



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Santos

FORO DE SANTOS

8ª VARA CÍVEL

RUA BITTENCOURT, 144, SANTOS - SP - CEP 11013-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1020849-41.2020.8.26.0562**
 Classe - Assunto **Procedimento Comum Cível - Fornecimento de medicamentos**
 Requerente: —
 Requerido: —

Juiz de Direito: Dr. Dario Gayoso Júnior

Vistos.

— ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais contra __, alegando em síntese ser usuária do plano de saúde requerido; e, foi diagnosticada com esclerose múltipla. Sustenta que lhe foi prescrito o uso do medicamento “Ocrelizumabe (Ocrevus)”; que solicitou o custeio do fármaco junto à ré; e, que lhe foi negado o fornecimento sob o fundamento de que o remédio não consta no rol de procedimentos obrigatórios da “ANS”. Salienta que a negativa agravou a sua situação de aflição psicológica e de angústia, acarretando-lhe abalo moral. Quer que a ré seja compelida a fornecer o medicamento, com a concessão de tutela para esta finalidade. Pugna pela condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais que estima em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A liminar foi concedida (págs. 55/56). Contra este julgado foi interposto agravo de instrumento ao qual foi dado parcial provimento apenas para dilatar o prazo para fornecimento do medicamento (págs. 390/394).

Houve audiência de conciliação que restou infrutífera (pág. 400).

Em contestação, a empresa requerida aduz que a prescrição do fármaco não consta do rol de procedimentos obrigatórios da “ANS” para a patologia que acomete a requerente. Diz que a limitação contratual de cobertura é legítima. Aduz que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.733.013 concluiu que a operadora de plano de saúde não está obrigada a arcar com os custos de tratamentos e procedimentos não previstos no rol da “ANS”. Entende que a negativa não configura abusividade, estando embasada também nos Enunciados 21, 23 e 27 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Conclui não ter causado qualquer abalo moral à autora. Impugna o valor atribuído à causa de R\$ 100.000,00. Quer a improcedência (págs. 111/134).

Em réplica, a requerente insiste na procedência (págs. 338/349).

É o relatório,

DECIDO.

O pedido de obrigação de fazer é procedente.

Os relatórios médicos de págs. 35/37 e 38 evidenciam a enfermidade que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Santos

FORO DE SANTOS

8ª VARA CÍVEL

RUA BITTENCOURT, 144, SANTOS - SP - CEP 11013-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

1020849-41.2020.8.26.0562 - lauda 1

acomete a autora; e, a prescrição do fármaco "Ocrelizumabe", com negativa de custeio pelo réu em razão de não haver previsão no rol da "ANS" (pág. 47).

A negativa do custeio contraria o entendimento sumulado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Súmula 102: "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".

A jurisprudência é neste sentido:

EMENTA: Apelação - Plano de saúde - Ação de Obrigação de Fazer - Incidência das normas de proteção ao consumidor - Autora portadora de esclerose múltipla - Negativa de cobertura do medicamento Ocrelizuma (Ocrevus), sob alegação de falta de cobertura contratual - Existência de prescrição médica - Medicamento necessário ao restabelecimento da saúde da Autora - Fármaco devidamente registrado pela ANVISA - Incidência das Súmulas nº 95 e nº 102 da Seção de Direito Privado I deste Tribunal - Observância aos recentes entendimentos do E. STJ (REsp nº 1729566/SP e 1712163/SP) - Entendimento jurisprudencial deste Tribunal - Recusa abusiva - Sentença mantida - Recurso improvido (TJSP - Apelação Cível nº 1033008-90.2020.8.26.0602 - Relator: Luiz Antonio Costa - 7ª Câmara de Direito Privado - 01/07/2021).

EMENTA: PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Sentença de procedência. Irresignação da ré. Autora portadora de esclerose múltipla. Prescrição do medicamento Ocrevus (Ocrelizumabe). Negativa de custeio. Alegação de ausência de previsão no rol da ANS. Medicamento registrado na ANVISA. Recusa indevida. Abusividade nos termos dos arts. 14 e 51, IV e § 1º do CDC. Incidência da Súmula 102 do TJSP. Precedentes desta Câmara. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO (TJSP - Apelação Cível nº 1017400-61.2020.8.26.0114 - Relator: Alexandre Marcondes - 6ª Câmara de Direito Privado - 01/06/2021).

Ressalte-se que os Enunciados com origem na Jornada de Direito à Saúde do "CNJ"; e, a jurisprudência firmada no Recurso Especial nº 1.733.013 não têm força vinculante, pois servem apenas como recomendações.

Neste sentido:

EMENTA: ILEGITIMIDADE PASSIVA. Não configuração. Responsabilidade solidária entre cooperativas de trabalho da mesma operadora. Legitimidade passiva da ré Central Nacional Unimed. PLANO DE SAÚDE. Autora gestante, cujo feto foi diagnosticado com ventriculomegalia bilateral e mielomeningocele. Indicação de cirurgia fetal intrauterina. Negativa de cobertura, sob alegação de que o procedimento não consta do rol da ANS. Abusividade. Desnecessidade de expedição de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Santos

FORO DE SANTOS

8ª VARA CÍVEL

RUA BITTENCOURT, 144, SANTOS - SP - CEP 11013-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ofícios à Conitec ou à ANS. Enunciados do CNJ que são apenas recomendações. Aplicação da Súmula 102 desta Corte. Sentença mantida. Honorários advocatícios

1020849-41.2020.8.26.0562 - lauda 2

majorados. Recursos não providos (TJSP - Apelação Cível nº 1097153-80.2018.8.26.0100 - Relatora: Fernanda Gomes Camacho - 5ª Câmara de Direito Privado - 15/08/2019).

EMENTA: PLANO DE SAÚDE – Segurado portador de Transtorno do Espectro Autista – Indicação pediátrica para Psicologia e Fonoaudiologia pelo Método Denver **Negativa da Seguradora em autorizar a terapêutica prescrita pois não integra o taxativo rol de procedimentos obrigatórios da ANS Ilicitude – Cobertura devida Aplicação da Súmula 102 deste Tribunal de Justiça Obrigação que deriva do objeto precípua do contrato formalizado entre as partes (assistência à saúde) – Observância do princípio da boa-fé contratual – Inaplicabilidade do RESP 1.733.013/PR Entendimento não vinculante e não pacificado no STJ – Limitação de sessões Impossibilidade – Havendo a cobertura da doença não pode o plano de saúde limitar seu tratamento, restringindo-se o número de sessões, eivando de nulidade a cláusula que assim estabelece (Precedente do STJ) Reembolso – A cobertura dar-se-á em rede referenciada e próxima à residência do menor Inexistindo rede referenciada, será feita em rede livre escolha com reembolso integral dos valores gastos pelo segurado – Havendo clínica credenciada que realize o tratamento como prescrito pela médica e optando o segurado pela clínica particular, o reembolso será parcial, nos limites do contrato – Sentença mantida – Apelo desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1121481-40.2019.8.26.0100; Relator (a): HERTHA HELENA DE OLIVEIRA; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/06/2021; Data de Registro: 30/06/2021).**

Por outro lado, o pedido de indenização por danos morais é improcedente.

Embora se reconheça o desconforto pelo qual passou a usuária do plano de saúde, com a recusa do réu em custear o procedimento prescrito, o reconhecimento da existência de dano moral indenizável não é consequência lógica e direta da simples negativa de cobertura.

Não é possível admitir que a autora tenha sofrido qualquer abalo moral, sobretudo porque obteve liminar. Ademais a negativa decorreu de mero inadimplemento contratual.

Bem asseverou o Colendo Superior Tribunal de Justiça: "**só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral**" (Resp nº 215.666 - RJ, in RSTJ 150/382, sem destaque no original).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Santos

FORO DE SANTOS

8ª VARA CÍVEL

RUA BITTENCOURT, 144, SANTOS - SP - CEP 11013-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

E nesta mesma linha, também a Súmula 6, da Colenda Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais do Estado de São Paulo: **“Mero inadimplemento contratual, sem circunstâncias específicas e graves que a justifique, não dá ensejo a indenização por danos morais”**.

1020849-41.2020.8.26.0562 - lauda 3

Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação proposta por ___ contra ___, para condenar a empresa requerida a fornecer o medicamento “Ocrelizumabe (Ocrevus)” prescritos nos relatórios de páginas 35/37 e 38, tornando definitiva a liminar de págs. 55/56. Por outro lado, afasto a pretensão de obter indenização por danos morais. Fica extinto o processo com fundamento no artigo 487 inciso I, do Código de Processo Civil.

Tendo-se em vista que houve decaimentos recíprocos, as partes arcarão com o pagamento das custas em proporções iguais, observado que a autora é beneficiária da justiça gratuita (pág. 55, especificamente).

Ficam compensados os honorários advocatícios.

Isto porque o artigo 85 "caput" do Código de Processo Civil, que determina a condenação do vencido a pagar honorários "ao advogado do vencedor" é inconstitucional e por decorrência contamina o seu § 14, ao vedar a compensação, o que será declarado com base no sistema de controle difuso e apenas incidentalmente.

Já se decidiu:

"A possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro." (STJ - Processo: REsp 1234025 MT 2011/0015787-9; Relatora: Ministra ELIANA CALMON; Julgamento: 04/06/2013; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Publicação: DJe 11/06/2013).

O "caput" do artigo 85 do Código de Processo Civil, parte do equivocado pressuposto de que os honorários de sucumbência sempre pertencem ao Advogado.

Esta disposição fere princípios constitucionais, na medida em que elimina qualquer possibilidade de negociação entre o Advogado e o jurisdicionado, seu constituinte.

Pelas mesmas razões de direito, o Colendo Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar, por unanimidade, a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 24, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94).

Basta conferir na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.194-4 (Distrito Federal) em que figurou como requerente a Confederação Nacional da Indústria ("CNI") e requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional.

O dispositivo declarado inconstitucional estabelecia: **"É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência"**.

O fundamento para declarar a inconstitucionalidade deste dispositivo foi o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Santos

FORO DE SANTOS

8ª VARA CÍVEL

RUA BITTENCOURT, 144, SANTOS - SP - CEP 11013-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

desrespeito ao direito de propriedade e ao princípio da liberdade de contratar, por se tratar de direito disponível. De fato, a disposição retirava qualquer possibilidade de contratação entre o Advogado e seu constituinte.

Do mesmo vício padece o artigo 85, do Código de Processo Civil ao estabelecer que "**a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do**

1020849-41.2020.8.26.0562 - lauda 4

vencedor". (grifei).

Partiu-se de mesmo equivocado pressuposto no sentido de que os honorários de sucumbência nem podem ser objeto de negociação, pois sempre pertenceriam ao Advogado do vencedor. Daí a inconstitucionalidade da disposição que continua ferindo o direito de propriedade e o princípio da liberdade contratual.

Por isso, é que os honorários de sucumbência devem ser arbitrados em favor da parte vencedora; e, como pode ser objeto de negociação, nada impede que a parte vencedora transfira esse direito ao seu Advogado por meio de contrato.

Aliás, o artigo 22 § 4º, do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, exige a juntada do contrato de honorários exatamente para que o Juiz possa saber a quem pertence a verba de sucumbência:

"Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou."

Disto resulta que o § 14 do mesmo artigo 85, do Código de Processo Civil de 2015, ao impedir a compensação também é afetado pela inconstitucionalidade do "caput", pois pertencendo os honorários fixados na sentença às partes (e não ao Advogado), na hipótese de sucumbência recíproca, pode haver a compensação, pois aí sim eles (partes) seriam credores e devedores ao mesmo tempo. Como os Advogados não são partes no processo, se prevalecesse o dispositivo inconstitucional, também não se poderia admitir a compensação (porque os Advogados do autor e do réu, nunca podem ser considerados credores e devedores um do outro).

Daí a importância de se estabelecer com clareza, que os honorários de sucumbência só pertencerão ao Advogado se assim estiver estipulado no contrato de prestação de serviços firmado entre o profissional e seu constituinte, porque a relação jurídica só existe entre essas pessoas, jamais entre o Advogado do autor e a parte requerida; ou, entre o Advogado do requerido e a parte autora. P.R.I.

Santos, 07 de outubro de 2021.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

1020849-41.2020.8.26.0562 - lauda 5