Registro:2023.0000464264

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos do Apelação Cível nº 1001183-67.2023.8.26.0071, da Comarca Bauru, em que é apelante CASSI – CAIXA DE ASSISTENCIA DOS FUNCIONARIOS DO BANCO DO BRASIL, é apelada REGINA CÉLIA ATEM RIBEIRO BASTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), DONEGÁ MORANDINI E CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 6 de junho de 2023

JOÃO PAZINE NETO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Apelação Cível Nº 1001183-67.2023.8.26.0071 Comarca: Bauru

Apelante: Cassi – Caixa de Assistencia dos Funcionarios do Banco do Brasil

Apelado: Regina Célia Atem Ribeiro Bastos

Juiz sentenciante: Arthur de Paula Gonçalves

Voto nº 35.042

Ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral. Plano de saúde. Cassi. Entidade de autogestão. Inaplicável o CDC ao caso em tela, nos termos da Súmula 608 do C. STJ. Negativa de cobertura ao custeio do medicamento "Stelara - Ustequinumabe". Autora que é portadora de "Doença de Crohn" (CID10 – K50). Relatório médico que afirma a necessidade de realização do tratamento, para controle da doença e ganho de sobrevida da paciente. Apesar da taxatividade mitigada do rol de procedimentos da ANS, nos termos do decidido em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp 1889704/SP), o relatório médico apresentado indica a probabilidade do direito. Adequação do tratamento que compete ao médico, considerada aqui inclusive o avanço da doença, que resultou em quadro de choque misto (séptico de foco pulmonar + cardiogênico). Observância ao item 2 do referido julgamento. Recusa injustificada. Medicamento que tem registro perante a Anvisa, e seu uso constante da bula é exatamente para tratamento da doença que acomete a Autora, portanto, não seria experimental. Uso "off label" que não equivale à inexistência de registro perante a Anvisa. Sentença de parcial procedência mantida. Honorários sucumbenciais majorados para 12% do valor da causa (art. 85, § 11, do CPC). Recurso não provido.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral, julgada procedente em parte pela r. sentença de págs. 757/766, cujo relatório adoto, para: a) confirmar a tutela provisória deferida, para que a Ré forneça o

medicamento *Ustequinumabe* para o tratamento da Autora na forma requerida (pág. 50, "8"); b) rejeitar a pretensão da Autora de indenização por danos morais; c) ante a sucumbência recíproca, condenou cada parte ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios do patrono da parte contrária, estes arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, atendidos os requisitos do art. 85, § 2º, I a IV, do CPC.

Apela a Ré (págs. 775/795) para alegar, em síntese, inexistir previsão contratual para cobertura do medicamento perseguido. Esclarece se tratar de um plano de autogestão, portanto, deve obedecer a algumas diretrizes. Afirma se tratar de um sistema sem fins lucrativos, vinculado a uma instituição pública ou privada, que administra o sistema de saúde, direta ou indiretamente, por meio de recursos assistenciais próprios ou credenciados, conforme definição da própria instituição. Informa que é impedida, pela ANS, de comercializar planos individuais e familiares, nos termos da resolução normativa nº 195. Enuncia que o tratamento perseguido é eletivo, ou seja, não é caso de urgência ou emergência. Pretende seja afastada a liminar concedida, por ausência de requisitos necessários ao deferimento. Argumenta quanto à inaplicabilidade do CDC e da Súmula 608 do C. STJ, ao caso em tela. Alega que se pretende a utilização do medicamento prescrito para uso diverso do aprovado em bula pela Anvisa, o que configura nítido uso *off label*. Ressalta que não há cobertura legal, ante a ausência de previsão no rol da ANS, além de inexistir parecer do Conitec acerca da eficácia, efetividade e segurança dos medicamentos ou dos produtos para o uso pretendido. Reitera que a negativa para o fornecimento da medicação para o tratamento pleiteado pela Apelada se deu em função da exclusão de cobertura contratual, uma vez que flagrantemente se busca o medicamento para uso *off label*, ou seja, fora da bula. Afirma que no contrato há disposição clara e de fácil entendimento quanto às exclusões de cobertura previstas e, dentre elas, não se encontra o fornecimento de medicamentos para tratamento experimental. Colaciona alguns julgados acerca de seu entendimento. Enuncia ter agido em perfeita simetria aos dispositivos contratuais em tela, Lei nº 9.656/98, Código Civil, como também obedeceu às regulamentações normativas da ANS. Assim, não se deve falar em abusividade de cláusula contratual

quando esta se encontra inserida nos limites legais. Tece considerações acerca do potencial dano contratual coletivo, quebra de ato jurídico perfeito em grande escala, quebra da segurança jurídica e equilíbrio econômico, além do dano à essência do mutualismo. Pleiteia pela concessão de efeito suspensivo.

Recurso recebido e processado (pág. 947). Preparo anotado (págs. 796/797). Contrarrazões ofertadas (págs. 950/956).

É o relatório.

A r. sentença de págs. 757/766 não comporta reparos.

De início, cumpre ressaltar que a Ré se trata de uma entidade de autogestão, restrita a um grupo específico de beneficiários e não pode ser explorada livremente no mercado de consumo. Nesses termos, não se aplica ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, conforme dispõe a **Súmula 608:** *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, na qual argumenta a Autora que mantém contrato de seguro saúde com a Ré e necessita da realização do tratamento indicado na inicial. Pretende a condenação da Ré ao custeio total do medicamento "Stelara" (Ustequinumabe) - 130mg (3 doses), para tratamento de "Doença de Crohn" (CID10 – K50), o que foi negado pela Ré, sob alegação de ausência de cobertura contratual para medicamento "off label" e de caráter experimental, além da não previsão no rol da ANS.

Na hipótese em exame, restou incontroverso ser a Autora portadora de "Doença de Crohn" (CID10 – K50), de modo que necessita do tratamento indicado pelo médico (págs. 24/25, 27 e 31).

A finalidade do contrato em questão e a aplicação do princípio da boa fé objetiva, com sustento no artigo 422 do Código Civil, permitem o reconhecimento de que a recusa foi injusta e a cláusula contratual redigida de forma genérica não pode ser considerada válida para afastar a cobertura de tratamento, procedimento ou realização de exames.

Nem mesmo a alegação de desrespeito ao equilíbrio contratual poderia justificar a aplicação da cláusula de exclusão de tratamento adequado à doença cuja cobertura é expressamente prevista, pois, ao conceder cobertura à doença, impossível o afastamento do tratamento necessário, enquanto a doença se encontra satisfatoriamente demonstrada.

Desse modo, por existir 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 Ré fundamenta sua recusa ao fato de não estar o medicamento inserido no rol da ANS, contudo não infirma a questão de o medicamento estar aprovado pela Anvisa e ter utilização descrita em bula, justamente para a doença que acomete a Autora (págs. 32/34). Ao contrário, descreve em seu apelo justamente a indicação do medicamento, conforme referido na bula (pág. 785), a afastar a alegação de tratamento experimental.

Pode-se afirmar que a Autora contratou o plano de saúde com o objetivo de garantir a cobertura de custos e despesas correspondentes à assistência médica. Ficou comprovada a necessidade da Autora de realizar o tratamento prescrito, diante de indicação do médico que a assiste (págs. 27 e 31), razão pela qual não competia à Operadora discutir sobre a necessidade e/ou adequação do tratamento ou não. Sob esse aspecto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidade. - O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde. - Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. - Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos. - Cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de "seguro-saúde"; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado. - A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual. - A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua

promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública. - O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente. - Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. - Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico. Recurso especial conhecido, mas, não provido" (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 17/12/2009, DJE 15/03/2010 – nossos os sublinhados).

Desse modo, por existir previsão de cobertura para a doença que a paciente apresenta, é justa a sua expectativa de cobertura para o tratamento que lhe for recomendado, inclusive em observância ao recentemente decidido pelo STJ, em sua Segunda Seção, na análise do EREsp 1.889.704, item 2: "*A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol".*

Como se verifica da solicitação médica em que prescrito o medicamento, o estágio da doença da Autora é grave, tendo inclusive resultado em quadro de choque misto (séptico de foco pulmonar + cardiogênico), e o uso do medicamento prescrito "Stelara" (Ustequinumabe) possibilitará um ganho de sobrevida a ela e diminuição da progressão da doença (págs. 24/25). Assim, acaso não combatida a doença, poderá levar a Apelada mais rapidamente à óbito. Patente a necessidade do medicamento, para o correto direcionamento do tratamento a que está sendo submetida a Autora. Desse modo, é ilegítima a negativa da Ré em arcar com o respectivo custeio, sob pena de caracterizar violação ao direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se, mais uma vez, que a necessidade ou não de realização do tratamento pela Autora é questão técnico-médica, que se insere exclusivamente no âmbito de responsabilidade do médico que o prescreveu, sob pena de infringir o Código de Ética Profissional (Resolução nº 1.146, de 09.01.88 do Conselho Federal de Medicina).

Cumpre esclarecer, por fim, que a própria Apelante afirma estar o tratamento para a doença que acomete a Autora previsto no rol da ANS, no entanto o medicamento prescrito não estaria inserido no mencionado rol. Contudo, tal afirmativa extrapola os limites técnico-médicos, como acima referido e também pode ser afastada, observadas as exceções dispostas no recente julgado, realizado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp 1889704/SP), como também já mencionado acima: *"1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo; 2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol; 3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol; 4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do*

tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS". Nada em contrário foi demonstrado pela Apelante, a justificar a exclusão por ela reclamada.

Nesses termos, correta a r. sentença, ao enunciar (págs. 762/763): "*A recusa da ré mostrou-se injustificada. É nítida a situação de desvantagem em que se colocou a autora ao negar cobertura, sob os argumentos de inexistência de previsão contratual e por não inclusão no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS. A autora possui indicação médica expressa da necessidade dos medicamentos para recuperação da saúde dela e sucesso do tratamento da doença que a acomete. Deve ser acolhido o pedido inicial para que a ré seja condenada a fornecer os fármacos pleiteados pela autora e indicados pelo médico responsável. Necessário observar que, embora a ré afirme que a negativa tenha sido fundada na alegação de vedação legal a custeio de medicamento para tratamento experimental (uso off-label) e na ausência de previsão da referida droga nas diretrizes de utilização da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS para a moléstia que acomete à autora, o documento de páginas 32/34, não impugnado pela parte contrária, indica que o medicamento possui aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-Anvisapara tratamento de Doença de Chronh, pelo menos desde 2019, não estando caracterizada hipótese de utilização off-label*".

A obrigação de custeio foi, portanto, bem imposta à Ré, como, aliás, já reconhecido, quando deferida a tutela antecipada (págs. 47/52).

Ressalte-se, mais uma vez, que a utilidade ou não do medicamento, sua eficácia e adequação para tratamento da moléstia que acomete a Autora é questão técnico-médica, que se insere exclusivamente no âmbito de responsabilidade do médico que prescreveu o tratamento, sob pena de infringir o Código de Ética Profissional (Resolução nº 1.146, de 09.01.88 do Conselho Federal de Medicina), de forma que o inconformismo da Ré, acerca da conveniência ou não do tratamento, assim como por se tratar de medicamento "off label", da mesma forma, não comporta acolhida.

A respeito, podemos colacionar trecho de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"7. Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo. 8. 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. 9. A ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em ação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC). 10. O fato de o procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, haja vista se tratar de rol meramente exemplificativo. Precedentes. 11. A recorrida, aos 78 anos de idade, foi diagnosticada com anemia hemolítica autoimune, em 1 mês teve queda de hemoglobina de 2 pontos, apresentou importante intolerância à corticoterapia e sensibilidade gastrointestinal a tornar recomendável superar os tratamentos infrutíferos por*

meio da utilização do medicamento Rituximabe - MabThera, conforme devidamente registrado por médico assistente. Configurada a abusividade da negativa de cobertura do tratamento. 12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios recursais" (REsp 1769557/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

Não cabe igualar o tratamento "off label" à ausência de registro do medicamento perante a Anvisa. O enunciado no repetitivo trata unicamente da ausência de registro e não cabe uma interpretação extensiva, em prejuízo de direitos do consumidor. O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito da indevida negativa de cobertura, sob alegação de uso "off label" do medicamento:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE COBERTURA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO OFF LABEL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. 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).

3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

4. Agravo interno não provido" (AgInt no AREsp 1678991/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Verifica-se, portanto, que a r. sentença atacada analisou de forma correta as questões suscitadas, com adequada fundamentação jurídica à hipótese em exame, além de bem avaliar o conjunto probatório. Qualquer outro acréscimo que se faça aos seus bem lançados fundamentos constituiria desnecessária redundância, enquanto os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Prejudicada a análise do pedido de efeito suspensivo, ante o pronto julgamento deste recurso.

Diante da manutenção do julgado, majoro os honorários de sucumbência então arbitrados para o equivalente a 12% do valor atualizado da causa (R$ 104.186,10), considerado que não há condenação em valor na r. sentença (art. 85, § 11, do CPC).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

João Pazine Neto
Relator