



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

Registro: 2018.0000613178

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021947-94.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante [REDACTED], é apelado UNIMED SEGUROS SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), ROSANGELA TELLES E JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 14 de agosto de 2018.

Marcia Dalla Déa Barone
relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

VOTO Nº 20.792

Apelante: [REDACTED]

Apelado: Unimed Seguros Saúde S.A.

Comarca: São Paulo – 45ª Vara Cível do Foro Central

Juíza: Glaucia Lacerda Mansutti

Ação de obrigação de fazer, cumulada com reparação de danos materiais e morais, com pedido de tutela de urgência – Diferimento das custas previsto em situações relacionadas na Lei Estadual 11.608/03, em rol taxativo – Concessão da benesse da gratuidade judiciária para o ato – Autora que sustenta a necessidade de reforma da r. sentença apelada, para que seja autorizada a realização de procedimento denominado fertilização in vitro – Aplicação do disposto no Código de Defesa do Consumidor – Dever de boa-fé objetiva do plano de saúde - Cláusula genérica de exclusão de procedimentos não previstos como obrigatórios pela ANS – Relação administrativa que não pode afastar tratamento recomendado para doença com cobertura contratual – Verificação do equilíbrio do contrato – Sentença de improcedência – Reforma – Recurso provido.

Dá-se provimento ao recurso.

Vistos,

Ao relatório de fls. 335/336 acrescento ter a sentença apelada julgado improcedente o pedido formulado pela parte autora, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, que foram fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

Foram opostos embargos de declaração pela autora (fls. 344/350), que foram rejeitados (fls. 351).

A parte autora apresenta recurso de apelo (fls. 288/293) sustentando que a r. sentença apelada comporta reforma. Alega ser portadora de endometriose pélvica com comprometimento secundário das tubas uterinas e aderências pélvicas, doenças estas que causam a sua infertilidade, razão pela qual a autora necessita de fertilização *in vitro*. Ressalta que a fertilização *in vitro* se mostra necessária em razão da patologia mencionada e argumenta que ela não se confunde com a inseminação artificial, que não possui a cobertura do plano de saúde. Aduz que a negativa do tratamento não pode se basear na falta de previsão no rol da ANS. Argumenta que os direitos relativos à saúde reprodutiva estão diretamente fulcrados na dignidade da pessoa humana. Pugna pela concessão da tutela de urgência, determinando que a requerida cubra integralmente o tratamento. Defende a existência de danos morais indenizáveis. Pleiteia pelo diferimento do pagamento das custas devidas ao final do processo.

O recurso foi processado nos termos do Novo Código de Processo Civil (fls. 385).

Contrarrazões a fls. 387/414.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, anote-se que a autora pleiteia pelo diferimento do pagamento das custas devidas ao final do processo.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara de Direito Privado
 Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

Contudo, as hipóteses de diferimento são restritas, e se limitam às matérias discutidas nas ações elencadas no artigo 5º, Lei Estadual 11.608/2003, quais sejam: “*I - nas ações de alimentos e nas revisionais de alimentos; II - nas ações de reparação de dano por ato ilícito extracontratual, quando promovidas pela própria vítima ou seus herdeiros; III - na declaratória incidental; IV - nos embargos à execução.*”.

Deste modo, como a presente ação não se enquadra em tal rol, não é possível o pretendido diferimento.

Por outro lado, o Novo Código de Processo Civil, em seu Artigo 98, § 5º, trouxe inovação ao regime da gratuidade judiciária, permitindo assim que a concessão da benesse seja restrita a determinado ato processual ou consista na redução de percentual de despesa processual.

Segundo Rafael Alexandria de Oliveira “*A possibilidade de modulação é algo positivo para todo mundo. A análise do requerimento do benefício deixa de ser feita com base no tudo ou nada, oito ou oitenta. Com isso, muitos pedidos que outrora eram feitos e rejeitados, sob o fundamento de que o requerente não era tão pobre assim, poderão agora ser reavaliados. A modulação ganha importância exatamente aí: nas situações limítrofes, em que o requerente não é tão evidentemente pobre, mas tampouco é notoriamente abastado*” (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 367).

Portanto, a fim de não inviabilizar o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

acesso ao Poder Judiciário e considerando o elevado valor das custas de preparo, concedo a gratuidade à apelante apenas para o presente ato, nos termos do artigo supramencionado.

Sustenta a parte autora que é beneficiária do plano de saúde requerido. Afirma ser portadora de endometriose pélvica com comprometimento secundário das tubas uterinas e aderências pélvicas, o que impossibilita que engravide, sendo necessária a realização de fertilização *in vitro*. Argumenta que houve negativa da requerida, que invocou a existência de cláusula contratual expressa excluindo cobertura para tratamento de inseminação artificial. Pugna pela reforma da r. sentença apelada, a fim de que seja autorizado o procedimento necessitado.

A r. sentença apelada julgou improcedente o pedido, reconhecendo a possibilidade de exclusão do procedimento necessitado pela parte autora, na medida em que existe cláusula que veda, expressamente, a cobertura de reprodução assistida.

A aplicação das normas consumeristas à relação jurídica mantida pelas partes decorre de determinação legal prevista no Código de Defesa do Consumidor, que não exclui sua aplicação desde que caracterizada a relação de consumo, como ocorre na espécie (prestação e serviços), e qualquer que seja a qualidade das partes que a integram.

Com efeito, o disposto no Código de Defesa do Consumidor se aplica, prioritariamente, à relação jurídica existente entre as partes por se tratar de norma principiológica e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

disciplinadora de todas as relações de consumo, ainda que tratadas por legislação própria, como ocorre na espécie.

Neste sentido a lição de Rizzatto Nunes, Curso de Direito do Consumidor, Editora Saraiva, 3ª Edição, página 66: *“(...) Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que este também regradada por outra norma jurídica infraconstitucional.... Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre eles destacam-se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias individuais”.*

A autora demonstrou que lhe foi recomendada, por médico assistente, a realização de procedimento *in vitro* após o diagnóstico de que a requerente apresenta endometriose pélvica com comprometimento secundário das tubas uterinas e aderências pélvicas, sendo necessária a realização do procedimento como forma de tratamento.

A empresa requerida negou cobertura para a hipótese, afirmando que o procedimento médico não estaria relacionado no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde (ANS), assim como que não haveria cobertura para o procedimento, razão pela qual não estaria obrigada a custear aquele tratamento, uma vez que existe cláusula contratual que prevê a possibilidade de recusa no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

custeio do tratamento para procedimentos não relacionados pela ANS.

O contrato firmado pelas partes é de trato contínuo visando à prestação de serviços de assistência à saúde. Havendo previsão de cobertura para a doença que a paciente apresenta, é justa a sua expectativa de cobertura para o tratamento médico que lhe for recomendado. A finalidade do contrato em questão, assim como a aplicação do princípio da boa fé objetiva, com sustento no Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e no Artigo 422 do Código Civil permite o reconhecimento de que a recusa foi injusta e a cláusula contratual redigida de forma genérica não pode ser considerada válida, tendo em vista que a natureza do contrato autoriza a aplicação da legislação consumerista.

Nesse sentido é a Súmula 102 desta E. Corte de Justiça, que dispõe: *“Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”*.

Dessa forma, não se autoriza que a requerida afaste a cobertura do tratamento recomendado por médico assistente à autora por não haver no rol de procedimentos da ANS previsão de cobertura para o tratamento recomendado.

Acrescento que havendo cobertura para a doença não é possível negar cobertura ao procedimento necessário ao tratamento, cura e prevenção, sendo possível concluir que o equilíbrio financeiro do ajuste firmado pelas partes também estará atendido, pois a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

contratada conhece suas obrigações e a possibilidade de inovação e atualização de procedimentos recomendados a paciente.

Do mesmo modo, as Resoluções da ANS têm cunho administrativo e não podem servir de justificativa para a exclusão de procedimentos indicados pelo médico assistente, não sendo possível, ademais, que o plano de saúde contratado apresente impugnação quanto ao procedimento prescrito pelo médico assistente, que é o responsável pelo tratamento da autora, não cabendo ao plano discutir a pertinência da prescrição feita ao paciente.

Nem mesmo a alegada exclusão prevista em contrato para inseminação artificial poderia afastar a cobertura do tratamento necessitado pela autora, na medida em que a fertilização *in vitro* foi recomendada para tratamento da endometriose.

Não se vislumbra, ademais, infração aos dispositivos constitucionais, pois há contrato entre as partes e, pela natureza e finalidade, justifica-se a atribuição de responsabilidade à requerida, não se afastando a responsabilidade do Estado pelo custeio da saúde, matéria que, contudo, não exime a ré, como contratada, de prestar os serviços na forma acima descrita. Não se trata, portanto, de análise acerca da ineficiência estatal, e sim de compelir a ré a dar cumprimento ao contrato de assistência médica, firmado pelas partes.

Ademais, nos termos do inciso III, do artigo 35-C da Lei 9.656/98, incluído pela Lei nº 11.935/09, no caso de planejamento familiar passou a ser obrigatória a cobertura do atendimento pelos planos de saúde. Com efeito, o planejamento familiar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

consiste no “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, nos termos artigo 2º da Lei nº 9.263/96, que regulamentou o artigo 226, §7º da Constituição Federal. Dessa forma, possível a cobertura do procedimento necessitado pela requerida (fertilização *in vitro*), que tem como escopo tratar doença que pode levar a autora à infertilidade, mostrando-se injusta a negativa promovida pela requerida. Nesse sentido, já se manifestou esta E. Corte de Justiça em casos semelhantes:

1002541-49.2018.8.26.0554 Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): José Joaquim dos Santos

Comarca: Santo André

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 08/08/2018

Data de registro: 08/08/2018

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Negativa de cobertura de fertilização *in vitro*. Autor acometido de azoospermia. Necessidade do tratamento para reprodução incontroversa. Ré que deve disponibilizar todos os meios para tratar a patologia. No confronto do quanto disposto nos artigos 10, caput e inciso III e 35-C, III, da Lei 9656/98, decide-se em favor do consumidor, nos termos do disposto no artigo 51, §1º, inciso II, do CDC. R. sentença reformada. Recurso provido.

1090033-20.2017.8.26.0100 Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Rosangela Telles

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 06/08/2018

Data de registro: 06/08/2018

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. Apelante que pretende compelir a apelada a arcar com as despesas do seu tratamento de fertilização *in vitro*. Possibilidade. Paciente que se encontra próxima da idade madura para conceber e apresenta quadro de baixa reserva ovariana. Medida que visa a assegurar o direito constitucional de proteção à maternidade (CF, art. 6º). Tratamento, ademais, que se enquadra no conceito de planejamento familiar, nos termos do art. 35-C, III, da Lei 9.656/98. Precedentes jurisprudenciais. Sentença reformada. Ônus da sucumbência invertido. RECURSO PROVIDO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

1012906-69.2015.8.26.0037 Apelação / Planos de Saúde

Relator(a): Fábio Podestá

Comarca: Araraquara

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 20/06/2016

Data de registro: 20/06/2016

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Paciente acometida de endometriose. Autora e esposo com diagnóstico de infertilidade. Patologias não excluídas da cobertura contratual e listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças. Cobertura devida. Inteligência dos artigos 10, caput, e 35-C, III, da Lei 9.656/98. Obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar. Precedentes. Operadora de saúde que não indicou equipe clínica apta ao procedimento proposto, dentro de sua rede credenciada. Sentença mantida. Apelo improvido.

1043007-24.2015.8.26.0576 Apelação / Planos de Saúde

Relator(a): Hamid Bdine

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/08/2016

Data de registro: 29/08/2016

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Fertilização in vitro. Recusa de cobertura. Autora portadora de infertilidade. Patologia listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças. Cobertura devida (art. 10, caput, da Lei n. 9.656/98). Inteligência do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/98, e do art. 2º da Lei n. 9.263/96. Obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar, compreendida aí a técnica de fertilização in vitro. Sucumbência invertida. Recurso provido.

Nessa esteira, tendo sido indicado à autora o tratamento por meio da fertilização *in vitro*, cumpre à requerida efetuar a cobertura do procedimento, com o fornecimento dos medicamentos necessários e o custeio do tratamento da autora.

Ressalta-se que a prestação dos serviços deve ser feita na rede credenciada da requerida e, não sendo possível, a requerida deverá custear o tratamento junto a entidades capazes de realizar o tratamento, ainda que não conveniadas, na medida em que reconhecida a obrigação da ré de custear o tratamento da autora.

Em razão do provimento do feito, a ré



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Privado
Apelação - 1021947-94.2017.8.26.0100

deve arcar inteiramente com o ônus sucumbência, mantida a fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa, quantia que não comporta qualquer reparação, estando de acordo com os requisitos fixados pelo artigo 85, §2º e §11 do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se provimento ao recurso, nos termos acima descritos.

MARCIA DALLA DÉA BARONE
Relatora