



PROCESSO Nº 0003295-92.2019.8.08.0030

APELAÇÃO CÍVEL (198)

APELANTE:

APELADO:

RELATOR(A): JORGE DO NASCIMENTO VIANA

Composição de julgamento: 019 - Gabinete Des. JORGE DO NASCIMENTO VIANA - JORGE DO NASCIMENTO VIANA - Relator / 023 - Gabinete Des. ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA - ARTHUR JOSE NEIVA DE ALMEIDA - Vogal / 002 - Gabinete Des. MANOEL ALVES RABELO - CARLOS MAGNO MOULIN LIMA - Vogal

RELATÓRIO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003295-92.2019.8.08.0030

RELATORA: DES^a SUBSTITUTA DÉBORA MARIA AMBOS CORRÊA DA SILVA

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto por _____, o qual revela inconformismo com a r. sentença juntada em cópia no Id. 1994606, proferida pelo MM^o Juiz de Direito da 1^a Vara Cível de Linhares/ES, que julgara improcedente o pedido formulado na Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais, ajuizada em face de _____, no intuito de compelir a requerida à cobertura de procedimento médico elencado no Rol da ANS, porquanto a negativa configura-se prática abusiva.

Em seu petítório recursal (Id. 1994608), o Apelante defende a reforma do *decisum*, sob os seguintes fundamentos: (i) a negativa de prestar assistência médica elencada no rol da ANS fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé; (ii) a inicial impugnou o contrato de adesão sustentando o afastamento de todas as cláusulas contratuais abusivas, devendo ser respeitado o teor do art. 47 do CDC. Reitera, na oportunidade, o pleito de indenização por danos



morais, indicando o montante de R\$20.000,00 (vinte mil reais). Por fim, em razão da realização da cirurgia indicada custeada pelo próprio requerente, após negativa da empresa ré, requer o Apelante que a obrigação de fazer seja revertida em perdas e danos, devendo a Apelada ressarcir os valores suportados pelo segurado.

A empresa apelada, por seu turno, sustenta em suas contrarrazões (Id. 1994608-pag. 87/98) que: (i) a negativa de realização da cirurgia de mastectomia fundamenta-se na inexistência de obrigatoriedade de cobertura; (ii) o Parecer Técnico nº 23/2018 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) estabelece que a cirurgia requerida será devida apenas em duas situações, quais sejam, “exame genético que indica a probabilidade de desenvolver câncer de mama” ou “se o paciente estiver acometido com câncer em uma das mamas”; (iii) a existência de previsão expressa no contrato quanto a negativa do procedimento de natureza estética, nos termos do art. 43, alínea “g” do contrato; (iv) somente são previstos como obrigatórios os procedimentos e eventos descrito no Rol de Procedimentos em Saúde editado pela ANS, atualizado recentemente pela Resolução Normativa n. 428/2017 (anexo I). Requer a expedição de ofício para a ANS em cumprimento ao Enunciado n. 23 editado pela Primeira Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça realizado em 2015, bem como cita o Enunciado n. 21. Aduz ser improcedente o pleito de indenização em danos morais e que houve inovação recursal por parte do Apelante ao fazer requerimento de conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. Por fim, pleiteia pela manutenção da sentença e pelo desprovisionamento do recurso interposto.

É o sucinto relatório. Peço dia para julgamento.

Vitória (ES), 1º de agosto de 2022.

DÉBORA MARIA AMBOS CORRÊA DA SILVA

Desembargadora Substituta

NOTAS ORAIS

VOTOS COM DOCUMENTO (EXCETO VOTO VENCEDOR)

Acompanho o eminente Relator.

VOTO VENCEDOR



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003295-92.2019.8.08.0030

RELATORA: DESª SUBSTITUTA DÉBORA MARIA AMBOS CORRÊA DA SILVA VOTO

Como visto, trata-se de recurso interposto por _____, o qual revela inconformismo com a r. sentença juntada em cópia no Id. 1994606 (pág. 107), proferida pelo MMº Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Linhares/ES, que julgara improcedente o pedido formulado na Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais, ajuizada em face de _____, no intuito de compelir a requerida à cobertura de procedimento médico elencado no Rol da ANS, porquanto a negativa configura-se prática abusiva. Verifico dos autos que a parte autora apresentou pedido de liberação da cirurgia de mastectomia masculinizadora (id. 1994605-pág. 43), prescrita por cirurgião plástico (id. 1994605-pág. 41), após percurso de acompanhamento com profissionais da área da saúde, com recomendações que apontavam para a necessidade e cabimento do procedimento pretendido, como atestam os documentos emitidos por psiquiatra, endocrinologista e psicólogo (todos juntados no id. 1994605-págs. 13; 15; 17; 19; 21; 41). O autor narra que é beneficiário do plano de saúde operado pela ré, fato incontroverso nos autos, e que, em razão de ser homem transexual, alterou por livre e consciente vontade seu nome social para _____, bem como seu gênero para masculino (id. nº 1994604-p.67). Narra, ainda, que em 25/04/2017, firmou com sua companheira, _____, escritura pública declaratória de União Estável (id. nº 1994604-p.69/71). Aduz que, após todo o percurso de acompanhamento com profissionais da área da saúde, com consultas médicas disponibilizadas pela empresa ré, o Apelante agendou a cirurgia para o dia 08/04/2019. Contudo, a operadora Apelada negou autorização para realização do procedimento descrito na guia de solicitação de internação médica (id. 1994605-pág. 43), emitida em 26/02/2019, por médico credenciado à rede de atendimento da Apelada, sob o argumento de se tratar de cirurgia não amparada pela ANS e expressamente excluída do rol de cobertura do contrato. Em julgamento antecipado da lide, a sentença recorrida julgou improcedente o pleito autoral com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC, sob o seguinte entendimento, *in verbis*, assim destacado: No que pertine a inovação da causa de pedir contida em réplica, respeitante a nova alegação quanto à inexistência da cláusula contratual de exclusão de cobertura, por não ter a parte ré trazido o regulamento do contrato com sua contestação, tenho que razão se distancia da parte autora nesta seara, pois, a teor do disposto no art. 329, I do CPC, não poderá esta alterar a causa de pedir após a citação, sem que haja consentimento do réu. Outrossim, **não ha que se falar em obrigação da parte ré em trazer aos autos com sua contestação tal regulamento no qual se funda a negativa de cobertura**, isso porque em momento algum da inicial a parte autora atacou a existência da cláusula ou do contrato, sustentando tão somente sua abusividade (contrato adesivo), não sendo tal matéria, portanto, objeto de impugnação pela parte ré, pois, até então, se tratava de matéria sobre a qual não pendia controvérsia. Ademais, se fosse esta a causa de pedir contida na inicial, deveria a parte autora ter postulado a exibição incidental do documento que, **em réplica, alterando a causa de pedir, sustenta a não existência, o que não foi feito em nenhum momento no processo, mesmo quando da alegação em réplica de sua inexistência**. Pelo que, **ante a manifesta preclusão da matéria supervenientemente suscitada, por alterar a causa de pedir em momento inoportuno, não pode ser conhecida por este Juízo**, sob pena de violação ao princípio da congruência e, por consequência, do princípio da inércia da jurisdição (que garante a imparcialidade do Magistrado). Foram opostos embargos de declaração (id. 1994608-p.7) contra a sentença, com os quais, o embargante, ora Apelante, sustentou a ocorrência de vício de omissão e de contradição no *decisum* objurgado, porquanto o magistrado sentenciante deixou de se manifestar sobre o pedido implícito e explícito de deferimento de inversão do ônus da prova,



haja vista ser matéria incontroversa de natureza consumerista. Em sentença integrativa (id. 1994608-p.35), o magistrado *a quo*, teceu a seguinte fundamentação: **Outrossim, é nítido o intuito protelatório da parte embargante, haja vista que alegou que a sentença era omissa em razão da não determinação da inversão do *onus probandi*.**Ocorre que a presente demanda ajuizada em razão da negativa da ré quanto a cobertura do procedimento de mastectomia, pleiteado pela parte autora, devido à cláusula em contrato de adesão. **Todavia, em sede de inicial, a parte autora, ao alegar a abusividade da negativa baseada nesta cláusula, aduz tacitamente que possuía conhecimento desta, bem como estava ciente da ratificação deste contrato.**Desse modo, não vislumbro justificativa plausível para a distribuição do ônus da prova de maneira diversa, com intuito de requerer que a ré trouxesse aos autos o referido contrato, isto porque se resta incontestada a existência, ciência e concordância, da parte autora, frente à cláusula contratual que fundamentou a negativa do procedimento. Pois bem. Insurge-se o Apelante quanto ao entendimento do juízo *a quo* de improcedência da demanda, por alteração da causa de pedir em réplica à contestação, fundamentando o magistrado sentenciante que “em momento algum da inicial a parte autora atacou a existência da cláusula ou do contrato, sustentando tão somente sua abusividade (contrato adesivo), não sendo tal matéria, portanto, objeto de impugnação pela parte, pois, até então, se tratava de matéria sobre a qual não pendia controvérsia”. Como bem pontuado pelo Apelante, o tema e o pedido estão implícitos e explícitos na inicial, rememorando, em suas razões recursais, o entendimento do STJ neste quesito, no seguinte sentido: RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. RECONSIDERAÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL. AUSÊNCIA DE PODERES. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. PRINCÍPIO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO. 1. Recurso especial originário de agravo de instrumento interposto contra decisão que tornou sem efeito sentença homologatória de acordo celebrado entre as partes porque constatada a ausência de poderes do representante legal da exequente. 2. **O pedido deve ser extraído a partir de uma interpretação lógico-sistemática de toda a peça, ainda que implícitos, não podendo ficar restrito somente ao capítulo referente aos pedidos.** 3. O sistema processual civil é orientado pelo princípio do convencimento motivado, de modo que o magistrado é livre para apreciar a prova produzida, desde que indique na decisão as razões da formação de seu convencimento. Não está obrigado, portanto, a atribuir peso maior a uma prova em detrimento da outra. 4. No caso, os dispositivos legais apontados como violados não apresentam conteúdo normativo para sustentar a tese defendida no especial, tampouco servem para impor ao Poder Judiciário a homologação de acordo firmado por quem não tinha poderes para tanto. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1562641 SP 2015/0263206-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 02/08/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2016 REVPRO vol. 262 p. 495) Convém reforçar que, a presente demanda fora ajuizada com a pretensão de afastar a negativa emitida pela operadora do plano de saúde que se amparou justamente em existência de cláusula contratual que expressamente prevê a exclusão do procedimento pretendido, revelando-se inoportuno o argumento exarado pelo juízo primevo de que “se tratava de matéria sobre a qual não pendia controvérsia”. Tanto o é, que a empresa demandada apresentou em contestação defesa sustentando a existência da cláusula de exclusão, sem, contudo, comprovar o alegado, ou seja, juntando aos autos o contrato sobre o qual recai sua pretensão impeditiva do pleito autoral. Como cediço, a regra geral do *onus probandi* é princípio basilar do ordenamento processual, inscrito no art. 373, do CPC, em virtude do qual aquele que promover ação pleiteando o que lhe é de direito tem obrigação de provar os fatos relativos ao seu pedido e, por sua vez, a contraparte deverá comprovar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos daquela demanda, sofrendo as consequências, quando verificada a insuficiência de provas, a parte que detinha o ônus de produzi-la. Nesse aspecto, inclusive, o novo CPC trouxe importantes inovações inscritas nos parágrafos 1º e 2º do art. 373, por meio dos



quais introduziu o sistema da carga dinâmica da prova, o que, essencialmente, implica que a carga probatória recai sobre quem está em melhores condições de esclarecer os fatos. E, no caso dos autos, como visto, o Apelante apresentou documentação compatível com o requerimento pretendido, juntando aos autos laudos dos profissionais de saúde referentes ao processo de transexualização, guia de solicitação de internação com indicação clínica de mastectomia prescrita por médico credenciado, bem como parecer descritivo da negativa de cobertura emitido pela operadora do plano de saúde e posteriormente, notas fiscais relativas ao procedimento cirúrgico realizado. Por sua vez, o Apelado sustenta a existência de cláusula expressa de exclusão de cobertura no contrato, denominada “Cláusula IV Exclusões de cobertura”, sendo que, em seguida, aduz que o teor do artigo 43, alínea “g”, contém previsão expressa de exclusão de cobertura para procedimentos estéticos, transcrevendo, maldestramente, o teor de algum artigo 20. No decurso de todo o processo apresenta atos normativos desatualizados na tentativa de amparar sua defesa. Feitas as observações até aqui tecidas, verifico que fora devidamente oportunizado ao autor replicar a contestação, momento em que impugnou a existência de cláusula de exclusão, provocando o réu a trazer aos autos o contrato em que se funda a controvérsia. E se assim não agisse, haveria obviamente outro tipo de consequência, conforme é possível apreender da lição do processualista Joel Dias Figueira Jr., a saber: O demandante poderá, então, impugnar os fatos sobre os quais repousa a defesa de mérito indireta, negando a existência ou as consequências jurídicas, pretendidas, assim como poderá admiti-los, expressamente, ou, simplesmente, não impugná-los, o que corresponderá à confissão. Deixando o autor fluir em branco o prazo decencial, fica o réu dispensado de fazer prova a respeito dos fatos novos alegados e que foram opostos na contestação, posto que desnecessária a produção probatória acerca de questões incontroversas. Ademais, prescreve o art. 350, do CPC/2015: *Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.* Diante desse cenário, percebe-se claramente que, à luz do critério legal, não se tratava de alteração da causa de pedir a impugnação apresentada em réplica à contestação. Desta feita, passo a decidir, em consonância com o teor do art. 1.013, do CPC, assim redigido, no que interessa: Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: [...] III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; Pois bem. A empresa Apelada insiste na alegação de que inexistente o dever de cobertura da mastectomia de transexualização por se tratar de procedimento não previsto no rol da ANS. Persevera que o contrato contém cláusula expressa sobre a exclusão do procedimento pretendido pelo consumidor. Sem razão. Primeiramente, a cirurgia de mastectomia integra o rol de procedimentos e eventos em saúde e sua utilização não se restringe ao tratamento cirúrgico dos tumores de mama. Olvidou-se, injustificada e convenientemente, a empresa Apelada de atualizar-se quanto ao referido rol. E, nesse aspecto, dispõe a ANS no Parecer Técnico nº 19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 que: A cirurgia de mastectomia também tem cobertura obrigatória quando indicada pelo médico assistente nas seguintes situações: 1. exame genético indicar a probabilidade de desenvolver câncer de mama, conforme Diretrizes de Utilização; 2. mama oposta em paciente com câncer diagnosticado em uma das mamas; 3. procedimento complementar ao processo de transexualização, conforme Parecer Técnico



específico (PARECER TÉCNICO Nº 26/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021). Em seguida, quanto à cláusula contratual, é evidente que a empresa ré não comprovou a exclusão contratual do procedimento em questão. E, ainda que assim não fosse, é consabido que, eventual limitação na cobertura é considerada conduta abusiva, conforme corretamente declarado pelo Apelante, na medida em que configura exagerada restrição a direito fundamental inerente à própria natureza do contrato. Nesse aspecto, o procedimento cirúrgico pretendido não possui caráter meramente estético. Trata-se de um desdobraimento da transição de gênero, com prescrição médica que fora adequadamente comprovada pelo autor e, por sua vez, não impugnada de forma específica quanto ao mérito do pedido de cobertura pela operadora de saúde. Assim, não se desincumbiu a contento do ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão autoral. Em contexto semelhante ao dos autos, já se manifestou o e. STJ, mencionando ulterior parecer técnico da ANS sobre o tema, a saber: CIVIL - PLANO DE SAÚDE - MASTECTOMIA MASCULINIZADORA - CUSTEIO PARTICULAR - PLEITO DE REEMBOLSO - RECUSA ADMINISTRATIVA - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL - INSUBSISTÊNCIA - PROCEDIMENTO CONTEMPLADO EM ROL DA ANS - MEDIDA ASSEGURADA, INCLUSIVE, NO ÂMBITO DO PROCESSO DE TRANSEXUALIZAÇÃO - COMPROVADA DISFORIA DE GÊNERO - RESSARCIMENTO DEVIDO - LIMITAÇÃO À TABELA DE REFERÊNCIA - EXISTÊNCIA DE ATENDIMENTO NA REDE CREDENCIADA - NÃO COMPROVAÇÃO - CPC, ART. 373, INC. II - REEMBOLSO INTEGRAL DEVIDO1 "[...] o transexualismo ou disforia de gênero, independentemente da adequação técnica e, por ventura, politicamente incorreta da sua qualificação como transtorno psicológico, recebe esse tratamento por parte das autoridades públicas e organizações vinculadas à regulação da saúde e atividade médica, sendo certo que o diagnóstico médico do transtorno identificado pelo CID F 64.0, seja na rede de atendimento público à saúde, seja no âmbito da particular, conduz a uma série de medidas terapêuticas hormonais, psicológicas e cirúrgicas, que irão variar de acordo com as características de cada paciente, incluindo, dentre outras possibilidades, a mastectomia bilateral para homens transexuais" (AC n. 0002669-80.2014.8.24.0005, de Balneário Camboriú). **Ainda que a redesignação sexual não tenha sido elencada como um todo, isto é, com todas as fases e métodos que lhe são inerentes no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, o Parecer Técnico n. 26/GEAS/GGRAS/DIPRO/2019, expedido pela agência reguladora, já esclareceu que os procedimentos devidamente elencados no Rol, tais como mastectomia, histerectomia, ooforectomia ou ooforoplastia e tiroplastia, constituem cobertura mínima obrigatória a ser observada pelas operadoras e planos privados de assistência à saúde, ainda que no âmbito do processo transexualizador.**[...](STJ - AREsp: 1949572 SC 2021/0236473-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 25/02/2022) Por tais razões, verifico ser o caso de procedência do pedido de cumprimento da obrigação de fazer, revelando-se pertinente, no contexto delineado, o pleito de conversão em perdas e danos feito em sede de apelação, hipótese que encontra respaldo em recente julgamento do c. STJ, assim ementado: RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. PEDIDO PARA CONVERSÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER EM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INOVAÇÃO RECURSAL. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 1. Recurso especial interposto em 20/7/2021 e concluso ao gabinete em 22/2/2022. 3. O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação de honorários violou o parâmetro da objetividade, previsto no art. 85, § 2º, do CPC/2015; e b) caracteriza inovação recursal o pedido, veiculado em apelação, de conversão de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos. 4. Não se vislumbra o efetivo prequestionamento da linha argumentativa referente à possibilidade de fixação dos honorários advocatícios nos parâmetros previstos no art. 85, § 2º, do CPC/2015, razão pela qual inviabilizada está sua apreciação. 5. "Definida a obrigação pela prestação de tutela específica - seja ela obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa certa -, é plenamente cabível, de forma automática, a conversão em perdas e danos, ainda que sem pedido explícito, quando



impossível o seu cumprimento ou a obtenção de resultado prático equivalente (art. 461, § 1º, do CPC)" (AgRg no REsp 1293365/RJ, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015). **6. Diante da impossibilidade de cumprimento da obrigação de dar, fazer ou não fazer e sendo consolidado o entendimento do STJ quanto à possibilidade de sua conversão em perdas e danos a qualquer momento do processo, inclusive em sede de cumprimento de sentença, independentemente até mesmo de requerimento, tem-se que tal pedido feito em sede de apelação não está adstrito aos parâmetros impostos pelo efeito devolutivo em sua dimensão horizontal, razão pela qual não configura inovação recursal, podendo ser conhecido.** 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.(STJ - REsp: 1993029 RJ 2021/0386333-5, Data de Julgamento: 21/06/2022, T3 -

TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2022) Neste ponto, convém mencionar que a Apelada em contrarrazões ao recurso de apelação, com desmazelo apresenta defesa aduzindo que houve inovação recursal por parte da Apelante ao fazer requerimento de conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, sem, contudo, se prolongar em argumentos condizentes com o ônus que lhe cabia. Quanto ao ressarcimento, não obstante, como visto, seja viável, este deve ocorrer, não como requerido pelo recorrente, mas sim em observância ao critério legal prescrito na Lei n.º 9.656/98, especificamente em seu art. 12, inciso VI, atinentes aos preços e tabelas efetivamente contratados com o plano de saúde, que segue transcrito abaixo:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; Da mesma forma, esse é o entendimento do

STJ, conforme se depreende dos julgamentos que seguem colacionados: RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA COM O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ASTREINTES. DECISÃO PROVISÓRIA REVOGADA COM A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESSARCIMENTO DO BENEFICIÁRIO POR UTILIZAÇÃO DE HOSPITAL PRIVADO NÃO CREDENCIADO. LIMITES DA TABELA DO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO. EQUILÍBRIO ATUARIAL E INTERESSE DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO. 1. Ação ajuizada em 12/03/10. Recurso especial interposto em 28/03/14 e atribuído ao gabinete em 25/08/16. 2. O propósito recursal consiste em dizer: i) da necessidade de ratificação da apelação após o julgamento de embargos de declaração da sentença; ii) da manutenção das astreintes fixadas em decisão provisória posteriormente revogada em sentença; iii) da exegese do art. 12, VI, da Lei 9.656/98 - Lei dos Planos de Saúde (LPS). 3. A ratificação do recurso de apelação após o julgamento dos embargos de declaração somente se faz necessária se houver modificação do julgado. 4. A sentença de improcedência do pedido tem o condão de revogar a decisão concessiva da antecipação de tutela, ante a existência de evidente antinomia entre elas. 5. A operadora de plano de saúde está obrigada a ressarcir o Sistema Único de Saúde quando seus beneficiários se utilizarem do serviço público de atenção à saúde, conforme procedimento próprio estabelecido na Resolução Normativa 358/2014, da ANS. Constitucionalidade do art. 32 da LPS - Tema 345 da repercussão geral do STF. 6. Se a operadora de plano de saúde é obrigada a ressarcir o SUS na hipótese de tratamento em hospital público, não há razão para deixar de reembolsar o próprio beneficiário que se utiliza dos serviços do hospital privado que não faz parte da sua rede credenciada. 7. **O reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde deve ser permitido quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, sendo as hipóteses de urgência e emergência apenas exemplos (e não requisitos) dessa segurança contratual dada aos consumidores.** 8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.(STJ - REsp: 1575764 SP 2015/0314408-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento:



07/05/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2019) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. PLANO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO. ART. 12, VI, DA LEI Nº 9.656/98. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS DEVIDO, PORÉM LIMITADO. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INOBSERVÂNCIA. SÚMULA Nº 5 DO STJ. REJULGAMENTO DA CAUSA. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 282 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO, NOS MOLDES LEGAIS. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCP. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Aplica-se o NCP a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O processo sempre segue uma marcha tendente a um fim. Por isso, nele não cabem dois recursos de mesma natureza contra uma mesma decisão, conforme o princípio da unirrecorribilidade, porque *electa una via non datur regressus ad alteram*. 3. **Nos casos em que não se afigurar possível a utilização dos serviços credenciados, como é o caso das situações emergenciais, o art. 12, VI, da Lei nº 9.656/1998 limita o reembolso aos preços e tabelas efetivamente contratados com o plano de saúde.** 4. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige interpretação de cláusula contratual e reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir as Súmulas nºs 5 e 7, ambas do STJ. 5. A matéria referente aos temas dos arts. 54 do CDC e 6º da LINDB não foram objeto de debate prévio nas instâncias de origem. Ausente, portanto, o devido prequestionamento nos termos da Súmula nº 282 do STF, aplicável por analogia. 6. A não observância dos requisitos do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. 7. A revisão do quantitativo em que autor e réu decaíram do pedido é providência que demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, incidência da Súmula nº 7 do STJ. 8. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCP, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCP, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei. 9. Agravo interno não provido, com imposição de multa. (STJ - AgInt nos EDcl no AREsp: 1278998 MG 2018/0088432-2, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de

Julgamento: 18/03/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2019)

Finalmente, quanto aos danos morais pretendidos, tenho que o pleito não comporta acolhimento.

Acerca do tema, observa-se das lições de Sérgio Cavalieri Filho que, "(...) só se 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". (Cavalieri Filho, Sérgio. Programa de

Responsabilidade Civil, Malheiros, 6ª edição: 2006, p. 105) *In casu*, a negativa de cobertura não tem o condão de provocar efetivo abalo anímico, mormente ao se considerar que o Apelante realizou o procedimento pretendido na exata data de agendamento estabelecida pelo médico responsável, sem qualquer alteração capaz de gerar prejuízo moral. Pelas mesmas razões, considero inaplicável ao caso a teoria do desvio produtivo do consumidor. Ante o exposto,

CONHEÇO do recurso interposto por _____ e, no mérito, **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para reformar a sentença impugnada, julgando procedente o pedido de obrigação de fazer consistente na cobertura de cirurgia de mastectomia, convertida em perdas e danos, viabilizando o ressarcimento dos valores suportados para a realização da cirurgia, nos termos dos preços e tabelas efetivamente contratados com o plano de saúde e da legislação pertinente. Diante do desfecho conferido à lide, considerando que houve sucumbência parcial, as partes



devem arcar de modo proporcional com os respectivos ônus, com a distribuição, nos termos do art. 86 do CPC/15, c/c o art. 85, § 14, que deve ser de 50% (cinquenta por cento) para o Apelado e 50% (cinquenta por cento) para o Apelante, cuja exigibilidade ficará suspensa em virtude da concessão do benefício da gratuidade da justiça ao Autor. Tendo em vista o parcial acolhimento da pretensão oferecida no recurso de apelação, deixo de aplicar a previsão do §11 do art. 85 do CPC. É como voto.

VOTOS VOGAIS

023 - Gabinete Des. ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA - ARTHUR JOSE NEIVA DE ALMEIDA (Vogal)
Acompanhar

002 - Gabinete Des. MANOEL ALVES RABELO - CARLOS MAGNO MOULIN LIMA (Vogal)
Acompanhar

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003295-92.2019.8.08.0030

RELATORA: DESª SUBSTITUTA DÉBORA MARIA AMBOS CORRÊA DA SILVA

ACÓRDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MASTECTOMIA MASCULINIZADORA. RECUSA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL. INSUBSISTÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. AFASTADA. CAUSA MADURA. PROCEDIMENTO CONTEMPLADO EM ROL DA ANS. PROCEDIMENTO CUSTEADO POR MEIOS PRÓPRIOS. RESSARCIMENTO DEVIDO. DANO MORAL. DESCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A presente demanda fora ajuizada com a pretensão de afastar a negativa emitida pela operadora do plano de saúde que se amparou justamente em existência de cláusula contratual que expressamente prevê a exclusão do procedimento pretendido, revelando-se inoportuno o argumento exarado pelo juízo primevo de que “se tratava de matéria sobre a qual não pendia controvérsia”.

2. Verifica-se que fora devidamente oportunizado ao autor replicar a contestação, momento em que impugnou a existência de cláusula de exclusão, provocando o réu a trazer aos autos o contrato em que se funda a controvérsia. E se assim não agisse, haveria obviamente outro tipo de consequência.

3. Diante desse cenário, percebe-se claramente que, à luz do critério legal, não se tratava de alteração da causa de pedir a impugnação apresentada em réplica à contestação.

4. A cirurgia de mastectomia integra o rol de procedimentos e eventos em saúde e sua utilização não se restringe ao tratamento cirúrgico dos tumores de mama. (Parecer Técnico nº



19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 da ANS).

5. O procedimento cirúrgico pretendido não possui caráter meramente estético. Trata-se de um desdobraimento da transição de gênero, com prescrição médica que fora adequadamente comprovada pelo autor e, por sua vez, não impugnada de forma específica quanto ao mérito do pedido de cobertura pela operadora de saúde. Assim, não se desincumbiu a contento do ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão autoral

6. Verifica-se ser o caso de procedência do pedido de cumprimento da obrigação de fazer, revelando-se pertinente, no contexto delineado, o pleito de conversão em perdas e danos feito em sede de apelação, hipótese que encontra respaldo em recente julgamento do c. STJ (REsp: 1993029 RJ 2021/0386333-5, Data de Julgamento: 21/06/2022).

7. Quanto ao ressarcimento, este deve ocorrer em observância ao critério legal prescrito na Lei n.º 9.656/98, especificamente em seu art. 12, inciso VI.

8. Quanto aos danos morais pretendidos, tem-se que o pleito não comporta acolhimento. *In casu*, a negativa de cobertura não tem o condão de provocar efetivo abalo anímico, mormente ao se considerar que o Apelante realizou o procedimento pretendido na exata data de agendamento estabelecida pelo médico responsável, sem qualquer alteração capaz de gerar prejuízo moral. Pelas mesmas razões, considera-se inaplicável ao caso a teoria do desvio produtivo do consumidor.

9. Recurso parcialmente provido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0003295-92.2019.8.08.0030, na qual figuram como partes aquelas acima mencionadas. **ACORDA**, de conformidade com a ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, **à unanimidade, CONHECER do recurso e, no mérito, DAR-LHE parcial provimento, a teor do voto proferido pelo e. Relator.**

Vitória/ES, de de 2022.

PRESIDENTE

RELATOR

DECISÃO

À unanimidade, conhecer e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

