



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO REGINAL DE SANTO AMARO, NA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”

002.10.05.1457-1 16-08-10 12:32:16.60

URGÊNCIA: PESSOA IDOSA 65 ANOS

PRIORIDADE: LEI 10.173/01

INVOCAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO: LEI 10.741/03

[REDACTED] brasileiro, casado, empresário, portador da Carteira de Identidade [REDACTED] inscrito no CPF/MF sob o nº [REDACTED] residente e domiciliado na [REDACTED] por seu advogados que a presente subscreve (mandato anexo), com fundamento nos artigos 273 e 461 e seguintes do Código de Processo Civil, artigo 6º, inciso VIII, 14, 20, 24, 25, 30, 47, 84 do Código de Defesa do Consumidor, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, propor a presente

ACÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PLEITO DE TUTELA ANTICIPADA PARCIAL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

em face de MEDIAL SAÚDE S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MJ sob o nº 43.358.647/0001-00, com endereço na Rua Doutor Geraldo Campos Moreira, nº 240, 4º andar, sala 01, Brooklin Novo, CEP 04.571-020, nesta



capital do Estado de São Paulo, expondo para tanto as razões de fato e de direito a seguir articuladas.

I – PRIORIDADE DA TRAMITAÇÃO DO PRESENTE FEITO

Em consonância com a documentação anexada (Carteira do Plano de Saúde), verifica-se que o Autor nasceu na data de 01 de julho do ano de 1944, portanto, hoje com 65 (sessenta e cinco) anos de idade, o que lhe legitima fazer jus aos benefícios da Lei 10.173, de 09 de janeiro de 2001, que alterou a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil:

"Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância."

"Art. 1.211-B. O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas."

No mesmo sentido dispõe o artigo 71 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso):

"Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância."

Diante do exposto, tendo em vista o Autor possuir na data de hoje a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, requer-se que a presente ação tenha a sua tramitação com prioridade na forma da lei.

2

II - DOS FATOS

Conforme documentação acostada com a presente, o Autor é usuário do plano de saúde prestado pela Ré, na categoria Pleno II, desde 20.04.2006. De acordo também com os documentos acostados com a presente, os pagamentos do plano encontram-se regularmente em dia.

Pois bem. O Autor, acometido de um linfoma de células (cânceres do sistema linfático), o seu médico, o Dr. Vladimir Cláudio Cordeiro de Lima, inicialmente lhe submeteu ao **tratamento de quimioterapia, consistente em 08 (oito) sessões com intervalo de 21 (vinte e um) a 21 (vinte e um) dias.**

Diante disso, o Autor desde **janeiro do corrente ano de 2.010 vem se submetendo às sessões de quimioterapia** junto ao Hospital A. C. Camargo, R. Professor Antônio Prudente, 211 São Paulo - SP - Liberdade - CEP 01509-010 - Tel. (11) 2189-5000.

Importante esclarecer que todo o tratamento até então realizado pelo Autor, todas as despesas com médicos, exames, hospital e a medicação necessária para as sessões de quimioterapia foram até a presente data 100% (cem por cento) custeadas e asseguradas pela Ré.

No entanto, apesar da Ré mensalmente ter liberada as guias para exames, internações e medicação para o tratamento, reiteradamente vem, **sem qualquer motivo justificável**, criando dificuldades para liberar as guias necessárias para tal finalidade.

Tais liberações das guias são realizadas somente após muita insistência dos familiares do Autor junto para com a Ré, apesar de **inexistir qualquer razão para negativa do tratamento ao Autor.**

Fatos desabonadores já começaram a se agravar na penúltima sessão de quimioterapia, haja vista que até a data de início dessa citada sessão, com horário previsto para internação às 7:00 (sete horas) da manhã, apesar do Autor ter se deslocado da sua cidade - Peruíbe-SP até o

Hospital, localizado na capital de São Paulo, a Ré não havia liberado a guia para o tratamento completo de quimioterapia, o que culminou, por conta disso, a negativa, pelo hospital, da sua internação!

O fato é que a maléfica recalcitrância da Ré em cumprir com o sua obrigação contratual, tomou contornos ainda maiores com a decisão do Hospital A C Camargo – conhecido como Hospital do Câncer, em não aceitar a internação por um só dia (autorizada) quando é certo que o tratamento solicitado e que o Hospital deverá prestar ao Autor, seria aquele descrito na solicitação (4 dias de internação e demais procedimentos)!!!!

Pasme, Excelência, com uma situação dessas! É desumano, ainda mais se visto que o Autor está amparado pelo contrato e a questão medíocre suscitada pela Ré é econômica, distante das necessidades médicas descritas e que são urgentes, por óbvias razões..

Prova disso são:

- a) Receituário médico datado de 12.05.2010, em que o médico responsável relata que, *“Paciente portador de Linfoma Não Hodgkin difuso de células B. Solicito internação para 01/06/10 para realização de quimioterapia e monitorização de toxicidades por ter apresentado complicações em ciclos prévios”*;
- b) Guia de solicitação de internação nº 070411, em que o médico solicita a quantidade de 04 (quatro) diárias para os seguintes procedimentos:

Código de Procedimento	Descrição
30010128	Quimiot. sistêmica inicial no 1º dia da semana por ciclo d
30010136	Quimiot. sistêmica inicial do 2º ao 7º dia subsequente da semana



- c) Resposta extraído do site da Ré na data de hoje, aonde aparece a liberação de somente 01 (uma) diária e da aplicação da dose do primeiro dia da quimioterapia (Código procedimento nº 30010128).

Pois bem. O Autor e o Hospital, após terem tomado conhecimento no dia 27.05.2010 do resultado da negativa por parte da Ré quanto a autorização para o tratamento completo da 8ª (oitava) sessão de quimioterapia, imediatamente entraram em contato com a Ré para verificarem e, ao mesmo tempo, reclamarem, mais uma vez, quanto o ocorrido, gerando os protocolos de nºs 33481598 e 33467143.

Acontece que o atendente da Ré, após registrar a reclamação do Autor e do Hospital, sem qualquer justificativa do ocorrido, lhes informou que iria entrar em contato no prazo máximo de 72:00 (setenta e duas horas) com o resultado da reclamação, ou seja, no 30.05.2010, véspera da internação.

Ato contínuo, mesmo ciente do prazo de 72:00 (setenta e duas horas), o Autor e seus familiares tentaram, insistentemente, obter da Ré uma solução para o caso, **posto que a interrupção no final do seu tratamento médico, lhe causaria risco de vida.**

No entanto, de forma irresponsável e absolutamente insensível, em afronta aos termos do plano de saúde firmado, a Ré não se pronunciou, de modo formal ou verbal, até no momento de internação do Autor, ou seja, no dia 01.06.2010, às 7:00 (sete horas), quanto ao deferimento ou recusa das autorizações que precisava emitir. Limitou-se a declarações verbais de que *“estamos analisando o caso e entraremos em contato no prazo de 72:00 (setenta e duas horas)”*.

Tal silêncio da Ré perdurou até às 15:17 (quinze horas e dezessete minutos), conforme Guia de Solicitação de Internação emitida pela Ré em anexo, o que fez com que o Autor passasse por uma situação humilhante, constrangedora, potencializada com a sua idade e o mal que lhe acomete, sem contar com a frustração de se ver hipossuficiente quando mais se precisa do seu plano de saúde, e este se esquivá sem qualquer motivo justificável!!!

No entanto, a arbitrariedade e a ilegalidade da Ré não param por aí. Agora com uma agravante!!!!

Em razão da ineficiência das sessões de quimioterapia até então realizadas, o médico do Autor lhe submeteu a um novo ciclo de tratamento, consistente em 04 (quatro) de 06 (seis) dias cada um, cuja data de início estava prevista para o dia 09.08.2010 e término em 14.08.2010, conforme documento em anexo.

Assim, o Autor, de posse da Solicitação Médica ambulatorial da Central de Quimioterapia do Hospital, deu entrada da mesma junto à Ré para que a mesma autorizasse e expedisse a guia de internação e tratamento nos termos prescritos pelo médico. Ocorre que a Ré somente no dia 10.08.2010, ou seja, após a data prevista para o início do tratamento (09.08.2010), enviou ao Hospital, conforme documento em anexo, a informação de que havia liberado a guia, **ENTRETANTO, SEM AUTORIZAR A UTILIZAÇÃO DO MEDICAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO, QUAL SEJA, OXALIPLATINA.**

Diante disso, o médico do Autor encaminhou um Relatório Médico à Ré, em anexo, no qual esclarece ao auditor da Ré que: *“Como o colega auditor deve saber, não existe estudo de fase III para quimioterapia de resgate de LNH DGCB publicado, e os esquemas disponíveis apresentam eficácia semelhante, sendo a escolha baseada no perfil de toxicidade. Desta forma, optamos pelo esquema GEMOX-R (baseado em 3 estudos da fase II), por apresentar basicamente toxicidade hematológica, mais facilmente manejável e adequada para esse paciente em particular.”*

Denota-se Nobre Julgador que o médico responsável pelo tratamento do Autor justificou à Ré, por meio do seu Relatório Médico, a necessidade de se utilizar a composição **GEMOX-R**, cuja droga integrante é a citada **OXALIPLATINA**.

Acontece que a Ré, mesmo ciente da necessidade de se utilizar no Autor o citado medicamento, se justificou verbalmente, já que se exime em formalizar a negativa, que a droga **OXALIPLATINA** encontra-se em fase

experimental, e por isso não estaria obrigada a custeá-la com fundamento no inciso I, do artigo 10, da Lei nº 9.656/98 e no artigo 16 da Resolução Normativa 211/2010 da Agência Nacional da Saúde.

Ocorre que, o medicamento **OXALIPLATINA**, ao contrário do alegado pela Ré, não encontra-se na fase experimental, conforme esclarecimentos abaixo prestado pelo médico do Autor:

Date: Thu, 12 Aug 2010 15:33:00 -0700

From: vladmirlima@yahoo.com.br

Subject: Res: quimio

To: necie.vicente@hotmail.com

Não, não é, como foi informado no relatório enviado ao convênio, inclusive com os estudos anexados. Eles querem um estudo de fase III, que não existe nesta situação, o que também foi explicitado no relatório. Existem vários protocolos que poderiam ser empregados nesta situação, mas a maioria tem uma toxicidade alta. Escolhemos o esquema que consideramos aquele com melhor perfil de tolerância. Sugiro que vc solicite a negativa por escrito, assinada pelo médico auditor e procure os seus direitos.

Um abraço,
Vladmir Lima.

De: Necie Parpinelli Bausells necie.vicente@hotmail.com

Para: vladmir lima vladmirlima@yahoo.com.br

Enviadas: Quinta-feira, 12 de Agosto de 2010 18:04:31

Assunto: quimio

Boa tarde Dr. Vladmir

Nós continuamos tendo problemas com o convênio. Eles não vão autorizar o medicamento oxaliplatina alegando que o nosso contrato não cobre por ser um tratamento experimental.

Gostaria de saber se esse procedimento é mesmo experimental.

Aguardo sua resposta

Um abraço Nécie (paciente Antonio Vicente Bausells)

Vale salientar que a conduta adotada pela Ré, em se negar, injustificadamente, ao cumprimento da obrigação de prestar atendimento completo à saúde dos associados de seu plano de saúde, feriu frontalmente o disposto na cláusula 4.3.4. do Contrato do Plano de Assistência à Saúde para Pequenas e Microempresas (documento anexo), da qual o Autor faz parte. Senão vejamos:

“4.3.4. – Cobertura para os seguintes procedimentos considerados especiais cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em nível de internação hospitalar:”

...

b) quimioterapia;”

Sem dúvida, não pode ficar o Autor, e de modo especial a sua vida e a sua saúde, a mercê de uma articulação maliciosa e injustificada por parte exclusiva da Ré!!!! Os documentos acostados com a presente, bem como o histórico do tratamento que foi submetido o Autor, demonstram que o procedimento adotado pela Ré é totalmente ardiloso e lesivo a integridade física do Autor e principalmente a sua vida e a sua moral!!!

Por contrapartida, importante consignar que a empresa em que o Autor é conveniado, regularmente arcou e vem arcando mensalmente com as parcelas do seu plano de saúde médico para, em momentos como esse, evitar tais aborrecimentos e preocupações, o que lhe está causando dano irreversível e irreparável, como também aos seus familiares, sem contar que está colocando em risco a sua vida, **pois já se passado mais de uma semana da data prevista para o início dos tratamentos, até hoje a Ré não autorizou a utilização do medicamento prescrito pelo médico do Autor. Isso é um absurdo!!!!**

O plano de saúde da Ré, firmado com o Autor, lhe gera o dever legal de arcar com as despesas oriundas com tratamento por quimioterapia, inclusive quando esse procedimento, considerado especial, esteja relacionado à continuidade da assistência prestada em nível de internação hospitalar.

Verifica-se, portanto, que reúne o caso que se examina todas as condições para a sua procedência, diante da gravidade que existiu, principalmente pelo **fato de se tratar de caso de vida ou morte, já que o tratamento de quimioterapia é submetidos à pacientes com**

câncer, e no caso do Autor é no seu sistema linfático, considerada moléstia grave!!! O transtorno não poderia ser pior: idoso, com sérios problemas de saúde e ainda passar por um constrangimento desse, com a incerteza de se submeter ou não ao tratamento quimioterápico que não pode ser adiado para ter sua eficácia assegurada, é procedimento que deve ser coibido pela JUSTIÇA!!!

III – DO DIREITO

III.1. - DA OBRIGAÇÃO DA RÉ DE FAZER

Primeiramente, importante salientarmos que, de fato, **o contrato prevê expressamente a cobertura de que necessita o Autor.** Sendo assim, o tratamento ao qual se encontra submetido o Autor não pode ser excluída da obrigação da Ré em custeá-lo.

Segundo, por se tratar o contrato de plano de assistência à saúde um gerador de relação de consumo, o Autor encontra-se amparado e a Ré obrigada ao cumprimento das normas esculpidas no Código de Defesa do Consumidor.

Com arrimo nos artigos 6º, 14, 20, 24, 25, 30, 47, 84 e demais aplicáveis do Código de Defesa do Consumidor, espera o Autor que a Ré continue a arcar com o pagamento do tratamento quimioterápico como vinha fazendo, possibilitando ao Autor, pessoa idosa, o tratamento necessário, conforme doutrina abalizada abaixo:

“Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente, não só enquanto mutualidade (típica dos contratos de seguros, que já não são, ex vi a nova definição legal como “planos”), mas enquanto cooperação com os consumidores, enquanto divisão

paradigmática-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, enquanto cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, enquanto possibilidade de acesso ao sistema de contratar, enquanto organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco... Aqui está presente o elemento moral, imposto ex vi lege pelo princípio da boa-fé, pois a solidariedade envolve a idéia de confiança e cooperação. Confiar é Ter a “expectativa mútua, de que”, em um contrato, “nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra”. Em outras palavras, o legislador consciente que este tipo contratual é novo, dura no tempo, que os consumidores todos são cativos e que alguns consumidores, os idosos, são mais vulneráveis do que os outros, impõe na solidariedade na doença e na idade e regula de forma especial as relações contratuais e as práticas comerciais dos fornecedores... Nesta análise dogmática destes contratos afirmo: “O primeiro aspecto a destacar de forma especial nos contratos de planos de saúde é a vulnerabilidade especial dos consumidores de mais idade, vulnerabilidade esta estudada pela Escola de Minas Gerais, neste tipo de contrato”. (in Marques, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª Edição, 2002, Ed. RT, p. 417).

Assim, o Autor, amparado nas disposições contratuais, como também com nas normas do Código de Defesa Consumidor, tem, completamente, direito ao seu tratamento final quimioterápico, tratamento esse a ser custado integralmente pela Ré.

Nesse sentido, vale colacionarmos alguns julgados:

Tribunal de Justiça de São Paulo

Agravo de Instrumento 994070266978 (5227874100)

Relator(a): Caetano Lagrasta

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 07/11/2007



Data de registro: 21/11/2007

Ementa: Plano de saúde. Negativa de continuidade no fornecimento de medicação para quimioterapia. Alegação de não cobertura. Perigo de dano irreparável. Interpretação do contrato conforme o art. 47 do CDC. Não obrigatoriedade da prestação de caução. Tutela antecipada mantida. Provisamento negado. (grifamos)

E mais,

Tribunal de Justiça de São Paulo

994061165447 (4832124600)

Relator(a): Encinas Manfré

Data de registro: 17/04/2007

Ementa: SEGURO-SAÚDE - Custeio de despesas médico-hospitalares relativas a tratamento e medicamento - Recusa da seguradora - Inadmissibilidade - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Abusividade da cláusula excludente de cobertura - Risco de morte da segurada - Imprescindibilidade da utilização desse medicamento para o sucesso do tratamento contra moléstia grave (câncer) - Recurso não provido neste aspecto. DANO MORAL - Inocorrência - Hipótese na qual a negativa da seguradora não teve o condão de gerar direito a indenização - Ausência de comprovação de efetivo desequilíbrio no estado psíquico da autora - Sucumbência recíproca fixada - Recurso provido neste aspecto. (grifamos)

E mais, especificamente com o medicamento prescrito pelo médico do Autor e negado pela Ré, qual seja, a **OXALIPLATINA**, o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado de São Paulo, em recentíssimo julgado, cuja íntegra do acórdão encontra-se anexa à presente, entendeu que a mesma já foi liberada pela Anvisa, e por isso não se trata de tratamento experimental. Vejamos:

Apelação 994061335812 (4623474800)

Relator(a): Teixeira Leite

Comarca: Santo André

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 08/04/2010

Data de registro: 19/04/2010

Ementa: ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. Seguro saúde. Recusa na cobertura de sessões de quimioterapia. **Substância denominada Oxaliplatina que já foi liberada pela Anvisa, e, portanto, não se tratando de tratamento experimental**
Recurso provido. (grifamos)

Outro não é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0105.05.152483-0/001, cujo texto de interesse abaixo se transcreve:

"A questão central, que envolve a análise da demanda e, por conseguinte, do recurso, diz respeito à previsão contratual para continuidade do tratamento quimioterápico recomendado pelo médico que atendeu o autor em São Paulo, f. 29, e que foi referendado pelo Dr. Luiz Cláudio Ferraz em Montes Claros, f. 27.

Diz a parte demandada que o procedimento consubstanciado em "esquema de quimioterapia com esquema Gemox - Gemcitabine - Gemzar 1.000 mg/m² D1 - em infusão de 10mg/m²/min e Oxaliplatina - Eloxantin 100mg/m² D2. Ref..." (f. 29), implica tratamento experimental, sendo como tal vedado pelo contrato estabelecido entre as partes.

Todavia, a alegação da parte demanda é destituída de qualquer fundamento. De início, cumpre transcrever o depoimento do Dr. Luiz Cláudio Ferraz de Oliveira Ferreira, f. 303:

"[...] o tratamento ministrado ao Senhor Paulo não é experimental porque o tratamento experimental é o que está na fase um, e o esquema ministrado pelo senhor Paulo estava na fase dois, isto é, já havia sido testado em pessoas; os três medicamentos aplicados no Senhor Paulo são aprovados pela FDA americano e pela Anvisa; em quimioterapia, na maioria dos casos, são usadas drogas combinadas, ou seja, duas ou mais drogas; quando o Senhor Paulo soube que a Cassi não iria cobrir os custos com seu tratamento, ele se sentiu muito mal, pois ele dizia ser um dos fundadores da Cassi e se



dizia traído por ela; a partir dessa informação teve nítida piora do quadro clínico...".

Note-se que a própria demandada reconhece que as drogas prescritas ao autor são utilizadas em outros tratamentos de câncer, embora de tipo diverso do possuído pelo de cujus. Observe-se que tal fato por si só já é elemento suficiente a evidenciar no mínimo uma conduta temerária da parte ré ao negar a cobertura. Frise-se que se trata de medicamentos cuja utilização é permitida e até recomendada para outros tipos de tratamento de câncer, o que é no mínimo um indício da efetividade do esquema diagnosticado inicialmente em São Paulo. Ademais, no contrato estipulado, inexistente qualquer discriminação nesse sentido, mesmo porque é o médico do paciente o profissional qualificado para indicar qual o melhor tratamento ao seu paciente, não sendo lícito ao plano dizer que determinada droga serve para um tipo de câncer, mas não serve para outro, ao fundamento de que tal utilização seria qualificada como experimental." (grifamos)

Resumindo, o Autor passando por uma situação humilhante, constrangedora, não bastasse a idade e o mal que o acomete, quando mais se precisa do seu plano de saúde, este se esquivava sem qualquer motivo justificável!!! O transtorno não poderia ser pior: idoso, com sérios problemas de saúde e ainda passar por um constrangimento desse, com a incerteza de se submeter ou não ao tratamento quimioterápico que não pode ser adiado para ter sua eficácia assegurada, é procedimento que deve ser coibido pela JUSTIÇA!!!

III.2. – DO DANO MORAL SUPORTADO PELO AUTOR

(A) ATO ILÍCITO DA RÉ

Como se depreende do acima exposto, a presente ação está sendo proposta por conta de ato praticado pela Ré que lhe já gerou, como de fato ainda está e poderá continuar gerando, danos morais ao Autor. Por isso, faz-se indispensável demonstrar e caracterizar o ato ilícito que deu origem à presente demanda.

E, no presente caso, o ato ilícito perpetrado pela Ré, que vem causando ao Autor danos morais, é evidente. Junta-se com a inicial os documentos de internação, os pedidos médicos, bem como o contrato de adesão ao plano de saúde.

Denota-se que a prática arbitrária da Ré, ao deixar o seu cliente à beira da angústia, face e eminência de ver seu tratamento (de vida ou morte) injustificadamente interrompido, é ato ilícito e causador de dano moral!!!

Assim, é ilícito todo ato que causa dano – moral ou material – a outrem. Observem-se os artigos 159 do Código Civil de 1916, 186 do Código Civil vigente e 6.º, VI do Código de Defesa do Consumidor, que caracterizam como ilícito o ato causador de danos – morais ou materiais – assim como garantem às vítimas de tais danos o direito à sua reparação:

Código Civil de 1916

“(…)

Dos Atos Ilícitos

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

“(…)”

Código Civil Novo (Lei n.º 10.406/02)

“(…)”

Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

“(…)”

Código de Defesa do Consumidor

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

“(…)”

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
(...)”

(B) TEORIA SOBRE DANO MORAL

Demonstrada a ilicitude do ato da Ré, bem como a forma legal de se repelir tal ato, passa-se a demonstrar os danos morais suportados pelo Autor, bem como sua necessidade e possibilidade legal de reparação por meio de indenização. Outrossim, o Autor demonstrará a Vossa Excelência os elementos fáticos e legais que deverão servir para a arbitração de um valor indenizatório justo, ou seja, que repare, em toda a sua extensão, os danos morais que a Ré lhe causou.

Daí que, para a exata compreensão do dano moral causado no presente caso, imprescindível uma prévia abordagem teórica a respeito do tema para, posteriormente, ser desenvolvido um item referente ao dano moral sofrido pelo Autor.

(1) O QUE É DANO MORAL

Dano moral, segundo a mais autorizada doutrina, e como bem sabe o Ilustre Julgador, é aquele dano que não repercute propriamente no patrimônio do lesado, mas que mesmo assim atinge sua esfera jurídica, causando-lhe gravame de valores não dotados de expressão propriamente pecuniária, ou aferição econômica, mas que se "exaurem na esfera mais íntima da personalidade", traduzindo-se em "turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível"¹.

Com efeito, a dimensão da reparabilidade do dano moral encontra seu alicerce e fundamento na teoria da responsabilidade civil, que, por sua vez, está fulcrada no princípio fundamental do *neminem laedere*, consoante leciona o saudoso professor CARLOS ALBERTO BITTAR, em sua magnífica obra sobre o tema².

¹ Cfr., a respeito, CARLOS ALBERTO BITTAR, *Reparação civil por danos morais*, Ed. RT., 1993, pp. 30/31.

² Cfr., a respeito, *Reparação cit*, p. 16.

Em outras palavras, o Estado moderno de Direito, concebido para atingir sua meta máxima que é preservar a paz e harmonia social, construindo uma "ordem jurídica justa", estruturou-se sobre "*pilastras básicas, em que avulta a máxima de que ninguém deve lesar.*"³

A partir daí, portanto, ainda na lição do eminente jurista, tem-se como corolário à condição de liberdade do homem a noção de responsabilidade pelo exercício dessa liberdade, de tal sorte que "*uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.*"⁴

Ora, o dano, segundo a mais autorizada doutrina de BITTAR, é entendido como "*...qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais...*"⁵

(2) DO DANO MORAL PURO – INDENIZAÇÃO

Muito embora a teoria do dano moral tenha sido a que, provavelmente, mais resistência sofreu desde a sua concepção, que remonta à Índia e à fabulosa Babilônia (Códigos de Manu e Hammurabi), passando pelo direito Romano, frutificando e se desenvolvendo na França; **atualmente, não mais se discute a sua aplicação sendo certa a obrigação de indenizar, conforme previsto em nosso ordenamento jurídico.**

De fato, dispõe o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, que:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

³ V. BITTAR, *Reparação. cit.*, p. 16.

⁴ Cfr. *Reparação. cit.*, p. 16.

⁵ Cfr. *Reparação. cit.*, p. 12. E isto, quer se o considere sob a ótica da teoria subjetiva, quer sob o prisma da teoria objetiva da responsabilidade civil, consoante destaca o autor.

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

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

(...)

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

Essa indenização, como se sabe, não se confunde com a indenização de caráter material e se impõe pela ocorrência da perturbação psíquica indevidamente provocada.

Como bem define *Yussef Cahali* deve-se distinguir, no âmbito dos danos, a categoria de danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores, etc.

Atualmente, essa teoria encontra amparo em nossa lei maior, atingindo a **categoria de garantia fundamental e imutável** nos termos do artigo 60, parágrafo 4.º da Constituição Federal, sendo certa sua aplicação à toda violação dos valores morais.

(3) DO “PRETIUM DOLORIS”

Resta questionar-se, no entanto, qual é o justo valor dessa indenização. Por assim dizer, qual é o “*pretium doloris*”, pois, na verdade, a indenização jamais irá desfazer o ato lesivo, mas poderá aplacar seus efeitos.

Como bem observou De Page, **a dificuldade de avaliar não apaga a realidade do dano e, por conseguinte, não dispensa da obrigação de repará-lo** (“*Traité Élémentaire*”, vol II, n. 915). - *apud* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial - 2ª ed. Revista dos Tribunais - pág. 491.

É indiscutível que a dor não tem preço, nem se pretende lhe atribuir uma valorização econômica. Mas não nos olvidemos de que a dificuldade da reparação não implica na negação da realidade do dano. E, como dano que é, o dano moral reclama também uma reparação à altura do valor moral da pessoa ofendida.

A indenização em dinheiro deve representar para o ofendido uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou “anestesiar” em alguma parte o sofrimento impingido, mas, além disso, deve produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. E no caso em exame esse aspecto é fundamental, já que o Autor terá que continuar o seu tratamento de saúde e a Ré deverá custear!!!

Nessa esteira de raciocínio segue a jurisprudência dominante:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

EMENTA:

DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO DO QUANTUM QUE DEVE ATENDER À "TEORIA DO DESESTÍMULO", SEGUNDO A QUAL A INDENIZAÇÃO NÃO PODE SER FONTE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA VÍTIMA, TAMPOUCO INEXPRESSIVA A PONTO DE NÃO ATINGIR O OBJETIVO COLIMADO. (AP. CÍV. N. 65.593-4 - CAMPINAS - 10ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO - REL.: RUY CAMILO - 02.03.99 - V.U.).

Além disso, o valor da indenização está orientado pela capacidade econômica do ofensor de indenizar, pelo padrão sócio econômico e cultural do ofendido e pela extensão temporal desse dano, tendo em vista os valores morais de cada um, devendo ser alcançado por uma estimação prudencial.

Seguindo essa sábia orientação é que nossos tribunais têm confirmado a condenação que, de fato, represente uma punição ao ofensor e uma satisfação ao ofendido:

“A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa”. (TJSP - 2ª C. - Ap. - Rel. Cezar Peluso - j. 21.12.93 - RJTJESP 156/94 - RT 706/67)

“A indenização por dano moral é arbitrável, pois, nada dispondo a lei a respeito, não há critério objetivo para cálculo e esse dano nada tem com as repercussões econômicas do ilícito.” (TJSP - 2ª C. - Ap. - Rel. Cezar Peluso - j. 29.9.92 - JTJ - LEX 142/95).

Ora, o dano moral sofrido pelo Autor é mais do que patente, e há que ser ressarcido, já que a reparabilidade civil do dano moral é matéria incontroversa na doutrina e jurisprudência pátria, quando se trata de negativa injustificada para a realização de procedimento médico/hospitalar.

Nesse sentido, vale transcrevermos recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Apelação Com Revisão 994080620391 (5988154100)

Relator(a): Donégá Morandini

Comarca: Santos

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/03/2009

Data de registro: 16/04/2009

E mais,



Apelação Com Revisão 994051137556 (4272784600)

Relator(a): A.C. Mathias Côltro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 11/03/2009

Ementa: **INDENIZAÇÃO - DANO MORAL ? CONVÊNIO MÉDICO QUE RECUSA TRATAMENTO AO AUTOR, SOB O ARGUMENTO DE DOENÇA PREEXISTENTE - REQUERENTE QUE SOFRE DE UM TIPO AGUDO DE LEUCEMIA, QUE EXPÕE O PACIENTE A EXTREMO RISCO DE INFEÇÃO ? LAUDOS MÉDICOS QUE REFUTAM A TESE DE DOENÇA PREEXISTENTE ? DEMORA PARA A LIBERAÇÃO DO TRATAMENTO E IMPÕS AO AUTOR SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO E ATÉ DESUMANO ? DANO MORAL CONFIGURADO ? QUANTUM INDENIZATÓRIO, POR OUTRO LADO, REDUZIDO - PRELIMINAR REJEITADA, RECURSOS IMPROVIDOS.** (grifamos)

Impõe-se transcrever as brilhantes palavras do eminente professor Pontes de Miranda a esse respeito:

“Nada obsta a que se transfira ao lesado, com algum dano não patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se leçou na dimensão moral (= não patrimonial)” “... mais contra a razão ou sentimento seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de se considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, porque se trata de ser humano”⁶.

O professor Pedro Frederico Caldas, relembra as palavras do mencionado mestre que “...aponta a reparação pecuniária como um caminho, além

⁶ MIRANDA, Tratado de Direito Privado, v. 53, 219.



do penal, de reação contra ofensa à honra, à imagem, à integridade física e moral, à reputação e à tranquilidade psíquica.” (grifo nosso)

Ressalte-se, que no caso de dano moral, é prescindível a prova do dano, posto que presumido, de sorte que basta, em concreto, a demonstração do nexu etiológico entre a lesão e o evento.

É o que leciona o prof. Carlos Alberto Bittar, com incomparável lucidez:

“...a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo”. “...não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos à alma humana como reações naturais a agressões do meio social”. Mais adiante, conclui o mestre, que a verificação do nexu entre o fato e o dano de cunho moral “ é suscetível de fazer-se diante da própria realidade fática, pois, como respeita à essencialidade humana, constitui fenômeno perceptível por qualquer homem normal...” “É que lesões morais derivam imediata e diretamente do fato lesivo, muitas vezes deixando marcas indeléveis na mente e no físico da vítima, mas outras sob impressões internas, imperceptíveis às demais pessoas, mesmo íntimas. São, de resto, as de maior amargor e de mais desagradáveis efeitos para o lesado, que assim pode, a qualquer tempo, reagir juridicamente.”

Mais uma vez, não destoam a interpretação do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS PATRIMONIAL E MORAL. ART. 602 DO CPC.

1. A CONCEPÇÃO ATUAL DA DOCTRINA ORIENTA-SE NO SENTIDO DE QUE A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE CAUSADOR DO DANO MORAL OPERA-SE POR FORÇA DO SIMPLES FATO DA VIOLAÇÃO (DANUM IN RE IPSA). VERIFICADO O EVENTO DANOSO, SURGE A NECESSIDADE DA REPARAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE COGITAR DA PROVA DO PREJUÍZO, SE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA QUE HAJA A RESPONSABILIDADE CIVIL (NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA). (REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA - RESP. 23575/DF (199200146651) DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER EM PARTE DO RECURSO E, NESSA PARTE, DAR-LHE PROVIMENTO-DATA DA DECISÃO: 09/06/1997 QUARTA TURMA

Realmente, a condeação em indenizar, na verdade, tem duplo efeito: a uma, como visto, condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes; a duas, com relação à vítima, compensá-la com uma importância mais ou menos aleatória, pela perda que se mostra irreparável, pela dor e humilhações impostas.

Assim, a composição do dano moral causado pela dor, ou o encontro do "pretium doloris" há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, e dessa forma a indenização por dano moral tem o escopo de compensar, de alguma forma, a sensação de abalo moral do ofendido com uma sensação agradável em contrário.

Para arrematar o assunto, cumpre-nos esclarecer que em não havendo meios para a parte fixar o exato valor dos danos morais por ele experimentados, cabe a este E. Magistrado arbitrá-los conforme seu livre



convencimento e de forma ponderada e criteriosa, nos termos do seguinte entendimento jurisprudencial à seguir relacionado:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - DANOS MORAIS - ARBITRAMENTO DO "QUANTUM DEBEATUR" PELO MAGISTRADO INTELIGÊNCIA DO ART. 286, I A III, DO CPC. I - O DIREITO PRETORIANO ACOLHE ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE O DANO MORAL, NÃO HAVENDO OUTRO CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DEVE FICAR AO PRUDENTE CRITÉRIO DO JUIZ, SUA QUANTIFICAÇÃO. II - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (RESP 108155/RJ (199600588457) - DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E LHE DAR PROVIMENTO. DATA DA DECISÃO: 04/12/1997 - TERCEIRA TURMA - REL. MIN. WALDEMAR ZVEITER - DJ 30/03/1998 PG: 41).

(D) DO DANO MORAL CAUSADO AO AUTOR

Como visto, o dano moral não tem que ser provado, posto que presumido, conforme a orientação da doutrina e da jurisprudência. No caso presente, os documentos acostados com a presente, **bem como o histórico do tratamento que foi submetido o Autor, demonstram que o procedimento adotado pela Ré é totalmente ardiloso e lesivo a integridade física e psíquica do Autor e principalmente a sua moral!!!**

Para agravar a dor moral suportada pelo Autor durante todas as sessões de quimioterapia, cujas liberações de guias, repita-se, sempre foram realizadas mediante muita insistência da sua parte, fato é que na penúltima sessão o Autor já se encontrava no hospital para o início da aplicação dos medicamentos, e se viu ameaçado, ante a recusa injustificada da Ré, a interrupção do seu tratamento, o que lhe gerou muita angústia e abalo moral!!!



Pior é agora, face o Autor encontrar-se entre a vida e a morte, necessitando de lhe ser aplicado o medicamento OXALIPLATINA, a Ré deixa-lo na angústia e expectativa por uma semana, se ver deparado com uma “desculpa” esdrúxula da Ré, sem qualquer fundamento, de que a mesma encontra-se em fase experimental e por isso não está obrigada a custeá-la.

Esses procedimentos adotados reiteradamente pela Ré é o que basta para se presumir a existência de dano moral.

Por outro lado, assunto que merece atenção é a extensão do dano moral. Ou seja, como o abalo moral causado pela Ré repercutiu na vida do Autor, sem contar no agravamento da sua saúde!!!. Isso porque tais conseqüências do dano moral, que serão adiante relatadas, contribuirão indispensavelmente para a arbitração por Vossa Excelência do *quantum* indenizatório. São os elementos que se colocam à vossa disposição para a estimação de um valor que exprima o caráter punitivo e compensatório que a indenização deve conter.

Como visto, o duplo efeito da indenização é **punir** o agente causador do dano, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes e **compensar** a vítima por seu abalo moral, pela humilhação, vergonha impostas e pelo abalo de credibilidade. Assim, passa-se a apontar os acontecimentos que demonstram a verdadeira extensão dos danos sofridos pela Autora, quais sejam o **grau de culpa da Ré na comissão do ilícito, inclusive com o descaso com que foi tratada o Autor quanto a seus esforços no sentido da regularização da situação** (caráter punitivo) e as **situações vexatórias, constrangedoras em que passou diante de terceiros por ficar discutindo e implorando no hospital a sua internação** (caráter compensatório).

Cada um desses elementos – que poderão ser ratificados e comprovados na fase instrutória do processo, caso Vossa Excelência entenda necessário, já que é somente a extensão do dano que há para se provar – compõem a extensão do dano moral sofrido pelo Autor e deverá, portanto, ser considerado para a estimação do *quantum* indenizatório a que a Ré deverá ser condenada, sob pena de não se fazer Justiça.

IV - DA TUTELA ESPECÍFICA – APLICAÇÃO DO ART. 461, CPC

Dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil, reprodução bastante fiel do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente”.

Trata-se da alteração amplamente aplaudida pela doutrina e cada vez mais assentada pela jurisprudência, que se destina a autorizar o Magistrado a conceder a tutela específica sempre que a ação trate de um “fazer” ou de um “não fazer” devido pelo réu. E mais; a Lei n.º 10.444/02, veio confirmar a sua importância, cada vez maior, nos dias de hoje. Confira-se a explicação do Mestre processualista Cândido Rangel Dinamarco, em sua “*Reforma do Código de Processo Civil*” (Editora Malheiros, 2ª edição, pág. 149):

“O novo dispositivo tem dimensão suficiente para abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, seja as de origem legal, seja contratual.

*.....
A idéia central é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter (Chiovenda)”*

Ou seja, o artigo 461 autoriza o juiz a mandar o réu cumprir a sua obrigação de fazer ou não fazer originária do ato negocial ou da lei.

Confira-se, ainda, a lição de Eduardo Talamini, encontrada em seu artigo extraído da obra “*Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*”, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier (Editora Revista dos Tribunais, página 151 e seguintes):



“O provimento antecipador de tutela, previsto no art. 461, §. 3º, veicula ordem para o demandado. Há a direta determinação de que o réu cumpra o ‘fazer’ ou ‘não fazer’ objeto do dever tido como plausível”

.....
“(...) no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. (...) E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substantivos da conduta do réu, há de ter força suficiente para mandar que ele mesmo adote o comportamento devido.” (Grifamos)

Neste sentido, por constituir a atitude da Ré um ato ilícito, surge para ela **a obrigação de (i) autorizar o Hospital a proceder o tratamento final quimioterápico e (ii) custear o pagamento do referido tratamento.**

E é exatamente por essa razão que optou o Autor a propor a presente ação com base no artigo 461 do Código de Processo Civil. Revela-se o meio mais eficaz para que o Autor obtenha o resultado prático legalmente devido, fazendo cessar a violação a seus direitos.

V – DA TUTELA ANTECIPADA

Assim como foi feito no item anterior, pede-se a devida vênia para, antes de iniciarmos a abordagem que, *data maxima venia*, comprovará de forma incontestável os requisitos necessários para o deferimento liminar da tutela ora pleiteada, salientarmos que mesmo em momento anterior ao advento da salutar regra do art. 461 do CPC, o **Eminente Mestre José Carlos Barbosa Moreira**, sustentando sua imperativa necessidade pontificava, no que tange especialmente à antecipação da tutela específica:

“Fiéis ao programa traçado, vamos ocupar-nos doravante apenas das hipótese de tutela específica. Como ficou explicado, ela pressupõe, no



caso de prestação instantânea, que a lesão ainda não haja ocorrido; nos de prestação permanente e de trato sucessivo; ou que não haja ocorrido, ou pelo menos que ainda esteja em ato, ou seja possível a reiteração. A outorga de tutela ao credor estará justificada, no primeiro, pelo perigo de lesão, apurável à vista das circunstâncias, que indicam achar-se o devedor na iminência de praticar o ato proibido (...); nos outros, pelo menos perigo ou pelo fato de, iniciada a lesão, ou praticada uma ou mais vezes, fazerem crer as circunstâncias, respectivamente, que ela se prolongará ou se repetirá. Ali, pedirá sempre o credor uma providência judicial tendente a impedir que a ofensa se consume; aqui, dependendo da situação concreta, uma providência tendente a impedi-la, a fazê-la cessar ou a evitar-lhe a repetição..

...

Assim se coloca um problema importante de política legislativa – ou antes, uma série de problemas –, a exigir toda a atenção do ordenamento que não queria conformar-se em ver relegada a tutela específica a hipóteses excepcionais. É claro que, antes de mais nada, se impõe o cuidado de proporcionar aos litígios em pauta, mediante a máxima simplificação e agilização do rito, tratamento compatível com a urgência da solução. Não basta, porém: por mais singelo e célere que seja o procedimento, há sempre casos em que a iminência da lesão apenas na undécima hora se desenha com nitidez, e é praticamente impossível comprimir toda a atividade cognitiva preparatória da sentença no curto espaço de tempo entre a configuração do perigo e a consumação do dano.

O direito processual conhece técnica própria para acudir a tal emergência. Ela consiste em autorizar o órgão judicial, sob certas circunstâncias, a antecipar a prestação da tutela, que normalmente reclamaria a sentença definitiva, por meio de uma ordem, dirigida ao réu com a necessária antecedência, no sentido de que se abstenha da atividade temida. Para emitir tal ordem, o juiz terá naturalmente de verificar a concorrência de determinados pressupostos; bem se compreende que o remédio, por drástico, haja de ser ministrado com prudência, sob pena de converter-se em fonte de injustiças quicá mais

graves do que as que visa a evitar. É imprescindível que existam motivos sérios para a proibição; por outro lado, entretanto, não se pode pretender que tenham de ficar exaustivamente demonstrados os requisitos da concessão da tutela em caráter definitivo, o que retardaria de modo insuportável a providência e lhe subtrairia a utilidade peculiar. Bastará, em linha de princípio, o convencimento que o juiz forme sobre a razoabilidade da medida, com base em cognição superficial e provisória, à luz dos elementos de que já pode então dispor. Na sentença, já completada a atividade cognitiva, a concessão da tutela será, conforme o caso, confirmada ou revogada.

...

Observe-se que em certos casos a proteção dispensada por tal meio se revestirá, na prática, de caráter definitivo, nada deixando ao interessado que possa ainda pretender. É o que acontece quando se teme a prática de um único ato, em momento determinado (prestação negativa instantânea), e por força da ordem judicial o réu se abstém de praticá-lo nessa oportunidade.”

Portanto, feito esse breve, porém indispensável apanhado a respeito da eficácia e necessidade do deferimento da tutela específica, vejamos a presença no caso em tela, dos requisitos exigidos pelo artigo 461, parágrafo terceiro do Código de Processo Civil, para que seu comando seja liminarmente proferido.

Assim dispõe o referido dispositivo, *in verbis*:

“Art. 461 (...)

§ 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de inércia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu (...).”

Não obstante, *ad argumentandum tantum*, cabe lembrar que a pretensão do Autor, também preenche os requisitos que são extraídos do próprio **artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil**, o qual disciplina a hipótese, genérica, de antecipação dos efeitos da tutela, *verbis*:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou...”

Portanto, diante da argumentação até aqui lançada, bem como dos dispositivos legais pertinentes à espécie e à urgência que o caso requer, temos como plenamente presentes, no caso concreto, os dois requisitos autorizadores do deferimento da medida liminar pleiteada, nos termos do artigo 461, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil, o qual prevê a **relevância da fundamentação** e o **justificado receio de ineficácia do provimento final**, como seus pressupostos.

A **relevância do fundamento da demanda**, análoga ao “*fumus boni iuris*” das medidas cautelares, aqui porem mais robusta, mais veemente – tendo em vista a satisfatividade da concessão da medida – expressa-se na existência de um **direito evidente, a uma por se tratar de disposição contratual, a duas tendo em vista o histórico das 07 (sete) sessões de quimioterapia que o Autor já foi submetido e a três em razão de que a droga OXALIPLATINA é um medicamento autorizado pela ANVISA, não se tratando de tratamento experimental**. E o caso não é outro senão o de um direito evidente, porque **se está diante de uma situação inequívoca, rotineira, em que os fatos estão amplamente comprovados pelos documentos que acompanham esta inicial**.

O outro requisito, o do **justificado receio de ineficácia do provimento final**, este, por sua vez, análogo ao “*periculum in mora*” dos procedimentos cautelares, expressa-se no perigo de restar ineficaz, inútil, a concessão do pedido apenas ao final do feito, por eventual dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que **o pleito se restringe, única e exclusivamente, à continuidade de uma tratamento quimioterápico que não pode ser interrompido em razão de se tratar de moléstia grave!!!**

Este receio é manifesto no presente caso. Ora, **a demora da concessão da tutela pode acarretar ao Autor o agravamento da sua saúde ou até mesmo a perda da sua vida!!!**

Destarte, com relação ao bem jurídico tutelado pela norma, e a extensão dos efeitos da antecipação da tutela o ilustre professor Nelson Nery Júnior, ensina com muita propriedade, que:

“A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não se limita a assegurar o resultado prático de todo o processo nem assegurar a viabilidade de realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo, conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos...sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução.” (Atualidades sobre o Processo Civil, RT, 1995, p. 52)

No mesmo sentido é precisa a lição do Mestre Cândido Rangel Dinamarco:

“A técnica engendrada pelo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.” (A reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1995, p. 139/140).

Assim, presentes os pressupostos da antecipação da tutela quanto ao “fazer” pleiteado, imperiosa a antecipação da concessão do provimento, na forma dos arts. 273 e 461, § 3.º do Código de Processo Civil, bem como da jurisprudência dominante:

TUTELA ANTECIPADA – Ação de obrigação de fazer – Plano de saúde – Liminar deferida – Verificação da subsistência dos pressupostos – Artigo 273 do Código de Processo Civil – Princípio da proporcionalidade aplicado

– *Multa adequadamente imposta, dada a natureza do pedido – Precedentes jurisprudenciais desta Corte – Decisão mantida – Recurso improvido.* (TJSP – AI 132.490-4 – São Paulo – 6ª CDPriv. – Rel. Des. Munhoz Soares – J. 21.10.1999 – v.u.)

E mais,

Tribunal de Justiça de São Paulo

Agravo de Instrumento 990100505327

Relator(a): Gilberto de Souza Moreira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/04/2010

Data de registro: 14/05/2010

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - TUTELA ANTECIPADA - Não se admite deixar ao desamparo paciente portador de neoplasia maligna do pulmão, câncer que já atingiu a coluna cervical, enquanto as partes discutem o alcance, a compreensão, a vontade ou a inteligibilidade de cláusulas contratuais. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

Tribunal de Justiça de São Paulo

Agravo de Instrumento 994093467480 (6450974000)

Relator(a): Octavio Helene

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 04/08/2009

Data de registro: 01/09/2009

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Plano de Saúde - Tratamento de Câncer - Quimioterapia - Medicamento Temodal - Tratamento Domiciliar - Prova inequívoca e verossimilhança da alegação a par do fundado receio de dano irreparável - Concessão da Tutela Mantida - Recurso improvido.

VI - DO PEDIDO

Ante o que ficou exposto, o Autor requer à Vossa Excelência o que segue:

1) **Concessão de tutela antecipada** por presentes os requisitos legais, com a expedição de mandado liminar *inaudita altera pars*, na forma dos Arts. 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, diante da necessidade do Autor ANTÔNIO VICENTE BAUSELLS, devidamente comprovada pela documentação ora anexada, que **a Ré MEDIAL SAÚDE S/A seja obrigada a:**

(i) **autorizar o Hospital A. C. Camargo, R. Professor Antônio Prudente, 211 São Paulo - SP - Liberdade - CEP 01509-010 - Tel. (11) 2189-5000, a submeter o Autor ao tratamento de quimioterapia, nos termos prescritos pelo médico Dr. Vladimir Cláudio C. de Lima, notadamente para se utilizar o medicamento OXALIPLATINA; e**

(ii) **arcar com todas as despesas que o Autor vier a incorrer no tratamento quimioterápico até ulterior alta-médica, bem como nos demais que vier a incorrer, sempre prontamente expedindo a competente "guia de autorização" para internação e acessórios que se fizerem necessários no tratamento preconizado até a efetiva alta, tanto hospitalar como ambulatorial, em benefício do Hospital A. C. Camargo, FIXANDO multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), caso a Ré não cumpra a sua obrigação conforme Art. 461 do Código de Processo Civil e seus parágrafos, sem prejuízo pela indenização por perdas e danos, materiais e morais a ser buscada em ação própria, inclusive face dos responsáveis, além da Ré.**

2) **Concedida a liminar pleiteada, requer a V.Exa. que a decisão de deferimento seja encaminhada via FAX, à Ré, bem como ao Hospital A.**

C. Camargo, R. Professor Antônio Prudente, 211 São Paulo - SP - Liberdade - CEP 01509-010 - Tel. (11) 2189-5000, na pessoa de seu representante legal, dando conta de seu inteiro teor para que o mesmo tome as providências cabíveis em relação ao tratamento do Autor, ou, não sendo possível o envio via FAX, a extração de cópias devidamente autenticadas para encaminhamento imediato pelo signatário da presente;

3) A manifestação do ilustre representante do Ministério Público;

4) A citação da Ré – MEDIAL SAÚDE S/A, na pessoa de seu representante legal, inscrita no CNPJ/MJ sob o nº 43.358.647/0001-00, com endereço na Rua Doutor Geraldo Campos Moreira, nº 240, 4º andar, sala 01, Brooklin Novo, CEP 04.571-020, nesta capital do Estado de São Paulo, via postal, para querendo conteste a presente ação no prazo legal, sob pena de serem aceitos como verdadeiros os fatos articulados pelo Autor.

5) A procedência da presente ação para o fim de:

(i) ser reconhecido o direito do Autor em ver cumprido os termos e cláusulas do contrato, atinentes ao tratamento de que necessita, declarando nulas as cláusulas que possam conferir interpretação diversa, posto abusivas, bem como condenando a Ré na obrigação de arcar com todas as despesas com a internação hospitalar, com o tratamento quimioterápico, nos termos prescritos pelos médicos responsáveis, até final alta médica e retornos; e

(ii) condenar a Ré à reparação do dano moral provocado na esfera jurídica do Autor, consistente nas obrigações específica e pecuniária antes aludidas, sendo que esta última deverá ser apurada em oportuna liquidação de sentença (a teor do disposto no art. 1.553 do Código Civil), ou arbitrada por V. Exa., tendo em vista o grau das atitudes dolosas da Ré e a amplitude do dano causado ao Autor, impondo à Ré os ônus de sua sucumbência, considerando-se, para efeito de fixação,

da verba honorária devida, os parâmetros previstos no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

6) Requer ainda a inversão do ônus da prova, conforme artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

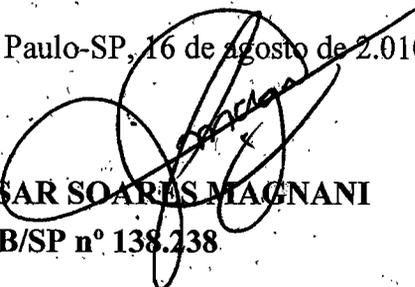
7) Requer que a presente ação tenha a sua tramitação com prioridade na forma da lei, tendo em vista o Autor possuir na data de hoje a idade de 65(sessenta e cinco) anos.

8) Protesta por todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a documental, testemunhal e pericial.

Termos em que, valorizando-se esta em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), apenas para fins fiscais,

Pede deferimento.

São Paulo-SP, 16 de agosto de 2010.


CÉSAR SOARES MAGNANI
OAB/SP nº 138.238