

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

GUILHERME FRONZA DA SILVA

**NEGATIVA INDEVIDA DO PLANO DE SAÚDE: A LINHA TÊNUE ENTRE O DANO
MORAL E O MERO DISSABOR NO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL**

Rio do Sul

2021

GUILHERME FRONZA DA SILVA

**NEGATIVA INDEVIDA DO PLANO DE SAÚDE: A LINHA TÊNUE ENTRE O DANO
MORAL E O MERO DISSABOR NO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo
Centro Universitário para o Desenvolvimento do
Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador: Prof. Mestre Lucemar José Urbanek

Rio do Sul

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada “**NEGATIVA INDEVIDA DO PLANO DE SAÚDE: A LINHA TÊNUE ENTRE O DANO MORAL E O MERO DISSABOR NO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL**”, elaborada pelo acadêmico GUILHERME FRONZA DA SILVA, foi considerada

APROVADA

REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota _____.

_____, _____ de _____ de _____.

Prof. Mickhael Erik Alexander Bachmann
Coordenador do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 25 de novembro de 2021.

GUILHERME FRONZA DA SILVA

Acadêmico

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a minha família, que sempre me cobriu de paz, felicidade, união e de tudo que um caçula poderia desejar.

Agradeço a todos os professores do curso de Direito da UNIDAVI que me acompanharam durante os longos (e, ao mesmo tempo, curtíssimos) cinco anos de graduação.

Agradeço a todos os servidores do TJSC, advogados e demais profissionais do ramo que, entre abraços e puxões de orelha, fizeram-me amadurecer e perceber o quanto quero continuar estudando, trabalhando e vivendo o Direito.

Agradeço também aos amigos que conheci na faculdade, tantos que não caberiam nesta página.

RESUMO

O presente Trabalho de Curso busca investigar a linha tênue entre o dano moral e o mero dissabor nas situações de negativas indevidas exaradas pelas empresas operadoras de planos de saúde, esmiuçando os critérios objetivos montados em doutrina e jurisprudência e adotados pelos julgadores para decidir se os fatos trazidos na ação judicial são, ou não, dignos da reparação que o Código Civil impõe como dever àquele que pratica ato ilícito. Para isso, divide-se o desenvolvimento do trabalho em três etapas que afinam o entendimento dos conceitos mais amplos até a apresentação das especificidades mais relevantes para os julgadores no momento de proferir a decisão. Apresentadas no primeiro capítulo, a definição do dano moral, sua distinção do mero dissabor e breves apontamentos da sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro são questões fundamentais para possibilitar o avanço da pesquisa. Depois, já descoberto quando o dano moral está presente, a forma que deve ser tratado em quantificação é igualmente essencial. Assim sendo, o segundo capítulo foca nos elementos necessários para dosar a indenização que será fixada para cumprir o dever de reparação, caso haja efetivo dano moral. O terceiro capítulo une todos os critérios estudados e, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, baseia-se precipuamente no posicionamento jurisprudencial para averiguar a linha tênue entre o dano moral e o mero dissabor oriundos de descumprimento contratual do plano de saúde. As considerações finais são dedicadas para concluir a pesquisa com uma reflexão geral, momento quando o problema invocado na introdução do trabalho será respondido. O método de abordagem utilizado na elaboração dessa pesquisa é o indutivo, enquanto o método de procedimento é o monográfico e o levantamento de dados por meio da técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Dano moral. Mero dissabor. Negativa indevida. Plano de saúde.

ABSTRACT

This work seeks to investigate the fine line between moral damage and mere unpleasantness in situations of undue denials issued by health plan operating companies, detailing the objective criteria set up in doctrine and jurisprudence and adopted by the judges to decide whether the facts brought in the lawsuit are, or not, worthy of the reparation that the Brazilian Civil Code imposes as a duty to those who commit an unlawful act. For that, the development of the work is divided in three stages that funnel the understanding of the broader concepts until the presentation of the most relevant specificities for the judges at the moment of rendering the decision. Presented in the first chapter, the definition of moral damage, its distinction from mere discontent and brief notes of its historical evolution in the Brazilian legal system are fundamental questions to enable the research to advance. Then, already discovered when moral damage is present, the way it should be treated in quantification is equally essential. Therefore, the second chapter focuses on the necessary elements to dose the indemnity that will be fixed to fulfill the duty of reparation, in case there is an effective moral damage. The third chapter brings together all the criteria studied and, from the perspective of the Brazilian Consumer Defense Code, is primarily based on the jurisprudential position to investigate the fine line between moral damage and mere unpleasantness arising from non-compliance with the health plan's contract. The final considerations are dedicated to conclude the research with a general reflection, when the problem invoked in the introduction of the work will be answered. The approach method used in the elaboration of this research is the inductive one, while the procedure method is the monographic one and the data collection through the bibliographical research technique.

Keywords: Health insurance. Mere unpleasantness. Moral damage. Undue denial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar.
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
Art.	Artigo.
CDC	Código de Defesa do Consumidor.
CPC	Código de Processo Civil.
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná.
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DANO MORAL E O MERO DISSABOR	13
2.1 CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL	13
2.1.1 Breves apontamentos da evolução do dano moral e do dever de reparação no ordenamento jurídico brasileiro	17
2.2 MERO DISSABOR	22
2.2.1 Posição doutrinária	23
2.2.2 Posição jurisprudencial	24
3 QUESTÕES PERTINENTES À QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	27
3.1 FERRAMENTA COMPENSATÓRIA	30
3.2 FERRAMENTA PUNITIVA OU PEDAGÓGICA	33
3.3 A BALANÇA ENTRE A CAPACIDADE ECONÔMICA DOS SUJEITOS	39
3.4 A PADRONIZAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL.....	40
4 O DANO MORAL NO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR PARTE DO PLANO DE SAÚDE	43
4.1 DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DO PLANO DE SAÚDE	44
4.1.1 Da obrigação das operadoras de planos de saúde	44
4.1.2 A égide do código de defesa do consumidor	46
4.2 EXEMPLOS DE NEGATIVAS INDEVIDAS	47
4.2.1 Da visível reiteração lesiva das operadoras de planos de saúde	50
4.3 DO DANO MORAL ORIUNDO DA NEGATIVA INDEVIDA	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa é a linha tênue ente o dano moral e o mero dissabor no descumprimento contratual do plano de saúde.

Por ser requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, o objetivo institucional da pesquisa é a elaboração de Trabalho de Curso que conquiste aprovação pela banca examinadora.

O objetivo geral, por sua vez, é investigar o instituto do dano moral nos casos de negativas indevidas dos planos de saúde.

Os objetivos específicos são: a) analisar os conceitos vigentes para os termos dano moral e mero dissabor, segundo a doutrina e a jurisprudência; b) conhecer os critérios objetivos por trás da aferição e da quantificação do dano moral; c) descobrir se o descumprimento contratual do plano de saúde tem o condão de caracterizar dano moral e quais funções eventual indenização fixada deverá atender.

Para delimitar o tema da pesquisa, levanta-se o seguinte problema: A negativa indevida exarada pelo plano de saúde configura dano moral indenizável ao consumidor que teve o pedido de cobertura de tratamento recusado?

Para tentar solucionar a questão, equaciona-se a seguinte hipótese: supõe-se que o entendimento majoritário atual em doutrina e jurisprudência considere a negativa indevida do plano de saúde como causadora de dano moral indenizável.

O método de abordagem que se utiliza na elaboração do presente Trabalho de Curso é o indutivo, enquanto o método de procedimento é o monográfico. O levantamento de dados funciona pela técnica da pesquisa bibliográfica.

Cinge-se a justificativa do tema na importância de estudar minuciosamente os fatores adotados pelos juízes e tribunais como critérios norteadores para a aferição e para a quantificação do dano moral, precipuamente porque tais critérios não são fixados pela lei. É altamente relevante analisar esses critérios quando se considera que estão à mercê da evolução da doutrina e da jurisprudência e da ótica que essas duas fontes do direito têm quanto à responsabilidade dos planos de saúde pelas lesões morais que as negativas indevidas podem, talvez, causar.

Divide-se o desenvolvimento do trabalho em três etapas distintas - organizadas em sequência lógica para melhor entendimento do conteúdo - que evoluem do amplo

ao estrito, afinando o entendimento dos conceitos gerais até a investigação das especificidades mais relevantes para os julgadores no momento de proferir a decisão.

Assim, o primeiro capítulo inicia a pesquisa trazendo aspectos gerais da conceituação doutrinária e jurisprudencial acerca do dano moral, além de dedicar espaço para breves apontamentos sobre a evolução do reconhecimento do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico pátrio, questões fundamentais para possibilitar o avanço da pesquisa.

É o momento em que se distingue sumariamente o dano moral do mero dissabor, ainda sem aplicação em uma situação jurídica específica, como o descumprimento contratual do plano de saúde. A distinção é formada com base nas palavras de juristas e também nos posicionamentos de tribunais, evidenciando-se pontos nevrálgicos, a exemplo da consideração do psiquismo do homem médio como base para aferição do dano moral.

Após detalhado o que é e quando se configura o dano moral, a forma que deve ser tratado em quantificação é igualmente necessária. Assim sendo, o segundo capítulo é dedicado ao estudo dos critérios objetivos voltados ao *quantum debeat*, ou à quantificação do dano e da consequente indenização que deverá ser fixada, caso configurado o dano moral em primeira etapa, por determinação expressa do Código Civil.

Extraí-se da pesquisa que por muito tempo foi discutida a natureza da reparação do dano moral, consequência de uma legislação que evoluiu a ponto de prever expressamente o dever de reparação, mas que ainda não estabeleceu parâmetros legais que determinem a forma de fixação da indenização, provavelmente por silêncio eloquente.

Parte da doutrina via a reparação por dano moral como ferramenta compensatória, parte visualizava uma ferramenta punitiva, e outro grupo já entendia que a indenização mescla as duas funções. Hoje, superados antigos debates entre juristas, consolida-se o entendimento da dupla função da indenização por dano moral, que serve para compensar o abalo anímico suportado pela vítima e também para desestimular a reiteração na prática lesiva, conforme posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Entendido o conceito de dano moral e a responsabilidade do ofensor pela compensação das mazelas causadas, torna-se possível analisar especificamente o

dano moral em uma situação determinada que constitui o tema da pesquisa: o dano moral no descumprimento contratual do plano de saúde.

Assim sendo, o terceiro e último capítulo do desenvolvimento busca ligar os elementos da aferição do dano moral com os critérios pertinentes a sua quantificação. Por isso, aborda-se brevemente a natureza das obrigações das empresas operadoras de planos de saúde para que se possa entender quando a negativa de cobertura é indevida, uma vez que não seria razoável a pessoa jurídica privada ser responsabilizada mesmo agindo nos limites do direito.

Anteriormente mencionado o intuito de ligar a teoria à prática, o terceiro capítulo colaciona várias decisões de tribunais de diferentes estados brasileiros para apontar como os conteúdos esmiuçados nos capítulos anteriores são relevantes para decifrar os fundamentos de um acórdão e verdadeiramente entender a decisão, também facilitando a localização de matéria passível de recurso, por exemplo.

Ao fim, o presente Trabalho de Curso é encerrado com as devidas considerações finais, quando serão frisados os pontos mais relevantes para uma última análise da linha tênue entre o dano moral e o mero dissabor no descumprimento contratual dos planos de saúde, possibilitando, enfim, responder ao problema alhures delimitado.

2 O DANO MORAL E O MERO DISSABOR

O dano moral, aqui tratado de maneira intrinsecamente ligada com o dever de reparação à violação de direito alheio, merece uma análise pormenorizada para possibilitar seu fiel entendimento.

O tema abordado no presente trabalho, indicado no seu próprio subtítulo, depende da distinção inicial entre o dano moral e o mero dissabor. Este último, de maneira sumária, pode ser descrito como um conceito jurisprudencial e doutrinário cada vez mais utilizado, que veio como contrapeso ao direito à reparação moral que crescia de maneira desenfreada com a chegada da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/1988).

Segundo a doutrina de Misael Montenegro Filho: “em alguns casos, o mero aborrecimento afasta-se imensamente do dano, enquanto, em outros, o limite entre aquele e este é tênue”¹. Dessa forma, os pontos pertinentes para o entendimento de cada instituto devem ser abordados de modo conciso e ordenado.

2.1 CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL

Sem delongas, pode-se nomear de dano moral aquele que não atinge o patrimônio do ofendido, mas lesiona o bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade ou a imagem, sem reflexo econômico - o que configuraria dano material.²

Para Orlando Gomes, citado por Carlos Roberto Gonçalves, “se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial”.³

No mesmo sentido explica Paulo Lôbo:

¹ FILHO, Misael Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

O dano moral resulta da violação de direitos da personalidade. Não se caracteriza pela perda ou redução patrimonial. Nesse sentido é imaterial ou não patrimonial. Concebido assim, de modo objetivo, o dano é *in re ipsa*, ou seja, decorre do fato lesivo em si, sem necessidade de comprovação de seus efeitos ou do prejuízo causado. [...] No Brasil, caiu no uso linguístico, inclusive do legislador, a expressão “dano moral” como gênero. Melhor seria que se preferisse danos extrapatrimoniais, porque expressa o conjunto de situações e bens jurídicos sem mensuração econômica por eles afetados.⁴

Até esse ponto, é claro que o conceito de dano moral permanece extremamente vago. A doutrina compromete-se há muito na tarefa de definir, cada vez com maior precisão, o tipo de agressão não-patrimonial que configura o verdadeiro dano moral (aquele jurisprudencialmente considerado merecedor de indenização, diferentemente do mero dissabor que será abordado mais adiante).

O dano moral e os direitos da personalidade possuem tamanha proximidade que, nas palavras de Maria Fernanda Dias: “parece-nos fazer sentido, que a violação genérica ao direito da personalidade, *ipso facto*, configurará o dano moral”.⁵

Por isso, Carlos Alberto Menezes argumenta:

Nesse particular, há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo o dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, humilhação, enfim, violência que atinge diretamente o sentimento íntimo, na esfera da personalidade, e que não se pode confundir com mero dissabor ou aborrecimento, que são desconfortos presentes na realidade da vida.⁶

A análise da fala do autor, contudo, especialmente no ponto que coloca o dano moral ao lado de dor como conceitos equivalentes, deve ser absorvida com atenção. Isso porque a concepção que parte dos efeitos subjetivos, revelados em dor e sofrimento morais ou físicos (*pretium doloris*) que dependem de provas, é equivocada,

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. Volume 2: Editora Saraiva, 2021. 9786555593464. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁵ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; SERGIO, Cavalieri Filho. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. XIII, 3ª edição. Grupo GEN, 2011. 978-85-309-3878-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/>. Acesso em: 28 set. 2021.

uma vez que não deriva da lesão ao direito da personalidade, mas de suas consequências.⁷

A mencionada concepção também é considerada equivocada por Maria Fernanda Dias, que se aprofunda ainda mais:

A doutrina, em expressão considerável, também não apresenta conceito de dano, limitando-se colher seu conceito através dos efeitos, e não de sua causa. [...] Afirmar, portanto, que dano é o prejuízo efetivamente causado a um patrimônio significa conceituar o dano pelas suas consequências. É papel da Doutrina analisar os institutos pelas suas causas e efeitos, mas condenável a prática de definir algo tão somente pelas consequências, afastando a necessária análise de seu nascedouro, da raiz, da origem para apresentar uma definição sedimentada.⁸

Complementando o pensamento, o doutrinador Agostinho Alvim define que, em sentido amplo, o termo dano refere-se à lesão em si, independentemente do bem jurídico, e aí se inclui o dano moral.⁹

A miscelânea de entendimentos doutrinários é verdadeiro indicador do aperfeiçoamento do conceito do dano moral. Definições que convergem e divergem fazem parte do trabalho difícil de descrever algo que não é nada concreto. Trata-se da arte de visualizar o invisível.

A doutrina de Yuseff Said busca exemplificar na prática onde há dano moral, tornando mais palpável o conceito. Leia-se:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.¹⁰

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. Volume 2: Editora Saraiva, 2021. 9786555593464. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁸ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁹ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 172.

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. Revisado, ampliado e atualizado conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22/23.

Além disso, mesmo que o dano moral possuísse definição óbvia a todos, a sua configuração ainda dependeria de elementos tão íntimos e intrínsecos de cada indivíduo que permaneceria impossível a sua aferição, principalmente porque a tarefa compete ao Estado por meio da figura de um juiz que jamais será capaz de sentir ou sofrer da mesma forma que o cidadão lesionado.

Em outras palavras, como a mesma situação reflete de forma diferente nas mais de sete bilhões de pessoas existentes, é essencial levar tal fato em consideração no presente estudo.

A boa doutrina encarrega-se de esclarecer como a prestação jurisdicional ocorre nas situações. Leia-se:

O papel do juiz é de relevância fundamental na apreciação das ofensas à honra, tanto na comprovação da existência do prejuízo, ou seja, se se trata efetivamente da existência do ilícito, quanto à estimação de seu quantum. A ele cabe, com ponderação e sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação.¹¹

Nesse mesmo sentido, o autor Sílvio de Salvo Venosa foi cirúrgico ao explicar a necessidade de tracejar uma linha de sensatez comum a todos:

Dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz ou árbitro. Cabe ao julgador sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.¹²

A citação acima pode ser entendida como o adiantamento de um assunto que será melhor aprofundado ao longo do capítulo. Utilizar o psiquismo do homem médio como base implica em afastar situações de naturezas semelhantes, mas ainda

¹¹ AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 274.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

diferentes. Trata-se de separar em dois balaios: um para os fatos que causam dano moral, outro para os fatos que causam mero aborrecimento ou dissabor.

Por ora, como foi mencionado o aperfeiçoamento do conceito de dano moral, faz-se mister pontuar primeiramente tal evolução no nosso ordenamento jurídico pátrio.

2.1.1 Breves apontamentos da evolução do dano moral e do dever de reparação no ordenamento jurídico brasileiro

O presente trabalho é construído a partir de doutrinas e jurisprudências. Disso isso, a fim de destacar a importância dessas duas fontes de direito, nada mais conveniente que elaborar uma curta contextualização do dano moral na linha do tempo.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “a teoria sobre a sanção reparatória do dano moral, conquanto antiga, sofreu muitas contestações e evoluiu lentamente, até chegar aos termos da concepção atual.”¹³

A expansão das ciências humanas e sociais, principalmente da filosofia, da psicologia e da sociologia, é o motivo do reconhecimento jurídico de um dano impalpável. Trata-se de uma espécie de violação que sempre existiu, mas com consequências legais relativamente novas no campo jurídico brasileiro.

O ser humano sempre sofreu com angústia, vexame e humilhação, e por isso, nos termos mais amplos possíveis, é certo que o engendramento da concepção de dano moral ocorreu há milhares de anos.

Humberto Theodoro Júnior novamente relembra:

A abordagem ao tema do dano moral, com efeito, já se fazia presente no Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 anos antes de Cristo, onde ao lado da vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia, também, a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever, nisso, a presença embrionária da ideia que resultou, modernamente, na “teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais” (SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 253). Também, no Código de Manu (Índia), havia pena pecuniária para certos danos

¹³ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 29 set. 2021.

extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente.¹⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o reconhecimento jurídico das possíveis violações aos direitos da personalidade é que deu verdadeira origem ao dever de reparação, que será posteriormente abordado.

Maria Fernanda Dias explica:

O Código Civil de 1916, sofrendo críticas mesmo antes de sua edição, não positivou os direitos da personalidade. Para disciplinar e reconhecer a autonomia dos direitos da personalidade seria necessário, também, disciplinar os efeitos no seu descumprimento, em resistência à tese então vigorante no sentido de que não seria possível mensurar, em pecúnia, o “preço da dor”.¹⁵

E ainda existia a vertente que questionava até a existência dos direitos da personalidade, o que conseqüentemente bloquearia a possibilidade de existência do dano moral. Sobre isso, leia-se:

Pairou sobre a doutrina, entretanto, durante muito tempo, dúvida acerca da real existência da categoria relativa aos direitos da personalidade. As denominadas teorias negativistas não legitimavam a existência dos direitos da personalidade pois que – assim pregavam – não seria possível haver direito do homem sobre sua própria pessoa porque isso justificaria o suicídio, entre outros argumentos.¹⁶

A doutrina majoritária, na verdade, defendia a tese de que o art. 159 do antigo Código Civil de 1916, ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo tanto o dano material como o moral. O referido artigo ditava: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano [...]”.

Sílvio de Salvo Venosa aprofundou ainda mais a análise:

¹⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁵ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁶ ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord.). **Temas de Direito Civil-Empresarial**. In: BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos da Personalidade: pessoas jurídicas e danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 145.

Como apontamos, ao Código Civil de 1916 não era completamente estranha a indenização por dano moral. O art. 949 referia-se ao dano estético. Além das despesas decorrentes com o tratamento e lucros cessantes decorrentes de ferimento ou outra ofensa à saúde, a lei antiga determinava que os valores fossem pagos em dobro quando do ferimento resultasse aleijão ou deformidade. Tratava-se de evidente compensação que superava a simples dor física, mas que buscava dar lenitivo ao dano moral do aleijão permanente. Esse mesmo dispositivo do Código de 1916 acrescentava que, se o aleijado ou deformado fosse mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistiria em um dote, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito. Essa indenização sob o nome de dote consistia, evidentemente, em uma reparação de cunho moral pelo fato de o dano dificultar-lhe o matrimônio.¹⁷

Apesar dos argumentos doutrinários, a jurisprudência, por outro lado, agarrava-se firmemente na corrente que negava a reparabilidade do dano fora das hipóteses explicitamente descritas nas redações das leis.¹⁸

O que a jurisprudência fez, muitas vezes, foi dizer que só era indenizável o dano moral quando apresentasse reflexos extrapatrimoniais, de modo totalmente contraditório. Se refletia no patrimônio, o dano era patrimonial, mas não moral.¹⁹

A divergência de teses à época do Código Civil de 1916 foi ultrapassada definitivamente com a chegada da CFRB/1988, que dispõe expressamente em seu artigo 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e no inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”²⁰.

Para Carlos Alberto Menezes:

Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação ao direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2.** Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2.** Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

dignidade, que a Constituição inseriu, em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. [...].²¹

Finalmente, com a chegada da Lei nº 10.406/2002, instaurou-se o Novo Código Civil que expressamente adotou a reparabilidade do dano moral, mesmo que isoladamente, no seu artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; e no artigo 927, que assim disciplina: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”²².

E Humberto Theodoro Júnior conclui:

Hoje, então, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão.²³

A legislação então pôs fim às discussões acerca da existência do dever de reparação por dano extrapatrimonial. Superada tal fase, todavia, doutrina e jurisprudência focaram o debate em nova incerteza trazida pela CRFB/1988 e pelo Código Civil de 2002.

Como mencionado anteriormente, mesmo que seja concreta a teoria da reparação de qualquer dano civil, resta ainda delimitar quais situações causam o dano, em tarefa realmente muito complicada. A complicação está presente na necessidade de abrir ampla e aprofundada argumentação para todas as infinitas situações que refletem em bens que não sejam patrimoniais, a fim de dizer se configuram, ou não, o dano moral passível de reparação.

A medida ideal na utopia seria determinar que cada caso, com todas as suas particularidades, fosse levado para análise esmiuçada do magistrado para que este julgue pela existência ou pela inexistência de dano moral, com base naquela definição

²¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; SERGIO, Cavalieri Filho. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. XIII, 3ª edição. Grupo GEN, 2011. 978-85-309-3878-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/>. Acesso em: 28 set. 2021.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

²³ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 29 set. 2021.

apresentada no capítulo 2.1. Apesar de ideal, seria uma tarefa árdua que dependeria de um corpo de profissionais integrados de diferentes ramos para dizer como a causa de pedir da ação indenizatória refletiu na psique do autor, incluindo psicólogos, assistentes sociais, entre outros.

Além disso, a morosidade do trâmite tornaria o sistema inviável, precipuamente porque o atraso na prestação jurisdicional põe em xeque a própria justiça que se procura. No ponto, Sílvio de Salvo Venosa explica: “[...] a justiça tardia é sempre injusta; o devedor e seus bens desaparece; a parte chega à velhice sem o reconhecimento definitivo de seu direito; desaparecem os vestígios do processo; a população descrê da justiça e do magistrado”.²⁴

Outra questão é que o poder decisório espalhado nas mãos de milhares de magistrados tornaria a prestação da justiça instável e muitas vezes contraditória, considerando que cada representante da jurisdição, por mais que se esforce para ser imparcial, ainda tem sua própria concepção de vida e sua própria forma de sentir e reagir aos conflitos que agora são apresentados para seu julgamento.

Assim, em um sistema não ideal, mas necessário, os autores e os tribunais iniciaram esforço para tentar determinar, de modo padronizado, quais situações não merecem a reparação moral por não atingirem a psique do indivíduo e nem lhe causar dano real.

Particularidades muito relevantes ainda exigem, por óbvio, fundamentações mais profundas que a simples reprodução xilogravada do entendimento jurisprudencial e doutrinário para julgar o caso. De qualquer forma, essas circunstâncias tornam-se exceções enquanto a grande massa de demandas no Poder Judiciário é solucionada objetivamente.

Para nomear o reflexo extrapatrimonial mínimo que não tem força suficiente para qualificar dano moral, criou-se, então, a denominação de mero dissabor. Dito isso, o presente trabalho passa a explicar as razões da criação do termo.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2.** Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

2.2 MERO DISSABOR

A invenção do termo mero dissabor foi resposta proferida pelo movimento natural pendular do direito. A explicação ideal é apresentada por Misael Montenegro Filho:

A jurisprudência e a doutrina criaram uma classificação de situação jurídica aquém do dano, denominada mero aborrecimento, para evitar o enriquecimento ilícito do autor, pois sem causa, e consequentes abusos de postulação, que infelizmente são vistos em ações de indenização por perdas e danos.

Essa expressão vem sendo utilizada com frequência em ações de indenização por perdas e danos, tanto pelos réus, para tentar demonstrar a não ocorrência do dano moral, como pelos magistrados, para julgar as ações pela procedência dos pedidos, quando concluem pela existência do dano, ou para rejeitar as pretensões dos autores, quando concluem pela ocorrência do mero aborrecimento ou dissabor.²⁵

Com a chegada da CFRB/1988, a gama gigantesca de direitos e garantias carentes de esclarecimentos deixou enorme espaço para discussões futuras, na técnica do silêncio eloquente, permitindo constante evolução da interpretação conforme o contexto histórico do país.

Sobre isso, Hélio Sílvio Ourem Campos detalha: “se a lei não disse, é porque não quis dizer. Ainda mais em se tratando de direito público, como é o caso do Constitucional. [...] Não se trata de uma lacuna, mas de um silêncio eloquente”.²⁶

Apresentam-se então os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial para expor brevemente as principais razões da criação do termo mero aborrecimento ou dissabor, tudo de suma relevância para a presente pesquisa e para a posterior verificação do enquadramento das situações de negativas indevidas exaradas pelas empresas operadoras de planos de saúde.

²⁵ FILHO, Misael Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

²⁶ CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **As Lacunas e o Silêncio eloquente**. JusTocantins. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20120831174246_as_lacunas_e_o_silencio_eloquente.pdf. Acesso em 03 out. 2021.

2.2.1 Posição doutrinária

Os pensadores do Direito têm entendimento muito pacificado quanto à existência de reflexo extrapatrimonial que não enseja indenização. É igualmente pacificada a ideia da necessidade de desqualificar algumas situações para mero dissabor a fim de evitar a banalização do instituto do dano moral e proteger o direito daqueles que verdadeiramente merecem a tutela jurisdicional.

Por isso, mesmo na óptica do silêncio eloquente anteriormente mencionada, Carlos Roberto Gonçalves complementa:

No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar, na sociedade em que vivemos. [...] Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado.²⁷

Bem lembrado pelo mesmo autor é que o Código Civil Português, em seu art. 496, determina, *in verbis*: “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”.²⁸

Entende-se com a doutrina que não é qualquer situação negativa da vida cotidiana que é merecedora de reparação, muito menos de uma reparação imposta por ordem judiciária como obrigação. O dissabor é um aborrecimento experimentado pelo homem mediano decorrente de situações corriqueiras incapazes de causar verdadeiro dano.²⁹

A doutrina também pontua que não há cabimento em exigir a interferência estatal em todos os desentendimentos comezinhos para impor indenizações por danos morais. É necessário traçar limite razoável.

Nessa linha posiciona-se a doutrina de Bruno Miragem:

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

²⁸ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966**. Institui o Código Civil Português. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 28 set. 2021.

²⁹ FILHO, Misaél Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

Como regra, sempre quando identificada a existência do sofrimento humano decorrente da violação de um direito, se está a observar violação à integridade psíquica do indivíduo. É certo, contudo, que a doutrina e, especialmente, a jurisprudência não irão estabelecer uma presunção absoluta de violação nessas circunstâncias. Não será, assim, qualquer espécie de sofrimento que ensejará a violação da integridade psíquica. Segundo largo universo de decisões judiciais sobre o tema, o mero dissabor ou incômodo decorrente de desencontros no cotidiano da vida não é apto a caracterizar a violação dos direitos de personalidade e, nesse sentido, a ensejar pretensão indenizatória de danos morais.³⁰

Como mencionado no trecho acima, o dissabor não enseja pretensão indenizatória. Em outras palavras, uma vez reconhecido que a situação narrada por aquele sujeito ofendido não configura dano (ato lesivo à esfera dos direitos da personalidade), a consequência não será a diminuição do valor da indenização, mas no julgamento de improcedência dos seus pedidos, resultando ainda na condenação do autor ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais, nos termos do princípio da causalidade.³¹

Em suma, a doutrina responsabiliza-se por confirmar a necessidade de distinção entre o real dano extrapatrimonial e o dissabor, este que é o mero aborrecimento suportado corriqueiramente por qualquer sujeito na vida comunitária. Simultaneamente, a jurisprudência, cumprindo seu papel, é responsável por ditar quais as situações que se enquadram em cada um dos dois termos abordados no presente trabalho.

2.2.2 Posição jurisprudencial

Como já era esperado, doutrina e jurisprudência atuam em conjunto para aperfeiçoar as regras para aplicação da responsabilidade por cometimento de dano moral, uma vez que, muito embora haja previsão no art. 5º da CFRB88 e no art. 186 do Código Civil, manteve-se silente a legislação a respeito dos limites do direito, como já tratado.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 05 out. 2021.

³¹ FILHO, Misaél Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

Felizmente os tribunais e os autores juristas são uníssonos na tarefa de buscar requisitos para ajudar na averiguação da natureza da ofensa, separando o dano moral do mero aborrecimento.

Assim, adianta-se que a jurisprudência agora apresentada apenas repete as teses já sustentadas pelos autores citados nas últimas páginas.

Extrai-se do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE VEÍCULO 'ZERO' DEFEITUOSO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. I. Não há falar em maltrato ao disposto no artigo 535 da lei de ritos quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do acórdão recorrido. II. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido.³²

Na ementa acima o relator Ministro Castro Filho posicionou o mero dissabor como uma simples indignação sem repercussão no mundo exterior. Complementa-se que tal repercussão mencionada não se refere necessariamente a algo visível para a sociedade. O mundo exterior ali tratado pelo Ministro não diz respeito ao exterior da pessoa, como no sentido contrário ao interior psicológico, mental, anímico. Não significa que precisa ser visível às outras pessoas tal como o dano patrimonial, mas que precisa repercutir externamente na própria vida do ofendido, atazanando sua vivência na comunidade, seja pela tristeza, pelo desprestígio, pelo descrédito à reputação, pelo devassamento da privacidade ou por traumatismos emocionais.³³

Atualmente, a preocupação maior da jurisprudência é a banalização da indenização por dano moral. O descontrole nas fixações judiciais de indenização representaria insegurança jurídica em absolutamente todas as relações interpessoais. Diálogos espinhosos, conflitos de interesses e outras infinitas situações estariam vulneráveis a condenações judiciais.

Assim, o STJ há muitos anos mantém firme o entendimento:

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 628.854/ES**. Relator Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em: 03 mai. 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302322660&dt_publicacao=18/06/2007. Acesso em 20 nov. 2021.

³³ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. Revisado, ampliado e atualizado conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22/23.

O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade – notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos –, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido.³⁴

Isso porque, segundo a mesma Corte, “a indenização por dano moral não deve ser banalizada. Ela não se destina a confortar meros percalços da vida comum [...]”³⁵. A análise do órgão jurisdicional, então, deve ser firme e objetiva, separando as demandas que realmente ensejam indenização daquelas ajuizadas por autores meramente aborrecidos, momentaneamente enraivecidos ou vingativos.

O importante de analisar a jurisprudência, na verdade, é estudar o posicionamento dos tribunais – que, ao contrário dos doutrinadores, têm poder decisório – para adiantar as situações específicas que não justificam a indenização por danos morais, salvo singularidades dos casos concretos.

Entre essas situações, a discussão a respeito da ofensa por descumprimento contratual é, com toda certeza, a mais relevante para o presente trabalho. Nesses casos, a firmeza do STJ pode ser constatada a partir dos seus julgamentos.

Leia-se:

A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior permeia-se no sentido de que o mero inadimplemento contratual não se revela suficiente a ensejar dano de ordem moral hábil a perceber indenização, porquanto considerado como hipótese de dissabor do cotidiano, razão pela qual o entendimento perfilhado pela Corte de origem se coaduna com o posicionamento adotado por esta Casa.³⁶

E mais:

[...] Salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.269.246/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 20 mai. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101136580&dt_publicacao=27/05/2014. Acesso em 20 nov. 2021.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 750.735/RJ**. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em: 04 jun. 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500807123&dt_publicacao=17/08/2009. Acesso em 20 nov. 2021.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 362.136/SP**. Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em: 03 mar. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302025847&dt_publicacao=14/03/2016. Acesso em: 20 nov. 2021.

contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana.³⁷

A doutrina igualmente incorporou o entendimento, conforme extrai-se das palavras de Bruno Miragem:

A afetação psicológica, emocional ou afetiva deve ser em tal grau que permita identificar a existência de um comprometimento menor ou maior à integridade psíquica da pessoa. Assim, por exemplo, é fora de dúvida a existência de dano extrapatrimonial dos filhos em relação à morte dos pais, e destes em relação à morte dos filhos. Por outro lado, no caso de descumprimento contratual, sua existência, por si, não está apta a gerar danos extrapatrimoniais, exigindo-se, nesse caso, que estejam presentes outras circunstâncias para que se reconheça a ocorrência de dano.³⁸

E são justamente as mencionadas excepcionalidades que serão melhor estudadas no presente trabalho, em momento oportuno. Isso porque o desenvolvimento da pesquisa exige que se aborde minuciosamente o descumprimento contratual das operadoras particulares de planos de saúde apenas após o perfeito entendimento da reparação moral.

Nesse rumo, descobertos os elementos básicos necessários para a aferição do *an debeatur*, faz-se agora iminentemente necessário dessecar os elementos levados em consideração para o cálculo do *quantum debeatur* indenizatório.

3 QUESTÕES PERTINENTES À QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Como amplamente exposto no capítulo anterior, cabe aos órgãos judiciários aferir a existência de verdadeiro dano moral nas ações ajuizadas por aqueles que se sentem lesados. Ficou claro que a tarefa do julgador é decidir, auxiliado pela jurisprudência e pela doutrina, se a situação narrada pelo autor tem o condão de configurar dano moral indenizável.

Sendo a legislação bem silente no ponto da aferição do dano, viu-se que são os critérios predefinidos pela doutrina e pela jurisprudência que definem

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1129881/RJ**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em: 15 set. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900540233&dt_publicacao=19/12/2011. Acesso em: 20 nov. 2021.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 05 out. 2021.

superficialmente o provável resultado do julgamento, enquadrando a situação narrada como dano moral ou como mero dissabor.

No presente estudo, tais critérios são o ponto nevrálgico para desvendar a linha tênue entre o dano moral e o mero dissabor no caso específico do descumprimento contratual do plano de saúde particular. Por isso, abordam-se a partir de agora critérios gerais referentes à reparação por dano moral, para então, em outro capítulo, ser possível estudar os critérios existentes para o tema específico da pesquisa. Do amplo ao estrito.

Sobre isso, diz Humberto Theodoro Junior:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia. Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas. Onde estaria, então, o amparo que a Constituição assegurou ao princípio da legalidade? Aonde iria parar o princípio do tratamento igualitário de todos perante a ordem jurídica?³⁹

Ressalta-se que não é realmente possível que um terceiro sujeito, mesmo sendo o próprio magistrado, dite qual a verdadeira dor sentida pela pessoa supostamente lesionada. E não é esse o objetivo.

Se, baseando-se no psiquismo do homem médio (termo adotado por Silvio de Salvo Venosa em menção no capítulo anterior), for possível enquadrar o caso como real violação dos direitos da personalidade e, assim, aferir a existência do dano moral, a dosagem da indenização pertence a outra etapa distinta.

Essa segunda etapa, do *quantum debeatur*, é responsável por encontrar a razoabilidade na indenização que deverá ser fixada. Isso porque, uma vez aferida a existência do dano moral, o causador fica obrigado a repará-lo, nos termos do art. 927 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁹ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 29 set. 2021.

A natureza da indenização do dano moral já foi objeto de muita discussão, precipuamente no âmbito doutrinário. O autor Carlos Roberto Gonçalves dedicou parte do seu estudo nesse mesmo sentido, apontando que alguns juristas, como Carbonnier, identificavam apenas o caráter punitivo da indenização, ao mesmo tempo que outros, como Espínola Filho, não vislumbravam a legitimidade da punição nesses casos, partindo da ideia de que o ato ilícito é punível de maneira própria quando assume maior gravidade, sendo a pena legítima quando a conduta se encaixa nas hipóteses previstas na legislação penal.⁴⁰

Embora tenha existido tanta controvérsia, a doutrina concluiu pela existência de caráter duplo. Sobre isso, diz Carlos Roberto Gonçalves na mesma obra:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Além dele, Caio Mário da Silva Pereira menciona as duas noções:

- a) de um lado, a ideia de punição do infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia;
- b) de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o pretium doloris.⁴¹

E na árdua tarefa de fixar a indenização de forma que atenda o duplo caráter (compensatório e punitivo) acima citado, ao julgador cabe a análise de inúmeros fatores em constante alteração e evolução.

Sobre a tarefa, Maria Fernanda Dias adianta, de maneira sucinta:

Critica-se, assim, a singela “recomendação” para que o julgador investigue as circunstâncias do fato ensejador do dano moral, assim como a orientação no sentido de que o juiz investigue “o grau de culpa do ofensor, ou a eventual conduta intencional”. Não se trata de recomendação, ou orientação, mas de obrigação, assim como não há dispensa de provar o an debeatur, por se tratar

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. II, n. 176, p. 235.

de ônus processual.⁴²

E Sílvio de Salvo Venosa complementa com realismo:

De qualquer modo, é evidente que nunca atingiremos a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, por mais apurada e justa que seja a avaliação do magistrado, não importando também que existam ou não artigos de lei apontando parâmetros. Em cada caso, deve ser aferido o conceito de razoabilidade. Sempre que possível, o critério do juiz para estabelecer o quantum debeatur deverá basear-se em critérios objetivos, evitando valores aleatórios. A criação de parâmetros jurisprudenciais já vem sendo admitida no país, exercendo a jurisprudência, nesse campo, importante papel de fonte formal do direito.⁴³

Além das circunstâncias do fato, do grau de culpabilidade e da intensidade do abalo anímico, diversos são os parâmetros que precisam ser estudados no momento de dosar a indenização, buscando a razoabilidade da decisão, conforme já mencionado.

Tantos pontos não são abordados no presente capítulo de maneira expressa, evitando desvio do foco da pesquisa. De toda forma, as jurisprudências e as doutrinas colacionadas já carregam consigo tais fatores relevantes para a quantificação indenizatória, de forma a possibilitar o perfeito entendimento do sistema.

Enfim, evolui o trabalho para o estudo específico do caráter duplo da indenização por dano moral, esta que serve de ferramenta compensatória ao mesmo tempo que age como ferramenta punitiva.

3.1 FERRAMENTA COMPENSATÓRIA

Talvez o termo compensação, hoje, seja majoritariamente preferido em relação ao termo reparação, pelo menos no âmbito da indenização por dano moral. Isso porque é teoricamente impossível utilizar pecúnia para reparar algo que, como já muito abordado, não pode ser convertido em pecúnia.

Segundo Humberto Theodoro Junior:

⁴² MARGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima, e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas quando o caso é de dano moral, a apuração do quantum indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome etc.) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial.

Nas palavras de Bruno Miragem: “a rigor, pode ocorrer de não ser possível a reparação integral. É o que acontece no caso de danos extrapatrimoniais [...]”⁴⁴

E colhe-se da pesquisa de Sílvio de Salvo Venosa: “no dano não patrimonial não há exatamente reparação de prejuízo, porém mais propriamente uma compensação, como diz o autor lusitano Galvão Telles (1982:297). A compensação é o lenitivo da dor de que falamos. A reparação é indireta.”⁴⁵

De forma mais precisa, Maria Helena Diniz, citada por Carlos Roberto Gonçalves, explica que aqui não se trata de uma indenização da dor, da angústia, do desespero, ou de qualquer estopim do dano moral, mas de uma compensação por tal dano, proporcionando espécie de vantagem ao ofendido, que poderá utilizar o valor recebido em moeda para procurar atender aos desejos materiais ou ideais de seu interesse, atenuando, em parte, o sofrimento do abalo anímico.⁴⁶

Pelo exposto, conclui-se que a indenização por dano moral tem natureza voltada à compensação antes da reparação, uma vez que jamais poderia reparar o psiquismo da vítima exatamente no ponto lesado. Dinheiro algum é capaz de anular um sentimento de vergonha, angústia ou perturbação, mas, como visto anteriormente, com o dinheiro recebido é possível saciar desejos que causem boas emoções ao ofendido, trazendo equilíbrio a sua moral.

Silvio de Salvo Venosa novamente corrobora:

Qual seria o sentido, então, de se proporcionar a indenização a uma paciente de cirurgia plástica, afetada em sua beleza pela imperícia do cirurgião? É claro que, se essa vítima fosse uma atriz, os danos seriam mais palpáveis. No entanto, o prejuízo estético afeta o psiquismo e a conduta social de

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

qualquer pessoa, uns mais, outros menos. Uma indenização minora esse sofrimento.⁴⁷

E não apenas nesse sentido, o mesmo autor cita as palavras de Sílvio Rodrigues, que vai além:

O dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito. Isso ainda é mais verdadeiro quando se tem em conta que esse dinheiro, provindo do agente causador do dano, que dele fica privado, incentiva aquele sentimento de vingança que, quer se queira, quer não, ainda remanesce no coração dos homens.⁴⁸

Logo, exaurida a explicação natureza compensatória da indenização por danos extrapatrimoniais, incluindo os danos morais, faz-se necessário o avanço da pesquisa para destrinchar os demais critérios utilizados nos julgamentos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) há muito dita a forma mais apropriada para arbitramento da compensação por danos morais. Ultimamente tem sido possível observar que os acórdãos adotaram explicações esmiuçadas em relação à dosagem do *quantum debeatur* da compensação, buscando ao máximo esclarecer às partes todos os critérios considerados para resultar no valor específico fixado, este a que o réu será condenado ao pagamento.

Sobre isso, extrai-se de recente julgamento do TJSC:

Com efeito, a compensação por danos morais merece ser arbitrada de modo a não provocar enriquecimento sem causa à parte que a recebe. Todavia, o valor fixado deve ser suficiente para que o ofensor não venha a reiterar a prática danosa. Por isso, é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcional ao grau de culpa, observada a situação socioeconômica do autor e, ainda, ao porte econômico financeiro do réu.⁴⁹

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 5005877-07.2020.8.24.0092**. Relatora Janice Goulart Garcia Ubialli. Quarta Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 26 out. 2021. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321635341176371305548076062957&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 20 nov. 2021.

Observa-se que, além da indenização precisar ser capaz de trazer compensação ao psiquismo da parte lesionada, atenuando as mazelas sentidas, ela também atende, no mesmo peso, ao critério pedagógico.

Como mencionado no julgado, o valor fixado deve ter a capacidade de impedir a reiteração da prática danosa, como espécie de castigo que afasta a sensação de impunidade.

3.2 FERRAMENTA PUNITIVA OU PEDAGÓGICA

Primeiramente, adianta-se que a punição ora tratada é muito distante do conceito trabalhado no direito penal. Enquanto a punição por uma conduta expressamente prevista como crime tem objetivo muito mais complexo, a punição buscada junto com a fixação de indenização por danos morais é relativamente bem rasa.

Não se trata de demonstração de força do Estado ou de controle em massa do comportamento da população, mas apenas de um lembrete ao cidadão de que aquele ato (ou omissão) que causa prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, é ato ilícito, conforme artigo 186 do Código Civil. Sendo ato ilícito, não se pode normalizar a conduta, pois tal banalização enfraqueceria a lei.

Partido deste entendimento é que, de novo, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram o caráter punitivo da indenização pelo dano moral. Além de saciar o desejo natural de vingança sentido pelo lesado, conforme as palavras citadas de Sílvio Rodrigues nas páginas anteriores, o aspecto punitivo tem importante papel sobre o autor do dano.

Diz Maria Fernanda Dias, de forma sucinta e completa:

Por dano moral, entende-se a espécie de dano que compense a vítima pela dor, humilhação, vexame, violadores do direito da personalidade, mas que, sobretudo, provoque abalo no psiquismo da pessoa e que puna o autor do dano pela lesão a direito alheio, assumindo, nesse aspecto, efeito pedagógico e intimidatório.⁵⁰

⁵⁰ MARGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>. Acesso em: 29 set. 2021.

Punitivo, sancionatório, pedagógico e intimidatório são vários termos adotados pelos autores juristas e pelos Tribunais para fazer menção à mesma característica da indenização por dano moral.

É que esse aspecto serve para coibir a reiteração na prática da ação ou da omissão lesiva através de punição que intimida e condiciona o sujeito ao comportamento que se espera conforme a lei, ou seja, que não configure ilícito.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

É de salientar que o ressarcimento do dano material ou patrimonial tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva.⁵¹

Parece simples e até intuitivo assumir o cabimento e a necessidade de considerar o aspecto punitivo na quantificação da indenização por dano moral. Todavia, na verdade, a questão é muito mais profunda e, ao longo da evolução do conceito de dano moral – e ao longo do processo de adaptação do ordenamento jurídico à previsão dessa espécie de dano – extensas discussões surgiram a respeito da legalidade do caráter punitivo.

Extrai-se novamente da obra de Maria Fernanda Dias:

Em direito alienígena, a exemplo do norte-americano, o caráter punitivo (punitive damage) é o único no dano moral, não importando se com a procedência do pedido reparatório a vítima do evento possa, abruptamente, dar um salto em riqueza após a ocorrência do infortúnio. Atesta-se, no entanto, posição doutrinária respeitável no sentido de que não se aplicaria no direito civil brasileiro o caráter punitivo do dano moral, considerando que o legislador em nenhum momento definiu dano moral, limitando-se a fazer singela menção no atual Código Civil, no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Assim, muitos assumem como legítimo apenas o primeiro aspecto da indenização por dano moral, que é a ferramenta de compensação já abordada anteriormente.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

Entre os argumentos sustentados nessa vertente, estão, precipuamente: violação ao princípio da legalidade, já que a lei não prevê qualquer sanção, mas apenas a reparação pelo dano causado; injustiça quanto à responsabilidade por fato de terceiro, que puniria o sujeito que efetivamente não praticou o ato ilícito; risco legalmente inadmissível de ocorrer o *bis in idem*, quando, além da responsabilidade civil, o ato também for passível de responsabilização criminal, esta que já resultará em punição com o intuito de coibir a reiteração.⁵²

O último ponto, na questão do *bis in idem*, é verdadeiramente intrigante e gera espaço para muita discussão no âmbito jurídico, principalmente porque não há entendimento consolidado sobre o assunto. Em tese, quando o ofensor já tiver sido criminalmente condenado, vale a pena pleitear judicialmente o afastamento do caráter punitivo no momento da quantificação da indenização por dano moral causado pela mesma conduta, mantendo o *quantum debeat* em valor meramente capaz de compensar a vítima lesada, ainda atendendo a razoabilidade ao considerar o grau de culpa do ofensor, a intensidade do abalo anímico e a capacidade econômica da parte ofendida.

A propósito, a capacidade econômica também merece atenção especial na presente pesquisa, motivo pelo qual será novamente abordada em momento futuro. Por ora, adianta-se que a capacidade econômica do ofendido deve ser considerada para medir o caráter compensatório da indenização, enquanto a capacidade econômica do ofensor é relevante para medir o caráter punitivo.

De toda forma, apesar das discussões a respeito da legitimidade do caráter punitivo, é fato que o ordenamento jurídico passou a adotá-lo firmemente, quase que o consolidando de maneira definitiva, faltando apenas a edição de lei para isso.

Paula Eppinghaus, em estudo da obra de Sérgio Savi, considerou:

O que se percebe é que a jurisprudência atribui às indenizações (em especial por dano moral) inegável caráter punitivo. Ou seja, ainda que não tenha acolhido expressamente os punitivos damages do direito americano, é certo que os tribunais utilizam critérios de quantificação nitidamente punitivos.⁵³

⁵² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 863.

⁵³ LIMA, Paula Eppinghaus Cirne. **Perdas e Danos por descumprimento de contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9786556271026. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271026/>. Acesso em: 31 out. 2021.

E como mencionado no trecho acima, faz-se mister agora analisar o posicionamento dos tribunais. Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do TJSC:

No que se refere ao valor compensatório/punitivo a ser arbitrado àquele que teve seu direito violado, deve-se adotar os mais rigorosos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, na tentativa de se buscar o equilíbrio entre a satisfação correspondente ao prejuízo moral sofrido e o caráter punitivo da medida, a fim de se evitar um enriquecimento injusto do lesado, tampouco a continuidade da prática ofensiva a direito alheio. Contudo, no ordenamento jurídico inexistente a definição exata do valor indenizatório a ser fixado, justamente porque o abalo moral apresenta-se de maneiras e com consequências diferentes em cada caso. [...] Desta feita a indenização a ser arbitrada deve observar o caráter reparatório da medida e se fundar na extensão do prejuízo causado, bem como, na capacidade econômica do responsável, levando-se em conta, ainda, o atributo pedagógico da sanção.⁵⁴

E mais:

As normas jurídicas pátrias não definiram expressamente os critérios objetivos para arbitramento do "quantum" indenizatório, sabendo-se, apenas, que "a indenização mede-se pela extensão do dano" (CC, art. 944). Dessa forma, devem ser analisadas as particularidades de cada caso concreto, levando em consideração o mencionado dispositivo, as condições econômico-financeiras das partes envolvidas, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o caráter pedagógico do ressarcimento. Na hipótese em análise, trata-se de pessoa cujo benefício previdenciário perfaz a cifra de pouco menos de um salário mínimo mensal, enquanto que a responsável pela reparação é instituição financeira dotada de grande poder econômico com larga atuação no mercado creditício. Sopesando tais circunstâncias, principalmente em atenção ao caráter punitivo pedagógico da condenação, entende-se adequada a fixação do "quantum" indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos pelo INPC, a partir do presente arbitramento, e com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso (Súmulas 362 e 54 do STJ, respectivamente). [...] ⁵⁵

Em continuidade, vejamos agora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0301016-31.2019.8.24.0025**. Relatora Rejane Andersen. Segunda Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 05 out. 2021. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321633630061627198008716604286&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0301650-54.2018.8.24.0092**, da Capital. Relator Desembargador Robson Luz Varela. Segunda Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 11 dez. 2018. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqNjAAI&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 nov. 2021.

DEFESA. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF. INCIDÊNCIA. DANO MORAL. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. VAGÃO LOTADO. NOVOS PASSAGEIROS. INGRESSO. FUNCIONÁRIOS DA ESTAÇÃO. AÇÃO TRUCULENTA. TRANSPORTE E EMBARQUE. CONDIÇÃO DEPLORÁVEL. CONDUTA VOLUNTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 7/STJ E Nº 283/STF. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CARÁTER PEDAGÓGICO E PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO. [...] Para conter a "indústria do dano moral" é necessário refutar com veemência as ações indenizatórias consideradas oportunistas e, simultaneamente, reprimir a reincidência e a inércia de ofensores contumazes. 9. O valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se razoável, na hipótese, pois não altera a condição financeira do recorrido e, concomitantemente, **desestimula a conduta** da recorrente de agregar lucros em prejuízo da qualidade dos serviços, **cumprindo, portanto, o caráter indenizatório, pedagógico e punitivo da indenização**. 10. Recurso especial não provido.⁵⁶ (Grifou-se).

A propósito, importante salientar aqui que o STJ aceita a tarefa de revisar o valor indenizatório arbitrado por danos morais em sede de recurso especial “quando o valor fixado for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula nº 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso.”⁵⁷

E tal situação ocorre justamente quando o *quantum debeatur* fixado pelo tribunal inferior não é capaz de atender os objetivos da indenização por dano moral, ou seja, a compensação e a punição.

Extrai-se de outro julgado do STJ:

Dada a incontroversa ocorrência de conduta ilícita por parte do estabelecimento hospitalar (negativa de internação de paciente portadora de doença grave, em situação de emergência, porque integrante do rol de pacientes não "rentáveis"), sobressai a irrisoriedade do quantum indenizatório redimensionado pelo Tribunal de origem (que reduziu a indenização por dano moral devida à menor de R\$ 150.000,00 para R\$ 20.000,00), **o que autorizou a interferência do STJ para fins de adequação do valor a patamar razoável e proporcional à lesão perpetrada, observado seu caráter pedagógico** e afastado o enriquecimento sem causa.⁵⁸ (Grifou-se).

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1645744/SP**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 06 jun. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601011688&dt_publicacao=13/06/2017. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1942557/SP**. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 20 set. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101735280&dt_publicacao=23/09/2021. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 578.903/DF**. Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em: 17 nov. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401930368&dt_publicacao=24/11/2015. Acesso em: 20 nov. 2021.

Por último, frisa-se que até o Supremo Tribunal Federal (STF), à luz da CFRB/1988, aceita e aplica o caráter punitivo da indenização por danos morais em seus julgamentos, o que ocorre há quase duas décadas.

Dessa forma, hoje é possível entender como consolidada a função punitiva e superadas as discussões erguidas pelos doutrinadores que reconheciam apenas a legitimidade da função compensatória.

Extrai-se de antiga decisão do STF, publicada em 2004:

EMENTA: [...] DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. **DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA.** DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO: [...] O dano moral encontra matriz constitucional cujas regras expressam a tutela aos direitos da personalidade; - Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento; [...]⁵⁹

Além disso, muito importante ressaltar que o mesmo julgamento prossegue com auxílio da doutrina, veja-se:

[...] Definitiva, sob tal aspecto, a lição - sempre autorizada - de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Responsabilidade Civil", p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério, a propósito da questão ora em análise, assim discorre sobre o tema: **"Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.** O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. [...] Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. [...] Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório. **Essa orientação - também acompanhada pelo magistério doutrinário, que exige, no que se refere à função de desestímulo ou de sanção representada pela indenização civil por dano moral, que os magistrados e Tribunais observem, no arbitramento de seu valor, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade** (CARLOS ALBERTO BITTAR, "Reparação Civil por Danos Morais", p. 115 e 239 [...]) Sendo assim, e pelas

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI: 455846 RJ**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 11 out. 2004. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=afundamento%20frontal%20do%20cr%C3%A2nio&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 nov. 2021.

razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere.

E como foi adiantado na introdução deste capítulo, observa-se que as jurisprudências apresentadas realmente ensinam, de maneira riquíssima, todos os pontos relevantes para a quantificação do dano moral, mesmo que não sejam abordados expressamente em capítulos próprios nesta pesquisa.

Mesmo assim, um dos pontos inseridos nos julgamentos anteriores merece especial atenção: a balança entre a capacidade econômica do ofendido e do ofensor.

Isso porque tal fator será especialmente relevante para determinar a que patamar deve ser fixada a indenização por dano moral oriundo do descumprimento contratual do plano de saúde, ou seja, nas situações em que o julgador efetivamente aferir a existência do dano, mas ainda precisar trabalhar no *quantum debeatur*.

3.3 A BALANÇA ENTRE A CAPACIDADE ECONÔMICA DOS SUJEITOS

É imperioso destacar a relevância da capacidade econômica dos sujeitos na tarefa de quantificar a indenização pelo dano moral causado, principalmente porque, no âmbito do presente estudo, o descumprimento contratual do plano de saúde trata-se de conduta praticada por empresas financeiramente riquíssimas e com amplas redes de profissionais cooperados.⁶⁰

Como visto anteriormente, os julgamentos dos tribunais, incluindo do STJ, passaram a considerar para a quantificação do dano moral, entre critérios típicos de medidas punitivas, o porte econômico das partes.⁶¹

No entendimento do Tribunal da Cidadania, há muito foi determinado:

Na fixação da compensação por danos morais, é recomendável, então, desvelo do juiz, para que o quantum fixado guarde proporcionalidade para com a gravidade do ilícito e o nível socioeconômico do ofendido, mas, também, para com o porte econômico financeiro do ofensor. O juiz, assim, deve se orientar pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência,

⁶⁰ CENTRAL Nacional Unimed fatura R\$ 8,24 bilhões em 2020, alta de 8,3% em relação ao ano anterior. Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/web/cnu/releases/central-nacional-unimed-fatura-r-8-24-bilhoes-em-2020-alta-de-8-3-em-relacao-ao-ano-anterior#:~:text=5%20Abril%202021,superior%20ao%20ano%20de%202019>. Acesso em 11 nov. 2021.

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 225.

com razoabilidade, valendo-se, inclusive, de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e as peculiaridades de cada caso.⁶²

E na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, citado por Humberto Theodoro Junior:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.⁶³

Ocorre que a rápida consulta ao sistema de pesquisa de jurisprudências de qualquer tribunal destaca algo que pode ser visto como problema: a análise pormenorizada de todos os critérios relevantes para o *quantum debeat* é complexa e, como parte da concepção de cada julgador, põe em risco a justiça com decisões muito díspares, resultando em insegurança jurídica.

A consequência é um mecanismo de padronização indenizatória que se vê imposto pelos tribunais e seguido por todos os julgadores. Todavia, na outra face da moeda, como adverte Antônio Carlos de Melo do Amaral, “a padronização desses valores pode causar decisões injustas que, como já tratado, correm o risco de perder o caráter inibidor ou pedagógico da medida, podendo se tornar irrisórias [...]”⁶⁴

Por isso, imperioso reservar espaço próprio para a análise dessa questão.

3.4 A PADRONIZAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL

Tal questão já foi suscitada no primeiro capítulo desta pesquisa, no momento em que se descobriu que é função do julgador, auxiliado pelos critérios objetivos

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 135.202/SP**. Relator Ministro Sálvio de Figueredo. Quarta Turma. Julgado em: 19 mai. 1998. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700394298&dt_publicacao=03/08/1998. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁶³ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁶⁴ AMARAL, Antônio Carlos de Melo do. **Dano moral e a fixação do quantum indenizatório da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44537/dano-moral-e-a-fixacao-do-quantum-indenizatorio-na-justica-do-trabalho>. Acesso em: 11 de nov. 2021.

predispostos em doutrina e jurisprudência, decidir se existe, ou não, dano moral na situação trazida pelo autor da ação.

Mas agora fica claro que o mesmo também ocorre na segunda etapa do julgamento, na tarefa de quantificar o dano e fixar o patamar da indenização. Assim como a doutrina e a jurisprudência ocuparam-se superficialmente de predefinir quais vivências qualificavam dano moral e quais representavam mero dissabor cotidiano, as mesmas fontes do direito agora também buscam padronizar o *quantum debeatur* das indenizações.

Mesmo assim, extrai-se da obra de João Ghisleni Filho:

A esse respeito, diga-se que a não consideração das peculiaridades de cada caso, talvez, tenha maior poder destrutivo para a organização social do que a fixação de valores distintos para situações iguais. Tanto uma, quanto outra situação deve evitada, cuidando-se, acima de tudo, de externar coerência nos julgamentos e, principalmente, que estes aconteçam com o mais completo possível exame das questões trazidas por todos os litigantes, até mesmo, em obediência ao art. 5º, XXXV, da Constituição.⁶⁵

Em suma, ainda que traga celeridade às demandas e evite, em primeira análise, a insegurança jurídica, a padronização adotada pelos tribunais não pode ser vista de maneira absoluta pelos julgadores, independentemente do grau de jurisdição em que atuem.

Fala-se que a padronização evita insegurança jurídica “em primeira análise” porque, pensando mais a fundo, a padronização aplicada descuidadamente afasta vários, quase todos os critérios até então apresentados. A padronização pode ameaçar a função do julgador de estudar as variantes do caso, de analisar o grau de culpa do ofensor ou a intensidade do dano suportado.

Ademais, outro grande risco da padronização, - muito ligado ao tema do presente trabalho e que será resgatado em momento futuro - é que, “conhecendo de antemão a possibilidade de determinada condenação, (os empregadores) inclui-la-ão, certamente, na taxa de risco do negócio, repassando-o para seus preços.”⁶⁶

Luiz Augusto Fernando Carneiro assevera:

⁶⁵ FILHO, João Ghisleni; et al. **Valor adequado nas ações de indenização por dano moral**. Jus Navigandi: Teresina, ano 17, n. 3243, 18 de maio de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21803>. Acesso em: 11 nov. 2014.

⁶⁶ ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**. São Paulo: LTr, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8216/1/Maria%20de%20Fatima%20Zanetti%20Barbosa%20e%20Santos.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

A atividade-meio das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, como define o art. 1º da Lei no 9.656, de 1998, é a exploração com lucro, empresarial, como diz a Constituição. E isto transforma a atividade própria dos seguros e planos de saúde em comercial porque ela se resume na aquisição prévia dos serviços médico-hospitalares, para revenda aos titulares dos planos privados de assistência à saúde, ou assunção do risco saúde pela seguradora.⁶⁷

Por isso o STJ frisa a indispensabilidade das particularidades do caso, de modo que o julgador não pode fechar os olhos adotar valores tabelados sem previamente conferir todos os critérios que foram até agora expostos, seja para aferir o *an debeatur* ou para medir o *quantum debeatur*.

Extrai-se da jurisprudência do STJ o caso que perfeitamente desenha a forma que a padronização deve ser utilizada:

Em casos de negativa de cobertura de tratamento médico por operadora de plano de saúde, os julgados oriundos das Turmas de Direito Privado pugnam pela razoabilidade da fixação do dano moral entre os valores de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a depender da gravidade do ilícito praticado, máxime em não se tratando de hipótese em que a aludida negativa resultara, de algum modo, na morte do beneficiário do plano de saúde. O presente caso, contudo, é diferente. A controvérsia instaurou-se entre menor portadora de doença grave (câncer do sistema imunológico) e o estabelecimento hospitalar, que se negou a internar a paciente em situação de emergência sob falso argumento (ausência de leito disponíveis), por considerá-la enquadrada em lista de restrição de atendimento a pacientes.⁶⁸

Convenientemente, o julgado acima trata exatamente da negativa indevida realizada pelo plano de saúde, estreitando a linha de estudo do presente trabalho e dando abertura para o próximo capítulo.

Já entendido o conceito de dano moral e a responsabilidade do ofensor pela compensação das mazelas causadas (que também sofrerá responsabilização com teor pedagógico), torna-se possível analisar o dano moral na situação que constitui especificamente o tema da pesquisa: o caso do descumprimento contratual do plano de saúde.

Assim sendo, o último capítulo do desenvolvimento focará na ligação entre os elementos da aferição do dano moral e os critérios pertinentes a sua quantificação. E

⁶⁷ CARNEIRO, Luiz Augusto Fernando. **Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos**. Grupo GEN, 2012. 978-85-309-4829-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 578.903/DF**. Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em: 17 nov. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401930368&dt_publicacao=24/11/2015. Acesso em: 20 nov. 2021.

com o intuito de ligar a teoria à prática, é imperioso colacionar o maior número possível de decisões de diferentes tribunais para apontar como os conteúdos esmiuçados nos capítulos anteriores são relevantes para decifrar os fundamentos de um acórdão e verdadeiramente entender a decisão judicial.

4 O DANO MORAL NO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR PARTE DO PLANO DE SAÚDE

Já estudados os elementos necessários para aferir o dano moral, bem como os critérios considerados para quantificar a indenização legalmente prevista quando configurado o dano, reúnem-se agora os aspectos do *an debeatur* e do *quantum debeatur* para, primeiro, descobrir em que circunstâncias os tribunais entendem que o descumprimento contratual do plano de saúde gera efetivo dano moral ou mero dissabor.

Caso haja enquadramento para o dano moral, faz-se necessário resgatar os critérios apresentados no segundo capítulo para entender em qual patamar será fixada a indenização em favor do cliente ofendido.

Adianta-se que, a partir de agora, limita-se o presente estudo a tratar das situações causadoras de dano moral - praticadas pelas operadoras de planos de saúde - como descumprimento contratual, considerando que a grande maioria, senão a totalidade dos julgamentos das ações indenizatórias, depende da análise e da interpretação dos contratos firmados entre o consumidor e a empresa operadora, como será amplamente demonstrado.

Assim, é possível abreviar as condutas lesivas praticadas pelas empresas como descumprimento contratual porque, como será visto, se há configuração de dano moral, em algum ponto o contrato de plano de saúde não foi devidamente cumprido, ainda que isso dependa de análise sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e das suas proteções contra abusividades, explorações do desconhecimento técnico do cliente, entre outros.

4.1 DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DO PLANO DE SAÚDE

O primeiro passo para a análise do *an debeatur* consiste em averiguar a existência do ato lesivo, o ilícito civil. É que, como dita o já apresentado art. 186 do Código Civil, comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. Conseqüentemente, o dever de reparar está disciplinado no art. 927 do mesmo Diploma: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, estando claro que a aferição *an debeatur*, ou do dever de reparar moralmente o ofendido, neste trabalho, depende de conduta moralmente lesiva praticada pela operadora do plano de saúde, torna-se importante esmiuçar quais gestos comissivos ou omissivos são considerados ilícitos civis e ensejadores da indenização por dano moral.

Por óbvio, para descobrir quais ações ou omissões são consideradas indevidas e causadoras de dano moral – que desencadeiam o imediato dever de reparar – é razoável entender qual a obrigação das operadoras de planos de saúde e o que se espera, pela lei, doutrina e jurisprudência, de sua atividade.

4.1.1 Da obrigação das operadoras de planos de saúde

Neste ponto, é sabido que o cidadão comum procura um plano de saúde para conseguir sossego e segurança, assim como é a proposta de um contrato de seguro. O consumidor busca simplicidade para o momento futuro em que vier a necessitar de um dos inúmeros serviços fornecidos pela empresa operadora.

Assim deveria ser possível resumir as duas faces do negócio jurídico: solução simples para o consumidor e obrigação complexa para a operadora de planos de saúde.

Como detalha Regina Beatriz Tavares da Silva:

A obrigação complexa gerada pelos contratos de planos de saúde envolve múltiplas prestações de fazer e de dar, de proporcionar segurança e tratamento adequado quando e se ocorrer a doença coberta e já paga antecipadamente pelo consumidor. São prestações de emitir guias, manter número de vagas hospitalares disponíveis, hospitais, equipamentos e

médicos para atender todas as moléstias cobertas pelo contrato. Há um dever legal de eficiência e de boa qualidade dos serviços e produtos postos à disposição do consumidor.

A violação a qualquer dos mencionados deveres legais gera obrigação de indenizar, sem prejuízo da alternativa que se abre a critério do consumidor, de pleitear a execução in natura da obrigação de fazer, inclusive com a cominação de astreintes.⁶⁹

Quanto à natureza da obrigação das operadoras de planos de saúde, a autora explica na mesma obra que a responsabilidade contratual pode ser bipartida em duas situações jurídicas: “(a) inadimplemento da operadora na disponibilização dos serviços e produtos; (b) inadimplemento dos médicos, próprios, credenciados ou referenciados, na prestação de serviços ao consumidor”.

Na primeira situação, que é o foco da presente pesquisa, a autora pontua que “a oferta de contratos relacionais cativos com pagamento antecipado, para cobertura futura, se e quando ocorrer doença, embute sempre uma promessa implícita de perfeição e é nela que confia o consumidor”. Assim, a quebra do dever de zelar pela confiança depositada pelo consumidor – que se imaginava protegido pelo plano de saúde contratado - gera a obrigação de indenizar, “independentemente de culpa, ou com presunção absoluta de culpa”, sendo importante ressaltar que a obrigação primária da operadora do plano de saúde, antes de qualquer inadimplemento, é obrigação de resultado, “não ligado à recuperação e cura do paciente, mas sim de certeza da efetividade da assistência, no exato momento em que ocorrer a doença”.⁷⁰

E não apenas pela natureza da obrigação, o descumprimento contratual praticado pela operadora do plano de saúde configura-se de forma especial quando a jurisprudência determina que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, a proteção do cliente em contratos de adesão - recobertos de termos técnicos inalcançáveis ao cidadão médio - torna caracterizado o descumprimento contratual por recusa indevida de tratamento em diversas hipóteses.

⁶⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. Editora Saraiva, 2009. 9788502151321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502151321/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁷⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. Editora Saraiva, 2009. 9788502151321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502151321/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

4.1.2 A égide do código de defesa do consumidor

É imperioso ressaltar que os contratos com as operadoras de planos de saúde são fortemente regulados sob a égide da Lei nº 8.078/1990 - o Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁷¹, isso por disposição expressa da Lei nº 9.656/1998, que trata dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

A referida lei que rege os planos de saúde, em seu artigo 35-G, determina: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990.”⁷²

Dita também a Súmula 608 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”⁷³

Assim sendo, os julgamentos dos aduzidos descumprimentos contratuais praticados pela operadora de plano de saúde praticamente sempre tramitarão sob a égide do CDC, impondo ao órgão jurisdicional o dever de atentar-se a questões próprias do mesmo código.

Luiz Augusto Fernando Carneiro diz:

O Código de Defesa do Consumidor incidiria, por exemplo, para regular as questões relativas à responsabilidade civil por vício e por fato do serviço; para disciplinar a desconsideração da personalidade jurídica das operadoras de plano de saúde; para proteger o consumidor de práticas comerciais abusivas, principalmente no que concerne à publicidade e ao dever de informar, bem como no que se refere à vedação de condutas irregulares na cobrança de dívidas; e na proteção contratual do consumidor contra cláusulas abusivas e de difícil compreensão.⁷⁴

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁷² BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608**. Segunda Seção. Julgado em: 11 abr. 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub). Acesso em: 15 nov. 2021.

⁷⁴ CARNEIRO, Luiz Augusto Fernando. **Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos**. Grupo GEN, 2012. 978-85-309-4829-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

As hipóteses elencadas pelo autor acima são as principais determinantes para que o julgador, de acordo com a legislação consumerista, determine se a empresa operadora de plano de saúde descumpriu seus deveres contratuais. Esse descumprimento, adianta-se, está quase sempre relacionado com negativas indevidas de tratamentos, seja na recusa de disponibilizar medicamentos ou procedimentos de internação, cirurgia, exames, entre outros.

4.2 EXEMPLOS DE NEGATIVAS INDEVIDAS

São inúmeras hipóteses que, segundo o entendimento dos tribunais, configuram descumprimento contratual por negativa indevida. Não é possível apresentar todos os casos no presente trabalho, mas é razoável mesclar algumas das situações mais corriqueiras com algumas mais inabituais.

Sobre o caso, Regina Beatriz Tavares da Silva novamente explica:

Variadas são as hipóteses em que o inadimplemento contratual ocorre ao se negar indevidamente cobertura a determinada doença, ou o respectivo tratamento, ou, ainda, não disponibilizar estabelecimento, equipamento ou médico com a necessária tecnologia ou especialização. Há inadimplemento ao dever de acesso ao serviço adequado.⁷⁵

Então Misael Montenegro Filho complementa:

Não há uma regra preestabelecida que nos permita inserir diversas situações semelhantes no conceito de recusa injustificada. Contudo, atentos à jurisprudência, percebemos que os tribunais têm se inclinado a entender como injustificadas:

- a) A negativa de cobertura de exame (PET SCAN) (AgRg no REsp 1546908/RS, j. 26.4.2016).
- b) A negativa de realização de procedimento cirúrgico em paciente com aneurisma cerebral (AgRg no REsp 1014906, j. 13.5.2016).
- c) A negativa de realização de cirurgia de emergência (AgRg no AREsp 836368, j. 26.4.2016).
- d) A negativa de cobertura da realização do exame de Esclerose Múltipla – Perfil (AgRg no AgRg no REsp 1513505, j. 17.3.2016).
- e) A negativa de fornecimento de Stent, em procedimentos cardíacos (AgRg no REsp 1470857, j. 1.º.3.2016).⁷⁶

⁷⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. Editora Saraiva, 2009. 9788502151321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502151321/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁷⁶ FILHO, Misael Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

Carlos Roberto Gonçalves, em análise do Recurso Especial nº 251.024-SP, julgado em 04-01-2000, localizou situação de descumprimento contratual por limitação indevida do período de internação de uma segurada. Leia-se:

Os contratos celebrados com as instituições privadas de assistência médica são tipicamente de adesão e suas cláusulas, muitas vezes, conflitam com o princípio da boa-fé e, principalmente, com as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Assim, por exemplo, a que limita o período de internação hospitalar de seus segurados.

A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob esse fundamento, obrigou empresa de plano de saúde a pagar todo o tratamento de uma associada, por considerar abusiva cláusula contratual dessa espécie.

Segundo o relator, Ministro Sálvio de Figueiredo, a corrente que admite a validade da referida cláusula se baseia no princípio da autonomia da vontade, que assegura a liberdade de contratar, considerando obrigação do Estado, e não da iniciativa privada, a de garantir a saúde da população. Contudo, considerou mais adequada a que a considera abusiva, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor, o fato de o contrato ser de adesão, a nulidade de cláusula que restringe direitos e a necessidade de se preservar o maior dos valores humanos, que é a vida.⁷⁷

O TJSC, em julgamento realmente inabitual, julgou sumariamente, em sede de antecipação de tutela, entendendo que compõe obrigação da operadora do plano de saúde o fornecimento de fármaco mesmo sem seu registro na ANVISA. A menção do extenso julgado é crucial para que se avivem outros elementos necessários para o presente estudo.

Leia-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, AJUIZADA CONTRA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO IXEMPRA (EXIBEPILONE), NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DE NEOPLASIA MALIGNA DE MAMA. ALEGADA AUSÊNCIA DE REGISTRO DO ALUDIDO FÁRMACO NA ANVISA. IRRELEVÂNCIA. MEDICAÇÃO COM EFICÁCIA E CIENTIFICIDADE INTERNACIONALMENTE RECONHECIDAS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ASSISTENCIAIS EM SAÚDE QUE, ADEMAIS, PREVÊ A COBERTURA DE TRATAMENTOS MÉDICOS NA ESPECIALIDADE DE ONCOLOGIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.656/98, CONFORME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTES PRETÓRIO E DO STJ. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DA FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO [...]. Considerando, pois, a aplicação das disposições contidas na Lei nº 9.656/1998, sobressai a conclusão de que é vedado à operadora do plano de saúde promover a escolha das alternativas terapêuticas a serem ofertadas para cada tipo de patologia cuja cobertura esteja prevista em contrato, o que consubstancia, em verdade, discricionariedade do

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590500/>. Acesso em: 28 set. 2021.

especialista responsável pelo tratamento do usuário. [...] E, de todo modo, há que se considerar que o fato de o medicamento não estar, por ora, registrado na ANVISA, não quer dizer que ele não funcione para o tratamento indicado. [...] Portanto, revela-se ilegítima a recusa da Unimed-Cooperativa de Trabalho Médico Planalto Norte de Santa Catarina, visto que contratualmente prevista a realização de tratamentos e dos demais procedimentos ambulatoriais na área da oncologia. [...] Em sendo assim, neste juízo de cognição sumária, soa abusiva a negativa de fornecimento do medicamento, sob o argumento de que o tratamento prescrito pelo médico de Rosalina Bedin Bueno não encontra respaldo da ANVISA [...] Dessarte, pronuncio-me pelo conhecimento e desprovemento da insurgência, mantendo-se íntegra a decisão agravada. É como penso. É como voto.⁷⁸

Como asseverado pelo desembargador relator Luiz Fernando Boller no voto acima, “é vedado à operadora do plano de saúde promover a escolha das alternativas terapêuticas a serem ofertadas para cada tipo de patologia cuja cobertura esteja prevista em contrato”. Tal consideração é especialmente importante pois tem a capacidade de desmantelar inúmeras outras recusas de tratamentos, qualificando-as como indevidas.

Sobre isso, extrai-se de outro julgamento do TJSC que parte do mesmo princípio:

Ora, a cláusula de exclusão de cobertura para tratamento experimental demonstra um contrassenso, pois não há como se admitir que a busca pela cura de uma patologia, coberta por previsão contratual, não possa ser dada pela utilização dos meios recomendados pelo médico, o qual está habilitado a ditar o melhor tratamento ao paciente.⁷⁹

Fato é que há muitos anos as operadoras de planos de saúde são condenadas ao pagamento de verba indenizatória por dano moral oriundo dessas negativas indevidas, precipuamente porque a limitação do tratamento indicado pelo médico capacitado é considerada abusiva, elemento que desmantela inúmeras teses de defesa das empresas operadoras.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2013.010511-1**, de Rio Negrinho. Relator Luiz Fernando Boller. Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 23 mai. 2013. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAACH/TAAb&categoria=acordao. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0309390-47.2016.8.24.0023**, da Capital. Relator Stanley da Silva Braga. Sexta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 06 mar. 2018. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAIJMOAA T&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 nov. 2021.

4.2.1 Da visível reiteração lesiva das operadoras de planos de saúde

Talvez o principal – e mais corriqueiro – argumento utilizado pelas operadoras de saúde seja com base no rol da Agência Nacional de Saúde (ANS), onde tentam arguir que o tratamento indicado pelo médico especialista e buscado pelo consumidor, por não estar previsto no referido rol, pode ser excluído da cobertura.

Como exemplo, veja-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR):

PLANO DE SAÚDE (UNIMED) [...] RECUSA DA RÉ EM CUSTEAR O TRATAMENTO SOB ALEGAÇÃO DE NÃO ESTAR INCLuíDO NO ROL EDITADO PELA ANS - ROL NÃO TAXATIVO - MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO EM DECORRÊNCIA DA CONSTANTE EVOLUÇÃO DA MEDICINA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA LIMITADORA DE DIREITOS - NULIDADE - COBERTURA DEVIDA - MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELA TRU/PR - RECURSO REPETITIVO - UNIFORMIZAÇÃO DE SOLUÇÕES PARA SITUAÇÕES UNIFORMES - PRESTIGIAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO: ACORDAM os Juizes da Turma Recursal Única dos Juizados Especial Cível e Criminal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso. [...]⁸⁰

E da jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OPERADORA CONSTITUÍDA NA MODALIDADE DE AUTOGESTÃO. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. MEDICAMENTO PRESCRITO PARA TRATAMENTO DE CÂNCER. RECUSA INDEVIDA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE ANGÚSTIA. DANO MORAL CONFIGURADO. [...] A despeito do entendimento da Quarta Turma em sentido contrário, a Terceira Turma mantém a orientação firmada há muito nesta Corte de que a natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS é meramente exemplificativa. [...] Hipótese em que se reputa abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de cobertura do procedimento médico prescrito para o tratamento da doença que acometeu a beneficiária, recusa essa que, por causar o agravamento da situação de angústia e a piora do seu estado de saúde, configura dano moral. 6. Agravo interno não provido.⁸¹

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 20090013392-4**, Londrina. Relator Desembargador Horácio Ribas Teixeira. Turma Recursal Única. Julgado em: 11 dez. 2009. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/32009001339240201001111/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-20090013392-4>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1939451/DF**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 11 out. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101542926&dt_publicacao=15/10/2021. Acesso em: 20 nov. 2021.

Do julgado acima, constata-se que, mesmo sendo firme o entendimento da Terceira Turma do STJ no sentido de declarar abusiva e indevida a negativa de cobertura de tratamento baseada no rol exemplificativo da ANS, interpretação diferente já foi adotada pela Quarta Turma da mesma Corte.

Como resultado, aparentemente as empresas operadoras arriscam a sorte com recursos porque calculam as chances de sucesso e também o reflexo financeiro que isso representa ao caixa da empresa, incluindo as ações indenizatórias que perdem na “taxa de risco do negócio, repassando-o para seus preços”, como já advertido por Fátima Zanetti nos capítulos anteriores.⁸²

Esse breve resgate do conteúdo abordado no capítulo da ferramenta punitiva da reparação pelo dano moral é importante para, agora, visualizar-se na prática o impacto da perda do caráter pedagógico da condenação, oriundo do mau uso da padronização jurisprudencial do *quantum debeatur* da indenização.

Em consulta no sistema oficial de pesquisa do TJPR, localizam-se vários julgamentos condenando a mesma operadora de plano de saúde ao pagamento de indenização por dano moral causado pela negativa indevida sustentada na ausência de previsão no rol da ANS. Os referidos julgamentos frisam, há mais de uma década, a abusividade da conduta repetitiva e insistente da operadora do plano de saúde.

Veja-se o entendimento do TJPR em 2009:

PLANO DE SAÚDE (UNIMED) [...] RECUSA DA RÉ EM CUSTEAR O TRATAMENTO SOB ALEGAÇÃO DE NÃO ESTAR INCLUÍDO NO ROL EDITADO PELA ANS - ROL NÃO TAXATIVO - MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO EM DECORRÊNCIA DA CONSTANTE EVOLUÇÃO DA MEDICINA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA LIMITADORA DE DIREITOS - NULIDADE - COBERTURA DEVIDA - MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELA TRU/PR - RECURSO REPETITIVO - UNIFORMIZAÇÃO DE SOLUÇÕES PARA SITUAÇÕES UNIFORMES - PRESTIGIAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO: ACORDAM os Juízes da Turma Recursal Única dos Juizados Especial Cível e Criminal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso. [...]⁸³

⁸² ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**. São Paulo: LTr, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8216/1/Maria%20de%20Fatima%20Zanetti%20Barbosa%20e%20Santos.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 20090013392-4**, Londrina. Relator Desembargador Horácio Ribas Teixeira. Turma Recursal Única. Julgado em: 11 dez. 2009. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/32009001339240201001111/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-20090013392-4>. Acesso em: 20 nov. 2021.

O mesmo fundamento resultou na condenação da operadora do plano de saúde em julho de 2010, imposta também pelo TJPR:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DA UNIMED, AO ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA, DE ACORDO COM A RESOLUÇÃO DA ANS Nº 167/2008. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS E RESTRITIVAS QUE DEVEM SER CLARAS E EXPRESSAS. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. RECUSA INDEVIDA. [...] RECURSO DESPROVIDO.⁸⁴

E depois de uma década o entendimento permanece resultando na condenação da empresa, conforme julgamento a seguir, proferido em 2020:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – UNIMED – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE CÂNCER DE MAMA [...] ILICITUDE NA NEGATIVA – ROL DA ANS MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO – MELHOR AVALIAÇÃO DO TRATAMENTO APLICÁVEL, CONFORME MÉDICO QUE ACOMPANHA A PACIENTE [...] RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA RÉ NÃO PROVIDO.⁸⁵

No mesmo rumo continua entendendo o STJ, consoante julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1933826/DF, datado em novembro de 2021:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. ROL DA ANS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. RECUSA INDEVIDA. DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O rol de procedimentos da ANS tem caráter meramente exemplificativo, sendo abusiva a negativa da cobertura pelo plano de saúde do tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente. [...] Agravo interno não provido.⁸⁶

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC - 676956-4**, Ponta Grossa. Relator Juiz Antonio Ivair Reinaldin. Nona Câmara Cível. Julgado em: 15 jul. 2010. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1977186/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-676956-4>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 0071224-08.2018.8.16.0014**, Londrina. Relator Juiz Alexandre Barbosa Fabiani. Oitava Câmara Cível. Julgado em: 05 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011562391/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0071224-08.2018.8.16.0014>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1933826/DF**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 25 out. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101059295&dt_publicacao=03/11/2021. Acesso em: 20 nov. 2021.

De toda forma, cabe aos Tribunais identificar as mazelas da reiteração lesiva praticada pelas empresas operadoras do plano de saúde e readequar o patamar do *quantum debeatur* da indenização por danos morais a ser fixada, utilizando a ferramenta da padronização de modo profícuo e coerente, como já estudado.

Finalmente, superados os breves apontamentos sobre as situações que a jurisprudência entende como descumprimentos contratuais e negativas/limitações indevidas, resta estudar a aferição do dano moral nesses casos.

4.3 DO DANO MORAL ORIUNDO DA NEGATIVA INDEVIDA

Resgatando o estudo desenvolvido no primeiro capítulo do presente trabalho, é importante invocar a diferença entre o dano moral e o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Viu-se sumariamente que a jurisprudência enquadra situações genéricas de descumprimento contratual como causas de mero aborrecimento, mas foi devidamente anotado que a questão seria melhor desenvolvida em momento futuro. O momento é agora.

Segundo Misael Montenegro Filho:

Questão interessante diz respeito à caracterização (ou não) do dano moral decorrente do fato de as empresas que exploram o segmento saúde negar cobertura a procedimentos requeridos no âmbito administrativo pelos usuários dos planos contratados.

Num primeiro momento, a jurisprudência entendeu que estaríamos diante de mero descumprimento de cláusula contratual, enquadrando o resultado como aborrecimento ou dissabor, que são sinônimos nesse tipo de situação.

Posteriormente, os tribunais passaram a afirmar que a negativa de cobertura de procedimentos, por parte das referidas empresas, caracteriza dano moral, não mero dissabor, quando a recusa for injustificada.⁸⁷

Sobre isso, o mesmo autor acima colacionou em sua obra um importante julgado do STJ. Leia-se:

Nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido

⁸⁷ FILHO, Misael Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

no presente caso, o STJ é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento.⁸⁸

Todavia, não tão simples quanto parece, não basta qualquer descumprimento cumprimento contratual praticado por operadora de plano de saúde para configurar dano moral. Todos os critérios expostos no primeiro capítulo deste trabalho também devem ser levados em consideração.

O entendimento do STJ apresentado anteriormente serve para consolidar que uma negativa indevida tem o condão de caracterizar dano moral, mas não para impor que todas as situações da espécie devam resultar em condenações da empresa operadora sem a observância dos elementos básicos de qualificação do dano moral.

Como já trabalhado exaustivamente, ao julgador cabe a tarefa de aferir o dano moral, sempre norteado pela doutrina e pela jurisprudência, mas jamais se esquecendo das particularidades do caso concreto.

Foi baseado nisso que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) julgou pela ausência de dano moral mesmo em caso de negativa de cobertura. Veja-se:

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Plano de saúde. Suspensão por falta de pagamento. Exames médicos. Negativa de cobertura. Danos morais. Inocorrência. [...] No que tange aos danos morais, embora a negativa de cobertura pelo plano de saúde possa caracterizá-los, a questão deve ser examinada caso a caso. Na hipótese fática, não há direito à reparação por danos morais, tendo em vista que a autora deixou de realizar dois exames médicos de rotina. Ademais, a autora, felizmente, não possuía nenhum problema grave de saúde que tenha sido agravado por conta dos exames não realizados. Portanto, a situação relatada nos autos não passou do mero aborrecimento, do mero dissabor, incapaz de atingir a esfera psíquica da autora de forma tão negativa, a ponto de gerar o direito à reparação por danos morais. Não se tratando de dano in re ipsa, era ônus da autora demonstrar o aborrecimento, o transtorno e o constrangimento eventualmente sofridos em virtude da negativa de cobertura, na forma do art. 333, I, do CPC/1973, do qual não se desincumbiu. Indenização por danos morais afastada. Apelação provida.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1470857/SP**. Relator Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 1.º mar. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401760380&dt_publicacao=10/03/2016. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70067393629**. Relator Desembargador Jorge André Pereira Gailhard. Quinta Câmara Cível. Julgado em: 25 mai. 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70067393629&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 20 nov. 2021.

E nessa linha que foi proferido acórdão pelo TJPR em verdadeira lição de responsabilidade civil:

Nesse mesmo sentido, esta Corte já se pronunciou, reiteradas vezes, dizendo que o simples descumprimento contratual ou o mero defeito na prestação dos serviços não enseja o dano moral. Se, no entanto, for provada alguma outra situação que juntamente com o descumprimento ou o defeito no serviço trouxe incômodo aos demandantes, restará configurado o dano moral. [...] Na hipótese em tela, todavia, pelo que consta dos autos, não se divisou dita aflição psicológica. [...] Ademais, é de se destacar que a requerente ajuizou a presente demanda em 22.11.2011, tendo sido deferida a medida liminar em 30.11.2011, a qual foi cumprida pela Unimed, não havendo notícias de que a ré tenha descumprido a ordem judicial, de modo que se presume que a Autora não ficou desamparada em seu tratamento. Ressalte-se ainda, que não há notícias de que a negativa da Ré tenha de qualquer modo agravado o seu quadro clínico, máxime em se considerando que, como visto, o medicamento foi concedido poucos dias após a negativa administrativa. Destarte, a autora não comprovou que seu estado de saúde tenha se agravado com a demora na liberação do medicamento, interferindo de forma intensa e duradoura no equilíbrio psicológico da mesma, a ponto de ocasionar-lhe danos morais, passíveis de reparação. Por conseguinte, sem desprezar o sofrimento da incapaz por portar tal doença em tão tenra idade, à luz do supracitado precedente do Superior Tribunal de Justiça e consideradas as circunstâncias fáticas do caso, não se há falar em ofensa ao patrimônio moral da Autora.⁹⁰

Por breve argumentação, especificamente na situação relatada, entender como inexistente o dano moral quando a operadora do plano de saúde supre a própria negativa indevida e abusiva - por força da ordem proferida em tutela de urgência – parece leniência com a conduta ilícita que ensejou a ação judicial, inclusive porque, em primeira análise, aparenta esmigalhar o caráter pedagógico já estudado.

De qualquer forma, certo é que o caso apresentado desenha o entendimento do TJPR no sentido de afastar o dano moral quando a negativa do plano de saúde, mesmo que indevida, não for capaz de refletir negativamente no psiquismo da ofendida a ponto de causar abalo fora do comum, ou quando tal abalo não for comprovado por aquele que o deveria demonstrar. No julgado em questão, “a autora não comprovou que seu estado de saúde tenha se agravado com a demora na liberação do medicamento, interferindo de forma intensa e duradoura no equilíbrio psicológico a ponto de ocasionar-lhe danos morais, passíveis de reparação”.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 0061491-04.2011.8.16.0001**. Assinado digitalmente por Juiz Substituto de 2º grau Humberto Goncalves Brito. Décima Câmara Cível. Julgado em: 04 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013951351/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0061491-04.2011.8.16.0001>. Acesso em: 20 nov. 2021.

Ressalta-se que o entendimento está perfeitamente alinhado com a doutrina de Maria Fernanda Dias Mergulhão, autora já mencionada que considerou obrigação do julgador investigar as circunstâncias do fato ensejador do dano moral, frisando que “não há dispensa de provar o *an debeat*, por se tratar de ônus processual”.⁹¹

Misael Montenegro Filho, em estudo próprio dos descumprimentos contratuais dos planos de saúde, complementa:

Em qualquer hipótese, versando sobre a alegada recusa injustificada em ações propostas contra empresas que exploram o segmento plano de saúde ou sobre qualquer outra questão, o que percebemos é que a caracterização do dano depende da comprovação de que o resultado experimentado pelo autor ultrapassa o mero dissabor, causando-lhe constrangimento, humilhação ou resultado semelhante.

Essa comprovação pela natureza do fato é quase sempre feita pela produção de prova de natureza testemunhal, o que valoriza a realização da audiência de instrução e julgamento em ações de indenização por perdas e danos.⁹²

Assim, extrai-se da jurisprudência que a fixação de indenização por dano moral ocorre apenas quando efetivamente demonstrada a violação extrapatrimonial dos direitos da personalidade. Veja-se:

CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. RESIGNAÇÃO DA RÉ QUANTO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL [...] CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM O ATO ILÍCITO PERPETRADO. INAFASTÁVEL DEVER DE INDENIZAR. AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA QUE SE FIZERAM PRESENTES ANTE A IMINENTE POSSIBILIDADE DE ROMPIMENTO DO ANEURISMA E EXISTÊNCIA DE RISCO DE VIDA PARA O AUTOR [...] INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Diante da angústia, do sofrimento, da tristeza, e da intranquilidade a que foi submetido o autor ante a negativa da ré em custear o tratamento de seu quadro grave de aneurisma da aorta e uma simplória interpretação contratual, deve esta ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais. Há que se ter, em tais hipóteses, mais consideração com a vida do segurado. [...]⁹³

⁹¹ Mergulhão, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁹² Filho, Misael Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.076873-5**. Relator Marcus Tulio Sartorato. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAADnENA AE&categoria=acordao. Acesso em: 20 nov. 2021.

Como visto anteriormente, a natureza da obrigação oriunda da atividade da operadora de plano de saúde é complexa e trata principalmente da integridade física e da própria vida dos clientes. Destarte, o descumprimento contratual é corriqueiramente relacionado nos julgamentos à aflição psicológica, ao sofrimento e à mazela suportada por alguém que já se encontra debilitado em razão de alguma moléstia, por exemplo.

Leia-se outra ementa do TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANO MORAL E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. [...] DOENÇA GRAVE. RISCO DE MORTE QUE, EM FACE DA NATUREZA DA ENFERMIDADE, ASSOMBRA O INCONSCIENTE COLETIVO. AUTOR FRAGILIZADO FÍSICA E PSICOLÓGICAMENTE QUE TEM QUE RECORRER AO JUDICIÁRIO PARA GARANTIR COBERTURA CONTRATUALMENTE PREVISTA E INDEVIDAMENTE NEGADA. ABALO ANÍMICO PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO MANTIDA. [...] ⁹⁴

Como asseverado acima pelo desembargador André Luiz Dacol, a pessoa já fragilizada em corpo e mente precisa mover ação judicial para buscar direito que muitas vezes está relacionado a sua própria sobrevivência. Assim, qualquer discussão a respeito da correta interpretação do contrato de plano de saúde, em sua essência, ainda trata de direitos fundamentais que não podem ser esquecidos, ou, como melhor colocado em outro acórdão anterior, “há que se ter, em tais hipóteses, mais consideração com a vida do segurado”. ⁹⁵

Sobre isso, diz novamente o TJSC:

Em muitos casos, quando usuário procura se utilizar dos serviços contratados, já se encontra fragilizado pela doença e esmorecido psicologicamente, daí por que não soa razoável supor que a negativa de cobertura do plano de saúde seja aceita com naturalidade. Pelo contrário, qualquer indivíduo, nessas condições, sentirá o peso da frustração, do desalento, da angústia e da indignação, potencializando o seu já combalido estado de saúde. Tais sensações, por certo, não se inserem no âmbito de um

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0000423-90.2015.8.24.0033**, de Itajaí. Relator André Luiz Dacol. Sexta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 22 jan. 2019. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqUEAAT&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.076873-5**. Relator Marcus Tulio Sartorato. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAADnENA AE&categoria=acordao. Acesso em: 20 nov. 2021.

mero aborrecimento ou dissabor, atingindo, na verdade, atributos próprios da dignidade pessoal.⁹⁶

E, para finalizar, um julgamento conclusivo do STJ proferido há mais de uma década, mostrando que o entendimento vigente está fortemente consolidado na jurisprudência do Tribunal Superior:

Agravo Regimental. Recurso Especial não admitido. Seguro Saúde. Recusa em custear tratamento de segurado regularmente contratado. Suspeita de câncer. Dano moral. A recusa em arcar com os encargos do tratamento da agravada, com suspeita de câncer, já definida nas instâncias ordinárias como indenizável por danos morais, constitui fato relevante, principalmente por ocorrer no momento em que a segurada necessitava do devido respaldo econômico e de tranquilidade para realização de cirurgia e posterior recuperação.⁹⁷

Dessa forma, é certo que se mesclam todos os critérios abordados ao longo do trabalho, aqueles próprios do *an debeatur* e aqueles pertinentes ao *quantum debeatur*, para determinar como é levado o julgamento de uma ação indenizatória por danos morais ajuizada em face da operadora de plano de saúde.

A aferição é influenciada por construções doutrinárias e jurisprudenciais no esquema de padronização do direito mas não pode ser decidida ignorando os elementos que propriamente conceituam o dano moral.

A quantificação da indenização a ser fixada pelo julgador contra a empresa operadora, uma vez constatada a efetiva violação de direito da personalidade, por sua vez, deverá ser capaz de compensar o abalo suportado pelo sujeito ofendido e inibir a reiteração da prática danosa.

Enquanto a compensação deve ser capaz de equilibrar o psiquismo de uma pessoa ofendida que, na maioria dos casos, já está acometida por problema de saúde, a punição deve ser capaz de surpreender os profissionais do departamento contábil da determinada empresa, a fim de evitar que eventuais condenações por condutas ilícitas lesivas sejam incorporadas em uma simples tabela mensal de gastos,

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0302171-09.2015.8.24.0058**, de São Bento do Sul. Relator Jorge Luis Costa Beber. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em: 18 mai. 2017. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAASgRAAJ&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 520.390/RJ**. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em: 17 fev. 2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300772762&dt_publicacao=05/04/2004. Acesso em: 20 nov. 2021.

precipuamente por tratar-se de atividade econômica que possui como obrigação complexa o cuidado à saúde, à integridade física e à vida dos consumidores.

Por todo o exposto, considera-se suficientemente instruída a presente pesquisa para a exposição das considerações finais, tendo em vista que os principais elementos foram devidamente investigados, tornando possível reavaliar a hipótese equacionada na introdução.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu, de forma esclarecedora, o entendimento do instituto do dano moral com base em casos reais avaliados pelos julgadores e divulgados na forma de acórdãos de diversos tribunais. Uniu-se a teoria explicada pelos juristas com a vivência prática tão necessária para visualizar a aplicação do conteúdo na prática.

O conteúdo abordado com a pesquisa é complexo e vivo, mutável, considerando que está em constante evolução de acordo com as concepções de autores e julgadores, essas que muito variam conforme o contexto regional ou histórico.

Em síntese, constatado que a legislação atual é silente na conceituação do dano moral, coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de definir, ao longo de anos de discussão, uma definição jurídica razoável para o dano moral indenizável.

Enquanto o dano moral é causado pela situação que fere os direitos da personalidade, como o nome, a imagem ou a honra, foi estabelecido que incômodos e aborrecimentos aquém do dano seriam considerados meros dissabores, em forma de controle para evitar a banalização do dano moral, principalmente nos primeiros anos de vigência do Código Civil de 2002.

Além disso, foi necessário estabelecer que o psiquismo do homem médio deve ser a régua para determinar quais situações causam dano moral e quais representam mero dissabor cotidiano, conforme Silvio de Salvo Venosa.

Entendido que cabe ao julgador a tarefa de aferir, auxiliado pelas fontes formais do direito, a existência do dano moral no caso levado a sua apreciação, ficou claro que as decisões também não poderiam partir inteiramente da concepção pessoal do magistrado, motivo pelo qual Maria Fernanda Dias considera como obrigação – em vez de mera recomendação – observar o leque de critérios objetivos impostos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim evitando disparidade excessiva entre julgamentos.

Ressalta-se que os critérios são essenciais tanto para possibilitar a aferição do dano, o *an debeatur*, quanto para auxiliar na quantificação, que é a medição do *quantum debeatur*.

Por essa razão, já superados os pontos mais relevantes para a aferição do dano moral de acordo com os conceitos encontrados, passou-se a tratar dos critérios

pertinentes à quantificação do dano moral e da consequente indenização a ser fixada, abordando algumas questões com especial atenção, ao passo que outras foram apresentadas de modo incorporado aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais colacionados.

Dentre os critérios a serem obrigatoriamente atendidos pelo julgador no ato de sua decisão, destacam-se os efeitos compensatório e punitivo que a reparação pelo dano moral deve ser capaz de entregar.

Quanto à compensação, viu-se que se trata de medida capaz apenas de reequilibrar o psiquismo abalado do sujeito ofendido, uma vez que o dano moral, por não ter reflexo patrimonial, não pode ser precificado. Não há dinheiro que apague uma memória traumática ou uma humilhação em público, mas, como pontuado por Maria Helena Diniz, é tarefa do julgador sopesar indenização em montante suficiente para representar espécie de vantagem ao ofendido, que poderá utilizar o valor para conquistar bens ou experiências de seu interesse, atenuando, assim, o abalo anímico suportado.

Já a legitimidade do efeito punitivo foi palco de prolongadas discussões, principalmente na doutrina, como descoberto. Todavia, hoje é consolidado no Superior Tribunal de Justiça e também no Supremo Tribunal Federal o entendimento do duplo caráter da reparação pelo dano moral, que mescla a compensação com a punição, esta última em caráter pedagógico com a finalidade de coibir a reiteração do ofensor na prática lesiva.

A questão do efeito punitivo e da reiteração da prática abriu espaço para analisar os riscos da padronização jurisprudencial do dano moral, principalmente quando utilizada erroneamente. Viu-se que a padronização jurisprudencial é uma saída prática e necessária para o problema da insegurança jurídica causada pelos milhares de decisões diferentes proferidas todos os anos por milhares de julgadores com noções pessoais distintas.

Mesmo assim, a aplicação dos entendimentos padronizados de aferição e de quantificação do dano moral sem observar todos os demais critérios objetivos - que precisam passar pela análise do magistrado no caso concreto - resulta em decisões previsíveis.

Sendo previsível o resultado das ações judiciais, as empresas operadoras de planos de saúde facilmente passam a incluir as despesas com indenizações na taxa

de risco do negócio, resultando em reiteração consciente da prática lesiva, além do aumento do preço do serviço ou do produto.

Depois de brevemente abordado com especificidade o caso dos planos de saúde, iniciou-se o terceiro capítulo do desenvolvimento justamente para conectar todos os conteúdos teóricos abordados em situações práticas e reais, através da pesquisa de julgamentos de diversos tribunais.

Nesse último capítulo foi possível finalmente aclarar o tema do presente Trabalho de Curso, onde se investigou a natureza da obrigação dos planos de saúde para, depois, ser possível identificar quando as empresas falham com o seu dever legal, gerando o dever de reparar os danos eventualmente causados, sejam materiais ou morais.

A grande parte dos inúmeros acórdãos investigados mostra a configuração de dano moral aos ofendidos no caso das negativas indevidas dos planos de saúde. Já o que os tribunais entendem como negativa indevida pode variar muito, seja na natureza do rol da ANS, no dever de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, entre outros.

De qualquer forma, também ficou claro que a aferição do dano moral nas negativas indevidas não se trata de entendimento automático decorrente de padronização, mas sim de situações que, na maioria das vezes, facilmente escancaram a presença do dano moral, considerando que podem envolver a angústia e o desespero de pessoas acometidas por doenças.

Assim, mesmo que haja parte da jurisprudência que seja seca e direta para afirmar que o simples descumprimento contratual é mero dissabor e que a negativa indevida do plano de saúde causa dano moral, é certo que os critérios básicos de aferição expostos no primeiro capítulo do desenvolvimento não podem ser descartados, precipuamente porque a tarefa do julgador, como exaustivamente demonstrado, é analisar atentamente o caso concreto.

Em outras palavras, descobriu-se que o dano moral oriundo das negativas indevidas só é caracterizado quando efetivamente presente a violação do direito à personalidade, elemento primário para a aferição dessa espécie de dano.

Concluindo, para exemplificar, destaca-se o acórdão proferido na apelação nº 0061491-04.2011.8.16.0001, onde, segundo a Décima Câmara Cível do TJPR, mesmo diante de falha do plano de saúde, “a autora não comprovou que seu estado de saúde tenha se agravado com a demora na liberação do medicamento, interferindo

de forma intensa e duradoura no equilíbrio psicológico da mesma, a ponto de ocasionar-lhe danos morais”.⁹⁸

Como resultado final, a hipótese apresentada na introdução foi parcialmente confirmada, considerando que há entendimento majoritário em doutrina e jurisprudência que considere a negativa indevida como causadora de dano moral indenizável, afastando-se o mero dissabor contratual, mas apenas quando presente a efetiva violação ao direito da personalidade.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 0061491-04.2011.8.16.0001**. Assinado digitalmente por Juiz Substituto de 2º grau Humberto Goncalves Brito. Décima Câmara Cível. Julgado em: 04 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013951351/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0061491-04.2011.8.16.0001>. Acesso em: 20 nov. 2021.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord.). **Temas de Direito Civil-Empresarial**. In: BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos da Personalidade: pessoas jurídicas e danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 145.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 172.

AMARAL, Antônio Carlos de Melo do. **Dano moral e a fixação do quantum indenizatório da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44537/dano-moral-e-a-fixacao-do-quantum-indenizatorio-na-justica-do-trabalho>.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 274.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1933826/DF**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 25 out. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101059295&dt_publicacao=03/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1939451/DF**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 11 out. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101542926&dt_publicacao=15/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1942557/SP**. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 20 set. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101735280&dt_publicacao=23/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 520.390/RJ**. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em: 17 fev. 2004. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300772762&dt_publicacao=05/04/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 362.136/SP**. Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em: 03 mar. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302025847&dt_publicacao=14/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 578.903/DF**. Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em: 17 nov. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401930368&dt_publicacao=24/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.269.246/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 20 mai. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101136580&dt_publicacao=27/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1470857/SP**. Relator Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 1.º mar. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401760380&dt_publicacao=10/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1129881/RJ**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em: 15 set. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900540233&dt_publicacao=19/12/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 135.202/SP**. Relator Ministro Sálvio de Figueredo. Quarta Turma. Julgado em: 19 mai. 1998. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700394298&dt_publicacao=03/08/1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1645744/SP**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 06 jun. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601011688&dt_publicacao=13/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 750.735/RJ**. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em: 04 jun. 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500807123&dt_publicacao=17/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 628.854/ES**. Relator Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em: 03 mai. 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302322660&dt_publicacao=18/06/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608**. Segunda Seção. Julgado em: 11 abr. 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI: 455846 RJ**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 11 out. 2004. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=afundamento%20frontal%20do%20cr%C3%A2nio&sort=_score&sortBy=desc.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2013.010511-1**, de Rio Negrinho. Relator Luiz Fernando Boller. Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 23 mai. 2013. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAACH/TAAb&categoria=acordao.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0301650-54.2018.8.24.0092**, da Capital. Relator Desembargador Robson Luz Varella. Segunda Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 11 dez. 2018. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqNjAAI&categoria=acordao_5.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0309390-47.2016.8.24.0023**, da Capital. Relator Stanley da Silva Braga. Sexta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 06 mar. 2018. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAIJMOAAT&categoria=acordao_5.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0000423-90.2015.8.24.0033**, de Itajaí. Relator André Luiz Dacol. Sexta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 22 jan. 2019. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAACqUEAAT&categoria=acordao_5.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0302171-09.2015.8.24.0058**, de São Bento do Sul. Relator Jorge Luis Costa Beber. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em: 18 mai. 2017. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAASgRAAJ&categoria=acordao_5.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.076873-5**. Relator Marcus Tulio Sartorato. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAADnENAAE&categoria=acordao.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0301016-31.2019.8.24.0025**. Relatora Rejane Andersen. Segunda Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 05 out. 2021. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321633630061627198008716604286&categoria=acordao_eproc.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 5005877-07.2020.8.24.0092**. Relatora Janice Goulart Garcia Ubialli. Quarta Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 26 out. 2021. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321635341176371305548076062957&categoria=acordao_eproc.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC - 676956-4**, Ponta Grossa. Relator Juiz Antonio Ivair Reinaldin. Nona Câmara Cível. Julgado em: 15 jul. 2010. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1977186/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-676956-4>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 0061491-04.2011.8.16.0001**. Assinado digitalmente por Juiz Substituto de 2º grau Humberto Goncalves Brito. Décima Câmara Cível. Julgado em: 04 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013951351/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0061491-04.2011.8.16.0001>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 0071224-08.2018.8.16.0014**, Londrina. Relator Juiz Alexandre Barbosa Fabiani. Oitava Câmara Cível. Julgado em: 05 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011562391/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0071224-08.2018.8.16.0014>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso n. 20090013392-4**, Londrina. Relator Desembargador Horácio Ribas Teixeira. Turma Recursal Única. Julgado em: 11 dez. 2009. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/32009001339240201001111/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-20090013392-4>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70067393629**. Relator Desembargador Jorge André Pereira Gailhard. Quinta Câmara Cível. Julgado em: 25 mai. 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70067393629&codEmenta=7706337&temIntTeor=true.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. Revisado, ampliado e atualizado conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22/23.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **As Lacunas e o Silêncio eloquente**. JusTocantins. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20120831174246_as_lacunas_e_o_silencio_eloquente.pdf.

CARNEIRO, Luiz Augusto Fernando. **Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos**. Grupo GEN, 2012. 978-85-309-4829-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>.

CENTRAL Nacional Unimed fatura R\$ 8,24 bilhões em 2020, alta de 8,3% em relação ao ano anterior. Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/web/cnu/releases/central-nacional-unimed-fatura-r-8-24-bilhoes-em-2020-alta-de-8-3-em-relacao-ao-ano-anterior#:~:text=5%20Abril%202021,superior%20ao%20ano%20de%202019>.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; SERGIO, Cavalieri Filho. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. XIII, 3ª edição. Grupo GEN, 2011. 978-85-309-3878-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/>.

FILHO, João Ghisleni; et al. **Valor adequado nas ações de indenização por dano moral. Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3243, 18 de maio de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21803>.

FILHO, Misael Montenegro. **Ação de Indenização no Novo CPC**, 3ª edição. Grupo Gen, 2016. 9788597008005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008005/>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4 - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>.

LIMA, Paula Eppinghaus Cirne. **Perdas e Danos por descumprimento de contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9786556271026. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271026/>.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. Volume 2: Editora Saraiva, 2021. 9786555593464. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/>.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2015. 9788522494620. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494620/>.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 225.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. II, n. 176, p. 235.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966**. Institui o Código Civil Português. Disponível em:

<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 28 set. 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. Editora Saraiva, 2009. 9788502151321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502151321/>.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 863.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>.

ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**. São Paulo: LTr, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8216/1/Maria%20de%20Fatima%20Zanetti%20Barbosa%20e%20Santos.pdf>.