



ACÓRDÃO N. 126918
PROCESSO: APELAÇÃO N. 2011.3.023128-0
COMARCA: BARCARENA
APELANTE: VITORIA DOS SANTOS OLIVEIRA REPRESENTADA POR
ROSILENE CORREA DOS SANTOS
ADVOGADO: VERENA MAUÉS FIDALGO BARROS
APELADO: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MEDICA LTDA
ADVOGADO: GUSTAVO FREIRE DA FONSECA
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES

Ementa: Apelação. Ação ordinária. Preliminar: Nulidade da sentença ante a ausência do defensor na audiência de instrução. Não cabimento. Ausência injustificada. Mérito: Recusa de atendimento em contrato de plano de saúde. Atraso no pagamento das mensalidades. Ausência de notificação. Indenização por danos morais. Repetição do indébito. Não cabimento. Devolução simples do valor pago em duplicidade. Recurso conhecido e provido. Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram a 5ª Câmara Cível Isolada do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, por unanimidade, em conhecer e prover do recurso.

Turma julgadora: DES. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO, DESA HELENA PERCILA DE AZEVEDO DORNELLES E DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA).

Plenário da 5ª Câmara Cível Isolada, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, AOS 14 DE NOVEMBRO DO ANO DE DOIS MIL E TREZE (2013).

Desembargadora Diracy Nunes Alves
Relatora



RELATÓRIO

A EXMA. DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES (RELATORA):

Vitória dos Santos Oliveira representada pela genitora Rosilene Correa dos Santos, nos autos de ação por cobrança indevida c/c danos morais movida contra Hapvida Assitência Médica Ltda., interpõe recurso de apelação frente sentença prolatada pelo juízo da 2ª vara de Barcarena que julgou improcedente o pedido da autora/apelante, condenando-a ao pagamento de multa por litigância de má-fé no valor de 1% por cento sobre o valor da causa.

Afirma a apelante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Aduz a nulidade da sentença ante a ausência do defensor em audiência de instrumento.

Sustenta a existência de dano moral ante a injustificada negativa de prestação de assistência, em razão da alegada inadimplência.

Requer por fim, o conhecimento e provimento do apelo.

Manifesta-se o apelado em contrarrazões (fls.186/190).

Alude a injustificada ausência do defensor em audiência.

Sustenta a inadimplência da apelante que justificaria a negativa de atendimento.

Requer, ao final, o não provimento do recurso.

É o relatório à revisão.

Voto

Os pressupostos processuais foram atendidos, utilizado o recurso cabível e a forma de instrumento é adequada, há interesse e legitimidade para recorrer, este é tempestivo e está dispensado do preparo em razão da assistência judiciária gratuita concedida em audiência de instrução (fls.108), estando acompanhado da documentação pertinente e inexistindo fato impeditivo do direito recursal, noticiado nos autos.

Assim, verificados os pressupostos legais, conheço do recurso

Página 2 de 12



intentado para o exame das questões suscitadas.

Da impossibilidade de realização de audiência sem a assistência de patrono.

Aduz a parte recorrente a realização de audiência com prolação de sentença sem que a parte autora estivesse representada pelo patrono, no caso a defensoria pública.

Aduz que deveria ter sido intimada pessoalmente para a audiência, pois que é prerrogativa da defensoria.

De plano, verifico a ciência da defensora pública para a audiência de instrução, inclusive tendo a defensora firmado o termo da audiência de conciliação (fls.54) onde restou marcada a data para a realização. Neste carreiro, desnecessário a intimação pessoal.

Quanto à alegada necessidade de nulidade da sentença ante a ausência da defensora na audiência de instrução tenho que não lhe assiste razão, porquanto a ausência em audiência restou injustificada.

Nos termos do artigo 453, § 1º do Código de Processo Civil:
Art. 453. A audiência poderá ser adiada:

- I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez;
- II - se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados.

§ 1º Incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o fazendo, o juiz procederá à instrução.

§ 2º Pode ser dispensada pelo juiz a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado não compareceu à audiência.

§ 3º Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas

Assim, diante da ausência do procurador do demandante, o qual teve ciência inequívoca da designação de audiência de instrução e julgamento (fls.54), não há que se falar em nulidade do referido ato processual.

Da existência do dano moral



Alega a apelante a existência de danos morais porque teve negativa de atendimento pelo contrato de seguro de saúde sem justo motivo eis que adimplente com os pagamentos.

Sendo a questão dos autos a verificação ou não de responsabilidade da apelada pela quebra indevida de contrato e recusa no atendimento. Verifico, de plano, ser plenamente aplicável ao caso o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A partir das alegações contidas na petição inicial, o caso em julgamento é típico de fato do serviço, em virtude de defeito na prestação. Como adverte Arnaldo Rizzardo:



“O serviço mal feito ou executado pode provocar acidentes externos ou fatos que causem danos àqueles para quem foi prestado. A pessoa junto à qual se contrata o serviço o realiza com defeitos ou imperfeições tais que advém não apenas perigo, mas prejuízos, ofendendo, assim, o dever de segurança.”

(...)

“A deficiente ou precária prestação de serviços é freqüente e comum, constituindo um dos fatores de constantes insatisfações e reclamações. Acontece em todos os campos de serviços, tanto os manuais como os intelectuais.”

Portanto, a responsabilidade decorrente desta relação é objetiva, e aperfeiçoa-se mediante o concurso de três pressupostos: a) o fato do serviço; b) evento danoso e; c) relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano. Não é necessária a demonstração de culpa na atuação do fornecedor do serviço, no caso em tela, o demandado.

A incidência, no caso da responsabilidade objetiva, no entanto, não importa dispensa de comprovação dos requisitos aludidos, pois indispensáveis para a possibilidade de obrigar o fornecedor ao pagamento de indenização.

Do caso concreto

Como é cediço, o Julgador é o destinatário das provas, sustentando o seu convencimento com base nos elementos existentes no feito, a teor do que estabelece o artigo 131 do Código de Processo Civil.

Pois bem.

A representante da autora apelante, sua genitora, contratou um plano de saúde para a menor. Nesse carreiro, alega que não foi atendida pelo plano por inexistente inadimplemento.

Compulsando os autos, verifico existir razão a apelante, pois que as parcelas foram pagas antes do prazo considerado razoável.



Primeiro ponto que deve ser considerado é que o contrato previa o pagamento das parcelas no dia 25 de cada mês, como consta às folhas 32 dos autos. Entretanto, a empresa permanece na conduta de encaminhar cobrança a ser paga no dia 05 de cada mês.

No que se refere aos pagamentos. Vejamos:

A parcela cujo vencimento consta dia 05/06/2009 restou adimplida em 24/06/2009 (fls.29), logo com um dia de antecedência, já que as partes acordaram pagamento dia 25 de cada mês.

A parcela do dia 25/07/2009, cujo boleto restou impresso erroneamente para o dia 05/06, restou paga dia 03/08/2009 (fls.30).

A parcela de 05/07/2009 restou adimplida em 19/08/2009 (fls.31).

Como se observa, não houve motivos que ensejassem a quebra contratual e o não atendimento da apelante.

Ademais, a Lei dos Planos de Saúde (nº 9.656/98) apenas autoriza o cancelamento ou a rescisão unilateral do contrato em situações excepcionais, devidamente descritas na norma, como no caso de fraude ou quando haja cumulativamente o inadimplemento pelo consumidor e a sua notificação seja devidamente comprovada até o quinquagésimo dia de inadimplência. Nesse sentido, segue a inteligência do artigo 13 da referida Lei, sic:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)



I - a recontagem de carências; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (sem grifo no original).

Assim também o entendimento consolidado no egrégio Superior Tribunal, no sentido de que o atraso no pagamento das mensalidades do plano de saúde, ou então o seu não pagamento, não possibilita o cancelamento automático do contrato de prestação de serviços médicos hospitalares firmado entre as partes, uma vez que para isso é necessária a interpelação do devedor, com a notificação prévia.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO. RESCISÃO UNILATERAL NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. SÚMULA STJ/7. 1. Nos termos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 é obrigatória a notificação prévia ao cancelamento do contrato, por inadimplemento, sendo ônus da seguradora notificar o segurado.

Página 7 de 12



2.- Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da inexistência da notificação prévia do segurado seria necessário reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, o que é defeso nesta fase recursal a teor da Súmula 7 do STJ. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1256869/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 04/10/2012)

Recurso Especial. Seguro de Assistência à Saúde de Contratação Coletiva. Pactuação Anterior À Vigência Da Lei Nº 9.656/1998. Aplicação, em Princípio, afastada. Cláusula Que Prevê A Resilição Unilateral Do Contrato De Plano De Saúde Coletivo, Com Prévia Notificação - Legalidade - A Vedação Constante Do Artigo 13 DA LEI Nº 9.656/1998 restringe-se aos planos ou seguros de saúde individuais ou familiares - Código De Defesa Do Consumidor - Violação - Inocorrência - Direito De Denúncia Unilateral Concedida A Ambas As Partes - Recurso Improvido. I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie; II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, "b", aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares; III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a



rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou; IV - Recurso especial não conhecido. (REsp 889406/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008)

Plano de saúde. Inadimplência do segurado superior a 60 (SESSENTA) dias. Notificação prévia. Rescisão unilateral. Possibilidade. 1. A rescisão unilateral do contrato de plano de saúde individual, nos termos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 independe da propositura de ação judicial. 2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 957900/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 25/11/2011)

Com efeito, considerando que no caso dos autos não houve a prévia notificação do segurado, e, partindo-se desse raciocínio, não houve mora constituída, o atraso no pagamento não pode ser causa do cancelamento da avença, que culmina no não atendimento, máxime porque a cláusula que prevê a possibilidade de cancelamento unilateral do contrato de seguro, sem a prévia notificação do segurado, é nula, de pleno direito, uma vez que afronta o disposto no inciso XI, do artigo 51 do CDC, sic:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)



XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

Da indenização por dano moral

Assim, manifesto o dano moral causado a apelante, pois teve rescindido o contrato de plano de saúde, sem previa notificação.

Quanto ao pedido de indenização por danos morais realizado pela autora, pondero a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, da qual comungo, que em reiteradas oportunidades, vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais em decorrência da rescisão unilateral do contrato, haja vista que, além de abusiva, tal atitude viola os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual.

Destarte, tenho que provado o fato básico, isto é, o ponto de apoio, provado está o dano, suporte fático do dever de reparar o dano. Isso se infere da convivência societária natural, a qual prima pelo respeito à dignidade de cada ser humano, carecendo de afirmação judicial, ao contrário das presunções legais. Cabe à parte autora provar o fato básico e alegar a consequência natural, o fato consequência. In casu, a prova do dano veio através do cancelamento unilateral do contrato de seguro.

Da fixação do quantum

No tocante à fixação do quantum debeat da indenização, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano moral não pode ser fonte de lucro, posto que extrapatrimonial, fundado na dor, no sentimento de perda e na diminuição da autoestima pessoal e familiar, no caso em comento. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. O valor a ser arbitrado



deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Portanto, valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta, bem como os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização, em hipóteses símile, tenho por fixar o quantum a título de indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Da repetição do indébito

Em relação ao ponto referente à repetição do indébito encampo na íntegra o voto vista do excelentíssimo Desembargador Constantino Augusto Guerreiro, in verbis:

“Todavia, verifica-se que a **matéria de mérito** não diz respeito somente à existência de dano moral, mas envolve também o pedido de repetição de indébito pelos Autores/Recorrentes.

No caso, a prova da duplicidade de pagamento de uma mesma mensalidade resta patente, conforme ressaltado pela sentença impugnada às fls. 109. Senão vejamos: “*Constato a duplicidade das faturas de fls. 29 e 30, ambas vencidas em 05/06/2009, contudo, ambas pagas com atraso, como já frisei.*”

Ocorre que a culpa foi da própria Sr. ROSILENE que contratou o plano de saúde da HAPVIDA, tendo como beneficiária sua filha menor, porém vinha efetuando o pagamento com atraso.

Assim, a consumidora por sua conta e risco acabou pagando a mesma fatura mensal pela falta de organização de suas obrigações mensais, o que afasta a regra do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, que exige o dolo ou a culpa do fornecedor pelo engano para a configuração da devolução em dobro de valores pagos indevidamente. Por sua vez, A jurisprudência mais recente do STJ, sobre o artigo 42, parágrafo único,



do CDC, é pacífica no sentido de que o engano justificável na cobrança indevida possibilita a devolução simples. Precedentes: **AgRg no AREsp. n.º 253812/RJ, 2.ªT., Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ de 18/02/2013.**

Diante disso, julga-se improcedente o pedido de repetição de indébito das Autoras, ora Recorrentes, porém possibilitando a devolução simples do valor pago em duplicidade, acrescidos dos consectários legais, reformando nessa parte a sentença em análise.

É o voto vista em complemento ao voto da Digna Relatora. "

Das custas e dos honorários advocatícios

Arbitro os honorários advocatícios em 10 por centos sobre o valor da condenação.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao apelo reformando a sentença nos termos da fundamentação. Deste modo, condenando a apelada ao pagamento de danos morais na monta de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mais a devolução simples do valor pago em duplicidade, acrescidos dos consectários legais e, ainda, o distrato e a exclusão do débito entre reclamante e reclamado.

É o voto.

Belém, 14 de novembro de 2013

Desembargadora Diracy Nunes Alves
Relatora

Responsabilidade Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 417.