



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Bacharelado em Direito

CAMILA GOUVEIA MONTANDON FRANÇA

**O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS
OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE:
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDF**

**BRASÍLIA
2019**

CAMILA GOUVEIA MONTANDON FRANÇA

**O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS
OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE:
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDF**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Doutor Hector Valverde Santanna

**BRASÍLIA
2019**

CAMILA GOUVEIA MONTANDON FRANÇA

**O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS
OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE:
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDF**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Doutor Hector Valverde Santanna

Brasília, 17 de abril de 2019

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus queridos pais e a toda minha família, por todo o amor dedicados a mim, aos meus amigos, pelo incentivo, ao meu noivo, pelo companheirismo, aos meus sogros, por todo o apoio e ao meu orientador Hector Valverde Santanna que em todos os momentos dessa jornada me amparou com os seus conhecimentos.

“Procure enxergar mais adiante ... As grandes conquistas não se dão da noite para o dia; advém de muito suor, esforço e perseverança.”

João Herculino

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar se é possível a configuração de danos morais decorrentes da recusa da operadora de plano de saúde em custear coberturas assistenciais médicas. Para tanto foi analisado o sistema híbrido brasileiro de assistência à saúde com enfoque principalmente na saúde suplementar estudando as espécies de operadoras de planos de saúde e os tipos de planos de saúde, bem como suas coberturas assistenciais. Por vezes, as operadoras de planos de Saúde vêm negando aos seus beneficiários a cobertura de assistência médica. Tem-se discutido na doutrina e na jurisprudência se essa negativa é apta a gerar danos morais. O presente trabalho analisou julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que apreciaram situações em que os beneficiários tiveram a cobertura assistencial médica negada. Concluiu-se que o descumprimento contratual nem sempre será apto a gerar danos morais devendo-se analisar cada caso concreto a fim de verificar se o inadimplemento da avença foi capaz de atingir os direitos de personalidades do beneficiário, bem como o seu estado psicológico ultrapassando o mero dissabor cotidiano.

Palavras-chave: Saúde. Contrato. Recusa. Consumidor. Dano Moral.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. A SAÚDE SUPLEMENTAR	4
2.1. O sistema híbrido de assistência à saúde brasileiro	4
2.2. Contratos de assistência privada à saúde	6
2.2.1. Conceito de contrato de assistência privada à saúde	6
2.2.2. Características	7
2.2.2.1. Caráter Mutualístico	7
2.2.2.2. Formal	9
2.2.2.3. Contrato Oneroso	10
2.2.2.4. Contrato Bilateral	11
2.2.2.5. Contrato Típico	12
2.2.2.6. Contrato Aleatório	12
2.2.2.7. Contratos de massa e de adesão	14
2.2.2.8. Cativo de longa duração	17
2.2.2.9. Integrante de rede	18
2.2.3. Operadoras de planos de saúde	19
2.2.4. Tipos de planos de saúde e suas coberturas assistenciais	22
3. DANO MORAL	24
3.1. Conceito	24
3.2. Previsão legal na Constituição Federal e no CDC	27
3.3. Finalidades da reparação	28
3.3.1. Compensatória	28
3.3.2. Preventiva	30
3.3.3. Punitiva	31
3.4. Modos de fixação do <i>quantum</i> debeatur	34
3.5. O dano moral decorrente do descumprimento contratual	40

3.5.1. O descumprimento contratual e as suas consequências jurídicas.....	40
3.5.2. Responsabilidade extracontratual e contratual.....	45
3.5.3. O Dano Moral por descumprimento contratual.....	47
4. O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDF	52
4.1. Hipóteses de configuração do dano moral	52
4.1.1 Cirurgia plástica pós-bariátrica.....	52
4.1.2 Exame prescrito pelo médico	59
4.1.3 Medicamento	63
4.1.4 Emergência e Urgência	68
4.2. Hipóteses em que não há configuração dos danos morais	73
4.2.1. Urgência ou emergência não comprovada.....	73
4.2.2. Procedimentos com fins estéticos.....	75
4.2.3. Interpretação razoável de cláusula contratual.....	77
4.2.4. Cirurgia eletiva	81
5. CONCLUSÃO	84
6. REFERÊNCIAS	87

1. INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental previsto no art. 6º e art. 196 da Constituição Federal (CF). A ordem constitucional estabelece que a assistência à saúde poderá ser prestada tanto pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), quanto, pela sociedade privada, por intermédio das operadoras privadas de assistência à saúde. Os contratos privados de saúde são firmados por inúmeros cidadãos brasileiros juntos a operadoras de planos de saúde formando uma rede integrada que deve receber proteção especial uma vez que tutela o bem jurídico maior de todos que é a saúde.

A saúde suplementar cresceu vertiginosamente nos últimos anos em razão do sucateamento do sistema público de saúde guardando dessa forma uma função social. Os cidadãos ao contratarem o plano privado de saúde tem a expectativa de garantir efetivamente o seu acesso à saúde. No entanto, por vezes essa expectativa é esfacelada quando as operadoras de planos de saúde negam acobertar a assistência à saúde. A recusa da operadora implica em diversas consequências jurídicas como por exemplo o cumprimento forçoso da obrigação de fazer ou a obrigação de reparar por danos materiais. Tem-se discutido se a recusa da operadora de plano de saúde é apta a gerar danos morais.

A possibilidade de o descumprimento contratual ensejar a configuração de danos morais é tema controverso na doutrina e na jurisprudência. Parcela da doutrina admite a ocorrência dos danos morais decorrentes do descumprimento do contrato, enquanto, outra não. Os tribunais brasileiros vêm firmando o entendimento de que, em regra, o descumprimento contratual, por si só, não é apto a gerar danos morais. No entanto, pode-se encontrar julgados em que o Poder Judiciário entendeu pela ocorrência dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual. O presente trabalho monográfico visa esclarecer se a recusa das operadoras de planos de saúde em custear a cobertura de assistência à saúde é apta a gerar danos morais indenizáveis, e, em caso positivo, em quais circunstâncias a indenização será devida.

O tema se mostra relevante uma vez que a promoção da saúde para a população brasileira ainda é um desafio a ser enfrentado, conforme pode-se observar pela grande demanda de ações ajuizadas pelos consumidores de planos de saúde que ainda continuam sendo lesados pelas operadoras de planos de saúde quando têm sua cobertura assistencial negada de forma injusta e inexplicável. A presente pesquisa se deteve a estudar, mediante revisão bibliográfica,

as recusas de assistência à saúde no âmbito do Distrito Federal uma vez que esse ente federativo detém grande demanda de ações judiciais relacionadas a essa matéria.

O primeiro capítulo do presente trabalho, abordará o direito à saúde, mais precisamente no âmbito da Saúde Suplementar, primeiramente no plano Constitucional. Em seguida, em uma abordagem no plano infraconstitucional, demonstrará as legislações aplicáveis, quais sejam, a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1988 - LPS), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), RN Nº 428/2017.

Será também exposto a conceituação do contrato de plano privado de assistência à saúde e as suas características: caráter mutualístico, formal, oneroso, bilateral, típico, aleatório, de massa, de adesão, cativo de longa duração e integrante de rede. Por fim, será apresentado o conceito de operadora de plano de saúde e as suas espécies, os tipos de planos de saúde e, conseqüentemente, as coberturas médicas assistenciais por ele acobertadas.

O segundo capítulo, se ocupará a estudar acerca do conceito do dano moral, bem como estampará que a discussão acerca da indenizibilidade dos danos imateriais é questão já superada por meio do art. 5, incisos V e X da CF de 1988 que consagrou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, bem como a responsabilização por dano material ou moral do agente que violar direitos de personalidade de outrem.

Após, será explanada as finalidades da reparação civil, quais sejam, compensatória, preventiva e punitiva e, ainda, os modos de fixação do *quantum debeatur* a serem utilizados pelo julgador. Em seguida, será analisada as conseqüências jurídicas tradicionalmente advindas do descumprimento contratual, dentre elas, as arras ou sinal, da cláusula penal, dos lucros cessantes, das perdas e danos, juros e correção monetária. Por último, será analisada a controvérsia da indenizibilidade por danos extrapatrimoniais decorrentes do inadimplemento contratual.

O terceiro capítulo analisa a *possibilidade* ou *impossibilidade* de configuração dos *danos morais* decorrentes da *negativa de cobertura* das operadoras de plano privado de assistência à Saúde por meio do estudo de julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Os julgados foram separados em dois grandes grupos. O primeiro consiste em julgados em que os magistrados assentaram pela configuração dos

danos morais. Elencou-se quatro hipóteses recorrentes de recusa, quais sejam, a cirurgia plástica pós-bariátrica, exame prescrito pelo médico, medicamento, urgência e emergência. Um precedente foi selecionado para cada hipótese de recusa a fim de representar e exemplificar a matéria.

O segundo grupo abordou julgados em que os magistrados decidiram pela inocorrência dos danos morais decorrentes da recusa da operadora de plano de saúde. Elencou-se, também, quatro outras hipóteses de recusa, quais sejam, urgência ou emergência não comprovadas, procedimentos com fins estéticos, interpretação razoável de cláusula e cirurgia eletiva. Um julgado foi selecionado para cada hipótese de recusa a fim de representar a controvérsia.

Portanto, o tema será analisado à luz da dogmática jurídica consistente na interpretação constitucional acerca do direito à saúde, bem como da fixação do sentido das normas infraconstitucionais relativas à proteção do consumidor e a regulação das atividades das empresas que atuam no setor de saúde suplementar no Brasil, especialmente quanto à prática ilícita e corriqueira de recusa indevida de cobertura de assistência privada à saúde.

2. A SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1. O sistema híbrido de assistência à saúde brasileiro

A saúde de acordo com a Organização Mundial da Saúde é o complemento de bem-estar físico, mental e espiritual do ser humano, e não apenas a ausência de afecções e doenças.¹ Nesse sentido, pode-se conceituar a saúde como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como a melhorar a qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida.²

A CF prevê a saúde como direito fundamental de segunda dimensão, isto é, como direito social que deve ser garantido por meio da atuação positiva, direta ou indireta, do Estado, conforme preceitua os artigos 6^o e 196⁴. Assim, nesse sentido incumbiu-se o texto constitucional de elencar a saúde, na seção II, Capítulo II, Título VIII, como sendo um dos programas da seguridade social, ao lado da previdência e assistência social. A ordem constitucional brasileira estabelece que os serviços de assistência à saúde podem ser prestados, tanto, pela rede pública, quanto pela rede privada.

A assistência à saúde prestada pela rede pública está prevista no artigo 198 da CF e é regulada pela Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde). Tal serviço público é oferecido pelo Estado por meio do SUS, podendo ser integrado, mediante contrato de direito público ou convênio, por entidades privadas em caráter complementar (art. 4^o, § 2^o, Lei n^o 8.080/190 c/c art. 199, § 1^o, da CF). O art. 200 da CF elenca as atribuições e as competências do Sistema único de saúde. A rede pública de saúde deve garantir o acesso

¹ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em: 22 maio 2018.

² AMARAL, Cláudio José. ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, Bahia, Ano 99, v. 892, p. 59, fev. 2010

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

universal e igualitário, sem qualquer oneração, às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme comando do art. 196 da CF.

A assistência à saúde prestada por entidades privadas, prevista no art. 199 da CF, é qualificada como suplementar e costuma ser prestada por meio de planos privados de assistência à saúde que são contratados diretamente ou indiretamente, pelo beneficiário⁵, de forma onerosa. Tais contratos são regulados pela LPS e, também, pelo CDC, conforme já pacificado por meio do Enunciado Sumular do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nº 608.⁶ Ocorre que muito embora neste âmbito à saúde seja prestada pela iniciativa privada, sua atividade está sujeita ao controle, fiscalização e regulamentação pelo Poder Público, diante da relevância pública que essa atividade representa, nos termos do art. 197 da CF.

O papel de regular, disciplinar e controlar as atividades que garantem a assistência suplementar é exercido pela ANS, autarquia de regime de natureza especial, criada pela medida provisória nº 1.928 em 1999, reeditada pela medida provisória nº 2.012-2, com a posterior promulgação da Lei n. 9.961/2000. Cabe enfatizar que a ela não incumbe regular todos os serviços de saúde, tais como: prestadores de serviços, médicos, hospitais, medicamentos, mas tão somente as operadoras de planos de assistência à saúde.⁷ A ANS tem 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 (art. 3º, Lei n. 9.961/2000).

O art. 35-A da LPS, com a alteração da medida provisória nº 2.177-44/2001, prevê a criação do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) órgão encarregado de traçar as políticas de saúde, tendo como competência fixar diretrizes gerais para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras de planos de saúde.⁸ É órgão integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com

⁵ CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, n.80, p. 214, out./ dez. 2011.

⁶ Para a maioria da doutrina a Lei de Planos de Saúde tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o CDC servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor. Assim, haveria a aplicação subsidiária do CDC à lei de planos de saúde, nos termos do art. 35-G da Lei de planos de saúde. Entretanto, alguns doutrinadores, à exemplo de Claudia Lima Marques e Adalberto Pasqualotto, não há que se falar em subsidiariedade e sim em complementariedade, diálogo das fontes. (GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 160)

⁷ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 66

⁸ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença Preexistente nos Planos de Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74-75

competência para estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, aprovar o contrato de gestão da ANS, supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS, fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar e deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Assim exposto esse quadro, pode-se afirmar que coexistem dois sistemas de prestação de serviços à saúde: o realizado pela *rede pública*, oferecido pelo Estado por meio do SUS e pelas entidades privadas que o integram mediante contrato público ou convênio, e pela *rede privada*, formada somente pelas entidades privadas, incumbindo ao cidadão optar por um ou por outro. A opção pelo sistema privado ou pelo suplementar não tem significado de renúncia ou disponibilização, qualquer que seja a forma, do serviço e respectivo atendimento estatal.⁹

2.2. Contratos de assistência privada à saúde

2.2.1. Conceito do contrato de assistência privada à saúde

A prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado contrato de plano de saúde ou seguro saúde.¹⁰ O art. 1º, inciso I, da LPS define o contrato de plano de saúde como sendo: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.¹¹

⁹ ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes. **Planos de Saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

¹⁰ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. v. 31. p. 131

¹¹ A redação original do art. 1º da Lei nº 9.656/1998 dispunha que esse diploma deveria incidir sobre as pessoas jurídicas de direito privado cujas atividades consistisse em operar *planos* ou *seguros privados* de assistência à saúde. A redação do art. 1º, aliás, mantinha fidelidade à ementa da lei, que previa destinar-se a dispor sobre seguros privados de assistência à saúde. Era preciso, então distinguir o que era os planos de saúde dos seguros saúde, tarefa das quais o legislador desincumbiu nos dois incisos do §1 do art. 1 da Lei nº 9.656/1998, distinção que pode ser sintetizada nos seguintes termos: a) plano privado de assistência à saúde: negócio por meio do qual a pessoa jurídica de direito privado se obriga a prover o destinatário da sua atividade, mediante o pagamento de contraprestações pecuniárias periódicas, de atendimento médico em rede própria ou de terceiro, arcando com o respectivo ônus financeiro, b) seguro privado de assistência à saúde: pacto por meio do qual sociedade seguradora se compromete o pagamento de prêmio, a cobrir os

Nesse sentido, pode-se conceituar o contrato de plano privado de assistência à saúde como o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas.¹²

Cuida-se de negócio jurídico que experimentou vertiginoso incremento nas últimas décadas, em razão da deterioração do sistema público de saúde e do elevado custo de serviços privados de assistência médica e odontológica, tornando-se extremamente frequente na realidade cotidiana.¹³

2.2.2. Características

Os contratos de Plano Privado de Assistência à saúde possuem as seguintes características: caráter mutualístico, formal, oneroso, bilateral, típico, aleatório, de massa, de adesão, cativo de longa duração e integrante de rede.

2.2.2.1. Caráter Mutualístico

A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja a sua modalidade, é o mutualismo, que consiste na pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira¹⁴ mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum, que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos.¹⁵

riscos da assistência à saúde, mediante livre escolha, pelo segurado, do prestador do respectivo serviço, obrigando-se em reembolsar as despesas a esse título, efetuados por último. Ocorre que o art. 2º da Lei nº 9.656/1988 passou a prever a possibilidade de os planos de assistência à saúde reembolsarem as despesas médicas de seus consumidores, de modo que a distinção entre essas duas modalidades de contrato, quais sejam, seguro-saúde e contratos de plano de saúde tornou-se muito tênue. Com o advento da medida provisória nº 2.177-44/2001, que alterou o art. 1º da Lei nº 9.656/1988, aboliu a distinção entre seguro-saúde e os planos de saúde. Assim, parece evidente que a extensão dos contornos definidos para os planos de saúde permite abarcar os seguro-saúde, de modo que os dois possuem o mesmo regramento jurídico. (SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 188-191). O seguro-saúde é fiscalizado pela SUSEP, sob a regulamentação do CNSP.

¹² FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 167

¹³ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 188.

¹⁴ A Carteira, de acordo com o art. 1º, inciso III, da Lei nº 9.656/1988, é o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que trata a Lei de Planos de Saúde, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

¹⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197.

Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos.¹⁶ O fundo é formado pelos pagamentos mensais, ou contraprestações mensais, realizadas por cada um dos consumidores pagantes. A viabilidade de sua manutenção depende do equilíbrio entre as prestações pagas e os serviços cobertos. Esse fundo comum, portanto, pertence a todos contratantes e não à operadora, mas será gerenciado por esta para custear as despesas de assistência médica, hospitalar e de todos os participantes.¹⁷

O valor da contraprestação pecuniária é precificada a partir de cálculos atuariais que levam em conta, além do índice de sinistralidade de faixa etária, dados estatísticos quanto à permanência mínima média de um beneficiário em um plano, dentre outros.¹⁸ Deve haver, portanto, um equilíbrio entre as contraprestações e o dispêndio da operadora de plano de saúde para que seja garantido o atendimento médico, hospitalar, odontológico, se e quando necessário, custo que será absorvido pelo fundo comum.¹⁹

O consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo de assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois, diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-lo com os outros.²⁰

Assim, pode-se afirmar que o contrato de assistência à saúde é um contrato de cooperação, pois há um objeto em comum, cuja existência pode até ter significados distintos para os contratantes, mas que só subsiste por meio da cooperação. Ao contrário dos contratos de oposição em que os interesses dos contratantes são opostos como ocorre, por exemplo, na compra e venda, pelo qual alguém quer desfazer-se de uma coisa e

¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

¹⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197-199

¹⁸ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 212

¹⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198-199

²⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198

outrem deseja aquela coisa.²¹ No entanto, a operadora de plano de saúde é uma empresa capitalista, assim, sua função, além de gerir o fundo de tal modo a permitir sua solvabilidade e liquidez, é também gerar lucro para distribuí-lo aos sócios ou acionistas.²²

2.2.2.2 - Formal

No Brasil prevalece o princípio da liberdade da forma, isto é, admite-se como regra, que a simples manifestação da vontade independentemente do seu modo de expressão, é suficiente para aperfeiçoar o contrato. Todavia, em alguns casos a lei irá exigir determinado revestimento formal para sua celebração, situação na qual a forma legalmente estabelecida eleva-se à condição de requisito de validade do negócio jurídico.²³

É o que se impõe do art. 107 do Código Civil (CC) que assim dispôs: “*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*” Dessa forma, preterida a forma prevista em lei o negócio jurídico será nulo, nos termos do art. 166, inc. IV, do CC. O art. 16, § único, da LPS estabelece que devem as operadoras entregar ao consumidor cópia do instrumento contratual, do regulamento ou das condições gerais do plano e determinou a forma escrita. O contrato de plano privado de assistência à saúde é, portanto, contrato formal.²⁴

Na hipótese de a forma escrita não tiver sido cumprida no contrato de plano de saúde não será a melhor solução a declaração de nulidade decretando-se perdas e danos em favor do consumidor. O consumidor ficaria desprotegido sendo mais interessante a ele a prestação do serviço contratado, que diz salvaguarda de sua vida e saúde, do que uma indenização incapaz de pôr a salvo os seus bens mais preciosos. A melhor solução está na aplicação do princípio da conservação dos contratos consagrado no art. 6º, V e art. 51, § 2º, ambos, do CDC.²⁵

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Responsabilidade:** seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

²² LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Responsabilidade:** seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32.

²³ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 225

²⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.226.

²⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 226-227.

2.2.2.3. Contrato Oneroso

Os contratos são classificados quanto ao sacrifício patrimonial das partes em *onerosos* e *benéficos*. Os contratos *onerosos* são aqueles que trazem desvantagens para os dois contratantes, pois ambos sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (ideia de proveito alcançado). As duas partes assumem deveres obrigacionais, havendo um direito subjetivo de exigí-lo. Há uma prestação e uma contraprestação. Os contratos *gratuitos* ou *benéficos* são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação.²⁶

O consumidor, ou alguém por ele, deve efetuar o pagamento das contraprestações que formam o fundo comum e quando efetivado o sinistro deve a operadora de plano de saúde efetuar o pagamento das despesas, além de manter quadro de profissionais. O consumidor então quando munido do contrato de plano de saúde auferir a proteção da sua saúde e as operadoras de planos de saúde ao administrarem o fundo comum auferem lucro. Portanto, tanto o consumidor quanto a operadora de plano de saúde auferem vantagens e desvantagens, o que permite classificar esse tipo de contrato como oneroso.

Os contratos gratuitos devem ser interpretados restritivamente, nos termos do art. 114 do CC²⁷, ou seja, o sentido e o alcance apresentado pela expressão literal da norma jurídica é restringido.²⁸ Os contratos onerosos comportam a interpretação extensiva que amplia o sentido e o alcance apresentado pelo que dispõe literalmente o texto da norma jurídica.²⁹ Os contratos de plano privados de assistência à saúde como visto são onerosos devendo então serem interpretados extensivamente. Deverão ainda serem interpretados de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC, a fim de proteger a parte mais fraca da relação jurídica.³⁰

O contrato para ser caracterizado como oneroso dispensa saber se quem irá pagar as contraprestações será o consumidor ou terceiro, como ocorre por exemplo, quando os empregadores patrocinam planos em favor de seus empregados. Exceção a essa regra são as operadoras de autogestão, nos quais a operação é realizada diretamente por pessoa

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 21.

²⁷ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v. 3. p. 54.

²⁸ NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 324.

²⁹ NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 325.

³⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 229.

jurídica, por intermédio do seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, em benefício das pessoas com quem mantém vínculo (como seus sócios, administradores e empregadores), com patrocínio integral.³¹

2.2.2.4. Contrato Bilateral

O *contrato unilateral* é aquele em que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro. O contrato é *bilateral* quando os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos, de forma proporcional.³² Não há dúvida que o contrato de plano de saúde é bilateral, pois o pagamento de prestação pelo consumidor é causa da obrigação da operadora de proporcionar ao primeiro a cobertura dos riscos de assistência à saúde.³³

Os contratos *bilaterais* admitem a aplicação da exceção do contrato não cumprido³⁴ e da cláusula resolutiva tácita³⁵. Com efeito, nenhum dos contratantes poderá antes de cumprida a sua obrigação exigir do outro o implemento da obrigação do outro, nos termos do art. 476 do CC. No mesmo sentido, em razão da dependência recíproca das obrigações, nestas avenças o descumprimento culposo da obrigação de uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato.³⁶

Ocorre que o legislador, atento à relevância dos bens jurídicos objeto dos planos de saúde e da especial vulnerabilidade dos seus consumidores, mitigou o rigor de tais implicações, proibindo a suspensão e a rescisão unilateral desses contratos, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de sua vigência, mesmo assim desde que o

³¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 228.

³² TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 3. p. 20

³³ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

³⁴ A exceção de contrato não cumprido, ou *exceptio non adimpleti contractus*, ocorre quando um dos contratantes se recusa a cumprir sua obrigação até o adimplemento da prestação da outra parte. (LOBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163)

³⁵ Na execução do contrato, cada contraente tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumpre as obrigações avençadas. Essa faculdade pode resultar de estipulação ou de presunção legal. Quando as partes a convencionam, diz-se que estipulam a cláusula resolutiva expressa ou pacto comissório expresso. Na ausência de estipulação, tal pacto é presumido pela lei, que subentende a existência da cláusula resolutiva. Neste caso, diz-se que é implícita ou tácita. Em todo contrato bilateral ou sinalagmático presume-se a existência de uma cláusula resolutiva tácita, autorizando o lesado pelo inadimplemento a pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos. O art. 475 do Código Civil proclama, com efeito: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2017, v.3. p. 182).

³⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232

consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência (art. 13, parágrafo único, inciso II, da LPS).³⁷

2.2.2.5. Contrato Típico

Os *contratos atípicos* são modelos negociais que não têm previsão expressa na legislação. São os contratos livremente elaborados pelos contratantes, que assim preferem não utilizar os modelos legais, para autorregulação de interesses específicos. A atipicidade tem fundamento exposto no art. 425 do CC a qual dispõe que “*é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”. A atipicidade concretiza-se na livre dispensa dos tipos contratuais; na possibilidade da fusão de tipos contratuais; por fim, na criação de novos tipos contratuais.³⁸

Contrato típico é o reconhecido formalmente pelo direito, segundo modelo fixado pelo legislador (compra e venda, permuta, doação, empréstimo, mandato, locação, fiança, empreitada etc.). O modelo contratual não é rígido, pois a lei deixa margem de inovação criadora às partes contratantes e, ainda, de rejeição, por estas, das normas dispositivas ou supletivas, que apenas incidem no contrato, se não houver estipulação contratual em contrário.³⁹

Nos planos de saúde, diante da magnitude dos interesses envolvidos, da sua importância individual e social e em face dos inúmeros abusos cometidos no passado recente, o Estado interveio coarctando a liberdade contratual, mediante a regulação desses contratos. Entretanto, não é pacífica a classificação do plano de saúde como contrato típico, a exemplo de Antonio Joaquim Fernandes Neto que o classifica como atípico misto, possuindo alguns elementos típicos acompanhados de modificações parciais.⁴⁰

2.2.2.6. Contrato Aleatório

Os contratos bilaterais se subdividem em *comutativos* e *aleatórios*. São *comutativos* os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. São *aleatórios* os

³⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232

³⁸ LOBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94

³⁹ LOBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96

⁴⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 233

contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estima prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disso ficam dependentes de um acontecimento incerto.⁴¹

A álea consiste na incerteza da prestação principal do consumidor, a qual depende da ocorrência de evento futuro e incerto. Trata-se de uma prestação de risco, ou seja, o fornecedor não precisará prestar o serviço se não acontecerem os eventos previstos, e o consumidor somente terá a cobertura, se, porventura, ocorrerem as situações preestabelecidas no contrato.⁴²

Os contratos de plano de saúde, embora seja certa a prestação a cargo do consumidor, o qual, como regra obriga-se ao pagamento de determinado valor mensal, é intuitivo que incerta será a obrigação da operadora, que pode não correr, ou, ocorrendo, ser desproporcional, para mais ou para menos, à obrigação assumida pelo consumidor. Por isso mesmo, fixa-se o valor da prestação do consumidor com base em cálculos atuariais, de tal modo que esse tipo de contrato não representa, para a operadora, risco maior que aquele existente nos contratos comutativos, já que a desproporção possível de ocorrer diz respeito à prestação devida a cada consumidor individualmente, sendo o montante da sua obrigação para com a respectiva carteira perfeitamente suscetível de prévia determinação e exato conhecimento.⁴³

Os contratos de planos de saúde são aleatórios, pois o consumidor paga um preço fixo por uma expectativa de prestação dos serviços de cobertura assistencial, em patamares previamente estipulados pelo fornecedor, com a possibilidade real de nem mesmo utilizar os procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos contratados. O contrato se justifica, no entanto, para dar segurança ao consumidor de que, caso ocorra o evento, terá assegurada a cobertura contratada.⁴⁴ A contraprestação fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes.⁴⁵

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.3. p. 59.

⁴² GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 134.

⁴³ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 235.

⁴⁴ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 134.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 413-415

Nos contratos aleatórios não tem lugar para a rescisão contratual por lesão⁴⁶ que ocorre quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157 do CC). Ocorre que parte da doutrina entende ser possível a constatação do instituto da lesão em contratos aleatórios desde que a prestação de uma das partes seja desproporcional à álea do negócio. Assim, embora não se possa considerar lesionado o contrato tão somente por obrigar o consumidor a efetuar o pagamento para obter prestação que nem sabe se e quando ocorrerá, ou mesmo em que medida dela necessitará, nada impede que se afirme lesionado quando o valor da prestação a cargo do consumidor for desproporcional à cobertura oferecida pela operadora, gerando lucro excessivo para esta.⁴⁷

O valor da prestação é determinado pela operadora de plano de saúde por meio de cálculo atuarial. Diante disso, pode ser que seja fixada prestações que excedam o necessário para cobrir os custos e remunerar adequadamente seus serviços, impondo desvantagem exagerada para o consumidor, com o aumento abusivo de seus lucros. Em situações como essa poderá o consumidor a aplicar a regra do art. 6º, inc. V, primeira parte do CDC, modificando o contrato para restabelecer o seu equilíbrio.⁴⁸

2.2.2.7. Contratos de massa e de adesão

Os contratos de massa são resultados da sociedade de consumo, que pressupõe a produção, a oferta e o consumo de produtos e serviços em larga escala, como forma de viabilizar, sob o ponto de vista econômico, a própria subsistência do sistema. O ser humano deixa de ser identificado na sua individualidade, para ser despersonalizado e visto como mero integrante de um todo, uma massa.⁴⁹ Tratar o tema de planos de saúde, importa em falar de contratos celebrados uniformemente entre empresas e milhões de consumidores não havendo como negar que se tratam de contratos de massa.⁵⁰

O contrato de adesão consiste na técnica utilizada para a conclusão dos contratos de massa e se caracteriza pela impossibilidade de um dos contratantes discutir as cláusulas

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 59

⁴⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 236

⁴⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 236

⁴⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 236-237

⁵⁰ LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flavia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In: MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104

podendo somente aceitá-las ou rejeitá-las prevalecendo, assim a vontade da outra. Inexiste a fase pré-negocial, a denominada fase de pontuação, com a mera adesão da parte mais fraca às cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. Ao contrário do contrato paritário ao qual os contraentes estão em pé de igualdade e podem discutir os termos contratuais.⁵¹

A rigor, a principal diferença entre os contratos paritários e os contratos de adesão não está no ato de formação, porque em ambas a aceitação é adesiva. A diferença está na fase pré-contratual. Nos contratos de adesão, não há tratativas, como há nos contratos paritários; não há a possibilidade do aderente influenciar a formação da proposta, como ocorre nos demais contratos.⁵²

O CDC define que o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 54, *caput*, CDC). A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato (art. 54, § 1º, do CDC). A cláusula resolutória é admitida nesse tipo de contrato desde que a escolha ao consumidor (art. 54, § 2º, do CDC). Dessa forma, o contrato de plano de saúde é contrato de adesão uma vez que o consumidor não tem a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais.

A par das inúmeras vantagens que oferece em termos de racionalização, rapidez, segurança, economia etc., o contrato de adesão possibilita, lamentavelmente, a prática de toda sorte de abusos.⁵³ Em virtude disso o CDC estabeleceu mecanismos de proteção ao consumidor que serão explorados a seguir.

Os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (art. 54, § 3º, do CDC). Descumprido este mandamento o contrato não obrigara o consumidor, nos termos do art. 46 do CDC, pois a clareza é requisito absoluto que decorre dos princípios da transparência e boa-fé objetiva.⁵⁴

⁵¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 238-239

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p. 163

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p. 164.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p. 164-166

Os contratos de adesão poderão conter cláusulas que impliquem em limitação de direito do consumidor, todavia deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, § 2º, do CDC). Entretanto, se a cláusula contratual limitadora de direito implicar em desvantagem excessivamente exagerada para o consumidor e, por conseguinte, vantagem para o fornecedor, restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio serão declaradas nulas de pleno direito (art. 51, inc. IV, c/c art. 51, § 1º, inc. II, do CDC).⁵⁵

O contrato de adesão quando apresentar cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverão ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, conforme manda art. 47 do CDC e o art. 423 do CC. Assim, caso as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48, CDC), qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30, CDC), ainda que ministradas por prepostos ou representantes autônomos do fornecedor (art. 34, CDC) entre em contradição com o formulário deverá ser aplicada a interpretação mais favorável ao consumidor.⁵⁶

Ainda, estabelece o art. 51, inc. I, do CDC que qualquer cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou implique renúncia ou disposição de direitos serão nulas de pleno direito. O fornecedor apresenta-se ao mercado de consumo na condição de quem está em disponibilidade para contratar e deverá fazê-lo com todos aqueles que se disponham a aderir às condições publicamente ofertadas, sob pena de malferir o art. 39, inc. II do CDC. O art. 14 da LPS estabeleceu que a operadora de plano de saúde não poderá recusar assistência ao consumidor em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência. Trata-se de rol exemplificativo, sendo certo que ninguém por nenhuma poderá causa pode ser impedido de contratar plano de saúde.⁵⁷

Por fim, cumpre dispor que as disposições dos contratos de adesão que fazem referência a documentos anexos a ele, tais como, tabelas de preços, de reajustes por mudança de faixa etária, comunicados quanto a restrições de utilização de rede credenciada, limitação de direitos, coparticipação do consumidor, só vinculará o

⁵⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 241.

⁵⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242.

⁵⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242-243

consumidor se este, efetivamente, a eles tiver tido acesso, cabendo prova ao fornecedor (art. 46 do CDC).⁵⁸

2.2.2.8. Cativo de longa duração

Os contratos cativos de longa duração são aqueles em que utilizam métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer *serviços especiais* no mercado, criando relações jurídicas complexas de *longa duração*, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de *catividade* ou dependência dos clientes.⁵⁹

Assim os contratos cativos de longa duração exigem a coexistência de três elementos. O primeiro deles é a *duração prolongada no tempo*, pois trata-se de serviços cuja prestação se estende no tempo, de execução continuada ou trato sucessivo. O segundo deles é a *relevância do objeto*. O contrato tem por objeto serviços relevantes, porquanto capazes de proporcionar ao consumidor e à sua família acesso à utilidades capazes de satisfazer suas necessidades, como o crédito, a educação, o lazer, a saúde, a segurança, a informação, o bem-estar, entre outras, que integram, de maneira inseparável, o modo de vida do ser humano contemporâneo.⁶⁰

O último elemento trata-se da *catividade* do consumidor que consiste no aprisionamento do consumidor à relação contratual, não formalmente, não porque uma cláusula contratual o impeça de desvencilhar-se dela, mas por que, após longo tempo de vínculo, o contrato passa a fazer parte da sua vida, dá-lhe segurança ou acesso a utilidades que de outra forma não teria. O encerramento do vínculo já não mais lhe interessa, porque traria enormes desvantagens, contexto que o coloca na condição de dependência do contrato.⁶¹

Quem contrata plano de saúde, não o faz para obter apenas o tratamento imediato de doença de seja portador - basta atentar para os prazos de carência e a exclusão de cobertura para doenças e lesões preexistentes - mas para acautelar-se dos riscos à saúde.

⁵⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 243

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 79

⁶⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244-245

⁶¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244-245

Contrata quando está saudável, esperando obter o tratamento necessário quando precisar. Conclui-se então que se trata de um contrato que perdura no tempo. O contrato de plano de saúde visa prestar serviços de assistência à saúde que é essencial a qualquer ser humano, portanto, possui como objeto necessidade relevante. Por último, o encerramento do vínculo contratual não é de interesse do consumidor, pois necessita de ter sua saúde protegida.⁶² Vê-se então que as relações que se forma entre fornecedores e consumidores de serviços de assistência à saúde geram uma rede obrigacional complexa, destinada a prolongar no tempo classificados, portanto, como contrato cativo de longa duração.⁶³

2.2.2.9. Integrante de rede

Há muito se tem percebido que relações contratuais estruturalmente diversas (com partes e objetos próprios e distintos) podem gerar vínculos e consequências jurídicas além daqueles decorrentes de um considerado isoladamente. Trata-se de figura jurídica introduzida pela pós-modernidade, que demonstrou incapazes os princípios contratuais clássicos, particularmente o da relatividade dos efeitos do contrato, para resolver inúmeros problemas originados desse novo panorama, sob pena de ocasionar prejuízo à parte mais frágil da rede.⁶⁴ Porquanto que o princípio relatividade dos contratos estabelece que os contratos vinculam somente as partes que o firmaram, todavia dada a complexidade das relações contratuais que, em alguns casos, envolvem terceiros com interesses relacionados ao objeto contratado sem que com isso, estes terceiros figurem na relação contratual, surge a necessidade de se rever o referido princípio, a fim de que se possa em determinados casos afastá-lo ou mitigá-lo.⁶⁵

A rede contratual pode ser entendida como a coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém ligados por um articulado e estável nexo econômico, funcional e sistêmico.⁶⁶ Assim, a rede contratual vista a partir da noção de sistema não permite uma eventual confusão com um simples conjunto de contratos. É

⁶² SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244

⁶³ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 133

⁶⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 247

⁶⁵ GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, redes contratuais, contratos de adesão e condições gerais de contratação. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v., 2, n. 29, p. 275, 2012.

⁶⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 137.

necessário que entre dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexu objetivo, que justifique a percepção de uma rede.⁶⁷

Este fenômeno de interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados implica conseqüências jurídicas.⁶⁸ A principal delas é de que um contrato ao inserir-se numa rede contratual consiste na criação de deveres e obrigações de todos aqueles que integram, partes em cada um dos contratos individuais, em relação à rede e aos demais integrantes desta.⁶⁹ O vínculo funcional entre os contratos que formam o sistema não retira desta forma de relação os deveres inerentes à qualquer outra relação contratual, porém, a possibilidade de o terceiro sucumbir às conseqüências do não cumprimento do avençado por um dos contratantes se mostrará mais evidente, já que sua participação na rede se justifica também pela busca de lucro e espaço no mercado.⁷⁰

Os contratos de planos de saúde integram uma rede contratual de prestação de serviços. Com efeito, há nesse sistema contratual, por um lado, certo número de consumidores, destinatários da atividade prestada por determinada operadora, que compartilham entre si os riscos de assistência à saúde e, do outro, além da operadora, uma série de pessoas, físicas e jurídicas- profissionais liberais, da área da saúde, clínicas, laboratórios, hospitais, etc. – cuja atividade consiste em exercer, por conta da operadora, os serviços contratados.⁷¹

2.2.3. Operadoras de planos de saúde

A operadora de plano de assistência à saúde é a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde, nos termos do art. 1º, inc. II, da LPS.

As pessoas jurídicas, também denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens

⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 103, fev. 2005

⁶⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128

⁶⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 248

⁷⁰ GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, redes contratuais, contratos de adesão e condições gerais de contratação. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 29, p. 277, 2012.

⁷¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 249.

arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal.⁷² A sociedade empresária (art. 44, inc. II, CC), denominadas no CC de 1916 como sociedade comercial, são pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, instituída pela vontade de particulares, visando a atender os seus interesses e uma finalidade lucrativa, mediante exercício de atividade empresária, nos termos do art. 982 do CC.⁷³ A sociedade simples (art. 44, inc. II, CC), antiga sociedade civil, é pessoa jurídica de direito privado que, também, visa um fim econômico (lucro), mediante o exercício de atividade não empresária, como por exemplo, as cooperativas.⁷⁴

As operadoras de plano privado de assistência à saúde também podem atuar como cooperativas que operem produto, serviço ou contrato de Plano Privado de Assistência à saúde, bem como entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração (Art. 1, § 2º, LPS). As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde (art. 1, § 3º, LPS). É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos ou a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde. (art. 1, § 3º § 4º, LPS).

As operadoras são classificadas, de acordo com o art. 10 da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 39/2000, conforme seu modelo organizacional, em: administradora, cooperativa médica, cooperativa odontológica, autogestão, medicina de grupo, odontologia de grupo e filantropia.⁷⁵

A administradora, encontra-se disciplinada pela Resolução Normativa – RNº 196, de 14 de Julho de 2009, que modificou a RDC n. 39 nesse ponto, e é a modalidade de operadora que administra planos de assistência à saúde, sem assumir o risco, decorrente da operação desses planos de assistência à saúde. O risco, nesse caso, é atribuído à empresa que contrata a administradora, pois não comercializa planos, à medida que sua atividade consiste em exercer, como empresa terceirizada, a gestão operacional (gerenciamento de rede, autorização de procedimentos etc.) de uma outra

⁷² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 245.

⁷³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 260

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 260

⁷⁵ A lei nº 10.185/2011, também, prevê outra modalidade de operadora de plano de saúde, qual seja, as seguradoras especializadas em seguro saúde que são as empresas que comercializam o seguro enquadrado como plano privado de assistência à saúde, devendo, para tanto, realizar essa atividade com exclusividade, isto é, sem fazer o *mix* de carteiras com outros ramos. (art. 1, § 3º, Lei 10.185/2011). (GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 149-150)

operadora que a contrata. Portanto, não possuem rede própria, credenciada ou referenciada, nem tampouco é a titular de consumidores dos planos que administra.⁷⁶

As cooperativas médicas e cooperativas odontológicas, previstas nos artigos 12 e 13 da RDC n. 39/2000, são sociedades de pessoa sem fins lucrativos, constituídas na forma da Lei n. 5.764/1971, que opera plano privado de assistência médica. São fundadas pelos próprios prestadores de serviços, médicos e dentistas, que, como particulares atuam junto às cooperativas.⁷⁷

A operadora de autogestão encontra-se disciplinada pela Resolução Normativa – RN n. 137/2006, que modificou a RDC n. 39 nesse ponto, representa as entidades que operem planos em sistema fechado, com público específico, podendo estar ou não vinculadas a empresas, públicas e privadas, a sindicatos ou a associações e, em alguns casos, operando o plano por meio de departamentos, normalmente de recursos humanos, do ente ao qual estejam vinculadas.⁷⁸ A incidência da lei consumerista sobre os serviços de assistência à saúde prestados pelas entidades de autogestão era tema controverso, mas que foi pacificado no ano 2018 por meio do enunciado sumular do STJ n. 608, que assim dispôs: *“aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”*

As modalidades de medicina de grupo e de odontologia de grupo, estão previstas nos artigos 15 e 16 da RDC n. 39/2000, são aquelas pessoas jurídicas que operam os planos privados de assistência médica ou aquelas que exclusivamente cuidem de planos odontológicos. As filantrópicas, nos termos do art. 17 da RDC n. 39/2000, são as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, dentro do prazo de validade, bem como da declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais, na forma da regulamentação normativa específica vigente.

⁷⁶ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 148

⁷⁷ CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. v. 20, n.80, p. 220, out-dez. 2011.

⁷⁸ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 149.

2.2.4 - Tipos de planos e suas coberturas assistenciais

Os tipos de planos privados de assistência à saúde previstos na LPS são: plano-referência (art. 10), plano ambulatorial (art. 12, inciso I), plano hospitalar (art. 12, inciso II), plano hospitalar com plano obstétrico (art. 12, inciso III) e plano odontológico (art. 12, inciso IV).

O plano referência é o plano mais completo e abrangente previsto pela LPS. É um plano de oferecimento obrigatório a todas Operadoras, exceto as de autogestão e odontologia de grupo (art. 10, § 3º, LPS)⁷⁹. Compreende a assistência de todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, nos termos do art. 20 da Resolução Normativa – RN n. 428, de 7 de novembro de 2017. Registra-se que podem estar excluídos da cobertura assistencial do plano-referência, respeitada a cobertura mínima do art. 10 da LPS, de acordo com o §1 do art. 20 da referida Resolução e com o art. 10, inc. I ao X, da LPS, alguns tratamentos, procedimentos e fornecimentos, tais como, tratamento clínico ou cirúrgico experimental, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos e o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.

O plano ambulatorial compreende os atendimentos ilimitados realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, nos termos do art. 21 da RN n. 428/2017.

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, nos termos do art. 22 da RN n. 428/2017.

O plano hospitalar com plano obstétrico além da cobertura prevista no plano anterior, abrange os procedimentos da gravidez e parto, nos termos do art. 23 da RN n. 428/2017. Compreende a cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação

⁷⁹ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31, p. 150-151.

e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante o pré-parto, parto e pós-parto imediato entendido como o período que abrange 10 (dez) dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico, cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto e opção de inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção.

O plano odontológico compreende cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente, cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia e cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral, sendo obrigatória a cobertura dos atendimentos caracterizados como urgência e emergência, conforme normas específicas vigentes sobre o tema, nos termos do art. 24 da RN n. 428/2017.

Por fim, ainda a possibilidade de se criar um novo segmento de acordo com a disponibilidade do fornecedor e do interesse do paciente/consumidor exigindo-se que o contrato estipule claramente quais são os eventos cobertos e excluídos (art. 16, inciso VI)⁸⁰.

⁸⁰ CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, n.80, p. 217, out./dez. 2011.

3. O DANO MORAL

3.1. Conceito

Não há, na ordem jurídica brasileira, um conceito legal de dano moral. Nesse particular, as leis dizem pouco, e não poderiam, na verdade, dizer muito sem prejudicar sua natural evolução. Quem quiser conhecê-lo deve ir à doutrina e aos julgados.⁸¹ Originada do direito francês, a expressão dano moral está consagrada pelos diversos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Há críticas à expressão *dano moral* por limitar o verdadeiro significado do instituto, porquanto a expressão dano à pessoa seria mais apropriada por abranger todas as violações experimentadas pelo ser humano, especificamente aquelas que não contenham repercussão patrimonial. A doutrina utiliza ainda como sinônimas as expressões *dano extrapatrimonial*, *prejuízo moral*, *dano imaterial*, dentre outras.⁸²

O conceito de dano moral não é consenso entre os doutrinadores. Para parcela da doutrina é tudo aquilo que não corresponde a uma diminuição patrimonial utilizando-se do critério negativo da exclusão.⁸³ Nesse sentido, Wilson Melo da Silva define danos morais como lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.⁸⁴ José de Aguiar, na mesma linha de argumentação, afirma que quando o dano não corresponder as características do dano patrimonial, haverá a presença do dano moral.⁸⁵

Maria Helena Diniz define o dano moral como a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocado pelo fato lesivo.⁸⁶ Orlando Gomes ensina que o dano moral ocorre quando se verifica lesão a um bem jurídico insuscetível de apreciação econômica, como, por exemplo, quando são lesados direitos

⁸¹ FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 359

⁸² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 129

⁸³ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.129

⁸⁴SILVA, Wilson Melo da Silva. **O Dano Moral e sua reparação**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1969. p. 13.

⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: renovar, 2006. p. 992

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24 ed. São Paulo: saraiva, 2010. v. 7. p. 90.

personalíssimos.⁸⁷ Para Pontes de Miranda o dano não patrimonial é o que atinge o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.⁸⁸

Luis Felipe Salomão aponta que o dano extrapatrimonial surge, como uma espécie de dano autônomo, cuja gênese, conforme doutrina hodierna, é a violação a um direito da personalidade, o que vai além da mera ofensa ao patrimônio da qual decorra dor e sofrimento. Por isso, não se encontra vinculado necessariamente à redução da esfera econômica do lesado, podendo exsurgir, por óbvio, independentemente da existência de dano material.⁸⁹

Arnoldo Medeiros Fonseca conceitua o dano moral como todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Envolvem, por exemplo, os danos morais as lesões à direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai ou de parente), causadores de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.⁹⁰

Parte da doutrina entende ser insatisfatório o método da exclusão. As modernas concepções buscam a definição de dano moral por intermédio de seus elementos essenciais, em razão de bens como a vida, a integridade física e intelectual, paz, tranquilidade, espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor, segurança amor próprio estético, efeições legítimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame, dentre outros semelhantes.⁹¹

Sílvio Venosa diz que o dano moral é o que afeta a integridade física, estética, a saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação do pensamento etc. Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa e que trazem amargura, privação do bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz.⁹² Carlos Roberto Gonçalves explica que o dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu

⁸⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. v. 6. p. 30.

⁸⁹ SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado: Teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 421.

⁹⁰ FONSECA, Arnoldo Medeiros. **Dano Moral**. In: SANTOS, J.M. de Carvalho (coord.). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. v. 14. p. 242.

⁹¹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.130

⁹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v. 2, p. 401.

patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.⁹³

O dano moral para Paulo Nader se configura quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou a atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou a psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos.⁹⁴ Carlos Alberto Bittar⁹⁵ explica que os danos morais, como categoria específica, são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e como, tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico.

Para Nelson Rosenvald aproximar o princípio do dano moral ao princípio da dignidade da pessoa humana é exercício indispensável e que, assim, não se configuraria somente quando atingido um direito de personalidade. Entretanto, assevera que seria uma definição incompleta, insatisfatória, à luz de um ordenamento jurídico plural e complexo. O dano moral segundo sua visão pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.⁹⁶

Hector Valverde Santana entende que para a construção do conceito do dano moral é necessário abandonar a posição clássica que adota o critério de exclusão, pois essa categoria de dano não se resume à lesão sem repercussão patrimonial devendo mudar o enfoque para a lesão ou privação de um direito de personalidade. Portanto o define como a privação ou lesão do direito de personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano.⁹⁷ Yussef Said Cahali, também, compreende insatisfatório o critério da exclusão. Para ele o dano moral é decorrente de tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado.⁹⁸

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4. p. 388.

⁹⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7. p. 90

⁹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

⁹⁶ FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363

⁹⁷ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132-133

⁹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

3.2. Previsão legal na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor

O art. 5º, inciso V e X, da CF assegurou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e a responsabilização por dano material ou moral do agente que violar direitos de personalidade de outrem, quais sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, previstos no art. 11 e seguintes do CC.

É de acrescentar que a enumeração de direitos de personalidade que violados ensejam a reparação civil elencados no diploma legal referido é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos, pois a CF estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na CF. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*.⁹⁹

O art. 6º, incisos VI e VII, do CDC ao enumerar os direitos básicos do consumidor, também, previu regras de reparação dos danos morais em harmonia com o plano constitucional. O art. 6º, inc. VI ao lado da proteção ao patrimônio material do consumidor, estabelece, com base no princípio da satisfação ou compensação da vítima, a efetiva reparação dos danos morais individuais e coletivos¹⁰⁰. Efetivo é tudo aquilo que atinge o seu objetivo real e para, então, garantir ao consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos, o CDC implantou um moderno e avançado sistema de responsabilidade civil para os fornecedores de serviços ou produto.¹⁰¹

O art. 6º, inc. VII, do CDC inscreveu o direito básico do consumidor de ter acesso aos poderes do Estado, seja na esfera jurisdicional ou administrativa, tendo como objetivo, dentre outros, a prevenção e a reparação dos danos morais individuais ou

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 76

¹⁰⁰ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112.

transindividuais.¹⁰² A responsabilidade do fornecedor pela reparação do dano *patrimonial* pelo vício ou fato do produto ou serviço é em regra de natureza objetiva, isto é, independe da comprovação de culpa e/ou dolo, conforme previu os artigos 12, *caput*, 14, *caput*, 18, *caput*, 19, *caput* do CDC e, excepcionalmente, na hipótese de prestação pessoal de profissionais liberais será de natureza subjetiva, nos termos do art. 14, §4, do CDC.

A responsabilidade pela reparação por *danos morais*, também, segue a mesma regra possuindo assim natureza objetiva, inclusive quando o agente causador é o profissional liberal. Assim, o fornecedor que violar os direitos de personalidade do consumidor responderá independentemente da comprovação de culpa ou dolo, conforme a Teoria do risco da atividade ou do negócio desenvolvido.¹⁰³

O dano moral é categoria autônoma, distinta do dano material na relação jurídica de consumo. O dano material decorre necessariamente e exclusivamente de um fato ou vício do produto ou serviço. Afirma-se que nem sempre há dano moral decorrente da ocorrência de um dano material (vício ou defeito do produto ou serviço). Por outro lado, quando o fornecedor pratica conduta que viola os direitos de personalidade do consumidor sem atingir qualquer bem de ordem patrimonial enseja à configuração do Dano moral. Conclui-se que nas relações de consumo o dano moral pode configurar-se isoladamente ou em conjunto com um fato ou vício do produto ou serviço.¹⁰⁴

3.3. Finalidades da reparação

3.3.1. Compensatória

É necessário guardar as distinções entre a finalidade da indenização por danos patrimoniais e a finalidade de indenização por danos extrapatrimoniais para melhor compreender a finalidade compensatória. A primeira tem o intuito de reestabelecer (restituir,ressarcir) o patrimônio da vítima que foi diminuído em virtude da prática do dano por meio da reposição em espécie ou o corresponde em dinheiro visando à indenização integral da vítima retornando ao estado anterior que se encontrava antes do

¹⁰² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 100

¹⁰³ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 100

¹⁰⁴ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101

ilícito.¹⁰⁵ Trata-se do princípio do *restitutio in integrum* a qual foi consagrado pelo CC ao estabelecer no art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Ocorre situação diversa na indenização por danos extrapatrimoniais uma vez que o dinheiro não se destina à recomposição patrimonial, mas a reparação opera-se no sentido de proporcionar à vítima uma compensação, distinguindo-se da finalidade do ressarcimento.¹⁰⁶ Destina-se a conferir ao lesado uma satisfação que lhe é direito, com o intuito de atenuar os danos sofridos.¹⁰⁷ A sanção prevista pelo dano moral não visa o retorno da situação da vítima ao momento anterior ao ato ilícito, mas tem finalidade de compensar a vítima.¹⁰⁸ Desse modo, esclareça-se que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados.¹⁰⁹

Os danos extrapatrimoniais, por suposto, não são passíveis de reposição natural, eis que a honra jamais pode ser restituída à situação anterior, sendo que a reparação nesse casos reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em partem as consequências da lesão.¹¹⁰

A função compensatória é caracterizada como um meio de satisfação da vítima em razão da privação ou violação de seus direitos de personalidade. A reparação pecuniária vem abrandar o sentimento inato de vingança da vítima, confortar o seu espírito ultrajado e contribuir para a superação de fatos desagradáveis do passado. Ressalta-se que não há como orientar o dever de reparar com o apoio em uma equivalência absoluta entre o prejuízo experimentado pela vítima e o montante devido pelo ofensor devendo o operador do direito buscar uma equivalência relativa a fim de que o montante em dinheiro cumpra as suas finalidades.¹¹¹

¹⁰⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42

¹⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42

¹⁰⁷ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 162

¹⁰⁸ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 417.

¹¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3. p. 109

¹¹¹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 163-164.

3.3.2. Preventiva

O caráter preventivo de reparação por dano moral está indissociavelmente vinculado à necessidade de adoção de medidas que evitem a eclosão de conflitos no cenário social, com reflexos no subsistema das relações de consumo.¹¹² A função preventiva tem, portanto, por objetivo restabelecer a ordem violada e evitar a ocorrência de novas infrações extrapatrimoniais de terceiros.¹¹³

A função preventiva busca ensinar, por meio de uma punição econômica, o respeito aos direitos de outrem, proporcionando, assim, uma convivência pacífica na sociedade, servindo de exemplo e desestímulo para que outros indivíduos não cometam os mesmos atos ilícitos.¹¹⁴ É por meio da imposição de eventual sanção pecuniária que certamente muitos integrantes da sociedade não se sentem estimulados a atingir os valores imateriais de seus semelhantes.¹¹⁵

É finalidade que se dirige a todos os integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos da personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade. Ressalta-se que apesar de ser destinada à sociedade não exclui a intimidação do próprio agressor em praticar semelhantes condutas censuráveis. Ao lado da prevenção geral aos direitos de personalidade, a reparação do dano moral tem igualmente finalidade específica de intimidar e desestimular o agressor em relação à vítima do caso concreto, ou seja, tem reflexo delimitado sobre a relação jurídica material estabelecida entre o agressor e vítima.¹¹⁶

Desta forma, a finalidade preventiva do dano moral revela-se como meio eficaz para reduzir a incidência de atentados contra os bens mais valiosos da pessoa humana, intimidando o pretense agressor com uma possível diminuição patrimonial, realizada de

¹¹² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169

¹¹³ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 167

¹¹⁴ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 167-168.

¹¹⁵ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169

¹¹⁶ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169-170

forma coercitiva pelos órgãos jurisdicionais, contribuindo para a harmonização e pacificação da sociedade.¹¹⁷

3.3.3. Punitiva

A função punitiva no Brasil tem como inspiração o mecanismo alienígena *punitive damages*, com origem no Direito Inglês de base *common law*¹¹⁸, atualmente utilizado com maior frequência pelo sistema norte-americano que consiste basicamente em acrescentar à reparação um valor extra e autônomo daquela destinado à função compensatória com o intuito de punir o causador do dano e desestimulá-lo a praticar a conduta ilícita novamente.¹¹⁹

Trata-se de mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a específica preocupação com a pessoa da vítima, que, por seu lado, tem a atenção devida na finalidade compensatória.¹²⁰ O caráter punitivo tem por finalidade impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.¹²¹

Ocorre que o instituto da finalidade punitiva da responsabilidade civil é marcado pelo campo da controvérsia entre doutrinadores e pela jurisprudência pátria uma vez que, em sede de responsabilidade civil, o CC e o CDC não a estabelecem de forma expressa.¹²² Portanto, para melhor compreender o tema mister se faz necessário explorar os argumentos contrários e favoráveis ao instituto em estudo os quais passam a ser expostos a seguir.

O primeiro argumento contrário a ser exposto diz respeito a impossibilidade de impor uma punição ao infrator no âmbito da responsabilidade civil, pois a lei civil é matéria de ordem privada destinada à regulação de conflitos interpessoais, desprovidas

¹¹⁷ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171

¹¹⁸ GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 155, jun. 2017

¹¹⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação do valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 173-174

¹²⁰ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 166

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219

¹²² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 165

de natureza punitiva, objetivando reparar a vítima pelos prejuízos sofridos em decorrência da conduta ilícita.¹²³

Enquanto, o direito penal seria o meio mais adequado para aplicação da punição eis que trata-se de matéria de direito público formado por regras voltadas para os interesses da coletividade em geral que descrevem condutas reprováveis e que impõem sanções para a manutenção do interesse público¹²⁴, ou seja, são normas que transvestem de caráter punitivo. Ademais, a aceitação do caráter punitivo na responsabilidade civil importaria em violação ao princípio do *ne bis in idem*¹²⁵ uma vez que diversas ações causadoras de dano moral são passíveis, também, de ações penais¹²⁶ de forma que o lesante seria duplamente penalizado pelo mesmo fato.¹²⁷

Também, argumenta-se que o uso da função punitiva levaria a condenações exorbitantes que poderiam servir como incentivo à “indústria do dano moral”¹²⁸ a qual consiste na ideia de que supostas vítimas apenas estariam recorrendo ao Poder Judiciário para enriquecer através de indenizações¹²⁹. Todavia, há quem questione essa ideia¹³⁰, pois não se pode dizer que os indivíduos continuam buscando lucro desmedido e indenizações milionárias que não existem ou não têm relevância quantitativa entre os julgados e uma explicação nesta medida teria que considerar que advogados e litigantes são ingênuos ou fazem pouca análise de custo-benefício.

Outro ponto questionado seria de que quando o art. 5º, inc. X da CF utiliza o termo *indenização* afastaria qualquer possibilidade de arbitramento de verba a título de danos morais que seja superior ao real prejuízo suportado. Ainda, ressalta-se a ausência da cominação legal o que importa em afronta ao princípio da reserva legal consagrado no

¹²³ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167

¹²⁴ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 166

¹²⁵ O princípio do *bis in idem* é aquele que não admite a imposição de duas ou mais penas em face do mesmo ato ilícito. (GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 161, jun. 2017)

¹²⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 176

¹²⁷ GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 161, jun. 2017

¹²⁸ GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 160, jun. 2017

¹²⁹ VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo, v. 114, ano 26, p. 87, nov. / dez. 2017

¹³⁰ VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo, v. 114. Ano 26 p. 89-88, nov./ dez. 2017

art. 5º, inc. XXXIX, CF.¹³¹ Porém há quem sustente que o princípio da dignidade da pessoa humana deve preponderar sobre o princípio da anterioridade da pena.¹³²

Aqueles que criticam a aplicação do instituto no contexto brasileiro fundamentam também que seria a afronta à vedação do enriquecimento sem causa, previsto no art. 844 e ss. do CC, uma vez que o valor acrescido à indenização destinado à vítima ultrapassa os danos por elas sofridos de modo que estaria se beneficiando de uma penalidade/desístimulo que em tese não só a ela interessa, mas sim a toda a sociedade.¹³³ Porém há quem defenda que não seria hipótese de enriquecimento sem causa uma vez que a vítima levou o problema ao Judiciário em prol da proteção da sociedade devendo então ser recompensada por esse papel exercido ou ainda que a aplicação do *punitive damages* seria tão significativa na sociedade, no sentido de punir e prevenir ilícitos, bem como educar os indivíduos, que o seu benefício trazido à coletividade tornaria irrelevante o incremento patrimonial da vítima.¹³⁴

A crítica coloca que seria a incompatível da aplicação do instituto na responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, §único, do CC, eis que esta dispensa a comprovação de culpa. Ou ainda que o Poder Judiciário Brasileiro vem abandonando suas raízes históricas embasado no sistema romano-germânico e sem qualquer embasamento vem aplicando institutos do sistema anglo-saxão sem qualquer conexão com a nossa cultura.¹³⁵

Não obstante as opiniões contrárias admite-se a aplicação da função punitiva na reparação por danos morais tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Importante registrar que o sistema jurídico brasileiro diverge no que tange à função punitiva da indenização, do sistema de *common law*.¹³⁶

¹³¹ GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 159-160, jun. 2017

¹³² ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. **Dano moral e indenização punitiva. Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293-294

¹³³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 177

¹³⁴ ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. Dano moral e indenização punitiva. **Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 237-240

¹³⁵ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou *punitive damages*? In: FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 260

¹³⁶ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 168

3.4. Modos de fixação do *quantum debeatur*

O debate sobre a reparabilidade do dano moral foi superado com a promulgação da CF que previu expressamente no art. 5º, inc. V e X o direito à indenização em consequência da lesão aos direitos de personalidade.¹³⁷ Entretanto, pode-se dizer que boa parte dos problemas suscitados pelo advento do instituto no direito brasileiro não foram resolvidos pela legislação que a reconheceu e pelas posteriores. Tratando como se tivesse a mesma natureza e características do dano material, a legislação deixou de lado uma série de questões sensíveis e importantes, dentre elas, a quantificação do dano moral.¹³⁸

A questão se encontra complexa em virtude da impossibilidade de encontrar uma quantia que corresponda com exatidão ao dano moral sofrido pela vítima. Não há um critério de equivalência absoluta, uma medida certa que represente a restituição integral do prejuízo imaterial.¹³⁹ Além do que o dano moral não comporta exclusivamente a reparação natural¹⁴⁰ uma vez que verificado a violação aos direitos de personalidade nenhuma ação humana poderá ser realizada para o fim de reestabelecer a vítima à situação anterior.¹⁴¹

A fixação do *quantum debeatur* pressupõe que o *an debeatur* já esteja superado, isto é, o julgador já deve ter firmado a convicção de que há o dever de reparar pecuniariamente uma vez que restaram preenchidos os requisitos gerais da responsabilidade civil. Portanto, qualquer alegação capaz de afastar o dever de indenizar deve estar totalmente superada.¹⁴² Nesse sentido, faz-se necessário compreender os pressupostos da responsabilidade civil a qual passam a ser explorados a seguir.

É fonte geradora da responsabilidade civil toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem. Dessa forma sem violação de um dever jurídico preexistente não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade,

¹³⁷ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171

¹³⁸ VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo, v. 114, ano 26., p. 76-77, nov. / dez. 2017

¹³⁹ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Reparação do Dano Moral no novo Código Civil: teoria, jurisprudência e prática**. Santa cruz da conceição: Vale do Mogi, 2003. p. 51-55

¹⁴⁰ A reparação específica ou *in natura* consiste em fazer com que as coisas voltem ao estado que teriam se não houvesse ocorrido o evento danoso. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. p. 134)

¹⁴¹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

¹⁴² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 173.

por que esta é um dever sucessivo¹⁴³. Nesse sentido determina o art. 927 do CC que aquele que causar prejuízo a outrem ficará obrigado a repará-lo. São pressupostos gerais da responsabilidade civil: a *conduta*, o *dano* e o *nexo de causalidade*.

A conduta consiste em um comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.¹⁴⁴ A conduta pode ser um ato lícito ou ilícito. O dano é lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade e etc.¹⁴⁵ Enquanto o nexo de causalidade é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.¹⁴⁶ O nexo causal será rompido pelo caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro e pela cláusula de não indenizar.¹⁴⁷

A responsabilidade civil é subdividida em duas espécies: subjetiva (art. 927, *caput*, CC) e objetiva (art. 927, parágrafo único, CC). Para a configuração de ambas as espécies deverão ser preenchidos os requisitos gerais acima expostos. A diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva residirá que a primeira exigirá que o lesante pratique a conduta com dolo ou culpa, enquanto, a segunda não¹⁴⁸, pois de acordo com a teoria do risco, adotado pelo ordenamento pátrio, aquele que exerce atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente.¹⁴⁹

A conduta culposa em sentido amplo abrange toda conduta contrária ao direito, seja dolosa ou culposa. O dolo é uma conduta que nasce ilícita, porquanto a vontade do agente se dirige à concretização de um resultado antijurídico, enquanto a culpa é uma conduta que nasce lícita, mas que se torna ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.¹⁵⁰

O agente que age com dolo quer a conduta e o resultado, enquanto, na culpa a vontade do agente não vai além da ação ou omissão, pois o agente quer a conduta, mas não o resultado. Na conduta hígida de culpa embora a conduta seja involuntária o

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45-46

resultado deve ser previsto pelo lesante em menor ou maior grau. O agente que age com falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado, mesmo sabendo do resultado e não o impede realiza conduta culposa. A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, negligência e imperícia. A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. A imperícia decorre da falta de habilidade no exercício da atividade técnica, caso em que se exige, de regra maior cuidado ou cautela do agente.¹⁵¹

Os artigos 12 e 14 do CDC adotaram como regra nas relações de consumo a responsabilidade objetiva do fornecedor de modo que a existência de dano moral dispensa a averiguação da conduta culposa ou dolosa¹⁵², consagrando a teoria do risco do empreendimento.¹⁵³ Entretanto, em se tratando de profissional liberal, ainda que se tratando de relação de consumo, o art. 14, § 4º do CDC adotou a responsabilidade subjetiva.

O fornecedor de serviços ou de produtos poderá afastar o dever de indenizar, nos termos do art. 12, § 3º e art. 14, § 3º, ambos, do CDC, se comprovar que: não colocou o produto no mercado, ou que embora haja colocado o produto no mercado ou prestado o serviço o defeito inexistente; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; caso fortuito ou força maior previsto no art. 393 do CC; a existência de cláusula de não indenizar, nos termos do art. 51, I do CDC.

Preenchido todos os requisitos acima estudados, observando-se as particularidades expostas da responsabilidade subjetiva e objetiva, e a ausência de excludente do dever de indenizar o magistrado ao analisar o caso concreto concluirá que o agente causador do dano deve reparar a vítima. Deste modo o *an debeat* mostra-se caracterizado e o juiz pode passar para a análise da quantificação do *quantum indenizatório*.

O operador do direito ao valorar o dano moral deverá atender simultaneamente todas as finalidades da reparação: compensatória, preventiva e punitiva. Entretanto o direito brasileiro não contempla quais quantias específicas para atender cada uma delas.¹⁵⁴

¹⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51-52

¹⁵² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 173

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 544

¹⁵⁴ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

A CF não recepcionou leis e tratados firmados pelo Brasil que estabeleciam parâmetros prévios pecuniários para a indenização de danos morais, uma vez que o art. 5º, V determina que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem agasalhando assim o princípio da reparação integral ¹⁵⁵.

Em contraposição ao sistema tarifado ou fechado o ordenamento brasileiro adotou o sistema aberto ou ilimitado que é caracterizado pela inexistência de prévios parâmetros legais ¹⁵⁶ de modo que a fixação do *quantum* indenizatório fica atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, por meio da equidade, prudência e equilíbrio ¹⁵⁷, devendo agir, também, com base na proporcionalidade e razoabilidade.¹⁵⁸

O arbitramento judicial dos danos morais deverá corresponder à extensão do dano sofrido pela vítima, conforme prevê o art. 944 do CC e o art. 6, VI do CDC. Cabe observar que na responsabilidade civil por danos morais não se busca uma equivalência exata entre o dano e o valor da indenização uma vez que não se trata de estabelecer um preço para dor, mas ao contrário se busca compensar lesões a bens não economicamente mensuráveis¹⁵⁹, mais ainda, visa neutralizar e atenuar os sentimentos negativos sofridos pela vítima.

O ato judicial que fixar o dano moral deve declinar, de forma clara e adequada, as razões que o levaram estabelecer um determinado valor em dinheiro para a reparação da violação dos direitos de personalidade, nos termos do art. 93, IX da CF e art. 489, inc. II do Código de Processo Civil (CPC), sob pena de ser considerada arbitrário. Portanto, o juiz além de evidenciar os pressupostos da responsabilidade civil deverá indicar os critérios utilizados para a valoração da indenização.¹⁶⁰

¹⁵⁵ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 174

¹⁵⁶ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 180

¹⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 270

¹⁵⁸ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183

¹⁵⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165

¹⁶⁰ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185

Os critérios específicos de fixação do dano moral sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência são flexíveis e variáveis de acordo com o caso concreto. Ocorre que alguns critérios específicos são reiteradamente invocados que devem ser analisados em todos os casos do dano moral, dentre eles: o grau de culpa do ofensor, a intensidade de alteração anímica verificada na vítima, a repercussão do ato ilícito no meio social, a situação econômico-financeira do ofensor e as condições pessoais da vítima.¹⁶¹

A avaliação do grau de culpa em sentido amplo do ofensor está vinculada à reprovabilidade ou censurabilidade de sua conduta em face dos princípios e regras jurídicas vigentes. E está associada à circunstância de o mesmo ter agido com dolo ou culpa ¹⁶², seja grave, leve e levíssima. A culpa grave é aquela em que o agente atua com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal. É a culpa consciente, isto é, o agente prevê o resultado da sua conduta. A culpa leve é a falta que poderia ser evitada com a atenção ordinária, com o cuidado do homem comum. E a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.¹⁶³

A análise do grau de culpabilidade é noção elementar aplicada à quantificação do dano moral de modo que a prática do ato ilícito mediante dolo intenso deve alcançar uma maior reprovação do que o fato realizado com culpa de grau leve. O juiz deve observar as condições pessoais do agente causador do dano moral na perquirição da reprovabilidade de sua conduta, bem como até que ponto poder-se-ia do mesmo uma conduta diversa, sempre considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto.¹⁶⁴ Desse modo o valor da indenização poderá ser reduzido em razão da desproporcionalidade entre a culpa e o dano (art. 944, § único, CC) ou em razão do grau de cooperação da vítima que concorreu para a verificação do evento lesivo (art. 945, CC). Lado outro, o *quantum* indenizatório poderá ser elevado se a conduta praticada pelo lesante for de alto grau de reprovabilidade.

Nesse ponto, o juiz ao considerar o grau de culpa em sentido amplo do ofensor atenta para a finalidade punitiva da indenização do dano moral. É critério destinado à

¹⁶¹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.193

¹⁶² SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.193

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53

¹⁶⁴ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 193-194

individualização da sanção, cujo objetivo é a realização da justiça no caso concreto. Saliencia-se que não obstante a responsabilidade objetiva dispensar a comprovação de culpa ou dolo para a configuração do dano moral a conduta do agente é considerada fase de fixação do valor da indenização.¹⁶⁵

O ato ilícito violador dos direitos da personalidade atinge diretamente a vítima em sua esfera extrapatrimonial provocando alterações anímicas. É possível, mediante a avaliação da prova produzida, o juiz auferir a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Portanto, a duração da violação dos direitos de personalidade é considerada para efeito de diminuir ou aumentar o valor da indenização do dano moral.¹⁶⁶

Considera-se a repercussão do ato ilícito no meio social para o fim de quantificar a indenização do dano moral. Os direitos da personalidade tutelam a esfera íntima do sujeito de direito, bem como a sua projeção na sociedade. O ato ilícito que expõe a vítima ao grande público, que atinge os seus valores imateriais de forma a transcender os limites da relação entre as partes, deve ser quantificado diferentemente daquele ato que se circunscreve ao conhecimento do fornecedor e do consumidor.¹⁶⁷

A situação econômico-financeira do fornecedor-ofensor é critério importante a ser valorado na quantificação do dano moral experimentado pelo consumidor. A fim de cumprir as finalidades punitiva e preventiva da indenização por dano moral, bem como evitar que um valor inexpressivo sirva de estímulo a novas práticas, inclusive a ponto de uma avaliação contábil sobre a conveniência de lucratividade na reiteração de violações, exige-se que haja uma compatibilidade entre o *quantum* indenizatório e o porte econômico da pessoa jurídica ou física que atua na respectiva relação jurídica como fornecedor. Desse modo o valor da indenização não pode representar uma obstrução ao desenvolvimento da atividade do fornecedor no mercado de consumo devendo-se o juiz levar em consideração a conjuntura econômica do país e a fragilidade e instabilidade da economia brasileira.¹⁶⁸

¹⁶⁵ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 193

¹⁶⁶ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194

¹⁶⁷ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194

¹⁶⁸ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194-195

As condições pessoais da vítima também são consideradas na avaliação do dano moral. A finalidade compensatória deve ser atendida, uma vez que está superada a concepção de que a indenização representa o preço da dor, mas significa efetivamente uma reação do sistema jurídico à violação do direito, com caráter de satisfação, buscando amenizar os efeitos negativos da violação sofrida. São apreciados diversos fatores pessoais da vítima, dentre eles, o nível cultural, a inserção social e as características vinculadas à sua esfera espiritual. Portanto, mister buscar considerar dados objetivos da vítima, tais como, idade, sexo, escolaridade, profissão, dentre outros.¹⁶⁹

Por fim, quando se tratar de relações de consumo, em razão do inequívoco caráter protetivo, deve o juiz levar em consideração o grau de vulnerabilidade do consumidor em todas as suas manifestações (técnica, econômica ou jurídica) para majorar ou reduzir o valor a ser fixado, vale dizer que deve considerar no caso concreto as circunstâncias específicas consistentes na forma como o fornecedor utilizou sua posição de supremacia na relação jurídica de consumo, a exemplo de seu poderio econômico, a transparência e boa-fé no desenvolvimento de sua atividade e o tipo de informação disponibilizada sobre seus produtos ou serviços.¹⁷⁰

3.5. O dano moral decorrente do descumprimento contratual

3.5.1. O descumprimento contratual e as suas consequências jurídicas

O contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servand*. O acordo de vontades faz lei entre as partes.¹⁷¹ Caso a celebração do contrato não obrigasse a outra parte, a formalização desse instrumento de nada valeria, gerando desordem no meio social devido à inadimplência das pessoas.¹⁷² Tudo acontecendo conforme almejado pelas partes o resultado será a extinção do vínculo obrigacional. Lado outro quando a obrigação não atinge seu objetivo e, assim, não se realiza a prestação o devedor irá responder pelas consequências do desprovimento do dever assumido.¹⁷³

¹⁶⁹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195

¹⁷⁰ SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 196.

¹⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 16

¹⁷² FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 40

¹⁷³ BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 45

O inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa, certo ou incerta, à prestação de um fato, a uma abstenção. Qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu cumprimento, tal como constitui seu objeto, o que envolve o poder do credor, a que o devedor se submete.¹⁷⁴

O inadimplemento diz-se absoluto ou relativo. Será absoluto se tiver faltado completamente a prestação, de forma que o credor não receba aquilo a que o devedor se obrigou, seja a coisa, ou o fato, ou a abstenção, e não haja mais possibilidade de ser executada a obrigação. Será relativo, se apenas parte da *res debita* deixou de ser prestada, ou se o devedor não cumpriu oportunamente a obrigação, havendo possibilidade de que ainda venha a fazê-lo, o que constitui matéria enfeixada sob a epígrafe genérica da mora.¹⁷⁵

A mora pode ser constituída pelo devedor e/ou pelo credor. A mora do devedor, também, denominada de *mora solvendi, debitoris e debendi* se configura quando o devedor não efetua o pagamento (art. 394, primeira parte, CC), isto é, quando não cumpre, por culpa sua, a prestação referente à obrigação, de acordo com o que foi pactuado. Observa-se que não havendo fato ou omissão imputado ao devedor esse não incorrerá em mora. (Art. 396, CC).¹⁷⁶ A mora do devedor pode ser de duas espécies: mora *ex re* (em razão de fato previsto na lei) e *ex persona*. A primeira espécie ocorre quando há o inadimplemento em virtude de obrigação, positiva e líquida, no seu termo (art. 397, *caput*, CC) ou quando decorre de um ato ilícito (art. 398, CC). A segunda espécie ocorre quando não havendo termo, ou seja, data estipulada, a mora se constitui através da interpelação, judicial ou extrajudicial (art. 397, § único, CPC).¹⁷⁷

Quando se impossibilita a prestação, duas hipóteses podem ocorrer: ou a impossibilidade é inimputável ao sujeito passivo, e resulta pura e simplesmente a extinção da obrigação sem outras consequências; ou o devedor é responsável pelo não cumprimento, e então cabe ao credor exercer sobre o patrimônio do devedor o poder de

¹⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 298

¹⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 298

¹⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 216

¹⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 129-131

suprir a ausência da prestação, direta ou indiretamente.¹⁷⁸ A obrigação de reparar depende de existência de culpa do devedor moroso ou inadimplente. É certo que todo inadimplemento se presume culposos. A presunção de culpabilidade no entanto poderá ser afastada, demonstrando que a inexecução da obrigação teve por causa o fortuito¹⁷⁹ ou força maior¹⁸⁰ e não eventual culpa de sua parte¹⁸¹, nos termos do art. 393 do CC e art. 399, 2ª parte, do CC.

A mora do credor, também, denominada de *mora accipiendi*¹⁸² ocorre quando ele não quiser receber no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394, segunda parte, CC). Tais condutas obrigam o credor à responsabilidade pela conservação da coisa, a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação, desde que o devedor esteja isento de dolo (Art. 400, CC). Esta, ao contrário da mora do devedor, não está ligado à culpa. O credor, em tais casos, não quer, não pode ou não consegue receber a prestação que o devedor está adimplido. Ocorrendo a recusa do credor em receber a prestação, o devedor deverá, dependendo da natureza da obrigação, consigná-la para adimplir sua obrigação.¹⁸³

A mora poderá ser purgada, isto é, os efeitos decorrentes do inadimplemento parcial poderão ser afastados ou neutralizados. O devedor purgará a mora oferecendo a prestação devida mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta (art. 401, I, CC), tais como, os juros moratórios e a cláusula penal. O credor purgará a mora oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data (art. 401, II, CC), ressarcindo as despesas empregadas pelo devedor na conservação da coisa, bem como responder por eventual oscilação do preço (art. 400, CC).¹⁸⁴ Ressalta-

¹⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 296

¹⁷⁹ Caso fortuito, em latim *casus fortuitus*, são os acontecimentos, via de regra, imprevisíveis, ou seja, inesperados e inevitáveis não culposos, causados por uma conduta humana, alheia à vontade dos contratantes que impede o cumprimento da obrigação, por exemplo, greve, roubo, furto e guerra. (FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 52)

¹⁸⁰ Força maior, em latim, *vis major*, são os acontecimentos que, ainda que sejam previsíveis, são inevitáveis, pois são causados por fenômenos da natureza, como, por exemplo, os raios, tempestades, terremotos, enchentes, ciclones. (FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 52)

¹⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 5. p. 128

¹⁸² FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 46

¹⁸³ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 50

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 225

se que a purgação só poderá ser feita se a prestação ainda for proveitosa ao credor. Se, em razão do retardamento, tornou-se inútil ao outro contraente (caso de inadimplemento absoluto), ou a consequência legal ou convencional for a resolução, não será possível mais pretender a emenda da mora.¹⁸⁵

Na hipótese de *inadimplemento absoluto* responde o devedor por *perdas e danos*, mais *juros e atualização monetária* segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado* (art. 389, CC).¹⁸⁶ Todos os bens do devedor responderão, nos termos do art. 391 do CC, salvo os impenhoráveis, consagrando o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor.¹⁸⁷ Enquanto, na hipótese de *inadimplemento relativo* responde o devedor pelos *prejuízos a que sua mora der causa*, mais *juros, atualização dos valores monetários* segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado* (art. 395, CC). Caso a prestação se tornar inútil em decorrência da mora caberá a resolução da obrigação com a corresponde reparação por perdas e danos convertendo-se no inadimplemento absoluto. (Art. 395, § parágrafo único, CC).¹⁸⁸

A *correção monetária* é um corretivo que tem por objeto manter atualizada, no tempo, em seu valor, determinada espécie de moeda.¹⁸⁹ As *perdas e danos*, previstas no art. 402 do CC, devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. No primeiro caso, há os danos emergentes ou danos positivos, caso dos valores desembolsados por alguém e da perda patrimonial pretérita efetiva. No segundo caso, os lucros cessantes ou danos negativos, constituídos por uma frustração de lucro.¹⁹⁰

Prevê o art. 403 do CC que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, “as perdas e danos só incluem os prejuízos *efetivos* e os *lucros cessantes* por efeito dela *direto e imediato*, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Por isso, não é possível a reparação de dano hipotético ou eventual, conforme o pronunciamento comum da jurisprudência nacional. A lei, portanto, exige o dano efetivo como corolário da

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, v. 5. p. 133

¹⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 231

¹⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 234

¹⁸⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 217

¹⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 221.

¹⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 235

indenização. Ainda, segundo o art. 404 do CC, as perdas e os danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.¹⁹¹

Há que se observar que em alguns casos o valor das perdas e danos já vem estimado no contrato que é o que ocorre quando se pactua a *cláusula penal*¹⁹², também denominada *pena convencional* ou *multa contratual*¹⁹³ (art. 409, CC). Esta tem por função principal prefixar a indenização no caso de inexecução da obrigação ou retardamento no seu cumprimento. É um pacto acessório, de regra estipulado no próprio contrato principal. Possui, também, função compulsória, isto é, constitui um meio de forçar o cumprimento do avençado.¹⁹⁴

A cláusula penal pode ser *compensatória* quando se refere a inexecução total da obrigação hipótese em que o credor goza da faculdade de optar entre o cumprimento da obrigação e a pena convencional, não podendo cumular as duas (art. 410, CC). Ademais, o valor da cominação imposta não poderá exceder o da obrigação principal (art. 412, CC) e poderá ser reduzido proporcionalmente quando a obrigação for cumprida ou for manifestadamente excessiva (art. 413, CC).¹⁹⁵ A cláusula penal, ainda, pode ser *moratória* quando convencional para o caso de simples atraso no cumprimento da obrigação ou em segurança de cláusula especial, caso em que o credor tem o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal (art. 411, CC).¹⁹⁶

Os contratantes expressam com a estipulação da cláusula penal a intenção de livrar-se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e de sua liquidação. A convenção que a estabeleceu pressupõe a existência de prejuízo decorrente do inadimplemento e prefixa seu valor. Desse modo, basta ao credor provar o inadimplemento, ficando dispensado da prova do prejuízo, para que tenha direito a multa. É o que proclama o art. 416 do Código Civil: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor

¹⁹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 235-236

¹⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 5. p. 137

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 5. p. 145

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345

¹⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345

¹⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345

alegue prejuízo”. Assim, a multa compensatória exclui indenização por perdas e danos. Registra-se ainda que conforme aduz o parágrafo único do aludido dispositivo: “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver feito, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.¹⁹⁷

Os juros são frutos civis ou rendimentos, devidos pela utilização de capital alheio. Podem ser *compensatórios/remuneratórios* ou *moratórios*. O primeiro corresponde aqueles decorrentes de uma utilização consentida do capital alheio, como nos casos de inadimplemento total da obrigação ou de financiamentos em geral. O segundo constituem um ressarcimento imputado ao devedor pelo descumprimento parcial da obrigação. Como regra geral, os juros moratórios são devidos desde a constituição em mora e independem da alegação e prova do prejuízo suportado. Tratando-se de mora *ex re* os juros são devidos desde o vencimento da obrigação. Na hipótese de mora *ex persona* desde a citação, nos termos do art. 405 do CC. Por fim, quando se tratar de mora decorrente de ato ilícito desse a ocorrência do evento danoso, conforme preceitua o Enunciado Sumular do STJ n. 54.¹⁹⁸

O art. 404, parágrafo único, do CC prevê ainda a possibilidade de indenização suplementar na hipótese de insuficiência dos juros moratório para a cobertura do prejuízo do credor e a ausência de cláusula penal. Os juros podem ser *convencionais* – estabelecidos pelas partes no instrumento negocial ou *legais*- da ausência da estipulação contratual decorre da lei.¹⁹⁹

3.5.2. Responsabilidade extracontratual e contratual

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é a decorrente de falta ao dever geral de conduta, com transgressão à lei. São pressupostos: a conduta (ação ou omissão), o dano, e o nexo de causalidade.²⁰⁰ E por último, conforme já evidenciado neste trabalho

¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.5. p. 146

¹⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 140-142

¹⁹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 237

²⁰⁰ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 65-66

o elemento culpa ou dolo na hipótese de responsabilidade subjetiva, ficando dispensado sua comprovação na responsabilidade objetiva.

A *responsabilidade contratual* ocorre quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto em um contrato, ou seja, é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato.²⁰¹ São pressupostos da responsabilidade contratual: *a existência de um contrato válido, a inexecução do contrato, o dano e o nexo causal.*

O contrato se reputa válido quando os agentes são capazes, o objeto é lícito, possível, determinado ou determinável, e há obediência à forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do art. 104 do CC. Quanto ao dano e o nexo causal o art. 403 do CC exige que o dano seja resultado do descumprimento contratual, consagrando a teoria do dano direto e imediato.²⁰² A inexecução do contrato se materializa pelo *inadimplemento* ou pela *mora* ocasionando vários efeitos, tendentes à reposição da situação anômala ao estado anterior, conforme visto alhures. O descumprimento da obrigação desequilibra a posição das partes na relação jurídica, devendo restaurar-se por meio de institutos jurídicos, dentre eles: as perdas e danos, os juros, a correção monetária, honorários e multa penal.²⁰³

Registra-se que há nitidamente, duas correntes dentre os estudiosos da responsabilidade civil: a primeira, defensora da teoria monista, segundo o qual não há diferença estrutural entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual; a segunda, defensora da teoria dualista, que busca demonstrar clara diferença entre as duas espécies de responsabilidade que devem ser estudadas e aplicadas separadamente, com conceitos próprios e distintos. Sem dúvidas a principal diferença elencada pelos dualistas seria a prova da culpa, que seria presumida em sede de responsabilidade contratual. O CC adotou a teoria dualista, onde a responsabilidade civil extracontratual é disciplinada pelos arts. 186 a 188 e 927; enquanto a responsabilidade civil contratual encontra-se prevista nos arts. 389 e ss.²⁰⁴

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333

²⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336-341

²⁰³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 191.

²⁰⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 46-49

3.5.3. O Dano Moral por descumprimento contratual

O entendimento comum no direito comparado e, até certo ponto, adotado pela jurisprudência do STJ e dos estados brasileiros é de que, em regra, os danos extrapatrimoniais provenientes de uma relação contratual não são indenizáveis uma vez que a responsabilidade contratual estaria estrita àquilo que o credor efetivamente perdeu ou razoavelmente deixou de lucrar (art. 402 do CC).²⁰⁵ Ou ainda, que o descumprimento contratual, por si só, não ocasiona a violação a direitos da personalidade e, por conseguinte, não gera direito à indenização por danos morais, exigindo-se para acolhimento do pedido indenizatório comprovação de que o descumprimento contratual gerou mais do que os aborrecimentos ínsitos às negociações de rotina²⁰⁶, isto é, gerou consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico²⁰⁷.

Parte da doutrina se posiciona de forma contrária ao reconhecimento dos danos morais decorrentes da inexecução do contrato.²⁰⁸ Para esses, os constrangimentos ocorridos são compensados pelos danos materiais por meio das arras ou sinal, da cláusula penal, dos lucros cessantes e das perdas e danos, todos como meio alternativos a não condenação em danos morais, valendo-se, em todos os casos do argumento de que a condenação em danos morais cumulada com qualquer outra espécie de condenação pecuniária em virtude de inadimplemento contratual ensejaria o *bis in idem* de condenações.²⁰⁹

Outros, porém se posicionam favoráveis ao reconhecimento de danos morais se verificados que o inadimplemento contratual provocou sérios transtornos aos direitos de personalidade da parte lesionada. Todas as correntes citadas não consideram o

²⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 266, jul. / set. 2004.

²⁰⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Jurisprudência em perguntas. Direito Civil e Processual Civil. Dano Moral. **O mero descumprimento contratual causa, por si só, ofensa à personalidade passível de indenização por dano moral?** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/dano-moral/o-mero-descumprimento-contratual-causa-por-si-so-ofensa-a-personalidade-passivel-de-indenizacao-por-dano-moral>. Acesso em: 06 março 2019.

²⁰⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4. Turma Cível). Agravo interno no Recurso Especial. **AgInt no REsp 1344193/SP**. 1- O simples inadimplemento contratual, em regra, não configura [...] Agravante: Fábio Felipe Melo. Agravados: PRONTO SOCORRO INFANTIL SABARA SA e INTERCLÍNICAS PLANOS DE SAÚDE S/A. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 03/08/2017. Publicado no DJE: 08/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201827983&dt_publicacao=08/08/2017. Acesso em: 10 abril 2019.

²⁰⁸ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 67

²⁰⁹ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 69

inadimplemento como fato gerador do dano moral, mas sim, as consequências advindas desse inadimplemento.²¹⁰ Logo percebe-se que a repercussão do inadimplemento pode agredir bem personalíssimo da parte lesada gerando o dever de indenizar. Esse fato pode perfeitamente ser observado em relações contratuais.²¹¹

A agressão ao bem personalíssimo não é a quebra do contrato, mas sim, as consequências e a repercussão do inadimplemento que fere a dignidade da pessoa humana²¹², afetando o lesado, atingindo-o em sua auto-estima, refletindo-se em uma série de situações negativas, levando-o ao desespero, repercutindo inclusive em seu ambiente familiar e até profissional²¹³.

Nota-se que deve ser levada em consideração, nesse contexto, que a inadimplência contratual não é de todo imprevisível, e quem contrata está assumindo riscos, e em consequência, também, há o risco da inadimplência. No entanto, excepcionalmente, devido à gravidade do inadimplemento, pode ocorrer agressão mais intensa que a que normalmente ocorre, à dignidade da vítima, configurando-se o dano moral. Entretanto, não é a simples quebra de contrato que gera direito à parte lesionada de ser indenizada em danos morais e sim a repercussão na esfera íntima da pessoa que deve em todos os casos ser demonstrado quais bens jurídicos foram violados/ofendidos com a inexecução, como por exemplo, a honra, o nome, a imagem, a reputação, dentre outros dos direitos de personalidade.²¹⁴

Nesse sentido, o mero dissabor causado pelo descumprimento do pacto não dá azo à indenização em danos morais, haja vista que na sociedade do mundo contemporâneo todos estão sujeitos a experimentar uma situação de aborrecimento em virtude do inadimplemento do contrato, sem, no entanto, ser ofendido em sua intimidade, e uma vez não restando demonstrado quais direitos de personalidade fora lesionado não haverá que se cogitar o dano moral.²¹⁵

²¹⁰ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 67-68

²¹¹ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 68

²¹² FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 68

²¹³ BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108

²¹⁴ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 69-70

²¹⁵ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 74

O mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico, para Sérgio Cavalieri Filho, não configuram, por si sós, dano moral, por que não agridem a dignidade humana. Além do que os aborrecimentos deles decorrentes ficariam subsumidos pelo dano material. Entretanto, se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitaram o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera na dignidade da vítima, hipótese em que restará configurado o dano moral.²¹⁶

Ensina Flávio Murilo Tartuce Silva que no caso da responsabilidade civil contratual sem dúvida que será possível ao prejudicado pleitear tais danos imateriais. Todavia, ressalva que o fundamento jurídico para tanto não está no CC. Para o autor engana-se quem entende que o fundamento é o art. 186 do CC, que trata do dano exclusivamente moral, pois esse dispositivo deve ser aplicado aos casos de responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual. Para ele, o melhor caminho técnico, com amparo no prisma civil-constitucional, seria fundamentar a reparação moral pelo descumprimento contratual no art. 5.º, V e X, da CF/1988.²¹⁷

O dano moral para Paulo Nalim pode ser experimentado pela vítima tanto na responsabilidade de origem contratual como na aquiliana. Para o doutrinador o art. 186 do CC é a grande cláusula geral da responsabilidade civil e nesse diploma legal não se nota qualquer traço distintivo entre responsabilidade aquiliana e contratual, inclusive quanto aos danos morais.²¹⁸ Já o enunciado n. 411 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo STJ analisa o art. 186 do CC e estabelece que: “ O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela CF/88”.²¹⁹

A indenização por danos morais para Humberto Theodoro Júnior dependerá do objeto do contrato inadimplido. Se tal objeto é de natureza puramente patrimonial, o dano reparável não vai além do plano material. Pode, no entanto, o contrato referir-se à prestação que incide sobre a pessoa e assim pode, no caso de inadimplemento, causar inegável lesão na esfera psíquica, como, por exemplo, os serviços hospitalares, o

²¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112

²¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 236

²¹⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual. Enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. São Paulo: renovar, 2008. p. 922-925

²¹⁹ BRAZ, Alex Trevisan. **Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências**. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 66

transporte de passageiros, o fornecimento de bens e serviços para uma festa de casamento etc. O inadimplemento contratual, em tais situações, evidentemente acarretará responsabilidade tanto pelos prejuízos econômicos como pelos danos morais.²²⁰

A ideia de danos morais nos contratos para Sidney Hartung Buarque se baseia no constrangimento, abalo emocional e insegurança gerados por aquele que se comprometeu a adimplir determinada prestação de cunho econômico, mas ficou-se inerte abalando a outra parte contratante não apenas no campo patrimonial, mas atingindo a sua personalidade. Porém, para o autor o inadimplemento em si não enseja à indenização por dano moral. O dano moral decorre da frustração do inadimplemento e não do próprio inadimplemento. Assim, deve-se analisar cada caso concreto para se concluir ou não para a configuração do dano moral.²²¹

Existem inúmeros elementos no contrato segundo Alex Trevisan Braz que podem dizer sobre aspectos extrapatrimoniais daquele que firma o ajuste, ou seja, expressão de dignidade das partes. Quando o cumprimento do avençado não ocorrer ou ocorrer de forma defeituosa e atingir a dignidade do contratante, consequências de diferentes naturezas podem surgir, não apenas materiais. Para o autor em contratos com elementos morais, os moldes meramente patrimoniais são inadequados: os institutos tradicionalmente utilizados na seara patrimonial não são suficientes. Descumprido o contrato, a restituição dos valores neles consignados nem sempre é o bastante. A depender do interesse no cumprimento desse pacto, que pode ser de natureza extrapatrimonial, lesões dessa natureza podem surgir, impondo ao contratante inadimplente o dever de repará-las.²²²

Assim, para o jurista, quando se está diante de lesão extrapatrimonial, o ordenamento jurídico deve responder independentemente de advém esse dano, se de um contrato, ou não. Então, toda vez que um dano for provocado, ainda que de natureza moral, a reparação deve ser imposta ao causador da lesão, mesmo que seja apenas uma forma de compensação, de minoração do dano sofrido através do arbitramento de montante indenizatório. O arbitramento desse tipo de indenização é cabível nos casos de descumprimento de obrigação contratual, já que o inadimplemento pode atingir não

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111

²²¹ BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-4

²²² BRAZ, Alex Trevisan. **Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências**. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 64-65

apenas bens patrimoniais do contratante, mas seus bens imateriais. E quem causa dano a alguém, ainda, que exclusivamente moral, deve repará-lo (at. 186, CC).²²³

Malgrado muitos julgados dos tribunais brasileiros e parte da doutrina admitirem a condenação em danos morais decorrente das consequências do inadimplemento contratual em certos casos, não é correta, e nem, tão pouco sensata a afirmação no sentido de que toda e qualquer inexecução das obrigações contratuais tem como resultado prático o dever do inadimplente de indenizar a parte inadimplida em danos morais. De forma que cada caso requer uma análise específica e detalhada.²²⁴

²²³ BRAZ, Alex Trevisan. **Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências**. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 65

²²⁴ FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 82-83

4. O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDF

O estudo neste momento se ocupará da análise da *possibilidade* ou *impossibilidade* de configuração dos *danos morais* decorrentes da *negativa de cobertura* das operadoras de plano privado de assistência à Saúde que se dará por meio do estudo de julgados do TJDF.

O capítulo, para melhor compreensão da problemática, foi dividido em dois itens: o primeiro, abordará julgados em que os magistrados concluíram pela ocorrência dos danos morais e o segundo, julgados em que ficou assentado a inoccorrência. Foram elencados para cada um dos itens tipos de negativas de cobertura.

4.1. Hipóteses de configuração do dano moral

4.1.1. Cirurgia plástica pós-bariátrica

Matéria recorrente nos julgados do TJDF e Territórios é se a *recusa* dos planos privados de assistência à saúde em cobrir os custos da realização de *cirurgias plásticas pós-bariátrica* é apta a gerar *indenização por danos morais*. O acórdão n. 1076356²²⁵, proferido pela Sexta Turma Cível do TJDF, de relatoria do Desembargador Carlos Rodrigues, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada com tutela provisória cumulada com indenização por danos morais ajuizada por beneficiária em face de

²²⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 07054310920178070001**, 1. A cirurgia plástica reparadora necessária à correção das consequências advindas de procedimento médico anterior e [...]. Apelante/apelado: Adriana Branco de Araújo Paiva. Apelante/apelado: Bradesco Saúde S/A. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 22/02/2018. Publicado no DJE: 02/03/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1076356&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1076356&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

operadora privada de assistência à saúde, foi destacado entre os julgados do TJDFT com o fito de estudar essa temática.

A situação fática abordada na ação consistia na necessidade de a beneficiária remover excessos de tecido epitelial nas regiões da mama, abdômen, coxas, braço e dorso, advindos de perda ponderal, após realização de cirurgia bariátrica para tratamento de obesidade mórbida, por meio dos respectivos procedimentos cirúrgicos indicados pelo médico: mamoplastia, abdominoplastia, correção de lipodistrofia crural, braquial e trocateriano. No entanto, a operadora de plano de saúde autorizou tão somente a realização da cirurgia no abdômen, negando a cobertura dos demais procedimentos, tendo a autora custeado com seus recursos próprios a realização da mamoplastia.

O acórdão apreciou apelações interpostas pela autora, beneficiária, e pela requerida, operadora de plano de saúde, contra sentença proferida pela 17ª Vara Cível de Brasília que julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora para condenar a requerida a autorizar as cirurgias plásticas reparadoras pós-gastroplastia e reembolsar a autora os valores que seriam pagos se a requerida as tivesse autorizado a mamoplastia, e indeferiu o pedido de danos morais sob o argumento de que o descumprimento contratual não foi apto a ocasionar angústia e sofrimento na beneficiária.

A beneficiária, em suas razões recursais, sustentou que a sentença merece reforma. Quanto ao valor gasto na cirurgia mamária sustentou que a restituição deve ser integral. Quanto à negativa injustificada da operadora em autorizar a cirurgia reparadora argumentou que enseja reparação por danos morais uma vez que gerou grande sofrimento, ocasionando angústia e aflição, além do que teve suas expectativas frustradas, com a mente imaginando-se ainda obesa e com disformismo corporal.

Asseverou que os danos morais requeridos fundamentam, não em razão de dissabor cotidiano ou irritação, mas por descaso, desrespeito e mal atendimento a consumidora que solicitou cirurgias necessárias e complementares, em continuidade ao tratamento contra a obesidade, e que foram negadas sendo necessário o ingresso judicial para a viabilidade da continuidade de seu tratamento.

Nessa perspectiva, sustenta que o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular a apelada à prática de novos e idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras operadoras em saúde também assim não procedam. Assim pugna

pela reforma da sentença também no pedido de indenização por danos morais, condenando a apelada a indenizar a apelante no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

Em contrarrazões da apelação oferecida pela beneficiária, a operadora de plano de saúde defendeu que não incorreu em ato ilícito uma vez que cumpriu com o avençado e com a lei não devendo, portanto, ser responsabilizada por danos morais. Sustenta, ainda que há entendimento jurisprudencial que o inadimplemento contratual não gera danos morais.

A operadora de plano de saúde, em suas razões recursais, sustenta que a abdominoplastia constitui evento coberto pelo contrato de seguro da autora e que, portanto, é impositiva a autorização deste procedimento. Em relação à reconstrução da mamária sustenta que não deve ser custeada, pois deve ser coberta, somente na hipótese de lesões traumáticas e tumores, nos termos da resolução normativa n. 387 da ANS, que não é o caso da autora, além do que o contrato entabulado entre as partes exclui expressamente esse risco.

Com relação à dermolipectomias braquial, crural e trocarteriana sustenta que não devem ser acobertadas uma vez que a perda ponderal não está cumulada com outras complicações, tais como candidíase de repetição, odor fétido, hérnias, etc., descritas pela Resolução Normativa no 387 da ANS. Ainda argumenta que a resolução citada da ANS prevê a exclusão procedimentos cirúrgicos para fins estéticos, ou seja, aqueles que não visam à restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionado, por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, além do que o contrato entabulado entre as partes exclui expressamente esse risco. Dessa forma pugnou para que a sentença seja reformada, de tal modo que a recorrente não seja obrigada a arcar com os custos do procedimento da apelada.

O relator definiu que as questões controvertidas consistem em aferir se o plano de saúde tem obrigação de custear intervenções cirúrgicas complementares pós cirurgia bariátrica, se deve restituir na sua integralidade o valor pago pela autora na cirurgia de reconstrução mamária e na prótese adquirida e *se a negativa em autorizar as cirurgias complementares tem o condão de configurar dano moral passível de compensação.*

Inicialmente o relator ressaltou que a relação jurídica estabelecida entre a beneficiária e a operadora de plano de saúde é de consumo devendo, portanto, ser

regulada pelas normas do CDC, nos termos da Súmula 469 do STJ²²⁶. Ressaltou, ao citar entendimento do Professor Carlos Alberto Menezes, que apesar de existir lei especial que regule os planos de assistência à saúde, qual seja, a lei n. 9. 656/98, não afasta a incidência das normas presentes na lei consumerista. Dessa forma, o reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do CDC.

Passando a análise da situação fática o relator destacou que os autos noticiavam que a beneficiária era portadora de obesidade, tendo se submetido, em abril de 2015, ao procedimento denominado cirurgia bariátrica. Dois anos após a realização desta e apresentando 31,8 quilos a menos, constatou-se que remanescia um grau de flacidez elevado decorrente do excesso de pele.

Destacou que os relatórios médicos demonstravam que a paciente apresentava grande dismorfismo corporal e com acentuada flacidez em abdomen, mamas e coxas, bem como que o grau de flacidez apresentado foge dos parâmetros de recuperação que seriam utilizados por meio de atividade física específica e localizada, por se tratar de excesso de pele decorrente da grande perda de peso, devendo a paciente ser submetida a cirurgia de mastopexia com troca de prótese de poliuretano para preenchimento da hipotrofia e retirada da grande quantidade de pele excedente, dermolipectomia abdominal e lifting de coxas.

Desatacou ainda que o médico afirmou no relatório que tais intervenções se enquadram em necessidade funcional e auxiliará no desenvolvimento de prática de atividades físicas, bem-estar psicossocial, dentre outras e que, portanto, *não se tratam de caráter estético, mas reparador*, uma vez que os excessos cutâneos contribuem para a dificuldade de deambulação, de realizar uma higiene corporal adequada, prática de exercícios físicos e atividade sexual.

O relator acrescenta que a questão não é nova nos Tribunais do Brasil, tanto que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão para fixar que é ilegítima a negativa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de

²²⁶ O enunciado sumular n. 469 do STJ foi cancelado na sessão de 11 de abril de 2018 ao apreciar o projeto de súmula n. 937. O enunciado sumular n. 608 do STJ editado em 11 de abril de 2018 dispôs que: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

excesso de pele quando necessárias ao pleno restabelecimento do paciente acometido de obesidade.

O relator afirma que o contrato de plano de saúde se caracteriza, precipuamente, pela transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do contratante e seus dependentes, o que se dá com a prestação de assistência médica e hospitalar pelas entidades vinculadas ao plano e com a fixação de um prêmio a ser pago pelo beneficiário. Explica que é em face da relevância do *direito fundamental* envolvido nesta relação jurídica que as administradoras dos planos devem agir com boa-fé durante toda a contratação a fim de preservar a saúde, a dignidade e os interesses dos beneficiários, porquanto, prevalece a presunção legal de sua vulnerabilidade.

Afirma que em que pese *exista previsão contratual que exclua procedimentos estéticos o caso dos autos não tem esse caráter uma vez que o excesso de pele é consequência da realização de cirurgia bariátrica*. O relator ainda lembra que o TJDFT já julgou diversos casos similares ao dos autos e que vem se posicionando que *procedimentos cirúrgicos posteriores à cirurgia bariátrica constituem mero desdobramento desta e são indispensáveis ao restabelecimento da normalidade física e psíquica do paciente acometido por obesidade*. Dessa forma, o relator votou pelo não provimento do recurso da operadora de saúde e pelo provimento do recurso da beneficiária para que a restituição dos custos da mamoplastia ocorra na sua integralidade.

Após, o relator considerando que a cirurgia bariátrica está incluída na cobertura conclui configura ilícita a conduta da ré de se negar a custear os procedimentos decorrentes da cirurgia bariátrica, necessárias ao restabelecimento da saúde da autora. Desse modo, comprovada a conduta abusiva do plano de saúde, resta aferir se os eventos narrados dão ensejo à reparação moral.

O relator ressalta que a indenização por danos morais é questão superada e admitida em quase todos os países civilizados e para corroborar com essa posição cita os ensinamentos dos irmãos Mazeaud de que em uma sociedade avançada não se pode tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral. Demonstra que a reparabilidade do dano moral tem assento no art. 5º, incisos V e X da CF e está previsto em enunciado sumular nº 37 do STJ que dispõe que: “ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Ressalta que aferir se um fato é apto a gerar indenização por danos morais é tarefa difícil razão pelo qual diversos juristas constantemente têm buscado critérios objetivos para solucionar lides que envolvam tal tema. Cita que para Wladimir Valler o Juiz, na falta de regras jurídicas particulares, poderá aplicar as regras da experiência comum administradas pela observação de que ordinariamente acontece, conforme autorização do art. 375 do CPC.

Cita que para Caio Mário da Silva Pereira a caracterização do dano moral depende da ocorrência de ofensa a alguns direitos da personalidade do indivíduo, isto é, aqueles inerentes à pessoa humana, tais como, a imagem, o nome, a honra, a integridade física e psicológica. Porquanto, indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar na esfera jurídica do homem médio e causar-lhe prejuízo extrapatrimonial. De modo algum pode o julgador ter como referência, para averiguação da ocorrência de dano moral, a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica extremamente tolerante ou insensível.

Ao analisar o caso concreto da lide o relator conclui que os transtornos gerados pela negativa do plano de saúde em custear o procedimento de que necessita a autora foi capaz de gerar *angústia e inquietude psicológica* em qualquer pessoa, sobretudo se for levado em conta que o excesso de pele dificulta a locomoção, a realização da higiene pessoal, podendo causar assaduras, infecções, interferindo na auto-estima da paciente, conforme apontado pelos relatórios médicos. Desse modo, afirma que a recusa ilícita compeliu a autora a se manter em estado de constante experimentação de *desconforto e transtorno psicológico*, quando deles poderia eximir-se por meio de cirurgia plástica *não estética*, embora não se possa negar esse ganho extra.

Salienta que a negativa indevida do plano de saúde em autorizar procedimento necessário ao *reestabelecimento da saúde* do contratante prescinde de demonstração de prejuízo uma vez se tratar dano moral *in re ipsa*, conforme exaustivamente já se manifestou o STJ. Evidencia ainda que a má-fé da operadora de plano de saúde restou comprovado uma vez que excluiu do sistema os códigos referentes às cirurgias reparadoras pós-gastroplastia necessárias ao complemento do tratamento da obesidade mórbida, sob o pretexto de justificar a sua não cobertura pelo plano.

Dessa forma, uma vez superado o *an debeatur* o relator passou à análise do *quantum debeatur*. Asseverou que o arbitramento do dano moral deve ser alicerçado no

caráter *punitivo e pedagógico* da compensação, com o objetivo de desestimular que a operadora de plano de saúde requerida venha a praticar novos e idênticos ilícitos, bem como que essa prática, também, não se torne comum entre outras operadoras em saúde.

Ainda, ressalta que a indenização, também, deve cumprir a função *compensatória*, isto é, deve servir para compensar a *esfera íntima do ofendido*. Observa que nesta tarefa o juiz deve sopesar os bens jurídicos envolvidos ante a inexistência de critérios objetivos para a fixação do valor adequado. O relator socorrendo a doutrina cita algumas regras propostas pela Maria Helena Diniz, entre elas: *o bom-senso e moderação, avaliar o grau de culpa, a gravidade da ofensa, o nível socioeconômico do lesante, a realidade da vida e as particularidades do caso em exame*. Apoia-se, também, em Humberto Theodoro Júnior, que evidencia, ao citar o Código Civil Português e R. Limongi França, a necessidade de fixar o dano moral de forma *equitativa*.

Ao se servir da doutrina, o relator então define quais critérios utilizara para a fixação do *quantum debeatur*. São eles: *a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva*.

Ao analisar o caso em exame conclui que o grau de culpabilidade da ré foi elevado, porquanto a negativa em autorizar o procedimento necessário ao restabelecimento da autora configura evento apto a provocar intranquilidade e sofrimento constante e injusto, bem ainda de duração prolongada em decorrência de conduta recalcitrante da ré. As partes envolvidas não obtiveram qualquer benefício com o evento e, em que pese se tratar a ré de empresa de grande porte, o fato é que sua negativa foi embasada em cláusula contratual erroneamente interpretada. Por fim, acrescenta que não é possível atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger.

Após, essas considerações o relator votou pelo conhecimento e não provimento do recurso da operadora de plano de saúde e pelo conhecimento e provimento do recurso da beneficiária, reformando a sentença, para condenar a operadora de plano de saúde ao pagamento integral dos valores pagos pela autora na cirurgia das mamas e prótese, sendo a quantia de R\$ 19.734,75 (dezenove mil setecentos e trinta e quatro reais e setenta e

cinco centavos), e ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de reparação dos danos morais.

O Desembargador José Divino e a Desembargadora Vera Andrigui votaram com o relator. Dessa forma, o recurso da operadora de plano de saúde foi conhecido e desprovido e o recurso da beneficiária foi conhecido e provido, por unanimidade, para condenar a operadora de plano de saúde ao pagamento integral dos valores pagos pela autora na cirurgia das mamas e prótese e ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de reparação dos *danos morais*, pois os julgadores entenderam que os *procedimentos cirúrgicos posteriores à cirurgia bariátrica constituem mero desdobramento desta e são indispensáveis ao restabelecimento da normalidade física e psíquica do paciente acometido por obesidade* e que a conduta da operadora de plano de saúde em custear o procedimento de que necessita a autora foi capaz de gerar *angústia e intranquilidade psicológica* aptas a configurar *danos morais*.

4.1.2. Exame prescrito pelo médico

Matéria apreciada demasiadamente nos julgados do TJDFT é se a *recusa* dos planos privados de assistência à saúde em cobrir *exames* prescritos por médico assistente é apta a gerar *indenização por danos morais*. O acórdão n. 1024604²²⁷ proferido pela Primeira Turma Cível do TJDFT, de relatoria do Desembargador Hector Valverde Santana, no bojo de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência cumulado com indenização por danos morais ajuizada por beneficiário em face de operadora privada de assistência à saúde, foi selecionado entre os julgados do TJDFT afim de elucidar a matéria.

A situação fática abordada na ação consistia na necessidade de o beneficiário, que apresenta alterações comportamentais sugestivas de autismo, realizar o exame

²²⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 20160710094625**. "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde" (súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça)". O rol de procedimentos[...]. Apelante: Santa Luzia Assistência Médica S/A – SLA. Apelado: Pedro Souza Araujo. Relator: Desembargador Hector Valverde Santana. Data de Julgamento: 14/06/2017. Publicado no DJE: 06/07/2017. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1024604&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1024604&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

EXOMA, solicitado pelo médico geneticista, a qual teve autorização negado pela operadora de plano de saúde, sob o argumento de este não consta no rol da ANS.

O acórdão apreciou apelação interposta pela operadora de plano de saúde em face da sentença proferida pela Primeira Vara Cível de Taguatinga que confirmou a tutela antecipada deferida e julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar a operadora de plano de saúde a autorizar e custear o exame EXOMA em favor do beneficiário, sob pena de multa diária prevista na decisão, bem como ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de compensação pelo dano moral ocasionado uma vez que o beneficiário teve que sofrer a angústia de uma atitude desmedida e despropositada de uma negativa, e mais grave ainda, após o início do tratamento, o deixando sem o diagnóstico célere de sua enfermidade.

A operadora de plano de saúde em suas razões recursais sustenta que o contrato firmado prevê cobertura exclusivamente para procedimentos no rol de cobertura da ANS, para segmentação ambulatorial, conforme estabelecido nas cláusulas contratuais. Alega que o exame EXOMA, não faz parte do rol de cobertura do plano contratado pelo autor, conforme regulamentação da ANS.

Esclarece que a ANS define uma lista de consultas, exames e tratamentos denominada de Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que os planos de saúde devem oferecer conforme cada tipo de plano, ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, referência ou odontologia. Menciona que basta consultar a página virtual da ANS para checar que o referido tratamento não possui cobertura obrigatória, não restando dúvidas quanto a sua responsabilidade de não custeá-lo em razão do pedido do apelado.

Entende que não houve inadimplemento contratual no caso em tela, e que não houve abalo capaz de ensejar compensação por danos morais. Considera que a condenação aplicada foi pesada e desproporcional à suposta conduta ilícita da apelante, promovendo o enriquecimento ilícito do beneficiário, em decorrência dos fatos narrados no presente caso. Assim, requer o conhecimento e provimento da presente apelação para que se julguem improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial.

O relator Desembargador Hector Valverde de início destaca que à lide deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) que, por sua vez, regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF). Posicionamento que se coaduna

com o Enunciado Sumular n. 469 da Súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: "Aplica-se o CDC aos contratos de plano de saúde".²²⁸

Ressalva que o art. 6º, inciso VIII, do CDC autoriza a inversão do ônus da prova quando presente a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor. Afirma que no presente feito, entretanto, resta demonstrado que o autor é beneficiário do plano de saúde da ré, e não consta nos autos nenhuma informação acerca de eventual inadimplência do contratante, razão pela qual se entende que o autor estava adimplindo regularmente as suas obrigações.

O relator destaca que o art. 6º, incisos VI e VII do CDC evidenciam como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais, inclusive facilitando o acesso ao Poder Judiciário. O art. 51, incisos IV e XV do CDC efetiva a garantia do dispositivo mencionado ao dispor que são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade ou ainda que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Dessa forma, o relator conclui que a negativa de cobertura da operadora de plano de saúde do exame Exoma sob o argumento de que não está previsto no rol de procedimentos da ANS não deve prosperar uma vez que trata de rol meramente exemplificativo. *A injusta recusa da realização do exame prescrito por médico macula o próprio objeto do contrato que é a assistência à saúde, sobretudo nas situações de maior vulnerabilidade.*

O julgador salienta que o art. 12 da Lei n. 9.656/1998, norma especial que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, elenca *um rol mínimo de exigências* a serem atendidas pela operadora de plano ou seguro de saúde, entre as quais se destaca *a cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica*. Dessa forma, de acordo com o relator a operadora de plano de saúde não pode furtar a custear tratamento prescrito por médico assistente, *uma vez que o plano de saúde pode apenas estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para sua cura.*

²²⁸ O enunciado sumular n. 469 do STJ foi cancelado na sessão de 11 de abril de 2018 ao apreciar o projeto de súmula n. 937. O enunciado sumular n. 608 do STJ editado em 11 de abril de 2018 dispôs que: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."

Ainda, destaca que *o TJDFT entende ser abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde qualquer tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano.* Acrescenta, também, que o art. 47 do CDC determina que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Dessa forma, conclui que não pode a operadora de plano de saúde se negar a custear tratamento indicado por médico assistente, com base em interpretação desfavorável contida em cláusula contratual abusiva. A negativa em cobrir o procedimento de que necessitava o apelado equivaleu a negar o próprio atendimento médico contratado.

Quanto à indenização por danos morais o relator evidencia que a doutrina e a jurisprudência assentam que o prejuízo imaterial é decorrência lógica da própria violação do direito da personalidade ou da prática do ato ilícito. Define o dano moral 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.

Conclui que no caso posto em exame *a conduta da operadora de plano privado de assistência à saúde é violadora de direitos de personalidade, uma vez que aumenta as agruras e frustrações no paciente, cujo estado de saúde e psicológico já estão abalados pela própria doença, além do que corresponde a um ato ilícito.* O relator esclarece, ainda, que esse é o entendimento que o STJ vem firmando em casos semelhantes.

Assevera, ainda, *que o objeto da prestação desses serviços está diretamente ligado aos direitos fundamentais à saúde e à vida, os quais demandam tratamento preferencial, e que não podem ser negligenciados.* Dessa forma, compreende que a recusa injustificada da operadora do plano de saúde não se trata, portanto, de mero inadimplemento contratual, pois *seus efeitos refletem diretamente em aspectos ligados à personalidade do consumidor.*

Superado o *an debeatuar* o relator passa a análise do *quantum debeatur*. Exprime que a fixação do valor devido deve observar critérios gerais da equidade, proporcionalidade e razoabilidade, bem como atender a critérios específicos, tais como o grau de culpa do agente, o potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado, esclarecendo-se que o

valor do dano moral não pode promover o enriquecimento ilícito da vítima e não deve ser ínfimo a ponto de aviltar o direito da personalidade violado.

Levando em consideração tais critérios o relator entendeu que o valor fixado na sentença de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é razoável e suficiente para reparar os transtornos sofridos pelo consumidor, de modo que o valor indenizatório atendeu adequadamente a função pedagógica da condenação, sem implicar enriquecimento sem causa do autor ou prejuízo à atividade da empresa ré.

Dessa forma, votou pelo não provimento do recurso e, conseqüentemente, para a manutenção dos fundamentos da sentença. Acompanharam o relator o Desembargador Teófilo Caetano e a Desembargadora Simone Lucindo. Dessa maneira, por unanimidade, foi negada a apelação interposta pela operadora de plano de saúde que pretendia afastar a indenização por danos morais ou minorar o quantum indenizatório uma vez que os julgadores concluíram que *a conduta da operadora de plano privado de assistência à saúde em se furtar em custear a realização do exame prescrito pelo médico ao beneficiário é violadora de direitos de personalidade, uma vez que aumenta as agruras e frustrações no paciente, cujo estado de saúde e psicológico já estão abalados pela própria doença, configurando-se, assim, os danos morais.*

4.1.3. Medicamento

Matéria recorrente nos julgados do TJDFT é se a *recusa* dos planos privados de assistência à saúde em custear *medicamentos* é apta a gerar *indenização por danos morais*. O acórdão n. 1153548²²⁹ proferido pela Primeira Turma Cível do TJDFT, de relatoria da Desembargadora Simone Lucindo, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada com compensação por danos morais ajuizada por beneficiária em face de

²²⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 0001420-54.2017.8.07.0008**. 1. As operadoras dos planos de saúde não podem impor limitações que descaracterizem a [...]. Apelante/apelado: VANESSA APARECIDA DE PAULA COSTA e CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 28/02/2019. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1153548&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1153548&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

operadora privada de assistência à saúde, foi destacado entre os vários julgados do TJDFT afim de ilustrar a temática proposta.

O caso dos autos trata-se de beneficiária que sofre da moléstia lúpus eritematoso sistêmico (CID M32) há 19 anos e necessita do medicamento RITUXIMABE (MABTHERA) 1000 MG, conforme indicação médica, entretanto, teve o fornecimento do medicamento recusado pela operadora de plano de saúde sob o fundamento de que o medicamento solicitado não está elencado no rol da ANS para a utilização no tratamento da doença a qual a requerente é portadora.

O acórdão apreciou apelação interposta pela beneficiária e pela operadora de plano de saúde em face da sentença proferida pela Vara Cível do Paranoá que julgou parcialmente procedentes os pedidos para confirmar a tutela de urgência deferida para obrigar a operadora de plano de saúde a autorizar e custear o tratamento prescrito para a doença que acomete a autora (lúpus eritematoso sistêmico) e condená-la, ainda, ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

O magistrado entendeu que o consumidor ao contratar plano de saúde busca garantir assistência à saúde e não a utilização de determinado procedimento, mesmo porque não tem como prever as doenças que poderão acometê-lo de modo que mostra-se totalmente abusiva a atitude da operadora de plano de saúde de postergar, com seguidos subterfúgios, tratamento que poderia ser realizado em tempo exíguo, de forma a minorar o sofrimento daquela que já experimenta momento difícil, por se encontrar com a saúde debilitada.

Ademais, concluiu que a conduta da ré agravou o estado psicológico e o sofrimento da beneficiária, porquanto, além de ter que enfrentar todo o difícil processo de tentativa de tratamento e recuperação da enfermidade, teve que suportar a oposição da requerida em autorizar o procedimento médico com a presteza que lhe cabia deferir, causando-lhe sentimento de apreensão, angústia e ansiedade que poderia ter sido evitado.

Nas razões recursais a operadora de plano de saúde aduz, em suma, que os princípios da livre concorrência e da iniciativa privada devem conviver com a proteção ao consumidor. Sustenta que a cobertura do procedimento buscado não tem cabimento, visto que não consta no contrato entabulado, tampouco no rol da ANS, de modo que sua conduta atende aos ditames legais.

Assevera que a mensalidade dos beneficiários é calculada em observância aos riscos inerentes a cada contrato, sendo que a procedência do pedido inviabiliza sua atividade. Argumenta que a assistência ampla e irrestrita à saúde é dever do Estado, conforme prevê o art. 196 da CF e não das operadoras de planos privados de assistência à saúde, cujos termos do contrato devem ser observados.

Argumenta não estarem configurados danos morais já que não há qualquer conduta ilícita omissiva ou comissiva por sua parte, bem como não há atestados médicos ou psicológicos juntado aos autos, não existindo, portanto, comprovação de que a autora foi atingida em sua ordem subjetiva. Subsidiariamente, afirma que a quantia arbitrada é excessiva, devendo ser minorada. Requer o conhecimento e o provimento do apelo nos pontos combatidos.

A beneficiária em suas razões recursais alega que o montante arbitrado a título de danos morais é ínfimo ante a gravidade da conduta da ré, que negou a cobertura de tratamento de grave doença. Requer o conhecimento e o provimento do recurso para majorar o quantum compensatório fixado. Nas contrarrazões, tanto, a operadora de plano de saúde, quanto, a beneficiária, requerem o não provimento do recurso contrário.

A relatora ao iniciar o seu voto estabelece como controvérsia recursal a análise da necessidade de cobertura de procedimento não previsto no Rol da ANS por parte do plano de saúde, bem como da ocorrência de danos morais e sua compensação. Destaca que para a elucidação da controvérsia é importante, inicialmente, atentar que *a prestação particular de serviços de saúde possui uma função social, que é dar pronto e adequado atendimento ao segurado em situação de perigo de saúde, a fim de que seja preservada a sua integridade física e psicológica.*

Segundo a relatora as operadoras de planos de saúde não podem se recusar a custear tratamentos e medicamentos sob o subterfúgio de cláusulas contratuais que interfiram na terapêutica necessária à recuperação do paciente, pois esse papel cabe apenas ao *médico, uma vez que somente ele possui os conhecimentos e a experiência necessária para indicar o melhor tratamento a ser seguido, o que compreende a escolha do medicamento mais adequado ao caso concreto de cada paciente segurado.*

Nesse sentido, admitir posicionamento contrário seria dar autorização para que as operadoras de planos de saúde substituíssem o exercício da atividade médica, vedando previamente tratamentos, medicamentos e técnicas que considerassem onerosas,

prejudicando os beneficiários no acesso aos melhores tratamentos. A operadora de plano de saúde pode definir quais enfermidades terão cobertura pelo plano de saúde, no entanto, revelam-se abusivas as cláusulas contratuais que limitam a terapêutica ou os medicamentos a serem utilizados na busca da cura de cada doença a ser tratada.

Afirma, ainda que o argumento sustentado pela operadora de plano de saúde de que o rol da ANS não prevê o tratamento solicitado pelo beneficiário não deve prosperar *uma vez que se trata de listagem não exaustiva representando apenas uma cobertura mínima obrigatória*. Dessa forma, a cláusula contratual que exclui determinado procedimento deve ser reputada abusiva uma vez que coloca o consumidor em posição de desigualdade.

A relatora observa que os relatórios médicos apontaram que o medicamento solicitado (RITUXIMABE 1000 mg) é o mais eficaz no controle da doença, de modo que sua negativa de fornecimento pode, indubitavelmente, ocasionar à autora danos irreparáveis ou de difícil reparação. Desse modo, conclui que a operadora de plano de saúde deve fornecer o medicamento referido.

A julgadora argumenta que a contratação de plano de saúde tem por objetivo, justamente, propiciar ao usuário atendimento médico eficiente na rede particular, sobretudo em razão da reconhecida deficiência da rede pública para atendimento de todos os usuários e que da própria natureza do serviço envolvido no contrato, *a negativa de fornecimento de tratamento não pode ser considerada fato corriqueiro, mero aborrecimento ou simples inadimplemento contratual*.

Concluiu que a negativa da operadora de plano de saúde em fornecer medicamento comprovadamente mais eficaz que os outros disponíveis no mercado se evidencia fato configurador de dano moral, seja de ordem objetiva, em razão da violação ao direito personalíssimo à integridade física (art. 12 do CC), seja de ordem subjetiva, decorrente da sensação de angústia e aflição psicológica em situação de fragilidade já agravada pela doença. Nessa perspectiva, a relatora expõe que constatados o dano, a conduta ilícita e o liame entre tais elementos, a compensação da lesão é medida que se impõe, encontrando respaldo no art. 927, § único, do CC.

Restando incontroverso o dever de indenizar a relatora passou a análise da quantificação do dano moral. Exprime que em que pese a falta de critérios objetivos, sua fixação deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, de sorte que a quantia

definida, além de servir como forma de reparação do dano, deve ter caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada.

Nesse sentido, além da análise do evento causador do dano, a condenação deve se amparar nas circunstâncias do caso, na capacidade econômica do ofensor e no efeito pedagógico da condenação, servindo como desestímulo à prática de novas condutas lesivas, sem que se caracterize o enriquecimento sem causa para a autora. Dessa forma, fixou os danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Assim, a relatora votou pelo conhecimento e não provimento dos recursos mantendo intacta a sentença.

Em seguida, o Desembargador Rômulo de Araújo Mendes acompanhou o voto da relatora. Após, o Desembargador Roberto Freitas inaugurando divergência votou pela majoração da fixação do *quantum debeatur* para o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) afim de que as três finalidades da responsabilidade civil sejam cumpridas, quais sejam, a compensatória, punitiva e preventiva-pedagógica.

Ressaltou que os aspectos punitivo e pedagógico visam desestimular que os fornecedores, especialmente os litigantes habituais, conduzam estratégias de atuação no mercado que sejam eficientemente econômicas, tendo como instrumento a lesão aos direitos dos consumidores. Tais dimensões visam prioritariamente coibir a reiteração da conduta do ofensor, ao invés da compensação pela lesão do bem jurídico do consumidor. Diante de tal realidade, a indenização com função punitivo-pedagógica cumpre o objetivo de programar o comportamento desses agentes econômicos.

Dessa forma votou pelo conhecimento da apelação e pelo provimento para reformar parcialmente a sentença no que diz respeito à fixação do valor a título de danos morais, majorando de R\$5.000,00 para R\$15.000,00 (quinze mil reais). Posteriormente o Desembargador Hector Valverde Santana seguiu a divergência. Pontuou que a fixação do valor da indenização por danos morais deve considerar as suas três finalidades: a compensação pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentados pela parte requerente, a punição para a parte requerida e a prevenção futura quanto a fatos semelhantes (função pedagógica).

Discorreu que para a fixação do valor devido, o julgador deve 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.

Ao analisar o caso concreto com base nos critérios elencados entendeu que o valor de R\$ 5.000,00 reais fixados na sentença é aquém do devido *uma vez que a autora se encontrava em estado de saúde delicado uma vez portadora da patologia denominada lúpus eritematoso sistêmico (CID M32) e faz uso de medicamentos que não produzem o mesmo efeito do ora pleiteado, em razão de negativa indevida por parte da operadora de planos de saúde.*

Dessa forma votou pelo conhecimento e não provimento da apelação operadora de plano de saúde e pelo conhecimento e provimento da apelação da beneficiária para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 15.000,00. Após o Desembargador Teófilo Caetano acompanhou o voto da relatora. Ao fim, a Primeira Turma Cível do TJDF, por maioria, conheceu e negou o provimento dos recursos interpostos pela operadora de plano de saúde e pela beneficiária para manter os fundamentos da sentença uma vez que em que pese os julgadores concluíram pela configuração do dano moral o valor fixado na sentença de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é adequado para garantir as funções da responsabilidade civil, quais sejam, a compensatória, punitiva e preventiva.

4.1.4. Emergência e Urgência

Matéria apreciada nos julgados do TJDF é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes *recusa* dos planos privados de assistência à saúde em cobrir procedimentos em caráter de *emergência e urgência*. O acórdão n. 1036674²³⁰ proferido pela Primeira Turma Cível do TJDF, de relatoria do Desembargador Roberto Freitas, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada

²³⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **20160710155199APC**.1. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais movida por consumidora contra fornecedora de plano de saúde [...]. Apelante: SUL AMERICA COMPANHIA DE SEGURO SAUDE. Apelado: CATIA MARIA DIAS SOARES SIQUEIRA. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 02/08/2017. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1036674&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1036674&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

com indenização por danos morais ajuizada por beneficiária em face de operadora privada de assistência à saúde, foi destacado entre os vários julgados do TJDFT com a finalidade de estampar a matéria proposta.

O caso dos autos trata-se de beneficiária que ao sentir fortes dores abdominais, buscou atendimento médico, sendo acolhida e diagnosticada com colecistite aguda, pancreatite residual e coledoclitíase, bem como indicou o médico imediata intervenção cirúrgica, sob pena de risco de vida, entretanto o procedimento foi negado pela operadora de plano de saúde, sob o argumento de que o prazo de carência para a realização da prestação do serviço ainda não havia finalizado.

O acórdão apreciou apelação interposta pela operadora de plano de saúde contra sentença proferida pela Quarta Vara Cível de Taguatinga que julgou procedente os pedidos da beneficiária para que a operadora de plano de saúde disponibilizasse o tratamento, sob pena de pagamento de multa cominatória, além de condená-la a pagar a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais uma vez que a conduta da operadora foi ilícita na medida em que agiu com abuso de direito ofendendo o patrimônio ideal da beneficiária que se encontrava em precário estado de saúde.

Nas razões recursais a operadora de plano de saúde sustentou que a beneficiária quando solicitou o procedimento cirúrgico não havia cumprido o prazo de carência de 180 (cento e oitenta) dias previsto no contrato e que não lhe foi demonstrado o caráter emergencial ou de urgência da cirurgia pretendida. Defende que deve prevalecer o disposto no contrato firmado entre as partes. Insurge-se, ainda, contra a imposição de obrigação de reparação dos danos morais e contra o valor estipulado.

O relator iniciou o seu voto analisando a questão da obrigação da cobertura. Destacou que a relação entre a beneficiária e a operadora de plano de saúde é de consumo, nos termos do Enunciado Sumular n. 469 do STJ²³¹. Pontuou que o art. 6º do CDC prevê direitos básicos ao consumidor, entre eles: *a proteção da vida e saúde*; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços e a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil,

²³¹ O enunciado sumular n. 469 do STJ foi cancelado na sessão de 11 de abril de 2018 ao apreciar o projeto de súmula n. 937. O enunciado sumular n. 608 do STJ editado em 11 de abril de 2018 dispôs que: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, *salvo os administrados por entidades de autogestão.*”

quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Em seguida, destacou que o art. 47 do mesmo diploma legal prevê que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Segundo o relator a recusa embora amparada em cláusula contratual está em desacordo com a proteção dada à consumidora pelas normas consumeristas, de acordo com o disposto no art. 51, inc. IV do CDC, *pois o contrato de seguro saúde possui características especiais e não pode, portanto, violar seu cerne principal que é a garantia de proteção à vida e à saúde.*

Além do que, também, não encontra amparo na LPS uma vez que o art. 35-C prevê que em casos de *urgência*, os decorrentes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional, ou *emergência*, os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente, *a operadora de plano de saúde obriga-se a acobertar os custos ainda que não cumprido o prazo de carência do contrato.* Dessa forma, há a obrigatoriedade de a operadora de plano de saúde cobrir os custos de atendimento à saúde em casos de emergência em razão do risco imediato de morte do paciente, devendo nesta ocasião ser respeitado o prazo máximo de carência de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos do art. 12, inciso V, da LPS.

Nesse sentido, conforme as provas carreadas nos autos, o relator conclui que a negativa de cobertura pela operadora de plano de saúde, sob o fundamento de não cumprimento da carência foi injusta uma vez que a beneficiária comprovou a *emergência através de laudo de médico assistente que indicava risco eminente de complicações como pancreatite aguda, colangite aguda, patologias de alta morbidade e mortalidade.*

Por tais considerações, concluiu pela obrigatoriedade de cobertura do procedimento cirúrgico requerido pela segurada. Posto isto, o relator passou a análise dos danos morais. Salaria que para impor o dever de reparar dano extrapatrimonial o julgador deve aferir a presença dos pressupostos configuradores da responsabilidade civil: conduta ilícita, dano e nexa causal. No caso em exame concluiu que a operadora de saúde ao negar a cobertura agiu contrária à lei.

Quanto ao dano elucida que se justifica na violação do direito, que gera prejuízo a alguém, devendo, portanto, ser restituído ou compensado. A doutrina e a jurisprudência

relacionam o dano extrapatrimonial a ofensas que atingem à pessoa, notadamente nos direitos afetos a sua personalidade, vida, integridade, imagem, dentre outros. *No caso em análise afirma que é presumível e plausível o abalo psicológico, segundo as regras de experiência, pois além de ter que enfrentar o sofrimento próprio do procedimento cirúrgico a que seria submetida, teve que suportar a angústia de receber uma negativa de cobertura, quando precisava de atendimento emergencial.*

O relator explana que o dano extrapatrimonial não se caracteriza apenas quando há lesão à ofensa aos direitos da personalidade, tendo também uma finalidade pedagógica, direcionada ao comportamento do agente ofensor. Trata-se de medida que, além de satisfazer o direito do ofendido, tem o condão de coibir condutas ofensivas e reiteradas, de modo a desestimular a sua reiteração.

O relator realizou pesquisa no sistema informatizado do TJDT que revelou que a operadora de plano de saúde requerida possui na primeira instância 255 processos, além do registro de 282 recursos na 2ª Instância. Pontua que tais dados evidenciam a litigância habitual da operadora de plano de saúde e corroboram a necessidade de se adotar a função pedagógico-punitiva da indenização.

Ressaltou que julgados do STJ reconhecem a ocorrência de dano independentemente de prova do prejuízo (*dano in re ipsa*) na hipótese de recusa indevida pelo plano de saúde. Pontua, ainda, que a indenização deve cumprir a tripla função: *compensatória, reparatória e punitiva*. Destaca que o caráter punitivo se justifica diante da desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, o que pode resultar em condutas lesivas e eficientemente econômicas ao fornecedor. Tal dimensão visa muito mais coibir a reiteração da conduta do ofensor, do que recompor o bem jurídico lesado do consumidor

No caso em análise conclui que a conduta da empresa que administra plano de saúde, consistente na não cobertura de tratamento emergencial, sem observância das cautelas necessárias a evitar prejuízo ao aderente, afigura-se abusiva, na medida em que é motivada pelos custos do tratamento utilizado pelo consumidor, além do que atingiu os direitos da personalidade da beneficiária. Conforme as considerações tecidas concluiu que os pressupostos da responsabilidade civil restaram preenchidos de modo que a operadora de plano de saúde deve responder por danos morais. Em seguida, passou análise da quantificação da indenização.

O relator pontua que no âmbito das relações de consumo, a atuação do Poder Judiciário somente será efetiva se a análise do caso se realizar sob o prisma da coletividade, dada a natureza transindividual de tais relações jurídicas. Nesse sentido, a quantificação do dano não se restringe à aferição dos direitos de personalidade, mas também como desestímulo à reiteração de condutas lesivas aos consumidores. A função punitiva é, portanto, direcionada mais ao ofensor do que ao ofendido, dada a necessidade de se buscar resultados protetivos à coletividade.

Para quantificar o valor da indenização o Desembargador aponta pela necessidade de se utilizar critérios objetivos em conformidade com o instituto que podem ser extraídos tanto do microsistema do CDC, quanto, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no ponto em que estabelecem sanções. Tais normas podem ser aqui adotadas por analogia, notadamente diante do reconhecimento do caráter punitivo da indenização.

O desembargador salienta que o art. 56 do CDC disciplina as sanções administrativas aos fornecedores que incorrerem em infrações às normas de defesa do consumidor e que o Decreto n. 2.181/1997, que trata da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas, disponibiliza parâmetros para imposição e gradação de penas. O relator destaca alguns critérios contidos no art. 28 do citado decreto: a gravidade da prática, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator.

Ressalta, também, os arts. 25 e 26 elencam como agravantes: a circunstância de ser o infrator reincidente, ter cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas, trazer a prática infrativa conseqüências danosas à saúde ou à segurança do consumidor; deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências, ter o infrator agido com dolo e ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo. Aponta que o art. 38 da lei n. 12.529/2011 estabelece penas de multa aos responsáveis pela prática de infração à ordem econômica.

Com base nesses parâmetros conclui que o valor estipulado pelo Juízo de origem, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atende à finalidade compensatória, punitiva e preventivo-pedagógica do dano extrapatrimonial. Dessa forma, o relator votou pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso da operadora de plano de saúde.

O Desembargador Teófilo Caetano e Romulo de Araujo Mendes acompanharam o relator. Ao final a Primeira Turma Cível, por unanimidade, decidiu pelo conhecimento e desprovimento do recurso da operadora de plano de saúde que pretendia afastar os danos morais uma vez que os julgadores concluíram pela sua existência dado que *a angústia e sofrimento experimentados pela beneficiária, que se encontra com risco eminente de vida, foram acentuadas em razão da negativa indevida da operadora de plano de saúde em custear procedimento emergencial.*

4.2. Hipóteses em que não há a configuração dos danos morais

4.2.1. Urgência ou emergência não comprovada

Questão que vem sendo submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa dos planos de saúde em autorizar a realização de procedimentos de beneficiários que não esgotaram o prazo de carência quando ausente a configuração da urgência ou emergência. O acórdão n. 1066896²³² de relatoria do Desembargador Sebastião Coelho, proferido pela Quinta Turma Cível do TJDFT, no bojo de ação ajuizada por beneficiária em face de operadora de plano de saúde, foi destacado com o fito de abordar esta temática.

No caso concreto dos autos, a beneficiária, à época com 38 semanas e 4 dias de gestação, deu entrada no Hospital em trabalho de parto, no entanto, o plano de assistência privada à saúde se negou a autorizar o procedimento obstétrico, sob a alegação de que o prazo de carência de 300 dias ainda não havia transcorrido uma vez que o contrato foi firmado em 15/01/2016. Contudo, sustenta a consumidora que em razão do caráter de urgência o parto deveria ser coberto.

²³² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (5. Turma Cível). Apelação. **20170310018427APC.1**. A negativa de autorização para parto a termo, quando não caracterizada situação de urgência ou emergência [...]. Apelante: EDYSLANIA MARIA MOTA SOUZA. Apelado: SAUDE SIM LTDA. Relator: Desembargador Sebastião Coelho. Data de Julgamento: 06/02/2017. Publicado no PJE: 23/01/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1066896&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1066896&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

O acordão apreciou apelação interposta pela beneficiária em face de sentença proferida pela Terceira Vara Cível que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial uma vez que os relatórios médicos demonstraram que *houve natural evolução para parto normal e não há qualquer menção a atendimento de urgência ou emergência, tanto que nem sequer foi necessária a realização de cesariana.*

A beneficiária sustenta em suas razões recursais alega que restou comprovado o caráter de urgência no atendimento, em face das necessidades clínicas com possíveis riscos à sua saúde e à de sua filha, uma vez que estava grávida, com 38 semanas e 4 dias de gestação, devendo dessa forma ser respeitado o prazo de carência de 24 horas, nos termos do art. 12, V, “c”, da Lei nº 9.656/1998.

Sustenta que é evidente o abalo ocasionado pela negativa do plano devido à situação de urgência, o que poderia acarretar diversas consequências ocasionadas pela demora. Dessa forma, requer que os pedidos sejam julgados procedentes nos termos da petição inicial. Em sede de contrarrazões a operadora de plano de saúde defende a manutenção dos fundamentos da sentença.

O relator destacou que o relatório médico acostado nos autos demonstrou que: a gestante de 38 semanas e 4 dias deu entrada no Hospital São Francisco na madrugada do dia 30/7/2016 em franco trabalho de parto, com ruptura prematura de membrana (...), evoluindo rapidamente para parto normal tendo a criança nascido no mesmo dia, às 5h10. Ressaltou que o contrato é expresso acerca do prazo de carência, lá constando que a cobertura obstétrica de parto a termo é de 300 (trezentos) dias e que a cobertura de urgência e emergência, cujo prazo de carência seria de 24 horas, *é válido apenas para caso de complicações no processo gestacional, e emergência, risco imediato à vida ou lesões irreparáveis.*

O Desembargador concluiu que no caso dos autos, após análise das provas colecionadas, *que a gestante se encontrava em processo gestacional a termo, ou seja, aquele que ocorre sem intercorrências, dentro da normalidade, com 38 semanas de gestação, sem qualquer complicação do processo gestacional.* Constatou, portanto, *que a recusa da operadora de plano de saúde em autorizar o procedimento médico foi justificável já que expressamente constava do contrato o período de carência para parto a termo, e ainda encontrava em vigência.*

Nesse sentido, concluiu conseqüentemente *pela não configuração dos danos morais uma vez que a recusa da operadora de plano de saúde não configurou ato ilícito, pressuposto indispensável para caracterizar a responsabilidade civil*. À vista disso, o relator votou pelo conhecimento e não provimento do recurso. O Desembargador Silva Lemos e o Desembargador Robson Barbosa Azevedo, votaram com o relator.

Por fim, a Quinta Turma Cível, por unanimidade, decidiu pelo conhecimento e desprovimento do recurso da beneficiária uma vez que os magistrados assentaram que a emergência ou urgência não restaram comprovadas, dado que o parto evoluiu sem quaisquer complicações, de forma que a conduta da operadora de plano de saúde em se negar a custear o parto foi justa não tendo que se falar dessa forma em responsabilização por danos morais.

4.2.2. Procedimento com fins estéticos

Questão que vem sendo submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa dos planos de saúde em autorizar a realização de procedimentos com fins estéticos. O acórdão n. 1126897²³³ de relatoria do Desembargador Carlos Rodrigues, proferido pela Sexta Turma Cível do TJDFT, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais ajuizada por beneficiária em face de operadora de plano de saúde, foi selecionado e destacado afim de expor esta problemática.

No caso em exame a beneficiária após ser submetida a um procedimento cirúrgico de gastroplastia (cirurgia bariátrica), com o passar do tempo, perdeu peso e com isso vieram os incômodos e dores causadas pelo excesso de pele em diversas áreas do corpo, de modo que requereu junto à Operadora de Plano de Saúde a autorização para

²³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. **20160710188876APC.1**. A relação jurídica estabelecida entre a operadora de plano de saúde e a contratante se caracteriza como de consumo, submetendo-se às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art.2º, §2º) [...]. Apelante: LORRANY ALVES PEREIRA. Apelado: CAIXA SEGURADORA ESPECIALIZADA EM SAUDE S/A. Relatora: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 12/09/2018. Publicado no DJE: 02/10/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1126897&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1126897&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

realizar cirurgia reparadora de reconstrução da mama com prótese e/ou expensor (mamoplastia), no entanto, tal pedido foi negado sob a justificativa de não há previsão de cobertura de tal procedimento no contrato, nem, na regulamentação da ANS.

O acórdão apreciou apelação interposta pela beneficiária em face de sentença proferida pela Quinta Vara Cível de Taguatinga que julgou improcedentes contidos na petição inicial uma vez que a perícia realizada por médico apontou que *a natureza dos procedimentos pretendidos pela consumidora são a toda evidência essencialmente estéticos, visto que, embora haja hipertrofia das mamas, é de grau moderado, não havendo indicativos de acúmulo excessivo de pele no local que possa gerar complicações que demandem a realização de cirurgia plástica de natureza reparadora.*

Nas razões recursais a beneficiária sustentou que seu pedido de cirurgia reparadora de reconstrução da mama com prótese e/ou expensor (mamoplastia) é uma continuidade do tratamento pós-bariátrico e não pode ser considerado meramente estético, sendo sua cobertura obrigatória pelo plano de saúde. Ainda, afirma que para fins de reparação por dano moral, o fato por ela descrito na inicial é suficiente para sua caracterização, sendo desnecessária a demonstração de dor espiritual por ter se tratar de dano *in re ipsa*. Nas contrarrazões a operadora de plano de saúde se manifestou pela manutenção da sentença.

O relator ao iniciar seu voto salientou que a relação jurídica estabelecida entre a beneficiária e a operadora de plano de saúde é de consumo, nos termos do art. 2, §2, do CDC e da Súmula 296 do STJ, devendo, portanto, ser submetida às normas do código consumerista. Apontou que o relatório médico produzido pelo perito conclui que os procedimentos almejados pela consumidora *são de natureza estética vez que a consumidora não possui doença mamária ou sequela e que embora as mamas apresentem certo grau de flacidez e moderada hipertrofia, não há indicativos que demandem a realização de cirurgia reparadora.* Destaca ainda que tal laudo médico nem sequer foi impugnado pela beneficiária.

O relator salienta que o TJDFT vem se manifestado no sentido de ser cabível a cobertura da mamoplastia com inserção de prótese para finalidade terapêutica ou reparadora. Ressaltou, também, que o direito à saúde é bem indisponível que, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana e como fundamento da República Federativa do Brasil - arts. 1º, I, e 6º, *caput*, da CF.

Aponta ainda que as ações e serviços de saúde são de relevância pública conforme preceituam os arts. 196 e 197 da CF.

No entanto, assevera, que no caso dos autos, os procedimentos solicitados pela consumidora são de cunho estético conforme se depreende do relatório médico de modo que a operadora de plano de saúde não pode ser condenada a custeá-los. *Assim, sendo, o relator entendeu que a conduta do plano de saúde não foi apta a deflagrar o dano moral, pois o inadimplemento contratual não atingiu a honra subjetiva da beneficiária, nem afetou sua esfera imaterial e deteriorar aspectos referentes à sua personalidade. O descumprimento do contrato gerou apenas frustrações e mero aborrecimentos incapazes de ensejar reparação por danos morais.*

Ante a ausência de cometimento de ato ilícito o relator votou pelo conhecimento e não provimento da apelação devendo os fundamentos da sentença serem mantidos. A Desembargadora Vera Andrighi e o Desembargador Esdra Neves acompanharam o relator. A Sexta Turma Cível dessa forma, por unanimidade, julgaram pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pela beneficiária *uma vez que entenderam que o procedimento solicitado possuía cunho estético e não reparador de forma que a conduta da operadora de plano de saúde em negar a cobertura do procedimento configura exercício regular do direito, além do que, casou apenas frustrações e meros aborrecimentos que não são aptos a ensejar reparação por danos morais.*

4.2.3. Interpretação razoável de cláusula contratual

Questão que vem sendo submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da *recusa dos planos de saúde baseada em interpretação razoável de cláusula contratual*. O acórdão n. 1121473²³⁴ de relatoria do Desembargador Roberto Freitas, proferido pela Primeira Turma

234 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **20170110213063APC**.1. No caso em análise, o Autor requereu medicamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e fora do rol de procedimentos da ANS para o tratamento de LES, razão pela qual o Plano de Saúde alegou a [...]. Apelante: CARLOS CESAR DA MATA E OUTROS. Apelado: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 22/08/2018. Publicado no DJE: 05/09/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1121473&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1121473&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

Cível do TJDF, no bojo de ação de obrigação de fazer, compensação por danos morais e tutela de urgência ajuizada por beneficiário em face de operadora de plano de saúde, foi selecionado e destacado afim de ilustrar a controvérsia proposta.

No caso posto em exame o beneficiário é portador de Lúpus Eritematoso Sistêmico e em decorrência desta doença necessita dos medicamentos Belimumabe (Belysta) e Ansentron, cuja dose única custa R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) e necessita para seu tratamento 03 (três) doses no primeiro mês e, nos meses seguintes a aplicação apenas uma.

Contudo o plano de saúde se negou a fornecê-los sob a alegação de que os remédios são de uso ambulatorial fora do regime de emergência e urgência, que não possuem cobertura contratual de medicamentos, uma vez que estes não constam no rol da ANS para tratamento da patologia do autor e não fazem parte da relação nacional de medicamentos essenciais, além do afirma que existem outros medicamentos disponíveis no SUS para tratamento da doença do autor e ,por último, que a não cobertura dos medicamentos é expressamente contida no contrato, sendo legítima a negativa ao fornecimento destes.

Ante a recusa afim de atender seus interesses ajuizou ação afim de que obtivesse tutela de urgência para compelir o plano de saúde a arcar com os custos dos medicamentos enquanto houver prescrição médica de continuidade do tratamento e no mérito a confirmação da tutela de urgência em caráter definitivo, a condenação do plano de saúde ao pagamento de R\$ 5.000,00 por cada indeferimento do custeio do tratamento médico, bem como o pagamento de R\$ 10.000,00 para compensação de danos morais sofridos.

O acordão apreciou apelação interposta pela operadora de plano de saúde em face de sentença proferida pela Décima Quinta Vara Cível de Brasília que julgou procedentes os pedidos contidos na inicial sob o fundamento de que a negativa de custear o tratamento prescrito pelo médico assistente, diante do quadro de agravamento da doença e da falha terapêutica com o uso de fármacos já utilizados e de outros disponíveis aos usuários do SUS, infringe a boa-fé objetiva, uma vez que às partes é imputada a manutenção, em todas as fases contratuais, de conduta proba, leal e ética. Não sendo razoável que a operadora de plano de saúde quando solicitada a arcar com os custos de tratamento capaz de aumentar a sobrevida do segurado e melhorar sua qualidade de vida,

se negue a cobertura porque a utilização do medicamento é de uso domiciliar e não faz parte da relação de medicamentos essenciais disponibilizado pelo SUS.

Nas razões recursais a operadora de plano de saúde pugna pela necessidade de reforma da sentença uma vez que o contrato entabulado não cobre os medicamentos solicitado, além do que não constam no rol da ANS para tratamento da patologia, sendo legítima a negativa ao fornecimento. Defende ainda a inexistência de danos morais uma vez que supostamente não existiu abalo capaz de ensejar compensação desta natureza.

Em sede de contrarrazões a beneficiária afirma que o rol da ANS é exemplificativo e não restritivo, visto que o rol não é dinâmico, capaz de acompanhar a evolução dos novos tratamentos. Portanto, o uso do medicamento é indiscutivelmente aceito para continuação do tratamento. Desse modo requer a manutenção da sentença. A beneficiária, também, interpôs recurso adesivo requerendo a majoração dos danos morais para o valor de R\$ 10.000,00 afim de atender os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de assegurar o caráter punitivo da medida. Em contrarrazões o plano de saúde alega o descabimento da majoração da indenização por danos morais.

O relator ao iniciar seu voto, em análise conjunta dos recursos interpostos, destacou a controvérsia objeto do julgamento: verificar a exigência do fornecimento dos medicamentos Belimumabe (Benlysta) e Ansentron para o tratamento da doença Lúpus Eritematoso Sistemático (LES), bem como a existência de abalo moral a ser compensado pela recusa do fornecimento.

O julgador avaliou que o beneficiário tem direito a receber tratamento para a doença Lúpus, mas ressaltou que é vedado a escolha de medicamento de alto custo em razão da coletividade e da reserva do possível. Nesse sentido, evidenciou que o direito à saúde, positivado no art. 196 da CF, não significa acesso irrestrito à assistência médica, conforme conveniência de cada paciente e que, se atendidas sem juízo de ponderação e indiscriminadamente, comprometem as finanças dos planos de saúde.

Alerta que não se pode estimular o acesso à Justiça para obter medicamentos não padronizados, em detrimento de centenas ou milhares de outros pacientes do plano de saúde, que não podem ser usurpados de seu igual direito à vida e à saúde, tanto pior se a usurpação é oriunda de avaliações judiciais a pretexto do exercício do ofício jurisdicional. Sob essas premissas, alega que o Judiciário somente deve intervir à vista

de atos de ilegalidade ou em face de abuso discricionário dos planos de saúde, como, a exemplo, a negativa de medicamentos aprovados pelos órgãos competentes.

O relator lamenta que ante o julgamento antecipado da lide os autos não foram carreados com provas suficientes, nem foi dada oportunidade para produção de provas, capazes de evidenciar que os medicamentos disponibilizados pelo plano de saúde efetivamente não trazem resultados ou que existe outras alternativas terapêuticas eficazes. Com base nos estudos citados pelo relator dentre eles o realizado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS em relatório de recomendação e pela Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas de Minas Gerais observa que não há embasamento suficiente para a recomendação do belimumabe para tratamento do Lúpus Eritematoso Sistêmico.

Á vista de todas essas considerações o relator conclui que não existem provas acerca da necessidade de utilização de medicamentos diversos daqueles regularmente fornecidos pela operadora de plano de saúde. O relator, também, *concluiu que a recusa da operadora de plano de saúde em fornecer o medicamento não é hábil a desencadear consequência jurídica, pois não se vê que a conduta tenha sido imotivada ou mesmo que não tenha se lastreado em alegação defensável, de maneira a consubstanciar o ato passível de causar dano moral. Além do que não ocorreu lesão aos atributos de sua personalidade, tais como a honra, imagem, dignidade, bem como não se deduz da causa de pedir narrada na inicial.*

Esclarece ainda que 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. Salaria que não se pode banalizar o instituto das indenizações por dano moral, sendo necessário reservá-lo para hipóteses em que, efetivamente, haja ofensa de certa relevância à honra subjetiva ou objetiva de alguém, capaz de fazer com que tenha sofrimento incomum e invulgar.

Para o relator *ante a inexistência de violação de direitos de personalidade e a recusa em custear os medicamentos baseada em interpretação de cláusulas contratuais não se tem como vislumbrar reparação de danos morais.* Nesse sentido, a indenização pleiteada somente seria possível, se comprovada a ocorrência de fato danoso decorrente

de ato ilícito, e depois a lesão a um dos direitos fundamentais com capacidade para causar dor, sofrimento, apreensão, constrangimento, o que não se verificou no caso em exame.

Dessa forma, o relator votou conhecimento e não provimento do recurso interposto pela beneficiária e pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pela operadora de plano de saúde para reformar a sentença recorrida e afastar o fornecimento do medicamento Belimumabe (Benlysta) e Ansentron pelo Plano de Saúde, e afastar a condenação de indenização por danos morais. O Desembargador Teófilo Caetano e a Desembargadora Simone Lucindo acompanharam o voto de relator de forma.

Ao fim, a Primeira Turma Cível, por unanimidade, conheceu e negou o provimento do recurso interposto pela beneficiária e conheceram e deram provimento ao recurso interposto pela operadora de plano de saúde uma vez que os magistrados entenderam que *que a recusa da operadora de plano de saúde em fornecer o medicamento não é hábil a desencadear consequência jurídica, de maneira a consubstanciar o ato passível de causar dano moral, pois não se vê que a conduta tenha sido imotivada ou mesmo que não tenha se lastreado em alegação defensável, além do que foi baseada em interpretação de cláusulas contratuais. Ademais, concluíram que não houve a violação de direitos da personalidade.*

4.2.4. Cirurgia eletiva

Questão submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa de cirurgias eletivas, isto é, aquelas que não apresentam critério médico de emergência ou urgência e podem ser agendados para o futuro conforme critérios de priorização²³⁵. O acórdão n. 1135672²³⁶ de relatoria do Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, proferido pela Oitava Turma Cível

²³⁵ FREITAS FILHO, Roberto. **Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas**. Revista de Direito Público, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 77, Jan. /Fev. 2016

²³⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (8. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 0701747-37.2017.8.07.0014**. 1. Somente os fatos capazes de interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo podem justificar [...]. Apelante: NADIR JOSE DA SILVA. Apelado: GEAP AUTOGESTAO EM SAUDE. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Data de Julgamento: 08/11/2018. Publicado no DJE: 13/11/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1135672&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1135672&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

do TJDFT, no bojo de ação ajuizada por beneficiária em face de operadora de plano de saúde, foi destacado afim de exemplificar a problemática posta em análise.

No caso posto em exame aduz a beneficiária que em decorrência de lesão em dois dedos do pé direito necessita realizar cirurgia eletiva, no entanto, a operadora de plano e saúde não autorizou o procedimento, ao argumento de que os laudos emitidos não comprovavam que a lesão da autora possui dimensões extensas e que o código apresentado pelo médico esta divergente do tratamento proposto.

O acórdão apreciou apelação interposta pela beneficiária em face de sentença proferida pela Vara Cível do Guará que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para confirmar a tutela de urgência anteriormente deferida de autorizar e custear a cirurgia indicada pelo médico cirurgião da autora – cirurgia eletiva que já foi cumprida, sob o fundamento de que os planos de seguro saúde não podem determinar qual é o melhor ou o pior tratamento para o paciente atribuição a qual deve recair ao médico que possui conhecimento técnico e indicou que a lesão necessitava de fechamento com retalho uma vez que não havia pele suficiente para o fechamento da lesão.

No que concerne ao dano moral o magistrado entendeu que não restou configurado. Justificou que é preciso mais do que o simples inadimplemento contratual para gerar o dever de indenizar o dano ao direito da personalidade. Os dissabores da negativa de um serviço, ainda que amparado em cláusula contratual é consequência lógica do descaso da parte contratante com a saúde alheia não havendo nenhuma conduta por parte do plano de saúde que possa atribuir ofensa à honra, humilhação ou atos vexatórios à parte autora, o que afasta a indenização por danos morais.

Nas razões recursais a beneficiária sustentou que a lesão no pé a impedia de utilizar qualquer tipo de sapato fechado, dificultando sua mobilidade nas tarefas mais comuns do cotidiano. Além disso, suas lesões poderiam piorar com o passar do tempo, implicando em sérios riscos de lesões irreversíveis. Alegou que tem poucos recursos financeiros, de forma que não existe a opção de realizar tal cirurgia com suas próprias economias.

Defendeu que essas circunstâncias lhe causaram angústia, medo, além de muita aflição e que são, portanto, consequências negativas, que transpõem as raias do mero aborrecimento ou do desconforto, como a instabilidade e o desolamento, mormente quando a vítima é portadora de tantas complicações de saúde. Afirma que diante disso

houve clara violação aos atributos da personalidade, demonstrando-se patente o ato ilícito da recorrida diante da insegurança promovida pelo inadimplemento e pela má-fé da sua conduta, que colocou em risco um dos bens jurídicos mais preciosos, qual seja: a saúde.

Em decorrência da situação relatada, afim de que a operadora de plano de saúde deixe de praticar os mesmos atos contra os demais segurados na mesma situação a beneficiária pugnou pela condenação em danos morais. Em sede de contrarrazões a operadora de plano de saúde defendeu em suma que não praticou ato ilícito afastando os danos morais pleiteados uma vez que não realizou qualquer bloqueio que impedisse a beneficiária de utilizar os serviços de saúde normalmente.

O relator, ao iniciar seu voto salientou que a controvérsia se cinge a decidir se a recusa da operadora de plano de saúde é apta a gerar indenização por danos morais. *Argumenta que somente os fatos capazes de interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo podem justificar o seu reconhecimento, sob pena de banalização do instituto.*

Segundo o julgador embora seja compreensível a insatisfação do beneficiário diante da negativa de cobertura da cirurgia, o que certamente lhe gerou aborrecimentos e transtornos, não são fatos, por si sós, não têm o condão de violar direitos da personalidade e ensejar a condenação por danos morais uma vez que a cirurgia era eletiva, sem indicativos de risco de morte ou de sequelas irreversíveis, além do que foi realizada logo após a concessão da liminar. Dessa forma, ausente abalo psicológico intenso inexistente o dano moral.

À vista dessas considerações o relator votou pelo conhecimento e não provimento do recurso. O Senhor Desembargador Eustaquio de Castro e o Desembargador Mario-Zam Belmiro acompanharam o relator. Ao fim, a Oitava Turma Cível, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso da beneficiária que pretendia a condenação da operadora de plano de saúde em danos morais. Os desembargadores entenderam que a cirurgia solicitada pela beneficiária era eletiva, isto é, *sem indicativos de risco de morte ou de sequelas irreversíveis*, além do que *não houve abalo psicológico intenso capaz de configurar danos morais*.

5. CONCLUSÃO

A saúde é um direito fundamental consagrado pela CF a qual estabelece que pode ser prestada tanto, pelo Estado, por meio do SUS, quanto, pela sociedade privada, através das Operadoras de plano assistência privada à saúde. Os contratos de prestação de assistência à saúde firmados entre os beneficiários e as Operadoras de Planos de saúde são regulados pela LPS, pelo CDC, salvo as sob modalidade de autogestão, bem como pela ANS e tem por objeto a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistências com a finalidade de garantir o acesso à saúde.

Essa modalidade de prestação de assistência privada à saúde é extremamente utilizada pela população brasileira uma vez que a rede pública em sua grande maioria se encontra sucateada. Ocorre que habitualmente diversos beneficiários de planos privados de saúde do Distrito Federal vêm tendo a assistência à saúde negada pelas Operadoras de Planos de Saúde de modo que se vêm obrigados a ajuizar ações afim de se tutelar o direito à saúde. À vista disso, há se notado vertiginoso crescimento da judicialização da saúde o que tem causado preocupação à diversos setores da sociedade.

O TJDF vem apreciando diversas demandas em que os beneficiários tiveram negada a cobertura de assistência à saúde de modo em que os Desembargadores por vezes tiveram que analisar as consequências jurídicas desencadeadas diante dessa recusa. O presente trabalho se ocupou a estudar apenas uma delas: o dano moral.

O dano moral foi recepcionado pelo art. 5º inc. V e X da CF de 1988 pondo fim a velha discussão acerca da possibilidade de indenizar a violação de direitos imateriais. O microsistema jurídico do consumidor, também, se preocupou em proteger os consumidores da violação dos direitos de personalidade, tendo previsto, a indenizibilidade dos danos morais no art. 6º, inc. VI e VII.

Não há um conceito pronto e acabado de dano moral de modo que a doutrina e a jurisprudência se ocuparam de compreendê-lo. No entanto, não se chegou-se a um consenso, para alguns é tudo aquilo que não implique em uma diminuição patrimonial, para outros, essa conceituação é insatisfatória devendo incluir alguns elementos essenciais, tais como, a dor, o sofrimento, a angústia, o medo.

O que se tem discutido é se a recusa das Operadoras de Planos de Saúde é capaz de ensejar reparação por danos morais. A negativa de cobertura nada mais é que um

descumprimento contratual, desse modo, poderia se argumentar que os prejuízos decorrentes desse inadimplemento já estariam acobertados pelo contrato, por meio da das arras ou sinal, da cláusula penal, dos lucros cessantes, das perdas e danos, pela correção monetária e juros.

No entanto, esse pensamento com o devido respeito, não deve prosperar uma vez que os prejuízos decorrentes de uma avença podem transcender a relação contratual e atingir os bens imateriais do contratante que não estão abrangidos pelas cláusulas previamente estipuladas. No entanto, importante pontuar que não é todo descumprimento contratual que irá atingir os direitos de personalidade dos contratantes, devendo-se, assim, analisar caso a caso antes de se concluir pela configuração dos danos morais.

O TJDFT nesse sentido vem firmando o entendimento de que o descumprimento contratual por si só, não é apto a configurar danos morais, devendo-se atestar que gerou mais do que os aborrecimentos cotidianos, isto é, gerou consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico. Desse modo, o tribunal vem firmando o entendimento de que quando a recusa da operadora de plano privado de assistência à saúde é contrária a lei e em razão de sua conduta o beneficiário que já se encontra em estado de saúde debilitado tem o seu sofrimento psicológico agravado há a configuração do dano moral.

O presente trabalho demonstrou que o TJDFT acertadamente entendeu pela configuração do dano moral quando a operadora de plano de saúde se negou a custear tratamento em continuidade a gastroplastia, o fornecimento de medicamentos e a realização de exames prescritos pelo médico, pois essa conduta é violadora de direitos de personalidade uma vez que agrava as frustrações e aflições do beneficiário que já se encontra em estado de hipervulnerabilidade em razão da própria doença que a acomete, além do que, é o próprio médico que possui os conhecimentos técnicos e a experiência necessária para indicar o melhor tratamento a ser seguido.

Também, prudentemente o TJDFT, conforme evidenciado neste presente estudo, decidiu pela existência de danos morais quando a operadora de plano de saúde se furtou em custear procedimentos de caráter de urgência ou emergência sob a alegação de que o beneficiário não havia cumprido o prazo de carência. O Tribunal assentou que os procedimentos em caráter de urgência e emergência não devem obedecer às carências estabelecidas no contrato e sim o prazo de 24 de horas, nos termos do art. 12, inciso V,

da LPS. Desse modo, a conduta da operadora mostra-se eivada de ilicitude e intensifica o psicológico do beneficiário causando-o sofrimento e angústia.

Quanto ao *quantum debeatur* deve-se ressaltar que o julgador não pode fixar o dano moral em valor irrisório uma vez que poderia contribuir para que as operadoras de planos de saúde permaneçam a praticar condutas ilícitas, como, a recusa injustificada de cobertura assistencial médica. Além do que a saúde suplementar deve ter tratamento especial uma vez que possui uma função social que é dar pronto e adequado atendimento ao beneficiário em situação de perigo de saúde que é um direito fundamental consagrado pela CF.

Apesar disso, deve-se sopesar que a saúde suplementar é caracterizada pelo mutualismo, ou seja, a operadora de plano de saúde forma um fundo comum, formado pela contraprestação paga por todos os beneficiários, que irá custear a assistência médica de todos. Além do que todos os contratos individuais firmados entre o beneficiário e a operadora de planos de saúde estão ligados entre si formando uma rede de modo que todos os integrantes possuem deveres e obrigações. Dessa forma, em que pese o julgador deva fixar o dano moral em um valor capaz de inibir práticas ilícitas deve levar em consideração que condenações em valores exorbitantes podem ocasionar prejuízos à milhares de outros beneficiários que integram a rede contratual da Operadora de Plano de Saúde que não podem ter privado o seu acesso à saúde.

Nem todo descumprimento contratual importará em responsabilização por danos morais, conforme já defendido. Dessa maneira, foi demonstrando nesse estudo que o TJDF de forma adequada entendeu que a conduta da operadora de plano de saúde em se negar a custear assistência médica de procedimentos estéticos, de cirurgias eletivas, de procedimentos que não tinha caráter de emergência e urgência ou ainda baseada em interpretação razoável e defensável de cláusula contratual, não foi apta a atingir bens jurídicos imateriais dos consumidores, tratando-se de mero aborrecimentos do cotidiano.

A saúde e a vida são direitos fundamentais que devem ser respeitados no âmbito das relações entre os beneficiários e as operadoras de planos de saúde. No entanto, não é todo descumprimento contratual que ensejará a reparação por danos morais devendo-se para tanto a recusa de cobertura atingir efetivamente bens imateriais do beneficiário, bem como causar angústia, dor, sofrimento e medo, transbordando a ideia de mero aborrecimentos cotidianos.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio José. ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, Bahia, Ano 99, v. 892, fev. 2010

ANDRADE, André Gustavo Córrea de. **Dano moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4. Turma Cível). Agravo interno no Recurso Especial. **AgInt no REsp 1344193/SP**. 1- O simples inadimplemento contratual, em regra, não configura [...] Agravante: Fábio Felipe Melo. Agravados: PRONTO SOCORRO INFANTIL SABARA SA e INTERCLÍNICAS PLANOS DE SAÚDE S/A. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 03/08/2017. Publicado no DJE: 08/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201827983&dt_publicacao=08/08/2017. Acesso em: 10 abril 2019.

BRAZ, Alex Trevisan. **Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências**. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, n.80, out./ dez. 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: renovar, 2006. p. 992

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. p. 90.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **20170110213063APC.1**. No caso em análise, o Autor requereu medicamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e fora do rol de procedimentos da ANS para o tratamento de LES, razão pela qual o Plano de Saúde alegou a [...]. Apelante: CARLOS CESAR DA MATA E OUTROS. Apelado: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 22/08/2018. Publicado no DJE: 05/09/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1121473&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1121473&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Jurisprudência em perguntas. Direito Civil e Processual Civil. Dano Moral. **O mero descumprimento contratual causa, por si só, ofensa à personalidade passível de indenização por dano moral?** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/dano-moral/o-mero-descumprimento-contratual-causa-por-si-so-ofensa-a-personalidade-passivel-de-indenizacao-por-dano-moral>. Acesso em: 06 março 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 07054310920178070001**, 1. A cirurgia plástica reparadora necessária à correção das consequências advindas de procedimento médico anterior e [...]. Apelante/apelado: Adriana Branco de Araújo Paiva. Apelante/apelado: Bradesco Saúde S/A. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 22/02/2018. Publicado no DJE: 02/03/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca>

Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1076356&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 20160710094625**. "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde" (súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça)”. O rol de procedimentos[...]. Apelante: Santa Luzia Assistência Médica S/A – SLA. Apelado: Pedro Souza Araujo. Relator: Desembargador Hector Valverde Santana. Data de Julgamento: 14/06/2017. Publicado no DJE: 06/07/2017. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1024604&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1024604&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 0001420-54.2017.8.07.0008**. 1. As operadoras dos planos de saúde não podem impor limitações que descaracterizem a [...]. Apelante/apelado: VANESSA APARECIDA DE PAULA COSTA e CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 28/02/2019. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1153548&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1153548&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. **20160710155199APC**. 1. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais movida por consumidora contra fornecedora de plano de saúde [...]. Apelante: SUL AMERICA COMPANHIA DE SEGURO SAUDE. Apelado: CATIA MARIA DIAS SOARES SIQUEIRA. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 02/08/2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos->

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1036674&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (5. Turma Cível). Apelação. **20170310018427APC.1**. A negativa de autorização para parto a termo, quando não caracterizada situação de urgência ou emergência [...]. Apelante: EDYSLANIA MARIA MOTA SOUZA. Apelado: SAUDE SIM LTDA. Relator: Desembargador Sebastião Coelho. Data de Julgamento: 06/02/2017. Publicado no PJE: 23/01/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1066896&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1066896&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. **20160710188876APC.1**. A relação jurídica estabelecida entre a operadora de plano de saúde e a contratante se caracteriza como de consumo, submetendo-se às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art.2º, §2º) [...]. Apelante: LORRANY ALVES PEREIRA. Apelado: CAIXA SEGURADORA ESPECIALIZADA EM SAUDE S/A. Relatora: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 12/09/2018. Publicado no DJE: 02/10/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1126897&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1126897&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (8. Turma Cível). Apelação. **APELAÇÃO 0701747-37.2017.8.07.0014**. 1. Somente os fatos capazes de interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo podem justificar [...]. Apelante: NADIR JOSE DA SILVA. Apelado: GEAP AUTOGESTAO EM SAUDE. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Data de Julgamento:

08/11/2018. Publicado no DJE: 13/11/2018. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1135672&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR\]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1135672&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 19 março 2019

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes. **Planos de Saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Iris Maikon Almeida. **Do Dano Moral por descumprimento do Contrato**. Campo Grande: Contemplar, 2013

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Dano Moral**. In: SANTOS, J.M. de Carvalho (coord.). Repertório enciclopédico do direito brasileiro. v. 14.

FREITAS FILHO, Roberto. **Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas**. Revista de Direito Público, Porto Alegre, v. 12, n. 67, Jan. /Fev. 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, redes contratuais, contratos de adesão e condições gerais de contratação. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v., 2, n. 29, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito das obrigações: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2017, v.3.

GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 155, jun. 2017

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor.** Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31.

LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flavia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In: MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 832, fev. 2005

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 19, jul. / set. 2004.

LOBO, Paulo. **Direito civil: Contratos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. v. 6.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual. Enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.** São Paulo: renovar, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>. Acesso em: 22 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 162

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado: Teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Reparação do Dano Moral no novo Código Civil: teoria, jurisprudência e prática**. Santa cruz da conceição: Vale do Mogi, 2003.

SILVA, Wilson Melo da Silva. **O Dano Moral e sua reparação**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1969.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença Preexistente nos Planos de Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 417.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v. 2

VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo, v. 114, ano 26, nov. / dez. 2017