

**AÇÃO COMINATÓRIA - TUTELA ANTECIPADA - PLANO DE SAÚDE - CIRURGIA - OBESIDADE MÓRBIDA - URGÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVA - DOENÇA PREEEXISTENTE - PERÍODO DE CARÊNCIA - REQUISITOS - NÃO-CONFIGURAÇÃO - INDEFERIMENTO**

**Agravo de instrumento. Presença dos requisitos para concessão do efeito suspensivo. Agravo regimental improvido. Operadora de plano de saúde. Negativa de cobertura de cirurgia de obesidade mórbida. Antecipação de tutela. Ausência dos requisitos. Período de carência. Decisão reformada.**

**- Deve ser reformada a decisão que determinou à operadora de plano de saúde a autorização de procedimento cirúrgico de obesidade mórbida, em sede de antecipação de tutela, diante da ausência dos requisitos para o provimento antecipado, sobretudo por estar configurada, na espécie, a existência de período de carência, em face de doença preexistente, inexistindo prova inequívoca do dever de cobertura imediata.**

AGRAVO REGIMENTAL Nº 1.0024.05.783984-7/002 (julgado conjuntamente com o Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.783984-7/001) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1.0024.05.783984-7/002 (julgado conjuntamente com o Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.783984-7/001), da Comarca de Belo Horizonte, sendo agravante Unimed Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico e agravada Aline Magalhães Remigio, acorda, em Turma, a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL E DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Presidiu o julgamento o Desembargador Eduardo Mariné da Cunha (Relator), e dele participaram os Desembargadores Irmair Ferreira Campos (1º Vogal) e Luciano Pinto (2º Vogal).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2005. -  
*Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

### Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Eduardo Mariné da Cunha* - Trata-se de agravo de instrumento aviado por Unimed Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão proferida na ação cominatória cumulada com indenização por danos morais que lhe move Aline Magalhães Remigio, cuja cópia se encontra às f. 37/41-TJ, na qual foi deferida a antecipação de tutela.

A agravante sustenta que inexistem os requisitos para a concessão da tutela antecipada,

visto que a doença era preexistente, devendo a agravada, assim, cumprir o prazo de carência. Afirma que não há qualquer patologia associada à obesidade e que a cirurgia não seria de urgência. Alega que seria necessário, *in casu*, fosse prestada caução para se deferir o provimento antecipado. Requeru fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso e pugnou por seu final provimento.

Recebido o agravo de instrumento em ambos os efeitos, o douto Juiz *a quo* prestou informações, mantendo a decisão (f. 85-TJ).

A agravada apresentou contraminuta, alegando, preliminarmente, a perda de objeto do recurso, haja vista a realização da cirurgia. No mérito, sustentou que tem direito à cobertura da intervenção cirúrgica, afirmando que o procedimento estaria coberto pelo plano de saúde. Disse que o seu não-atendimento imediato implicaria problemas de saúde. Alegou estarem presentes os requisitos necessários ao deferimento da antecipação de tutela. Pugnou pela extinção do agravo de instrumento e, em eventualidade, fosse negado provimento ao mesmo.

A agravada interpôs, também, agravo regimental contra a decisão que concedeu efeito suspensivo ao recurso. Alegou, em preliminar, a perda de objeto do agravo de instrumento. No mérito, alegou que não poderia ser concedido efeito suspensivo ao agravo, uma vez que estavam presentes todos os requisitos para que fosse deferido o provimento antecipado. Pediu a extinção do agravo de instrumento e pugnou pelo provimento do agravo regimental, para cassar o efeito suspensivo atribuído ao recurso.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

De início, analiso a preliminar de perda de objeto do agravo de instrumento.

O julgador primevo deferiu a antecipação de tutela, determinando que a agravante autorizasse a realização da cirurgia para tratamento da obesidade mórbida e procedimentos conexos. Nessa esteira, é de saber correntio que a realização do ato cirúrgico não retira do mundo jurídico a decisão hostilizada, sendo necessário analisar o agravo, pois cabe aferir e decidir, nesse recurso, sobre o acerto da decisão. Isso para se concluir se realmente, em sede de antecipação de tutela, deveria a agravante arcar com o ato cirúrgico.

Rejeito, pois, a preliminar.

Passo à análise do agravo regimental interposto contra a decisão que concedeu efeito suspensivo ao recurso.

Apreciando o agravo, que, na verdade, é o legal, por interpretação extensiva do § 1º do art. 557 do CPC, nada mais tenho a fazer do que reiterar as considerações apresentadas na decisão hostilizada, visto que estou convicto do seu acerto.

De acordo com a nova redação do art. 527, III, do CPC, conferida pela Lei 10.352/01, o Relator

...poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Para que seja atribuído efeito suspensivo ao agravo, o art. 558 do CPC exige que se configure situação da qual possa resultar lesão grave e de difícil reparação ao agravante, e que seja relevante a fundamentação por ele apresentada.

Induvidosamente, encontram-se presentes a relevância e a verossimilhança da argumentação da recorrente, bem como a possibilidade de lhe advir lesão grave, de difícil ou incerta reparação, o que me leva a manter o efeito suspensivo outorgado, por ocasião do exame da liminar.

É que a agravada declarou, quando da contratação do plano de saúde, em 1º.11.04, que não possuía obesidade mórbida. Entretanto, ficou ciente, naquela data, de que, havendo doenças preexistentes, sofreria carência de 24 meses (f. 62-TJ).

Depreende-se dos documentos de f. 47 e 56/57-TJ que a recorrida já apresentava a doença denominada "obesidade mórbida" desde junho de 2004, sendo, portanto, patologia preexistente à assinatura do contrato, que se deu em 1º.11.04.

Por outro lado, encontra-se ausente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em relação à agravada, à vista do relatório médico trazido pela própria recorrida, no qual o médico particular, que a avaliou, atesta que "não há qualquer incidência clínica e laboratorial de patologias endócrinas associadas" (f. 47), não justificando, assim, a urgência da intervenção cirúrgica.

A Lei 9.656/98, dispondo sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prescreve:

É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos planos ou seguros de que trata esta lei, após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário (art. 11).

Acerca de eventos surgidos no decorrer do prazo de carência, tem-se decidido:

Ação de indenização c/c declaratória. Contrato de prestação de serviços assistenciais. Plano de saúde. Evento ocorrido durante prazo de carência estipulado em conformidade com a lei. - Não cabe declaração de abusividade oriunda de negativa de atendimento, se ela encontra raízes em contrato firmado entre as partes, prevendo um prazo de carência aplicável à hipótese, e se assim se fez, na forma da lei, incorrendo qualquer surpresa em detrimento da contratante. - Se a empresa contratada exercita normalmente um direito reconhecido, não há campo

para se falar em prática de ato ilícito, incabíveis, então, indenizações de cunho material e moral daí decorrentes (TAMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 361.165-4, Rel.ª Juíza Beatriz Pinheiro Caires, j. em 27.07.02).

Assim, tratando-se de doença preexistente e observando-se que não há elementos nos autos que apontem para uma situação de urgência ou emergência em relação à cirurgia da recorrida, afere-se, ao revés, a verossimilhança das alegações da agravante. E o perigo de advir lesão de grave ou de difícil reparação se configura no fato de ter a agravante que arcar com os custos da cirurgia, estando a agravada sob o pálio da justiça gratuita. Dificilmente, em caso de improcedência da demanda, receberá o pagamento de volta.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao agravo regimental.

Superadas tais questões, passo ao exame do presente agravo de instrumento.

Nos termos do art. 273 do CPC, pode o Juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela,

...desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Segundo prestante ensinamento de Sérgio Bermudes,

...é indispensável a prova inequívoca, evidente, manifesta da alegação do autor, com intensidade para convencer o juiz de que a alegação ou alegações são verossímeis, isto é, que pareçam verdadeiras (*A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29).

Para Ernane Fidélis, deve haver prova inequívoca,

...isto é, a que, desde já e por si só, permite a compreensão do fato, como juízo de certeza,

pelo menos provisório... (*Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31).

No que diz respeito à verossimilhança, sua definição nos é trazida em magistral voto do Juiz Rizzato Nunes, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que, embora tenha se referido mais especificamente aos requisitos para a inversão do ônus da prova por aplicação do CDC, apresentou conceito geral de verossimilhança, aplicável em qualquer caso em que ela deva estar presente:

Quanto à primeira (verossimilhança), é preciso que se diga que não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Não basta relatar fatos e conectá-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial. É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura, desde logo, possa-se aferir forte conteúdo persuasivo. E já que se trata de medida extrema, deve o Magistrado aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com os elementos trazidos pela contestação (AI nº 951.637-4, Relator do acórdão Juiz Rizzato Nunes, j. em 18.10.00, *Lex-TACivSP* 186/24).

No caso *sub judice*, a agravada não demonstrou a presença dos requisitos para o deferimento do provimento antecipado. Não fez prova inequívoca, já que da análise dos autos afere-se que, malgrado a agravada tenha declarado, quando da contratação do plano de saúde, que não possuía obesidade mórbida, os documentos de f. 47 e 56/57-TJ apontam no sentido de que já apresentava tal patologia, pelo menos desde junho de 2004. Assim, a doença é preexistente à assinatura do contrato. E a agravada ficou ciente de que, havendo doenças preexistentes, haveria uma carência de 24 meses, com cobertura apenas parcial, salvo se o contratante se dispusesse a arcar com um acréscimo mensal do plano, naquele período (f. 62-TJ).

Lícita, pois, a conduta da ré em negar a cobertura do procedimento de gastroplastia para tratamento da obesidade mórbida.

Assim, afigura-se-me claro que, até este momento, não foram apresentados elementos que autorizem a formação do juízo de verossimilhança das alegações da agravada, através de prova inequívoca da urgência da intervenção, única hipótese que poderia justificar a cobertura da gastroplastia, durante o período de carência do seu plano de saúde. Não há como ser deferido o provimento antecipado, visto que os elementos constantes dos autos, até o presente momento, apontam a ausência

de dever da agravante de arcar com o procedimento cirúrgico.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para reformar a decisão hostilizada e indeferir a antecipação de tutela pleiteada na inicial.

Custas recursais, pela agravada, cuja exigibilidade suspendo, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

-:-:-