os tratamentos bucomaxilofaciais, beneficia e fomenta o mau comportamento, gerando segurança jurídica para os planos de saúde de que a ilicitude perpetrada não trará maiores transtornos, seja de que ordem for.

O universo pesquisado se ateve somente aos casos bucomaxilofaciais, mas não deixa de ser notório que o tratamento dispensado pelas operadoras de saúde se estende às demais especialidades médicas, fazendo com que o problema tome proporções grandiosas, ao mesmo tempo em que as resoluções não são dadas a contento.²⁷⁹

²⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Os 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2015. “Os planos de saúde aparecem em 8º lugar no ranking, em saldo residual em 31/03/2010, na justiça estadual”.

²⁷⁹ CONHEÇA direitos garantidos pela justiça ao consumidor de planos de saúde. Portal de notícias CNJ. Brasília, 08 de setembro de 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80375-conheca-direitos-garantidos-pela-justica-ao-consumidor-de-planos-de-saude>> Acesso em 11 maio 2016. “Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cerca de 50,5 milhões de

A fixação efetiva do dano moral seria uma maneira de equilibrar a questão, mas a forma irrisória como os valores são quantificados, do ponto de vista das prestadoras do serviço de saúde, leva essas empresas a optarem por correr o risco de eventual demanda judicial, arcando com seus custos, isso quando condenadas a tanto, em vez de corrigir os erros internos e, de fato, sem percalços, cumprir o que foi avençado. Trata-se de quantificar os valores auferidos pelo comportamento desvirtuado. E, ao que tudo consta, ainda vale a pena proceder de forma contrária ao direito.

brasileiros possuem algum plano ou seguro saúde e, com o aumento do número de usuários, cresce também a quantidade de conflitos entre eles e as operadoras que prestam o serviço. Dados do Fórum do Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontam que, até junho de 2014, as demandas relacionadas a saúde nos Tribunais de Justiça estaduais totalizavam 330.630 casos e nos Tribunais Regionais Federais, 62.291”.

CONCLUSÃO

No início do trabalho foram feitas as seguintes indagações: Configuram dano moral as negativas indevidas nos procedimentos bucomaxilofaciais? Caso positivo, os valores fixados usualmente alcançam seus objetivos: educar, compensar e punir? Estão em consonância com a prestação jurisdicional efetiva? Inibem o efeito replicador das ações judiciais, ocasionando segurança jurídica? Geram descrédito com o Poder Judiciário?

Após os estudos dos temas propostos, chegamos à conclusão de que a falha na prestação do serviço de saúde, quanto à negativa indevida de realização dos procedimentos odontológicos solicitados, por si só, configura abuso de direito e violação da boa-fé objetiva, e, por consequência, provoca o dano moral naquele que teve seu direito decotado sem qualquer justificativa plausível para tanto.

Com relação aos valores fixados, percebe-se que os julgados se preocupam demasiadamente com a possibilidade de enriquecimento indevido por parte do autor/paciente, subanalizando os outros critérios que são tão importantes quanto, principalmente, os interesses jurídicos lesados, que são a vida e a saúde.²⁸⁰

Dito isso, verificamos que os valores arbitrados pelos julgadores foram insuficientes para atender os objetivos perseguidos pelo dano moral, ou seja, educar, compensar e punir.

Esses valores, por arrastamento, acabam por ensejar uma prestação ineficaz da tutela jurisdicional, violando a dignidade da pessoa humana, causando uma segurança jurídica às avessas, pois conferem impunidade àqueles que descumprem o ordenamento jurídico constitucional, fomentando o comportamento ilícito.

Do ponto de vista das prestadoras, é melhor para elas se submeter a eventual demanda judicial e arcar com seus custos, isso quando condenadas a tanto, do que corrigir os erros internos e efetivamente cumprir o que foi avençado.

²⁸⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo. Editora Método. 2008. p. 140. "A vida é o interesse jurídico mais precioso que o ser humano possui, em razão de ser indisponível e por conferir sentido aos outros direitos das pessoas humanas, não obstante a inexistência de hierarquia entre os princípios constitucionais"

Outrossim, os dados trazidos no corpo do texto demonstram com clareza o aumento de pedidos judiciais referentes à prestação dos serviços de saúde oferecidos pelas operadoras, fazendo com que haja maior lentidão na prestação da tutela jurisdicional, e mais, gerando pirronismo na eficácia da lei e da estrutura judicial.

Desse modo, a otimização tutela jurisdicional auxiliará para que esse tipo de situação modifique e que seja repensado o modelo comportamental contrário ao estatuído nas leis de regência. Com isso, a jurisdição poderá alcançar sua finalidade de harmonização, diminuindo assim os litígios e desestimulando a sensação de impunidade, em compasso com o primado da pacificação social.

REFERÊNCIAS

A CORRETA utilização do dano moral poderá ser a mola propulsora para desemperrarmos o sistema judiciário. Disponível em: <<http://papini.jusbrasil.com.br/artigos/180443272/a-correta-utilizacao-do-dano-moral-podera-ser-a-mola-propulsora-para-desemperrarmos-o-sistema-judiciario-analise-de-lead-case>> . Acesso em 07 maio 2015.

ALEMANHA. Constituição. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

ALMEIDA, José Carlos Guimarães. Compensação por danos morais nas relações de consumo. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1no-vembro2012/pdf/JoseCarlosGuimaraesAlmeida.pdf>. Acesso em: 07 maio 2015.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. Teoria Geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo. Editora Atlas. 2009.

ALVES, Pedro Henrique de Almeida. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/pedro-alves-reajuste-plano-saude-aos-59-anos-abusiva>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006.

ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela. Dano moral, STJ e desestímulo às avessas. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2443, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14480>>. Acesso em: 02 maio 2015.

ANS abriga ex-executivos de operadoras de planos de saúde. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1243840-ans-abriga-ex-executivos-de-operadoras-de-planos-de-saude.shtml>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

ANS. Dados gerais: Beneficiários de plano de saúde por cobertura assistencial. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

ANS diz seguir processo legal para punir operadoras de saúde. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1243842-ans-diz-seguir-processo-legal-para-punir-operadoras-de-saude.shtml>>. Acesso em 05 maio 2015.

ANS. Grupo técnico debate o monitoramento da garantia de atendimento. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/a-ans/2589-planos-de-saude-ressarcem-r-184-milhoes-ao-sus>>

ANS leva até 12 anos para julgar operadoras de planos de saúde. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1243837-ans-leva-ate-12-anos-para-julgar-operadoras-de-planos-de-saude.shtml>>. Acesso em 05 maio 2015.

ANS. Resolução Normativa nº. 195, de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458>. Acesso em 05 maio 2015.

_____. Resolução Normativa nº. 338, de 21 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=2591>. Acesso em 05 maio 2015.

ANS suspende comercialização de 46 planos de saúde. ANS. Publicado em 26 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3213-ans-suspende-comercializacao-de-46-planos-de-saude>> Acesso em 25 abr. 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Introdução a ciência do direito. 3º ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2005.

_____. O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 77, jan/1995.

_____. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo. v. 105. p. 181, jan/2002

_____. O Futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de direito processual civil. São Paulo. Saraiva. 2004.

BATISTA DE ALMEIDA, João. Manual de direito do consumidor. São Paulo. Editora Saraiva. 2003.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo. 3ºed. São Paulo. Malheiros. 2003.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo. Malheiros. 2006.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2º ed. São Paulo. Malheiros. 2001.

BENACCHIO, Marcelo. Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues NANNI, Giovanni Ettore; (Org.). A função punitiva da responsabilidade civil no código civil. Editora Atlas. São Paulo. 2012.

BEREZIN, Ricardo Zeef. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-22/justica-ainda-primeiros-passos-elaboracao-dados-estatisticos>>. Acesso em: 05 maio 2015.

BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao direito. 12^o ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2013.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

BRASIL. Associação dos magistrados brasileiros. Placar da justiça e destaque nos telejornais. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=23668>>. Acesso em 12 out. 2105.

_____. Código Brasileiro de Aeronautica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm>. Acesso em 02 maio 2015.

_____. Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

_____. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. Código de Defesa do Consumidor (1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Justiça em número 2015. Ano base 2014. Brasília. CNJ. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

_____. Os 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Lei de Imprensa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

_____. Leis de Planos e Seguros Privados de assistência à Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso em: 04 maio 2016.

_____. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1996, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 07 maio 2016.

_____. Mensagem nº 111, de 13 maio 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Msg/VEP-111.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

_____. Ministério Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Ano base 2006. Brasília. 2007.

_____. Secretaria da Reforma do Judiciário. Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais. 2013.: il. (Diálogos sobre justiça).

_____. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Agravo em Regimental nº 165515/RJ. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 08 de Outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;aresp:2012-09-20;165515-1223427>>. Acesso em: 03 maio 2015.

_____. RE 391032 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-059 Divulg 21-03-2012 Public 22-03-2012

_____. Resp. 959.780. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14539430&num_registro=200700554919&data=20110506&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 10 maio 2016

_____. Recurso Especial nº 1.317.611. Relator: Ministro Nancy Andrighy. Brasília, 27 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102974732&dt_publicacao=27/08/2012>. Acesso em: 03 maio 2015.

_____. Recurso Especial nº 1.411.293 - SP (2013/0341500-6). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32723704&num_registro=201303415006&data=20131212&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 07 maio 2016.

_____. REsp nº 1.152.541/RS (2009/0157076-0). Recurso Especial. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 13 de setembro de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901570760&dt_publicacao=21/09/2011>. Acesso em 20 maio 2016.

_____. _____ . Súmula nº 37. Brasília, 12 de Março de 1992.
Disponível em : <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 01 maio 2015.

_____. _____ . Súmula nº 281. Brasília, 13 maio 2004.
Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em 02 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 1931. ADI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1931&classe=ADI-MC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. _____ . Súmula nº 491. Brasília, 03 de dezembro de 1969.
Disponível em: <http://www.realjus.com.br/dji/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/_0491.htm> Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. TCU. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. _____ . Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=1290413>. Acesso em 05 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.687562, 20120910115985APC, Relator: Flavio Rostirola. 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/06/2013, Publicado no DJE: 02/07/2013. Pág.: 58

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDF. Acórdão n.709070, 20120710026824APC, Relator: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/08/2013, Publicado no DJE: 09/09/2013. Pág.: 189

_____. _____ . Acórdão n.724866, 20120910247357APC, Relator: Arnaldo Camanho De Assis, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/10/2013, Publicado no DJE: 28/10/2013. Pág.: 128

_____. _____ . Acórdão n.756951, 20120910232109APC, Relator: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/01/2014, Publicado no DJE: 07/02/2014. Pág.: 153

_____. _____ . Acórdão n.775975, 20120410096632APC, Relator: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/04/2014, Publicado no DJE: 04/04/2014. Pág.: 126

_____. Acórdão n.793106, 20120710310917APC, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 04/06/2014. Pág.: 75

_____. Acórdão n.793685, 20120111671603APC, Relator: Mario-Zam Belmiro, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 02/06/2014. Pág.: 285

_____. Acórdão n.796447, 20120111108307APC, Relator: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/06/2014, Publicado no DJE: 16/06/2014. Pág.: 165

_____. Acórdão n.799771, 20130111178055APC, Relator: Leila Arlanch, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/06/2014, Publicado no DJE: 08/07/2014. Pág.: 59

_____. Acórdão n.811771, 20120310306958APC, Relator: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/08/2014, Publicado no DJE: 20/08/2014. Pág.: 53

_____. Acórdão n.820477, 20100111275210APC, Relator: Mario-Zam Belmiro, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/09/2014, Publicado no DJE: 22/09/2014. Pág.: 150

_____. Acórdão n.836882, 20120710291750APC, Relator: Hector Valverde Santanna, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/12/2014, Publicado no DJE: 09/12/2014. Pág.: 335

_____. Acórdão nº 860.806. Relator: Alfeu Machado. Brasília, 20 de abril de 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 03 maio 2015.

_____. Acórdão n.862739, 20111110071043APC, Relator: Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/04/2015, Publicado no DJE: 27/04/2015. Pág.: 191

_____. Acórdão n.874761, 20150110552475APC, Relator: Hector Valverde Santanna, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 23/06/2015. Pág.: 230.

_____. Acórdão n.885915, 20140910132629APC, Relator: Maria De Lourdes Abreu, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/07/2015, Publicado no DJE: 12/08/2015. Pág.: 253

_____. Acórdão n.922.704, 220140910132629EIC, Relator: Mario-Zam Belmiro, 2ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 22/02/2016, Publicado no DJE: 01/03/2016. Pág.: 208.

_____._____. Processo nº 2009.01.1.123319-0. Décima quinta vara cível de Brasília. Sentença proferida em 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20090111233190>>. Acesso em 02 maio 2015.

_____._____. Processo nº 2010.01.1.127521-0. Décima Sexta Vara Cível de Brasília. Sentença proferida em 08 de janeiro de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=64&CDNUPROC=20100111275210>> Acesso em 06 maio 2016

_____._____. Processo nº 2011.01.1.225473-3. Décima nona vara cível de Brasília. Sentença proferida em 19 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=42&CDNUPROC=20110112254733>> Acesso em 04 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2012.01.1.081543-3. Décima Vara Cível de Brasília. Sentença Proferida em 27 de junho de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=65&CDNUPROC=20120110815433>> Acesso em 05 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2011.11.1.007104-3. Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante. Sentença proferida em 21 de fevereiro de 2014. Disponível em < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=11&SEQAND=93&CDNUPROC=20111110071043>> Acesso em 19 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2012.01.1.167160-3. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20120111671603>>. Acesso em: 04 maio 2015.

_____._____. Processo nº 2012.03.1.030695-8, 2ª Vara Cível de Ceilândia. Decisão Interlocutória. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=3&SEQAND=4&CDNUPROC=20120310306958>> Acesso em 20 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2012.04.1.009663-2. Segunda Vara Cível do Gama. Sentença Proferida em 20 de fevereiro de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=4&SEQAND=84&CDNUPROC=20120410096632>> Acesso em 05 maio 2016

_____._____. Processo nº 2012.07.1.002682-4. Quarta vara cível de Taguatinga. Sentença proferida em 24 de setembro de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi->

bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=45&CDNUPROC=20120710026824> Acesso em 05 maio 2016

_____._____. Processo nº 2012.07.1.029175-0. Segunda Vara Cível de Taguatinga. Sentença proferida em 11 de junho de 2014. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=47&CDNUPROC=20120710291750>> Acesso em 06 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2012.07.1.031091-7. Quarta Vara Cível de Taguatinga. Sentença proferida em 03 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=44&CDNUPROC=20120710310917>> Acesso em 05 maio 2016

_____._____. Processo nº 2012.08.1.003091-5. Vara Cível do Paranoá. Sentença Proferida em 26 de junho de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=8&SEQAND=79&CDNUPROC=20120810030915>> Acesso em 05 maio 2016

_____._____. Processo nº 2012.09.1.011598-5. Segunda vara cível de Samambaia. Sentença proferida em 13 de novembro de 2012. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=69&CDNUPROC=20120910115985>> Acesso em 04 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2012.09.1.023210-9. Segunda Vara Cível de Samambaia. Sentença proferida em 20 de agosto de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=116&CDNUPROC=20120910232109>> Acesso em 05 maio 2016

_____._____. Processo nº 2012.09.1.024735-7. Segunda vara cível de Samambaia. Sentença proferida em 16 de abril de 2013. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SEQAND=51&CDNUPROC=20120910247357>> Acesso em 05 maio 2016

_____._____. Processo nº 2013.01.1.117805-5. Nova Vara Cível de Brasília. Sentença proferida em 22 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=40&CDNUPROC=20130111178055>> Acesso em: 20 maio 2016.

_____._____. Processo nº 2014.09.1.013262-9. Segunda Vara Cível de Samambaia. Sentença proferida em 20 de novembro de 2014. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=9&SE>

QAND=80&CDNUPROC=20140910132629> Acesso em 06 maio 2016

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador. Editora Juspodvim. 2013.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3°. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO SILVA, CÍCERO. Aspectos relevantes do dano moral. In AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Dano moral e sua quantificação. Editora Plenum. Caxias do Sul. 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código de 2002 - Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo código civil: Estudo na perspectiva civil-constitucional. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2003.

CASTRO, Marcello Soares. Tutela de urgência e tutela de evidência: Limites e possibilidades de um regime único. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador. Editora Juspodvim. 2013.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11°ed. São Paulo. Editora Atlas. 2014.

CFO. Consolidação das normas para procedimentos nos conselhos de odontologia. Disponível em: <<http://cfo.org.br/wp-content/uploads/2009/10/consolidacao.pdf>>. Acesso em 10 maio 2016.

CONHEÇA direitos garantidos pela justiça ao consumidor de planos de saúde. Portal de notícias CNJ. Brasília, 08 de setembro de 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80375-conheca-direitos-garantidos-pela-justica-ao-consumidor-de-planos-de-saude>> Acesso em 11 maio 2016.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de San Jose da Costa Rica. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 29 set. 2015.

DEDA OLIVEIRA, Artur Oscar. A reparação dos danos morais. São Paulo. Editora Saraiva. 2000.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf>. Acessado em 27/04/2016.

DIDIER JR., Fredie. Considerações da tutela de urgência no relatório barradas. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. Salvador. Editora Juspodvim. 2013.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 14º Ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2012.

DIDIER JR., Fredie. Peixoto Ravi. Novo código de processo civil. Comparativo com o código de 1973. Salvador. Editora JusPodvim. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6º ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2009.

_____. Nova era do processo civil. 2º ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2009.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 13º Ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. 21. Ed. rev. e atual. Vol 7. São Paulo. Saraiva. 2007.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 19º ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2016.

DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso a justiça. Os direitos processuais fundamentais. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

EBC. Planos pagam ressarcimento recorde 2014 por internação de beneficiários no SUS. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-09/planos-pagam-ressarcimento-recorde-2014-por-internacao-de-beneficiarios-no-sus>>. Acesso em 05 maio 2015.

EBC. Presidente Do Conselho Federal de Medicina alerta para crise iminente nos planos de saúde. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-18/presidente-do-cfm-alerta-para-crise-iminente-nos-planos-de-saude>>. Acesso em: 05 maio 2015.

FACCCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). O novo código Civil e a Constituição. 2º edição. Porto Alegre. Editora livraria do Advogado. 2006.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Instituições de direito. 5º ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil IV. Contratos – Teoria geral e contratos em espécie. 3º ed. Salvador. Editora Juspodvim. 2013.

FARIZEL, Davi. 5 dos processos judiciais mais bizarros do Brasil. 2016. Disponível em <<http://davifm.jusbrasil.com.br/artigos/241208201/5-dos-processos-judiciais-mais-bizarros-do-brasil>> Acesso em 20 maio 2016.

FIÚZA, César. Direito Civil. Curso completo. Ed. Del Rey, 16^o edição, Belo Horizonte, 2013.

FREIRE SOARES, Mauricio Ricardo. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo. Editora Método. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – V. 3. Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 6. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

IBGE. Estatística Populacional. Disponível em:<<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 12 out. 2015.

JUNIOR. Delosmar Mendonça. Tutela mandamental e efetividade do processo. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

LAMY. Eduardo de Avelar. Considerações da tutela de urgência no relatório barradas. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz (Org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador. Editora Juspodvim. 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da decisão Judicial. 2^o ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Curso completo de direito civil. 3^o ed. São Paulo. Editora Método. 2010.

MACHADO, Fabio Cardoso. Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004.

MALTINTI, Juliana de Camargo. Direito Fundamental à jurisdição efetiva. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2382.pdf>. Acesso em 25 junho 2015.

MARINANGELO, Rafael. Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues NANNI, Giovanni Ettore; (Org.). A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. Editora Atlas. São Paulo. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes (Justificativa do novo CPC). São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. Revista Estação Científica. Juiz de fora. v. 01. Nº4. Out-Nov/2009.

_____. Novas linhas do processo civil. 4º. ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. Precedentes obrigatórios. 3º. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.

_____. Teoria Geral do Processo. 7º Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. São Paulo. Saraiva. 2007.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. Indenização por dano moral: Evolução jurisprudencial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/download/209/205>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Volume 7. Responsabilidade Civil. 4º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Volume único. 3º ed. São Paulo. Editora Método. 2011.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. Conexidade e efetividade processual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: A questão do “excesso de acesso à justiça”. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25º Ed. São Paulo. Saraiva. 2001.

PADRON KAUFFMAN, Boris. O dano moral e a fixação do valor indenizatório. In AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Dano moral e sua quantificação. Editora Plenum. Caxias do Sul. 2005.

PAIVA FARIA JÚNIOR, Adolpho. Reparação civil do dano moral. São Paulo. Editora Juarez Oliveira. 2003

PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Revista de Processo. São Paulo. v. 102. Abr/2001.

PEREIRA, Caio Mario Pereira da Silva. Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 26º ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013.

PLANOS de saúde prejudicam usuários, afirma representante de médicos. Câmara Legislativa. Brasília, 14 de setembro de 2011. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/202540-PLANOS-DE-SAUDE-PREJUDICAM-USUARIOS,-AFIRMA-REPRESENTANTE-DE-MEDICOS.html>> Acesso em 28 abr. 2016.

RIGHI, Eduardo. Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo. Editora afiliada. 2011.

REIS, Clayton. Dano Moral. 5º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RELATÓRIO anual 2012 SulAmérica. Disponível em: <http://relatorioanual2012.sulamerica.com.br/files/RA2012_SulAmerica_04.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015.

RELATÓRIO anual 2015 SulAmérica. Lucro líquido em 2015, 734,3 milhões, patrimônio líquido, 4,4 bilhões, Receita total 17,4 bilhões. Dos processos analisado, a Sul America, figurou como réu em 11 deles. Disponível em <<http://relatorioanual2015.sulamerica.com.br/>> Acesso em 10 maio 2015

RELATÓRIO de avaliações de operadoras ANS. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/indice-geral-de-reclamacoes-igr>> Acesso em 10 maio 2016.

RESEDÁ, Salomão. A função social do dano moral. Florianópolis. Editora Conceito Editorial. 2009.

SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no direito do consumidor. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1no_vembro2012/pdf/JoseCarlosGuimaraesAlmeida.pdf>. Acesso em: 07 maio 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉRIE Pensando o Direito. Projeto Pensando o Direito. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/37pensando_direito.pdf> Acesso em 13 mar. 2016

SILVA, Isaura Salgado. COUTO, Igor Costa. Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Isaura%20Salgado%20Silva%20e%20Igor%20Costa%20Couto.pdf>. Acesso em: 06 maio de 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: Entre transformação social e obstáculo a realização dos direitos sociais. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010.

STJ estipula parâmetros para indenizações por danos morais. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em 04 maio 2015.

STURION DE PAULA, Alexandre. Dano moral. Um prisma de sua admissão e da aferição de seu quantum sob a ótica da conotação sancionatória. In AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Dano moral e sua quantificação. Editora Plenum. Caxias do Sul. 2005.

SUSPENSO julgamento sobre regra de indenização em transporte aéreo internacional. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266374>>. Acesso em 02 maio 2015.

TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8º edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013.

TCU abre processo para investigar reajustes abusivos de planos de saúde. IG notícias. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2015-01-23/tcu-abre-processo-para-investigar-reajustes-abusivos-de-planos-de-saude.html>>. Acesso em: 05 maio 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 2º edição. São Paulo. Editora Juarez Oliveira. 1999.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 03 de outubro de 2015.

_____. Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias. 2. ed. América Jurídica, 2001.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. Prática ilegal e abusiva dos planos de saúde. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-16/pratica-ilegal-abusiva-planos-saude-resolucao-unilateral#author>>. Acesso em 05 maio 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como colorário do devido processo legal. Revista de Processo. São Paulo. v. 66. Abr/1992.

_____. Tempo e Processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

REIS, Vilma. ANS foi capturada pelos planos privados de saúde. Abrasco. Publicado em 20 maio 2014. Disponível em <<https://www.abrasco.org.br/site/2014/05/mario-scheffer-ans-foi-capturada-pelos-planos-privados-de-saude-sus-e-que-sai-perdendo/>> Acesso em 25 abr. 2016.

VASCONCELOS, Marcos. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/skype-ministra-nancy-andrighi-multiplica-audiencias-advogados#author>>. Acesso: 05 maio 2015.

VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil. Parte geral. 14° ed. São Paulo. Editora Atlas. 2014.

VIDOTTE BLANCO, Maria Cristina. GARCIA PINHEIRO, Frederico. Definindo a importância do abuso do direito processual frente aos princípios constitucionais. In DIDIER JR. Fredie. Constituição e Processo (org). Editora Juspodvim. 2007.

VIERIA DE VICENZI, Brunela. É digno ser humano? Ou és Digno, ser humano?. Revista dos Tribunais *on line*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Volume 82 jan. 2013. DTR\2013\471.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. 2° ed. São Paulo. Tradução Claudia Berliner. Editora WMF Martins Fontes. 2009.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2° Ed. São Paulo. Central de publicação jurídica. Centro de estudo e pesquisas judiciais. 1999

_____. Tutela antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. Saraiva, 1996.

ZANOTTI, Bruno Taufne; COURA, Alexandre de Castro. (Pós) Positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGER, Elza Coelho de Azevedo. Direito, Política e Jurisdição. Desafios para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. (org). Editora CRV. Curitiba. 2014.