



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000004612

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017228-25.2024.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SEIKO SIMONAKA DOS SANTOS, é apelado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente), ALEXANDRE MARCONDES E ENÉAS COSTA GARCIA.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

CLAUDIO GODOY
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL

Processo n. 1017228-25.2024.8.26.0003

Comarca: São Paulo

Apelante: Seiko Simonaka dos Santos

Apelada: Amil Assistência Médica Internacional S/A

Juíza: Dra. Adriana Cristina Paganini Dias Sarti

Voto n. 31.949

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. COBERTURA DO MEDICAMENTO “EVOLUCUMABE (REPATHA)”. DANOS MORAIS. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

A autora, portadora de diversas doenças, postula que a operadora de plano de saúde forneça o medicamento "Repatha Solução Injetável", prescrito para manter o LDL abaixo de 50 mg/dl. Ré que recusou a cobertura, sob o fundamento de que excluídos contratualmente medicamentos de uso domiciliar, bem como que estejam fora do rol da ANS. A sentença julgou improcedente a ação.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em saber (i) se a negativa de cobertura do medicamento pela operadora do plano de saúde é abusiva, considerando a prescrição médica; e (ii) se há direito à indenização por danos morais em razão da negativa de cobertura.

III. Razões de Decidir

3. O médico assistente é quem deve primariamente indicar o tratamento adequado, ressalvado abuso, que não se evidenciou; e a negativa de cobertura com base na ausência de previsão no rol da ANS é abusiva, especialmente quando o medicamento é necessário para evitar internação.

4. A negativa de cobertura do medicamento, essencial para a saúde da autora, configura dano moral, pois viola direitos fundamentais e expõe a autora a risco.

IV. Dispositivo

5. Recurso provido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 187/190) que julgou improcedente ação de obrigação de fazer ajuizada pela autora, voltada a determinar que a operadora de plano de saúde forneça o medicamento a ela prescrito (“*Repatha Solução Injetável*”) e para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Sustenta a vencida, em sua irresignação (fls. 193/217), que, sendo portadora de dislipidemia com ateromatose instalada, é necessária que o LDL permaneça abaixo de 50 mg/dl, sendo-lhe, pois, prescrito o medicamento “*repatha solução injetável 140 mg/ml*”, a ser aplicado a cada quinze dias. Anota a incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor ao caso (Súmula 608 do STJ), devendo as cláusulas contratuais ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor. Argumenta inexistir cláusula excludente de cobertura de tratamento medicamentoso complementar. Ainda assevera que o medicamento em questão se encontra registrado junto à ANVISA e, por ser de alto custo, não possui condições financeiras de adquiri-lo. Sustenta, também, que, em razão da idade avançada, não tem capacidade para autoadministração do medicamento, havendo necessidade de que sua aplicação se dê em ambiente ambulatorial ou por profissional habilitado. Defende que cabe ao médico indicar o tratamento mais adequado ao paciente e que o rol da ANS não é taxativo. Por fim, alega havido dano moral indenizável, postulando a condenação da ré ao

pagamento de indenização no patamar de R\$ 10.000,00.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 223/245), suscitada preliminar de não conhecimento por violação ao princípio da dialeticidade.

É o relatório.

Em primeiro lugar, sabido que o recurso se deva voltar especificamente contra as razões da sentença recorrida. Deve atacar seus fundamentos. Na lição de Araken de Assis, a respeito dos requisitos ao atendimento do que considera ser o princípio da dialeticidade, *“é preciso que haja simetria entre o decidido e o alegado no recurso. Em outras palavras, a motivação deve ser, a um só tempo, específica, pertinente e atual.”* (*Manual dos Recursos*, 3ª ed., RT, p. 103). Neste sentido, confirmam-se os precedentes desta Câmara: **Ap. Cív. n. 9170031-22.2008.8.26.0000**, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 06/03/2012; **Ap. Cív. n. 0163376-13.2010.8.26.0100**, rel. Des. Rui Cascaldi, j. 04/12/2012

Dito de outro modo, mesmo por imposição do preceito do artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil, a apelação deve conter as razões do inconformismo, assim atacando, específica e justificadamente, os fundamentos da sentença recorrida, com o que não se compadece a mera reprodução da tese antes desenvolvida, na inicial ou na contestação.

No caso vertente, contudo, a autora bem expôs as razões de seu inconformismo, indicando os motivos pelos quais entende mereça reparo a sentença, assim para que a ação seja julgada procedente, condenada a ré ao fornecimento de medicamento que lhe foi indicado e ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados.

E, a rigor, o apelo prospera.

Conforme se depreende do relatório médico de fls. 29, a autora é *“portadora de diabetes mellitus, dislipidemia grave e hipertensão arterial sistêmica já com ateromatose instalada onde já foi necessário realização de implante de Stent na artéria renal direita 2014 devido estenose de artéria renal e a cirurgia de revascularização miocárdica no Hospital Samaritano Paulista no dia 06/02/2023, devido a obstruções em artérias coronarianas, com a realização de ponte de artéria mamária esquerda para artéria descendente anterior esquerda, ponte de veia safena para artérias coronária direita e diagonal”*.

Atentando ao quadro da paciente, e ainda o fato de que, *“segundo as diretrizes de cardiologia vigente é necessário manter o LDL colesterol abaixo de 50 mg/dl”*, não tendo apresentado melhora após o uso de Rosuvastatina 40mg, sua médica lhe prescreveu o medicamento *“Evolucumabe (Repatha)”*. Acrescentou no relatório médico de fls. 56 que *“o não controle adequado da doença aterosclerótica pode ter como consequência novos quadro de doença arterial aterosclerótica assim com infartos agudo do miocárdio devido a*

piora de placas ateromatosas, colocando inclusive a risco de morte”.

Solicitada a cobertura de referido medicamento à ré (fls. 37), houve negativa ao argumento de não possuir *“cobertura pela operadora por ser medicamento sem fornecimento ambulatorial obrigatório de acordo com os critérios do Rol da ANS vigente (RN 465/2021)”* (fls. 38).

Forçoso observar que cabe, em princípio, ao médico que atende a paciente indicar o melhor tratamento para enfrentar o quadro apresentado. Depois, não caberia recusa de cobertura do fármaco prescrito aos argumentos de medicamento de uso domiciliar e ausência de previsão na lista da ANS.

Neste contexto, e de um lado, soa abusiva a negativa de cobertura da medicação tão somente em razão de não estar a autora internada, assim prescrita a droga para tratamento chamado domiciliar.

É bem verdade que o artigo 12, II, “d”, da Lei 9.656/98, prevê que a cobertura mínima, para contratos que abranjam internação hospitalar, deva incluir a cobertura de medicamentos apenas quando *“ministrados durante o período de internação hospitalar”*, excluído do plano-referência de que trata o artigo 10 da mesma lei o *“fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar”* (inciso VI), salvo, na forma do art. 19, VI, da Resolução ANS 338/13, medicamentos *antineoplásicos* ou necessários à

continuidade de tratamentos prestados mediante internação hospitalar enumerados nas alíneas do art. 21, X, daquela resolução.

Sucede que restrições sobre o local de atendimento, em princípio, não podem se aplicar quando a infusão da droga indicada seja, em si, o tratamento da paciente.

Aliás, a não ser assim e a conclusão, que não é sustentável, seria a de que as despesas de aquisição do medicamento estariam cobertas se a paciente se dirigisse ao hospital para ingerir o remédio, em vez de fazê-lo em casa, frise-se, por recomendação e na forma da indicação de seu médico.

Depois, ainda que não se esteja a afirmar tenha a lei previsto a cobertura de todo e qualquer medicamento prescrito ao beneficiário de contrato de saúde, assim em qualquer hipótese, isto se dá em situações em que, conforme a doença e seu estágio evolutivo, negar a cobertura da droga em domicílio signifique provocar ou acelerar a necessidade de internação, quando então, e de qualquer modo, será devida a cobertura do medicamento, mas a dano do paciente, que sofre os efeitos deletérios da doença até que necessite de internação e se vê privada, durante este tempo, dos benefícios do medicamento prescrito pelo médico que a assiste, inclusive de possível prolongamento de sua expectativa ou qualidade de vida. Tal como, diante de paciente com sério risco de vida, como ocorre na espécie, de acordo com a parte final do relatório médico de fls. 56.

De mesma maneira, a corroborá-lo está farta jurisprudência (v.g. **TJ-SP Ag.Inst. n. 199.539-4, 417.462-4/8-00, Ap.Civ. n. 337.358-4/0-00, 319.035-4/5-00 e JTJ 254/309**). Já se decidiu, inclusive, que “*simples modificação do local do tratamento não basta para exonerar a operadora da cobertura*.” (**TJ-SP, Ap. Civ. n. 6251754000**).

A título corroborativo: **TJ-SP, Ag. Inst. n. 6016364900**, explicitando o caráter aprioristicamente abusivo de cláusula excludente que “*compromete o objeto do contrato firmado*”.

Por fim, vale lembrar que restrições em contratos de plano de saúde não podem ser de modo a inviabilizar mesmo o atendimento básico que se contrata; não se devem por de sorte a privar o ajuste de seu efeito primordial, encerrando verdadeira cláusula chamada perplexa, que subtrai do negócio sua eficácia final. A propósito, assentou-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que “*o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua*” (**STJ, Resp. n. 735.168-RJ, DJU 26.03.2008**).

Nem nada disso se infirma, de outra parte, em função da alegada ausência de previsão do fármaco em questão no rol da ANS.

Conforme a interpretação que se dê à previsão de exclusão, sobressalta a sua abusividade. Aqui anotada a

oportuna advertência de Cláudia Lima Marques, no sentido de que, em contratos de plano de saúde, “*exclusões genéricas desequilibram o conteúdo do contrato de seguro-saúde, de planos de saúde e dos demais seguros relacionados à saúde*” (in **Contratos no CDC, RT, 4ª ed., 838**).

Ora, renovada e constantemente alterada tabela da ANS, nunca se dá a saber, exatamente, ao consumidor, e de antemão, para que possa manifestar seu consentimento de modo esclarecido, qual o rol de coberturas e exclusões. E se falha o dever de informação, de esclarecimento, um dos chamados deveres anexos ou laterais, que a boa-fé objetiva, na sua função supletiva, impõe às relações obrigacionais, afronta-se afinal princípio básico do CDC (art. 4º, III).

Pior. Consoante o elastério que se reconheça à previsão contratual, do aderente se exclui o benefício que o avanço da ciência médica proporciona. Isto porque a velocidade com que se reconhecem novos procedimentos, e sem que neles se entreveja, ainda, caráter experimental, não se compadece com o retardo, que pode ser fatal, na inclusão em lista da ANS.

O que é razoável, isto sim, é a exclusão de procedimentos ainda desconhecidos, em teste, experimentais, mas o que não parece ser o caso.

Vale mencionar precedente deste Tribunal, no qual se destaca que “*pelo termo 'tratamento experimental'*,

cuja cobertura está de fato excluída do contrato, se deve entender apenas aquele sem qualquer base científica, não aprovado pela comunidade e literatura médicas, muito menos ministrado a pacientes em situação similar. Seriam os casos, por exemplo, de tratamentos à base de florais, cromoterapia, ou outros, ainda sem comprovação científica séria” (Ap. Cív. n. 550.495.4/9-00).

E, com efeito, de um lado tem-se medicamento indicado a diversos pacientes, objeto de diversos precedentes deste Tribunal, formados diante da recusa por parte de operadoras e seguradoras, como se verá a seguir.

Desta forma, não parece haver caráter experimental no tratamento em questão.

Além disso, tratando-se de exclusão de cobertura, ela não pode ser estatuída de modo residual. Ou seja, sob o raciocínio de que o que não está previsto está excluído. Se se cobre a doença da autora, não se há de excluir fármaco devido ao seu enfrentamento. E mesmo fosse isto possível, a exclusão deveria vir expressa. Isto supondo não houvesse, mesmo assim, abusividade.

Do mesmo modo, assentou-se também que a exclusão houvesse, de novo e por isso mesmo induzindo abusividade, resulta de “*uma interpretação anacrônica e que impõe ao segurado desistir por antecipação dos avanços da medicina*” (TJSP, Ap. Cív. n. 492.655-4/8-00, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des.

Santini Teodoro, j. em 20/03/2007). Como está no mesmo aresto, ao consumidor não se pode opor a desatualização de tabelas. Ademais, sabido que o contrato deve indicar as doenças cobertas, observado o plano básico. Mas o tratamento adequado incumbe ao médico aferir.

Insista-se em que, com efeito, este Tribunal, inclusive esta Câmara, já apreciou situações semelhantes antes, assentando que o medicamento “*Evolucumabe (Repatha)*” representa tratamento a ser coberto pelas seguradoras e operadoras de plano de saúde. Confira-se:

“Plano de saúde - Paciente portador de aterosclerose de longa data e hipercolesterolemia familiar heterozigótica – Prescrição do medicamento EVOLUCUMABE 140mg a ser ministrado em ambiente domiciliar – Negativa de cobertura abusiva – Exclusão incompatível com o Código de Defesa do Consumidor diante da necessidade e urgência evidenciadas pelos relatórios médicos – Prevalência, em sede de cognição sumária, do interesse do consumidor em preservar a vida e a saúde – Decisão mantida - Recurso desprovido” (TJSP; Agravo de Instrumento 2318247-82.2024.8.26.0000; Relator (a): Augusto Rezende; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/12/2024; Data de Registro: 12/12/2024).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Recurso interposto contra decisão que deferiu a tutela de urgência, para fornecimento do

medicamento evolucumabe. Plano de autogestão. Não aplicação do Código de Defesa do consumidor não pode implicar no esvaziamento da função do contrato que, neste caso, é assegurar a vida do beneficiário. Presença dos requisitos do art. 300 do CPC. Urgência verificada. Indícios do dever de cobertura. Paciente diagnosticado com doença ateromatosa coronária e dislipidemia. Situação de exceção ao rol da ANS, nos termos do art. 10, §13 da Lei 9.656/96, com redação dada pela Lei 14.454/22. Precedentes jurisprudenciais. R. decisão mantida. Recurso improvido”

(TJSP; Agravo de Instrumento 2155668-90.2024.8.26.0000; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/07/2024; Data de Registro: 04/07/2024).

“APELAÇÃO – Ação de obrigação de fazer c.c. tutela de urgência – Plano de Saúde – Procedência – Inconformismo da requerida – Fornecimento do medicamento "Repatha" indicado para tratamento de doença do autor – Medicação aprovada e registrada na ANVISA – Irrelevância de não constar no rol da ANS, bem como de se tratar de medicamento de uso domiciliar - Inteligência da Súmula 102 deste Tribunal – Cláusulas contratuais que devem ser interpretadas de forma mais favorável ao autor – Sentença mantida. Não provimento” **(TJSP; Apelação Cível 1000947-04.2023.8.26.0302; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/11/2023; Data de Registro: 24/11/2023).**

Evidentemente não se olvida que julgados, no Superior Tribunal de Justiça, os **Embargos de Divergência em REsp n. 1.886.929/SP e 1.889.704/SP**, então reconhecida a taxatividade do rol da ANS, embora em regra, com ressalvas, afinal fixadas as seguintes teses:

“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.”

Veja-se, inclusive, que no próprio caso concreto discutido nos **Embargos de Divergência em REsp n. 1.886.929/SP**, admitiu-se a cobertura de tratamento não inserido no rol, então padecendo o paciente de quadro de esquizofrenia e depressão:

“12. No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofrenia paranoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas, esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos – o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos. 13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa

cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado.”

De mais a mais, vejam-se no voto do Min. Villas Bôas Cueva, do qual o Min. Rel. Luiz Felipe Salomão extraiu e acolheu as proposições referentes às hipóteses excepcionais de cobertura fora do rol, as seguintes razões a justificá-las:

“No entanto, apesar de ser taxativo o Rol da ANS, tal taxatividade não pode ser considerada absoluta, tomando-se como exemplo o que já acontece na Saúde Pública. Como consta no Enunciado nº 73 das Jornadas de Direito da Saúde, "a ausência do nome do medicamento, procedimento ou tratamento no rol de procedimentos criado pela Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e suas atualizações, não implica em exclusão tácita da cobertura contratual". Isso porque a atividade administrativa regulatória é sujeita ao controle do Poder Judiciário. É certo que tal controle jurisdicional é limitado, mesmo porque o Judiciário não detém capacidade institucional e expertise necessárias para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões, devendo ser deferente às escolhas técnicas e democráticas tomadas pelos órgãos reguladores competentes. Contudo, os abusos, as arbitrariedades e as ilegalidades dos entes administrativos devem ser contidos. É dizer, o controle judicial dos atos administrativos de agências reguladoras pode se dar quando configurada deficiência estrutural e sistêmica da autarquia. Desse modo, o Judiciário não pode ser conivente com eventuais ineficiências

da ANS, devendo compatibilizar, em casos específicos, os diversos interesses contrapostos: operadora e usuário desassistido, saúde de alguns e saúde de outros (mutualidade), vigilância em saúde suplementar e atendimento integral a beneficiários doentes. No âmbito da Saúde Pública, o Supremo Tribunal Federal (STF) se deparou com questões semelhantes ao julgar o Tema 500 de Repercussão Geral: dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Quando do julgamento do RE nº 657.718/MG (Rel. para acórdão Ministro Roberto Barroso, DJe 9/11/2020), foram aprovados alguns parâmetros para o fornecimento excepcional de fármacos ainda não avaliados pela ANVISA. De igual maneira, encontra-se pendente de finalização de julgamento o Tema nº 6 de Repercussão Geral: dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Conquanto não tenha sido ainda votada a tese no RE nº 566.471/RN, a maioria da Suprema Corte entendeu pela restrição do fornecimento de remédios de alto custo pelo Poder Público, ressaltando hipóteses excepcionais, que serão objeto de definição de parâmetros. Desse modo, como o objetivo do Legislativo e do Executivo ao aprovarem a Lei nº 14.307/2022 foi o de tornar mais semelhantes os procedimentos de incorporação de tecnologias na Saúde, tanto que serviu de parâmetro para a Saúde Suplementar a experiência da CONITEC em relação ao SUS, também devem ser estipulados parâmetros análogos para a superação excepcional do rol taxativo da ANS, de forma a minimizar suas deficiências estruturais.”

Igualmente, em relação à superveniência

da Lei n. 14.307/2022, publicada no Diário Oficial da União em 4 de março de 2022 e resultante da conversão da Medida Provisória n. 1.067/2021, vinha sendo entendimento desta Câmara que a redação então dada ao art. 10, par. 4º, da Lei 9.656/98, se punha no mesmo contexto em que se fixaram balizas para atualização periódica do rol da ANS, mas cujas providências operacionais previstas na novel normatização pendem de regulamentação.

Sucede que, ainda mais recentemente, depois da edição da referida lei e do julgamento dos **Embargos de Divergência em REsp n. 1.886.929/SP e 1.889.704/SP**, foi editada a Lei 14.454/22. Além de modificar expressamente o art. 1º da Lei 9.656/98, de modo a assentar a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor, bem assim o art. 10, § 4º, foram inseridos os parágrafos 12 e 13 ao referido dispositivo, que assim dispõem:

“§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.”

Assim, o que se vê é que a lei assentou que o rol traduz referência básica para os planos, sem prejuízo de que tratamentos nele não incluídos sejam cobertos, atendidos os requisitos ali fixados, os quais não parecem destoar daqueles já fixados pela Corte Superior.

Pois, por tudo isso, admitida a cobertura fora do rol não apenas pelo Superior Tribunal de Justiça como, a rigor, agora pela própria lei federal, desde que ausente demonstração, cujo ônus incumbe à operadora, de que existente tratamento listado igualmente eficaz, de se determinar a cobertura, pela ré, do medicamento do qual necessita a autora, na dosagem e pelo período necessários.

No mais, realmente configurados os danos morais.

Isto de pronto se assentando que, ainda a tanto não se reduza, em sua mais ampla acepção (v.g. **Anderson Shreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 118-119**), para o caso em tela importa a compreensão do dano moral como qualquer violação a direitos que têm seu valor fonte na dignidade humana. Ou seja, os direitos chamados da personalidade. E até porque objeto de especial proteção, tem-se que o dano já esteja na própria conduta de violação. Daí dizer-se que o dano moral seja ou esteja “*in re ipsa*”.

Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes (***Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130**), o dano moral há de ser reconduzido, diretamente, ao valor básico do sistema, elevado ao nível de princípio fundante da República (art. 1º, III, da CF/88), que é a dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras, o que o ordenamento faz é “*concretizar ou densificar a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psico-física, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas*”. (***Op. cit.* p. 131**).

É mesmo uma preocupação com a concretização do princípio da dignidade, de que, na intenção de preservar a integridade físico-psíquica da pessoa, a obrigação de segurança é forte matiz e o dano moral é instrumento (sobre esse movimento de concretização, inclusive no campo da responsabilidade civil, conferir: **Antônio Junqueira de Azevedo, *Caracterização***

jurídica da dignidade humana. In. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 181).

Por isso que, inclusive como levado ao texto do **Enunciado 159 do CEJ**, a violação havida deve ser grave, a fim de se evitar a mercantilização de situações existenciais, envolvendo direitos essenciais, apequenando o sistema protetivo em que se concebe a indenização moral, pelo que não se há de concebê-la apenas como resultado automático de descumprimento contratual.

Mas o que, evidentemente, não é o caso. Não se considera mero transtorno submeter a autora à contingência de ver indevidamente negado o fornecimento de fármaco indicado para o combate à moléstia grave e que o expõe inclusive a risco (fls. 56), em afronta à orientação deste Tribunal. Trata-se, portanto, de real situação de abalo a direito essencial à qual a autora se viu submetida, insista-se, por resistência injustificada da ré a uma cobertura de tratamento contínuo e necessário ao desenvolvimento da paciente.

Por fim, não se há de olvidar que o dano moral cumpre um papel também profilático, de desestímulo ao ofensor, dissuasório de condutas ofensivas que se revistam de real gravidade, como na espécie se considera ocorrido.

A propósito, lembra Fernando Noronha que a própria responsabilidade civil ganha, hoje, novas funções, além daquela reparatória, dentre as quais, justamente, a dissuasória, que

também quer *preventiva* (*in Desenvolvidos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. In: Revista dos Tribunais. Ano 88. v. 761. março 1999. p. 31-44*). Na mesma esteira, ainda que à luz de sistema diverso, acentuam G.L. Williams e B.A. Hepple que a indenização, em casos como o presente, nos quais havidos danos que chamam de exemplares, serve a preservar a força do direito e a constituir um sistema de prevenção (*in I fondamenti del diritto dei "torts". Trad. Mario Serio. Ed. Scientifiche Italiane. Camerino. 1983. p. 52-53*).

Assim, atentando-se à dupla função do dano moral, de compensação à vítima, mas sem lhe representar fonte de indevido enriquecimento, entende-se de fixar a indenização em R\$ 10.000,00, corrigido desde o arbitramento, nos termos da **Súmula n. 362 do STJ**, e com juros de mora desde a citação, nos termos do art. 405 do CC, por cuidar-se de responsabilidade contratual.

Alterado o resultado, vencida a ré, arcará integralmente com custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

CLAUDIO GODOY

Relator