

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SEXTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0804882-61.2023.8.19.0001

APELANTE: GREGORIO ORTIZ DIEHL – autor

APELADA: BRADESCO SAÚDE S/A - ré

RELATORA: DES. SIRLEY ABREU BIONDI

Ação de conhecimento com pedido de obrigação de fazer e indenização por dano moral. Relato autoral de demora/recusa de autorização para cirurgia de urgência. Autor que afirma que necessita submeter-se à cirurgia de caráter urgente, denominada “avanço bimaxilar e avanço mandibular”. Decisão deferindo o pedido de tutela de urgência. Sentença de improcedência. Apelo do autor, em busca da procedência dos pedidos. O art. 35-C da Lei 9.656/1998 estabelece que as operadoras de planos de saúde devem garantir o atendimento imediato em casos de emergência. Em se tratando de cirurgia eletiva, assiste a parte ré o direito aos prazos estabelecidos no artigo 3º da Resolução Normativa nº 259/2011 da ANS, para análise do pedido (21 dias úteis). Ausência de comprovação de recusa/demora da Operadora de Plano de Saúde. Laudo pericial que atestou o caráter eletivo do procedimento cirúrgico. Manutenção da sentença. Exasperação da verba honorária. **DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

Relatados, revistos e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0804882-61.2023.8.19.0001**, em



que figura, como apelante, **GREGORIO ORTIZ DIEHL**, e sendo apelada, **BRADESCO SAÚDE S/A**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **POR UNANIMIDADE**, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

RELATÓRIO

Trata-se de **AÇÃO DE CONHECIMENTO** proposta por **GREGORIO ORTIZ DIEHL** em face de **BRADESCO SAÚDE S/A** alegando, em síntese, que é usuário dos serviços prestados pela ré e que tinha cirurgia marcado para o dia 20/01/2023. Afirma necessitar imediatamente realizar o procedimento, uma vez que é portador de apneia obstrutiva severa e grave, com alteração esquelética dos ossos da face, alteração vertical da maxila e mandíbula. Afirma que foi feita solicitação à ré, mas que não houve resposta por escrito. Requer, em tutela de urgência, autorização para realização de procedimento cirúrgico de reconstrução da face, assim como a aquisição, adimplemento e fornecimento dos materiais necessários para a realização da cirurgia, com base em relatório de seu médico. E ao final, pugna pela confirmação da tutela de urgência e condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Decisão deferindo o pedido de tutela antecipada (index 42532263).

Decisão que deferiu o pedido de gratuidade de justiça (index 42576299).

Petição do autor informando sobre o descumprimento da tutela (index 43230890).

Decisão fixando multa única de R\$ 30.000,00 para o descumprimento (index 43907477). Nova intimação foi determinada e cumprida a tutela de urgência em 31/01/2023 (index 43907477). Contra a decisão, insurgiu-

se a ré por meio de agravo de instrumento ao qual foi negado provimento (index 82892869).

Petição do autor informando sobre o descumprimento da tutela (index 45092672).

A **ré** apresenta **contestação** sustentando que o procedimento foi parcialmente autorizado; que foi verificada divergência técnica nos pedidos, sendo remetido à análise para junta médica; que o médico escolhido como desempatador, com base na solicitação e exames encaminhados, proferiu decisão no sentido de autorizar de forma parcial os materiais, excluindo as próteses customizadas; que as próteses não foram autorizadas, pois são materiais que usam softwares ou programas de modelagem 3D para sua confecção e estão excluídos de cobertura obrigatória pelo rol da ANS. Requer a improcedência dos pedidos (index 45681336).

Decisão majorando a multa para o valor de R\$ 2.000,00 para cada dia de atraso (index 43907477).

Decisão determinando a penhora "on line" em contas da ré do valor de R\$ 541.800,00, para pagamento de honorários médicos e materiais (index 54723692). Contra a decisão, insurgiu-se a ré por meio de agravo de instrumento ao qual foi negado provimento.

A tutela de urgência em 31/01/2023 (index 43907477).

Constam ainda dos autos: manifestação das partes sobre provas; decisão saneadora deferindo a produção de prova pericial (index 70677481); laudo pericial (index 127930209); esclarecimentos do perito (index 151088166 e 159785116) e manifestação das partes.

Sentença que julgou **IMPROCEDENTES OS PEDIDOS** revogando a tutela antecipada deferida,



condenando a parte autora ao pagamento das despesas processuais e em honorários advocatícios de dez por cento sobre o valor atribuído à causa, ressaltando-se a gratuidade de justiça concedida à parte (index 192600677).

Apelação interposta pelo **autor** alegando que a improcedência do pedido se fez fundamentado em mero laudo pericial, onde o ilustre perito não conhece a comorbidade do autor. afirma que a comorbidade do autor é grave, que o incapacitam a exercer suas atividades habituais, e o tratamento foi indicado por seu médico. Pontua que não há qualquer razão jurídica para a recusa do custeio da cirurgia e dos materiais prescritos pelo médico do autor. alega não ser admissível que a ré alegue que poderia ser usada prótese comum ou menos onerosa, uma vez que já há muito se firmou o entendimento jurisprudencial de que é atribuição do médico assistente a decisão acerca do tratamento mais adequado ao caso concreto. Discorre sobre as cláusulas inseridas em contrato de adesão e a boa-fé objetiva no contrato. Requer a reforma integral da sentença, para julgar procedentes os pedidos autorais (index 197437669).

Contrarrazões apresentadas pela **ré**, pelo desprovimento do recurso (index 209458884).

Estes os fatos postos sob o exame desta Relatoria. Passo a decidir.

VOTO

O recurso é tempestivo, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade, portanto, o recebo em seus regulares efeitos e conheço-o.

Discorre a autora, na inicial, que ajuizou ação de conhecimento com pedido de obrigação de fazer, cumulada com pedido de tutela de urgência e reparação de dano moral.

A sentença foi de procedência, razão do inconformismo dos réus.

É incontroversa a relação jurídica de direito material entre o autor e a ré, pois o autor é beneficiário do plano de saúde empresarial, operado pela ré.

Destaca-se o verbete sumular nº 608 do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Sabido é que os planos de saúde estão intimamente ligados aos anseios sociais de controle dos riscos ao segurado e seus dependentes. Deve-se atentar também, para o fato de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação jurídica, estando em jogo direitos personalíssimos, quais sejam, a vida, a saúde, a integridade física e psíquica, além da dignidade humana, que também deve servir de norte para a interpretação da lei e do contrato trazido à colação.

No presente caso, verifica-se que o caso narrado se relaciona com a demora/inércia no atendimento médico-hospitalar, em autorizar o **procedimento cirúrgico de “avanço bimaxilar e avanço mandibular”**, **em caráter de urgência**.

Certo é que o autor, então com **40 (quarenta) anos de idade** (nascido em 18/03/1984), foi diagnosticado com “apneia obstrutiva severa e grave, com alteração esquelética dos ossos da face, com alteração vertical na maxila, mandíbula e mento. Deficiência antero-posterior da Maxila, prognatismo mandibular (ossos da mandíbula extremamente projetados para trás, e classe III, de angle, (...))” (index 42516649).

Assinale-se que, segundo o relato autoral, a cirurgia estaria marcada para o dia **20/01/2023**, **em caráter de URGÊNCIA**, no Hospital São Lucas, porém teria de ser desmarcada, pois a ré "ignorou a solicitação do autor e do médico assistente, não dando qualquer satisfação e nem resposta ao pedido de autorização de cirurgia". Segundo o relato autoral, buscava desde "o início do mês de janeiro do corrente ano" a autorização da ré para realização do procedimento cirúrgico.

A presente ação foi ajuizada no dia **18/01/2023**, tendo sido deferido o pedido de tutela antecipada, em **19/01/2023**, em razão do caráter de urgência, constante no laudo juntado pelo autor (index 42532263).

Em contestação, a ré afirmou que, em **03/01/2023**, foi registrada a solicitação de autorização para internação cirúrgica hospitalar do autor, em caráter eletivo, prevista para o dia **01/02/2023**, no Hospital São Lucas, aos cuidados do Dr. Leonardo Augustus Peral Ferreira Pinto, com as seguintes indicações clínicas e procedimentos:

- Osteotomia Tipo Lefort I
- Osteoplastias de Mandíbula
- Osteoplastia para prognatismo mandibular (direita e esquerda)

Código	Rápido ?	Descrição	Autorizações	Porte Anest.	Pacote	Regime	Origem	Qtd Solicitada	Qtd Autorizada	A	M	F
30208050/00	N	OSTEOTOMIA TIPO LEFORT I		4		INT	TUSS	001	001	L	L	L
30209021/00	N	OSTEOPLASTIAS DE MANDIBULA		5		INT	TUSS	001	001	L	L	L
30208025/00	N	OSTEOPLASTIA PARA PROGNAT, MICROGNAT OU LATEROGNAT		5		INT	TUSS	002	002	L	L	L

A ré aduz ainda que a solicitação foi parcialmente autorizada sob a senha 3VR9TS7, com restrição de materiais customizados, conforme o seguinte documento:

4/01/2023	12:35:54	MATERIAL ESPECIAL	CME- Códigos liberados conforme documentação anexada. MATERIAIS AUTORIZADOS PARCIAL, RESTITOS: 02 PLACAS DE TITÂNIO 2.0 EM L 10 FUROS SOB MEDIDA + 02 PLACAS DE TITÂNIO 2.0 EM L 06 FUROS SOB MEDIDA + 04 PLACAS RETAS EM TITÂNIO 6 FUROS 2.0 CUSTOMIZADAS OU 02 PLACAS RETAS DUPLAS COM 12 FUROS CUSTOMIZADAS + 01 PLACA X CUSTOMIZADA + 05 GUIAS CIRÚRGICAS DE CORTE E PERFURAÇÃO + 03 GUIAS CIRÚRGICAS DE POSICIONAMENTO + 01 BIOMODELO SOB MEDIDA+ 54 PARAFUSOS PARA FIXAÇÃO DAS PLACAS, pois materiais que usam softwares ou programas de modelagem 3D para sua confecção estão excluídos de cobertura obrigatória pelo ROL da ANS + 02 PARAFUSOS DE BLOQUEIO, POIS QUANTIDADE VALIDADA É SUFICIENTE PARA A REALIZAÇÃO DE BLOQUEIO MAX-MD EFICIENTE + 02 MEMBRANAS, POR SEREM DISPENSÁVEIS A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SEM PREJUÍZO A TÉCNICA+ 01 ENXERTO ÓSSEO, POIS QUANTIDADE VALIDADA É SUFICIENTE PARA REALIZAÇÃO DA TÉCNICA SEM PREJUÍZO AO TRATAMENTO PROPOSTO+ 02 KITS PRF/PRP, CONFORME PARECER TÉCNICO Nº 04/GEAS/CGRAS/DIPRO/2021 OSMAIS MATERIAIS AUTORIZADOS CONFORME ID 24548603 E 24548604 PAG 01, /04/01/2023.AF
04/01/2023	14:40:38	MATERIAL ESPECIAL	Gestão de OPME-Equipe GEO: Após análise de documentação em anexo, foi liberado o material parcialmente. MATERIAL LIBERADO: 02 PONTAS DE PIEZO (RETA E CURVA), 01 BROCA DE DESGASTE, 01 BROCA DIAMANTADA, 01 EQUIPO DE IRRIGAÇÃO, 01 PONTA DE CORTE PRECISO, 01 ENXERTO ÓSSEOS OSSIVOLUMAX, 06 PARAFUSOS DE BLOQUEIO RIM, 02 SERRAS RECÍPROCANTES. MATERIAL RESTITO: 02 PLACAS DE TITÂNIO 2.0 EM L 10 FUROS SOB MEDIDA + 02 PLACAS DE TITÂNIO 2.0 EM L 06 FUROS SOB MEDIDA + 04 PLACAS RETAS EM TITÂNIO 6 FUROS 2.0 CUSTOMIZADAS OU 02 PLACAS RETAS DUPLAS COM 12 FUROS CUSTOMIZADAS + 01 PLACA X CUSTOMIZADA + 05 GUIAS CIRÚRGICAS DE CORTE E PERFURAÇÃO + 02 GUIAS CIRÚRGICAS DE POSICIONAMENTO + 01 BIOMODELO SOB MEDIDA+ 54 PARAFUSOS PARA FIXAÇÃO DAS PLACAS, pois materiais que usam softwares ou programas de modelagem 3D para sua confecção estão excluídos de cobertura obrigatória pelo ROL da ANS + 02 PARAFUSOS DE BLOQUEIO, POIS QUANTIDADE VALIDADA É SUFICIENTE PARA A REALIZAÇÃO DE BLOQUEIO MAX-MD EFICIENTE + 02 MEMBRANAS, POR SEREM DISPENSÁVEIS A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SEM PREJUÍZO A TÉCNICA+ 01 ENXERTO ÓSSEO, POIS QUANTIDADE VALIDADA É SUFICIENTE PARA REALIZAÇÃO DA TÉCNICA SEM PREJUÍZO AO TRATAMENTO PROPOSTO+ 02 KITS PRF/PRP, CONFORME PARECER TÉCNICO Nº 04/GEAS/CGRAS/DIPRO/2021. ID 24548603 E 24548604 PAG 01.
13/01/2023	13:26:27	GESTÃO DE OPME	Gestão de Opme - Equipe GEO: Estamos autorizando em caráter excepcional o pagamento direto ao fornecedor FORTMED no valor de R\$ 26.000,00, referente a 02 PONTAS DE PIEZO (RETA E CURVA), 01 BROCA DE DESGASTE, 01 BROCA DIAMANTADA, 01 EQUIPO DE IRRIGAÇÃO, 01 PONTA DE CORTE PRECISO, 01 ENXERTO ÓSSEOS OSSIVOLUMAX, 06 PARAFUSOS DE BLOQUEIO RIM, 02 SERRAS RECÍPROCANTES. Forma de encasamento: IGEO - Gestão OPME/Núcleo Neoadaptol.

O procedimento foi realizado no Hospital São Lucas, em 16/05/2023 (index 59076904).

Pois bem.

Em resumo, a causa de pedir da ação ajuizada em 18/01/2023, é a URGÊNCIA do procedimento cirúrgico, que estaria marcado para o dia 20/01/2023, e a demora/omissão da ré em autorizá-lo, desde “início de janeiro” do ano de 2023.

Por sua vez, em sua peça de defesa, a ré confirmou o recebimento, em 03/01/2023, da solicitação de autorização para internação cirúrgica-hospitalar do autor. Entretanto, alega que o pedido foi em caráter eletivo, previsto para o dia 01/02/2023. A solicitação teria sido parcialmente autorizada sob a senha 3VR9TS7, com restrição de materiais customizados, em 13/01/2023.

Certo é que a questão posta nos autos dependeu de colaboração de profissional especializado na

área de odontologia (especialista em cirurgia e traumatologia buco maxilo facial – DTM – implantodontia), de forma a lastrear a decisão judicial de maior certeza, merecendo ser transcrito o trecho do laudo que bem justificou a atuação do expert (index 127930209):

Desta forma, concluímos que a realização do procedimento cirúrgico proposto pelo cirurgião executante estaria indicada para a condição clínica de Apneia Obstrutiva do Sono pelo Autor, porém sem nenhum elemento citado que ratificasse a condição de URGÊNCIA ou EMERGÊNCIA, visto que o avanço maxilo mandibular proporciona um ganho expressivo de área de volume nas vias aéreas no pós-operatório imediato e após 06 (seis) meses, motivo pelo qual no exame de polissonografia realizado 2-3 meses após a cirurgia verificamos melhoras nos marcadores apresentados, porém de média magnitude. Salientamos que não verificamos condição imperativa para utilização de próteses customizadas, independente das suas desvantagens como seu processo de fabricação levar várias semanas e o sistema é mais caro que os sistemas pré-fabricados, sendo um impeditivo para vários pacientes, sua utilização estaria restrita em reabilitação para casos complexos de extrema atresia, reconstruções maxilares, mandibulares ou de outras áreas como nas reconstruções protéticas nas Articulações Temporomandibulares (ATM) quando há deformidade óssea que possa comprometer a estabilidade primária da prótese. O tratamento com prótese customizada ATM é uma boa alternativa em casos de grandes ressecções mandibulares com envolvimento de côndilo. Assim como o uso da tecnologia, com o planejamento virtual para confecção da prótese oferecem melhor exatidão na execução, favorecendo a instalação da própria.

Instado a se manifestar, o perito ofereceu esclarecimentos, **confirmando o caráter eletivo do procedimento**. Veja-se (index 159785116):

Conforme concluímos no laudo pericial apresentado, o procedimento cirúrgico proposto pelo cirurgião estaria bem indicado para o tratamento de Apnéia Obstrutiva do Sono, porém não implicaria em caráter de Urgência, mas sim ELETIVO.

(..)

Pelo exposto, concluímos que as considerações e laudos apresentados pela parte Autora ratificam a indicação do procedimento proposto, porém **não verificamos condição imperativa para utilização de próteses customizadas, ratificando a decisão do desempatador da Junta Odontológica.**

Com efeito, a perícia adentra em área fora do conhecimento específico do magistrado que nomeia um *expert* no assunto, que seja de sua confiança para ajudar a formar seu convencimento. Mesmo que não esteja adstrito ao laudo para efetivar a prestação jurisdicional, não há dúvida que um laudo elaborado por profissional com experiência, sem vícios extrínsecos ou intrínsecos é forte elemento de convencimento do juízo em questões técnicas. É o que acontece neste processo.

Saliente-se ainda que, não há razões para desmerecer o laudo ou o *expert*.

Note-se que não há documento algum, datado do “início de janeiro” de 2023 que comprove o caráter de emergência relatado pelo autor.

Importante citar o art. 3º da Resolução Normativa RN 259/2011 da Agência Nacional de Saúde – ANS (**grifo nosso**):

“Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos:

I – consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia: em até 7 (sete) dias úteis;

II – consulta nas demais especialidades médicas: em até 14 (quatorze) dias úteis;

III – consulta/sessão com fonoaudiólogo: em até 10 (dez) dias úteis;

IV – consulta/sessão com nutricionista: em até 10 (dez) dias úteis;

V – consulta/sessão com psicólogo: em até 10 (dez) dias úteis;

VI – consulta/sessão com terapeuta ocupacional: em até 10 (dez) dias úteis;

VII – consulta/sessão com fisioterapeuta: em até 10 (dez) dias úteis;

VIII – consulta e procedimentos realizados em consultório/clínica com cirurgião-dentista: em até 7 (sete) dias úteis;

IX – serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até 3 (três) dias úteis;

X – demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial: em até 10 (dez) dias úteis;

XI – procedimentos de alta complexidade - PAC: em até 21 (vinte e um) dias úteis;

XII – atendimento em regime de hospital-dia: em até 10 (dez) dias úteis;

XIII – **atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis;**
e

XIV – urgência e emergência: imediato”.

De acordo com o art. 35-C da Lei 9.656/1998, as operadoras de planos de saúde devem garantir o atendimento imediato em casos de emergência.

Não é demais observar, que a cirurgia eletiva é aquela em que o paciente e médico podem escolher uma data, ainda que bem próxima, a depender da gravidade da situação, para a realização do procedimento cirúrgico.

Veja-se que, em se tratando de cirurgia eletiva, assiste a parte ré o direito aos prazos estabelecidos no artigo 3º da Resolução Normativa nº 259/2011 da ANS, para análise do pedido (21 dias úteis).

Nesse contexto, importante lembrar da aplicação dos princípios que norteiam a relação contratual, quais sejam, a probidade e principalmente, a boa-fé objetiva (art. 422 do CC).

Mister se faz ressaltar que os princípios da probidade e boa-fé encontram abrigo na própria essência da sociedade, já que tutela, as relações decorrentes do convívio social, como corolários do princípio da função social do contrato – basilar à própria dignidade da pessoa humana – que condiciona a validade dos negócios e demais atos jurídicos.

No ensejo de tais considerações, conclui-se que o autor não demonstrou a urgência ou emergência na realização do procedimento.

Não há pedido de autorização, enviada por médico assistente à Operadora de Plano de Saúde, requerendo autorização para realização de procedimento cirúrgico de urgência/emergência.

Ressalte-se que, não há qualquer prova nos autos a corroborar a alegação autoral, de que a ré se negara a autorizar/marcas cirurgia de urgência, porquanto, repita-se, o ônus de comprovar que a cirurgia não era eletiva, era do autor.

O laudo médico juntado, na inicial, datado de 17/01/2023 (um dia antes da propositura da demanda), apesar de afirmar que a cirurgia seria de urgência, não foi corroborado pela prova pericial produzida.

Por outro lado, a operadora de saúde ré comprovou ter autorizado procedimento cirúrgico, eletivo, dentro do prazo legal, com restrições.

Assim, pela análise dos fatos narrados e dos documentos que instruem os presentes autos, conclui-se que a ré demonstrou fato impeditivo do direito do autor (art. 373, II do CPC).

O autor não logrou êxito em demonstrar ter havido *error in iudicando*.

Deste modo, não há como imputar aos réus qualquer ato irregular ou ilícito.

Inegável, assim, a não comprovação dos danos extrapatrimoniais alegados pela parte autora.

Verdade seja, cumpre, em regra, ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I do CPC); e ao réu, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, II do CPC). No presente caso, não restou comprovado o alegado pela parte autora.

Assim, tendo em vista que a parte ré agiu em estrita observância ao contrato, incabível a pretendida reparação.

Desse modo, o recurso interposto pelo autor, deve ser desprovido.

Honorários recursais incidentes à espécie, devendo ser majorada, a verba honorária devida pelo autor ao patrono da ré, em 2% (dois por cento), na forma do art. 85, §§ 1º e 11 do CPC, observado o art. 98 do CPC.

Por tais fundamentos, o meu voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos anteriormente alinhados.

Local e data da assinatura digital.

**SIRLEY ABREU BIONDI
DES. RELATORA**

