

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0702290-06.2022.8.07.0001

APELANTE(S) CAIXA DE ASSISTENCIA DOS FUNCIONARIOS DO BANCO DO BRASIL

APELADO(S) MARIA IZILDA MARQUEZ BENZI BACCARIN

Relatora Desembargadora GISLENE PINHEIRO

Acórdão Nº 1613786

Poder Judiciário da União

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. NÃO INCIDENCIA DO CDC. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM SUA BULA. NATUREZA DE OFF LABEL. DOENÇA GRAVE. OBSERVANCIA AOS PARAMETROS FIXADOS PELO STJ NOS AUTOS DOS EREsp nº—1889704/SP e EREsp nº 1886929/SP. HONORÁRIOS DE SUCUMBENCIA ARBITRADOS CORRETAMENTE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Conforme entendimento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo (REsp 1285483/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 16/08/2016).

2. A jurisprudência dos Tribunais é firme no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. 2.1. Ainda que não exista indicação na bula do medicamento para o tratamento de determinada patologia (uso off-label), a sua prescrição pelo médico que acompanha a paciente torna o seu fornecimento obrigatório pelo plano de saúde, desde que a doença seja por ela coberta, devendo, assim, ser declarada nula qualquer disposição contratual em sentido contrário. Precedentes desta Corte. 2.2. Estas conclusões, à luz do que foi noticiado no sítio virtual do colendo Superior Tribunal de Justiça, não afronta os temas decididos nos

autos dos EREsp nº 1889704/SP e EREsp nº 1886929/SP, pois, embora o rol da ANS tenha sido considerado, em regra, taxativo: a) a operadora de plano de saúde, dentro do seu ônus da prova (art. 373, II, do CPC) não comprovou a existência de outro tratamento eficaz, efetivo e seguro constante neste rol favorável a autora (item 2); b) não há provas de que a ANS tenha indeferido o aludido tratamento para a patologia que acomete a apelada; c) a autora demonstrou que o tratamento pleiteado possui eficácia à luz da medicina baseada em evidências; d) há parecer favorável do NATJUS em favor do uso deste medicamento para a doença da autora.

3. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar as regras sobre arbitramento de honorários advocatícios por apreciação equitativa do Juiz, no julgamento dos REsp 1850512/SP, REsp 1877883/SP, REsp 1906623/SP e REsp 1906618/SP, submetidos à sistemática do art. 1.036 do CPC (Tema 1.076), definiu o alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados, firmando a seguinte Tese: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo. 3.1. No caso em comento, mostra-se correta e razoável a fixação da condenação sobre o valor atualizado da causa, pois a quantia devida remunera devidamente o causídico e reflete a importância da causa e o trabalho por ele desenvolvido.

4. Recurso de apelação conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, GISLENE PINHEIRO - Relatora, ROMEU GONZAGA NEIVA - 1º Vogal e FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de Setembro de 2022

Desembargadora GISLENE PINHEIRO

Presidente e Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível manejada por CAIXA DE ASSISTENCIA DOS FUNCIONARIOS DO BANCO DO BRASIL contra sentença de mérito proferida pelo Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília que, nos autos da presente ação cominatória proposta por -----, julgou procedente o pedido da inicial para determinar a ora recorrente que autorize o tratamento médico indicado. Eis o teor do dispositivo da sentença (ID. 36366014, p. 03):

“(…)

Ante o exposto, confirmo a tutela de evidência e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar a ré a autorizar o tratamento com imunoglobulina 50mg/ml, nos moldes determinados pelo médico que assiste a autora, no prazo de 5 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem prejuízo da adoção de outra medida que se mostrar necessária.

Extingo o processo, com resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em face da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas processuais, bem como aos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa, com fundamento no artigo 85, §2º do Código de Processo Civil.

(…)”

Em suas razões recursais (ID. 36366019, p. 01-22), a parte apelante argumenta, em síntese, que: a) não incide o CDC na hipótese, pois é entidade de autogestão (p. 03 e 05-06); b) a sentença deve ser reformada, pois o medicamento requerido (imunoglobulina) não é destinado ao tratamento da chamada “síndrome da pessoa rígida” que acomete a autora e, por isso, não está obrigada a custear por se tratar de medicamento off label, de caráter experimental (p. 04-05 e 07-10); c) “o custeio do referido fármaco não encontra previsão nas RN nº 465/2021 da ANS, isso porque, indicar medicamento para casos diversos do que consta na bula do remédio, não possui qualquer comprovação científica comprovada quanto a efetividade para a enfermidade que assola a Apelada, sendo este o fundamento para que a terapia recomendada se enquadre na seara de tratamentos experimentais” (p. 11); d) caso mantida a sentença, devem os honorários advocatícios ser revistos, pois foram arbitrados em valor excessivo, sendo necessária a sua fixação por apreciação equitativa (p. 18-21).

Pede o conhecimento e provimento do seu recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a ação ou, subsidiariamente, que os honorários advocatícios sejam reduzidos (p. 21-22).

<https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca>

d

Preparo realizado (IDs. 36366020 e 36366021).

Contrarrazões apresentadas pela parte recorrida -----, momento em que pugnou pela manutenção da sentença (ID. 36366028).

É o relatório.

VOTOS

A Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O cerne da presente controvérsia recursal reside em saber se a operadora de plano de saúde deve ou não custear o tratamento médico requerido na exordial.

Para compreendermos melhor os fatos aqui narrados, a autora ----- ajuizou a presente Ação de Obrigação de Fazer em face da ora apelante CAIXA DE ASSISTENCIA DOS FUNCIONARIOS DO BANCO DO BRASIL (CASSI), buscando compeli-la a fornecer o medicamento “Imunoglobulina 50mg/ml” para tratar uma doença autoimune que lhe foi diagnosticada, chamada de “Síndrome da Pessoa Rígida” (SPS – Stiff Person Syndrome).

Relata que o tratamento convencional a base da substância DIAZEPAN acarretou-lhe apenas uma melhora parcial, mas não é o bastante para aliviar a sua dor e incapacidade.

Diante da ineficácia do tratamento, seu médico assistente recomendou o uso da Imunoglobulina pelo período de 06 (seis) meses de modo a evitar o agravamento do seu quadro clínico, o que foi negado pela ré, circunstância esta que ensejou a propositura da presente ação (ID. 36365908).

Regularmente citada, a ré CASSI apresentou contestação, argumentando, em síntese, pela licitude de sua negativa, a qual, no seu entender, está amparada pela lei de plano de saúde e pelos atos regulamentares da ANS, já que se trata de medicamento off label, o qual possui caráter experimental e, por isso, está excluída da cobertura obrigatória (ID. 36366000).

Ao analisar o conjunto probatório e as alegações das partes, a douta sentenciante expos os seguintes fundamentos para acolher o pedido deduzido na inicial (ID. 36366014, p. 02-03):

“(…)

Não há qualquer controvérsia nos autos quanto à doença apresentada pela parte autora e a solicitação de tratamento com utilização de imunoglobulina. A divergência está na obrigatoriedade ou não da empresa ré em fornecer o medicamento nos moldes solicitados pelo médico da autora.

Com efeito, em relação à alegação de que se trata de uso de medicamento off label, importante destacar que se trata de medicamento registrado pela Anvisa, indicado para tratar o controle de desordens imunológicas e inflamatórias específicas (ID 113758837), como no caso da autora, que é portadora de síndrome da pessoa rígida, conforme se depreende do relatório médico acostado aos autos (ID 113758825), a qual é caracterizada por ser uma doença autoimune (ID 113758833).

Não bastasse tal fato, conforme já constou na decisão que deferiu a tutela de urgência, a nota técnica apresentada aponta que a utilização do medicamento recebeu parecer favorável em consulta anterior feita ao Natjus do TJGO, haja vista que 'as indicações em bula do medicamento conforme registro na ANVISA e as evidências em literatura científica demonstram que o requerente poderá se beneficiar do uso do medicamento solicitado'.

Ademais, não pode ser considerado experimental o medicamento já registrado pela ANVISA, e que possui indicação para o tratamento da doença que acomete o segurado, sendo certo que o caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica. (REsp 1721705/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018)

Nesse sentido, a ré não comprovou a exclusão contratual, se limitando a apresentar alegações genéricas. Ademais, se o médico assistente receitou o uso do medicamento à autora, considerando ser esta a melhor forma de tratamento para doença acometida, não é permitido à operadora de plano de saúde limitar as alternativas para o restabelecimento da saúde do segurado. Cabe ao médico assistente escolher o melhor tratamento e material indicado, baseando-se no diagnóstico e nas possibilidades terapêuticas, acerca de cada doença.

Com efeito, o juízo de conveniência e necessidade, ou não, da realização de determinado tratamento, cabe, evidentemente, ao médico responsável pelo tratamento da doença. Assim, se o médico responsável pela realização do tratamento julgou necessária a utilização de imunoglobulina, a fim de combater a doença, não cabe a ré se insurgir contra tal fato, uma vez que o plano de saúde pode apenas estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para sua cura.

Necessário consignar que a interpretação teleológica do contrato nos conduz ao raciocínio de que sua função social se realiza no momento em que a dignidade, a vida e a saúde do contratante são respeitadas de forma integral. Com efeito, o princípio da boa-fé tem, inegavelmente, três funções primordiais no ordenamento jurídico: uma interpretativa, outra de integração e a terceira de controle, fornecendo, portanto, inegável contribuição para a observância da justiça contratual.

A boa-fé, como regra de conduta, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, de lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte, respeitando os seus interesses, seus direitos, atendendo os fins sociais do contrato, sem abuso da posição contratual.

Assim, ao firmar um contrato de assistência à saúde o aderente confia que o fornecedor cumprirá, pelo menos, o normalmente esperado naquele tipo de contrato, ou seja, atender as prescrições feitas pelo médico credenciado, responsável pelo tratamento.

Abusiva e ilegal a conduta da ré, existindo um interesse legítimo da parte autora em exigir a cobertura total do tratamento para a cura de sua doença, em face da necessidade de se preservar a sua saúde da forma mais eficaz e adequada possível, facultando-lhe a fruição de

Desta forma, buscando garantir efetividade ao princípio da boa-fé objetiva, forçoso reconhecer que a ré não pode negar o fornecimento do medicamento indicado, haja vista a existência de cláusula que dispõe sobre a cobertura do tratamento necessário à restauração da saúde do paciente e, em especial, considerando que se trata de medicamento de caráter ambulatorial, o qual, a toda evidência, deve ser coberto pelo plano de saúde.

(…)”.

Feita esta sinopse fática e, sem preliminares a abordar, passo ao exame do mérito.

De início, entendo relevante destacar que, tratando-se de contrato de autogestão, não incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor a presente relação jurídica, conforme entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.644.829/SP. Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO OCORRÊNCIA DO CDC. 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. 4. Recurso especial não provido. (REsp1285483/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 16/08/2016).

Destaque-se também que os planos de saúde, na modalidade autogestão, devem ser analisados de forma diversa daqueles ofertados no mercado de consumo, uma vez que as entidades de autogestão, por sua própria estrutura, não possuem as mesmas características das demais operadoras de planos de saúde e, por isso, não estão sujeitas às regras de proteção ao consumidor. Note-se que os planos de autogestão nem mesmo são negociados no mercado de consumo, considerando que são instituídos por entidades específicas e para um público próprio, tal como ocorre, inclusive, com a própria CASSI, a qual está atrelada a funcionários, ex-funcionários do Banco do Brasil e seus respectivos familiares.

Nesse sentido, amplamente didática a compreensão esposada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no precedente que acabou superando o entendimento consolidado na súmula 469, conforme destacado no informativo 588 de sua jurisprudência:

“Não se aplica o CDC às relações existentes entre operadoras de planos de saúde constituídas sob a modalidade de autogestão e seus filiados, na hipótese em que firmado contrato de cobertura médico-hospitalar. A jurisprudência do STJ, até o presente momento, vem externando o entendimento de que as normas do CDC regulam as relações existentes entre filiados e operadoras de planos de saúde, ainda que estas se constituam na forma de autogestão, sem fins lucrativos, uma vez que a relação de consumo se caracterizaria pelo objeto contratado, ou seja, a cobertura médico-hospitalar (REsp 519.310-SP, Terceira Turma, DJ 24/5/2004). Acontece que, após recente julgamento realizado pela Segunda Seção (REsp 1.536.786-MG, DJe 20/10/2015), em que foi analisada questão de certo modo assemelhada, consistente na incidência das mesmas regras do CDC às relações envolvendo entidades de previdência privada fechadas, os aspectos lá considerados para o afastamento da legislação consumerista mostram-se de aplicação pertinente ao caso de entidades que administrem plano de saúde de autogestão, tendo em vista a coincidência de características entre as entidades, reclamando a necessidade de renovação da discussão da matéria, sempre no intuito do aperfeiçoamento da jurisprudência. Com efeito, os planos de autogestão são assim denominados dada a opção feita pela empresa empregadora em assumir a responsabilidade pela gestão e pelo fornecimento de serviços de assistência médico-hospitalar, seja por meio de rede própria seja por meio de convênios ou quaisquer tipos de associação com as empresas que fornecerão, de fato, o serviço. À luz da Lei n. 9.656/1998, é possível afirmar que, apesar de serem reguladas pela mesma norma das operadoras comerciais, há, em relação a pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão, diferenças de tratamento, e uma das mais significativas diz respeito à inexistência para as últimas entidades de oferecimento de plano-referência, indispensável para a constituição das pessoas jurídicas que não operam nesta modalidade. De certo, o objetivo perseguido pela lei por ocasião da criação do plano-referência foi tornar óbvias as obrigações das operadoras e, na mesma linha, as cláusulas de exclusão de cobertura, para que o contrato firmado não se mostrasse iníquo para o consumidor, principalmente no momento em que necessitasse da assistência do plano. A exclusão das operadoras de autogestão da obrigatoriedade do oferecimento do plano-referência justifica-se na própria razão de ser do modelo. É que, pensado para garantir o mínimo ao usuário, o plano-referência também representa forma de incremento na competição entre as operadoras, uma vez que, por serem praticamente idênticos os serviços disponibilizados, diferente apenas o preço, a escolha do consumidor é facilitada, sendo realizada por meio de simples comparação. Na linha desse raciocínio, como as entidades de autogestão não podem oferecer seus planos no mercado de consumo sob pena de total descaracterização da modalidade, não faz sentido, para essas pessoas jurídicas, a exigência desse mínimo. A doutrina que comenta o CDC vê, nessa particularidade, razão bastante para que o diploma consumerista não seja aplicado às relações constituídas com as operadoras de autogestão. Noutro ponto, ainda para afastar a incidência do CDC das relações com as autogestoras, doutrina assinala que, mesmo havendo retribuição dos serviços prestados por meio de remuneração, isso não parece suficiente para mudar o entendimento até aqui afirmado. Assim, há diferenças sensíveis e marcantes entre as diversas modalidades de operadoras de plano de saúde. Embora todas celebrem contratos cujo objeto é a assistência privada à saúde, apenas as comerciais operam em regime de mercado, podendo auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo nenhuma imposição legal de participação na gestão dos planos de benefícios ou da própria entidade. Anote-se, ademais, que, assim como ocorre nos casos de entidades de previdência privada fechada, os valores alocados ao fundo comum obtidos nas entidades de autogestão pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes. Portanto, as regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações envolvendo entidades de planos de saúde constituídas sob a modalidade de autogestão. Assim, o tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados e os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano

ibili A l

i

d l

ã

j i

i

se viabilize. Aqueles que seguem e respeitam as normas do plano arcarão com o prejuízo, pois a fonte de receita é a contribuição dos associados acrescida da patronal ou da instituidora' (REsp 1.121.067-PR, Terceira Turma, DJe 3/2/2012)". (REsp 1.285.483-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/6/2016, DJe 16/8/2016).

Não por outro motivo, aliás, que a própria Corte Superior editou novo enunciado de súmula, para destacar a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde administrados por entidades de autogestão, vejamos:

SÚMULA 608 DO STJ: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Segunda Seção, DJe 17/04/2018.

A jurisprudência desta Corte tem seguido o mesmo entendimento, consoante julgados que seguem:

(...) O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão (Súmula nº 608 do STJ). (...) (Acórdão n.1127349, 20160111216270APC, Relator: ALVARO CIARLINI 3ª TURMA CÍVEL, DJE: 02/10/2018. Pág.: 507/511)

(...) O Superior Tribunal de Justiça entendeu ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. (...) (Acórdão n.1124770, 07229838420178070001, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO 8ª Turma Cível, DJE: 25/09/2018).

Logo, descabe a incidência das normas do CDC para efeito de regular a relação jurídica discutida em juízo, daí porque a alegada abusividade na espécie não pode ser aferida segundo a legislação a que se socorre a parte recorrente.

Declinados estes parâmetros, certo é que, mesmo tratando-se de plano de saúde na modalidade autogestão, afigura-se possível ao beneficiário demonstrar eventual abusividade no contrato.

Como visto, a operadora de plano de saúde busca afastar a obrigação imposta na sentença de origem referente ao fornecimento do medicamento Imunoglobulina 50mg/ml, pois, no seu entender, não há indicação em sua bula para uso no caso da patologia que acomete a autora.

Ressalto, de logo, que não se desconhece o recente julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, proferido nos REsp nº 1889704/SP e REsp nº 1886929/SP, quanto ao tema, entendendo pela taxatividade, em regra, do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar estabelecido pela ANS. Ocorre que, tal acórdão

sequer fora publicado, não possuindo, no momento, caráter vinculante. Nota-se, ainda que o próprio Superior Tribunal de Justiça parece ter reconhecido a excepcionalidade do referido rol em determinados casos, o que poderá ser melhor esclarecido apenas após a publicação do referido acórdão.

Feito este esclarecimento, resta incontroverso nos autos que a parte autora é portadora da doença autoimune intitulada “Síndrome da Pessoa Rígida” (CID G13.0). Conforme relatório médico acostado nos autos (IDs_ 36365965 e 36365969), ela já realizou tratamento com miorelaxante, mas obteve apenas uma melhora parcial, o que ensejou na indicação do medicamento ora vindicado por seu médico neurologista, Dr. Wilson Marques Júnior (CRM-SP 46.441).

No caso ora em exame, todavia, a CASSI, a despeito de prestar cobertura a patologia da autora – fato que não nega ao longo da ação –, resiste em fornecer o medicamento, por entender que, embora registrado no Brasil (registro MS 1.1637.0044 – ID. 36365975, p. 05) ele não pode ser usado fora das hipóteses previstas em sua bula (o chamado uso off label).

No entanto, a cláusula que exclui a cobertura de determinado tipo de procedimento que seja essencial à garantia do segurado, contraria a própria natureza do contrato, frustrando as expectativas do consumidor que adere a esse tipo de avença. O colendo Superior Tribunal de Justiça, há tempos, já firmou o entendimento que reconhece a abusividade desse tipo de previsão contratual, conforme se extrai dos seguintes excertos das Turmas de Direito Privado daquele Sodalício:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA USO OFF LABEL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. RECUSA INDEVIDA 1. Ação de obrigação de fazer c/c compensação por dano moral, decorrente de recusa do plano de saúde em fornecer medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento. 2. A despeito do entendimento da Quarta Turma em sentido contrário, a Terceira Turma mantém a orientação firmada há muito nesta Corte de que a natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS é meramente exemplificativa. 3. Considera-se abusiva a negativa de cobertura do tratamento consistente no uso off label de medicamento que se mostra imprescindível à conservação da vida e saúde do beneficiário. 4. Agravo interno no recurso especial não provido. (AgInt no REsp n. 1.974.111/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 22/6/2022).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO CONDENATÓRIO - PLANO DE SAÚDE - RECUSA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO - USO OFF LABEL- DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO RECLAMO - INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades cobertas, sendo-lhes vedado, no entanto, limitar os tratamentos a serem realizados. Considera-se abusiva a negativa de cobertura de plano de saúde quando a doença do paciente não constar na bula do medicamento prescrito pelo médico que ministra o tratamento (off label). 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, o descumprimento contratual por parte da operadora de saúde, que culmina em negativa de cobertura para procedimento de saúde, enseja reparação a título de danos morais quando houver agravamento da condição de dor, abalo psicológico ou prejuízos à saúde já debilitada do

paciente, o que foi constatado pela Corte de origem no caso concreto. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.940.157/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 21/2/2022).

Vale destacar também que, embora que a bula do fármaco indicado pelo médico assistente não mencione a hipótese clínica pela qual foi prescrito, ainda assim persiste a obrigação da seguradora em fornecê-lo, revelando-se abusiva a conduta da operadora de plano de saúde que lhe nega o fornecimento. pois somente compete a seguradora restringir as doenças que irá fornecer cobertura, não podendo intervir na terapia escolhida pelo profissional médico competente dentre aquelas admitidas pela comunidade médica.

Isso se deve ao fato de que a escolha da melhor terapia pressupõe não apenas o conhecimento técnico a respeito da viabilidade e da eficiência do tratamento, mas, também, das condições específicas e particulares do paciente que somente o médico e a equipe médica que o acompanham têm condições de escolher, prescrevendo, assim, a melhor orientação terapêutica ao caso. É como pensa esta egrégia Corte de Justiça, em casos similares:

AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. CÂNCER. PROGRESSÃO. MEDICAMENTO OFF LABEL. RECUSA DO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL. VALORAÇÃO. I - O plano de saúde tem cobertura de quimioterapia para tratamento de câncer, logo, indevida a recusa em fornecer a medicação prescrita, sob alegação de que o uso é experimental ("off label"). II - A recusa do tratamento prescrito ao autor como necessário ao seu quadro clínico foi ilícita, por restringir os direitos fundamentais à vida e à saúde do paciente, que são inerentes à natureza do contrato. O plano de saúde pode limitar as enfermidades que terão cobertura, mas não pode recusar o tratamento prescrito pelo médico assistente como necessário ao quadro clínico do paciente. (...) V - Apelações dos autores e da ré desprovidas. (Acórdão 1205642, 07018293320198070003, Relator: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, PJe: 7/10/2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE PRIVADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. TRATAMENTO DE DOENÇA AUTOIMUNE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO OFF LABEL.

NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. TRATAMENTO NA FORMA INDICADA PELO MÉDICO RESPONSÁVEL. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. VALOR DAS ASTREINTES. REDUÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. O uso off label de determinado medicamento, por si só, não impede o seu fornecimento pelo plano de saúde, principalmente quando houver prescrição autorizadora do médico assistente, tendo o fármaco, inclusive, registro na ANVISA. 3. A Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, veda expressamente práticas abusivas praticadas pelos planos de saúde. Ainda que exista cláusula contratual restritiva, esta não pode se sobrepor ao direito fundamental à saúde do paciente, pois não é a ANS ou o plano de saúde que faz juízo de valor sobre o melhor e mais eficaz tratamento, cabendo tal decisão somente ao médico, profissional de saúde, que indica, com base em critérios científicos, o procedimento mais adequado e eficaz para o tratamento da parte autora. 4. As operadoras de plano de saúde podem limitar as doenças que terão cobertura pelo contrato, mas não o tratamento ou procedimento indicado pelo médico como o mais adequado à preservação da integridade física da paciente. 5. É ilegítima a negativa de cobertura do plano de saúde em fornecer a medicação necessária ao tratamento da segurada, conforme prescrito pelo médico responsável. (...) 9. Apelo não provido. (Acórdão 1202804, 07050910420188070010, Relator: ARNOLDO CAMANHO, 4ª Turma Cível, DJE: 3/10/2019).

CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. MEDICAÇÃO. INDICAÇÃO OFF LABEL. TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE. NECESSIDADE COMPROVADA.

RECUSA ABUSIVA. INGERÊNCIA DA OPERADORA NA ATIVIDADE MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Cuida-se de apelação interposta em face da sentença que condenou a ré à obrigação de fazer consistente em autorizar e custear as despesas com o tratamento médico indicado ao autor, fornecendo o medicamento Keytruda conforme prescrição médica e sob pena de multa diária, bem assim a condenou ao pagamento de R\$ 4.000,00 a título de indenização por danos morais. (...) 3. É descabida a negativa de cobertura de tratamento indicado pelo médico assistente, ainda que fora dos termos da bula (indicação "off label"), quando absolutamente necessário e indicado como recurso terapêutico ao quadro clínico observado. 4. Somente ao especialista é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acomete o paciente. A seguradora não está habilitada e tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para melhora do beneficiário. (...) 7. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1201485, 07122283020198070001, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, DJE: 23/9/2019).

CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. OFF LABEL. FORNECIMENTO. INDISPENSABILIDADE. PACIENTE COM CÂNCER. ESTÁGIO AVANÇADO. METÁSTASE. CLÁUSULA CONTRATUAL. NÃO COBERTURA. RECUSA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RISCO DE MORTE IMINENTE. QUANTUM. RAZOABILIDADE. É nula de pleno

di i lá l l lid b d l d ú d f i d

direito a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde o fornecimento de medicamento não convencional - "off label" - imprescindível à preservação da vida do segurado, por constituir prática abusiva, que expõe o consumidor a desvantagem exagerada (art. 51, inciso IV do CDC). Na hipótese, impõe-se o uso do fármaco prescrito pelo especialista diante da gravidade do quadro do paciente, que é portador de câncer na faringe, já em processo de metástase para outros órgãos, tendo sido tratado com terapias convencionais desde 2008, que não mais surtem o efeito desejado, dado o adiantado estágio de evolução da doença. Cabe ao profissional médico, e não à seguradora, a escolha do tratamento adequado ao integral restabelecimento da saúde do paciente. Assim, os planos de saúde podem estabelecer quais doenças serão cobertas, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser prescrito. (...) Recurso desprovido. Unânime. (Acórdão 1073349, 07168433420178070001, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, 7ª Turma Cível, DJE: 16/2/2018).

Entendo relevante apontar que estas conclusões, à luz do que foi noticiado no sítio virtual do colendo Superior Tribunal de Justiça, não afronta os temas decididos nos autos dos EREsp nº 1889704/SP e EREsp nº 1886929/SP, pois, embora o rol da ANS tenha sido considerado, em regra, taxativo: a) a CASSI, dentro do seu ônus da prova (art. 373, II, do CPC) não comprovou a existência de outro tratamento eficaz, efetivo e seguro constante neste rol favorável a autora (item 2); b) não há provas de que a ANS tenha indeferido o aludido tratamento para a patologia que acomete a apelada; c) a autora demonstrou que o tratamento com imunoglobulina possui eficácia à luz da medicina baseada em evidências (ID. 36365972); d) há parecer favorável do NATJUS em favor do uso deste medicamento para a doença autoimune da autora (ID. 36365973).

Assim, tanto a cláusula contratual restritiva como a negativa da seguradora são ilícitas e devem ser afastadas, devendo, pois, fornecer o medicamento indicado pelo médico responsável pelo tratamento da parte autora.

Em relação aos honorários sucumbenciais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar as regras sobre arbitramento de honorários advocatícios por apreciação equitativa do juiz, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, submetidos à sistemática do art. 1.036 do CPC (Tema 1.076), definiu o alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados, firmando a seguinte Tese:

“i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.”

<https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?cd>

â b l d l ó d d l ...

Diante disto e atenta aos parâmetros estabelecidos pelo Código de Processo Civil e pelo Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de ação cominatória a qual não é possível mensurar o real proveito econômico obtido, mostra-se correta a fixação desta rubrica com base no valor atualizado da causa, evidenciando-se, ainda, razoável o percentual fixado (10%) levando-se em consideração a natureza

e importância da causa (tratamento de saúde de doença rara) e o trabalho realizado pelos causídicos em busca da tutela jurídica almejada pela autora.

Com estas considerações, NEGO PROVIMENTO ao recurso apresentado por CAIXA DE ASSISTENCIA DOS FUNCIONARIOS DO BANCO DO BRASIL, mantendo íntegra a sentença recorrida.

Em atenção ao disposto no art. 85, §11, do CPC, majoro para 12% (doze por cento) os honorários fixados na origem em favor dos patronos da parte apelada.

É como voto.

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA - 1ª Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA - 2ª Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME.

Assinado eletronicamente por: GISELENE PINHEIRO DE OLIVEIRA

15/09/2022 13:26:10 [https://pje2i-](https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br:443/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam)

[consultapublica.tjdft.jus.br:443/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam](https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br:443/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam) ID do documento:

293539

39

293539



22091513261011800

IMPRIMIR

GERAR PDF