RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.303 - SP (2019/0001987-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE	:	S.P.A. SAÚDE - SISTEMA DE PROMOÇÃO ASSISTENCIAL
ADVOGADOS	:	JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP076996
		VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164
		EDY GONÇALVES PEREIRA - SP167404
		EMERSON MOISÉS DANTAS DE MEDEIROS - SP275295
RECORRIDO	:	SYLMA ROSANE MENDONCA GIL DE OLIVEIRA DE TOMASI - ESPÓLIO
REPR. POR	:	EDUARDO DE TOMASI FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADO	:	MARCELO ORNELLAS FRAGOZO - SP150164

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE DE AUTOGESTÃO. INAPLICABILIDADE DO CDC. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A FORMA VINCULANTE DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA. DESCUMPRIMENTO. RECUSA INDEVIDA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE. SÚMULA 83/STJ. DANO MORAL CONFIGURADO. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por S. P. A. Saúde – Sistema de Promoção Assistencial, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 315):

> PLANO DE SAÚDE Recusa da ré em autorizar o fornecimento de medicamento prescrito para o tratamento da autora (Regorafenibe), sob a alegação de que não consta do rol da ANS, além de não se sujeitar a relação existente entre as partes ao Código de Defesa do Consumidor Abusividade Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em plano de saúde regido pelo regime da autogestão Permissibilidade legal de fornecimento do medicamento - Irrelevância da não previsão no Rol de Procedimentos da ANS Medicamento indicado pelo médico para tratamento de doença coberta Aplicação da Súmula nº 102 do TJSP Direito do consumidor ao tratamento mais avançado, prescrito pelo médico, com melhor eficácia à doença que o acomete Impossibilidade de escolha pelo plano do método de tratamento de doença coberta Precedentes DANOS MORAIS Ocorrência Negativa do fornecimento apta a agravar a situação física e psicológica do beneficiário Quantum bem fixado, que não comporta minoração Sentença mantida Recurso

desprovido.

Nas razões do recurso especial, a insurgente alega ofensa aos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor; 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998; 4º, III, da Lei n. 9.965/2000; e 188 e 927 do Código Civil de 2002.

Aduz que a cobertura do plano de saúde não é ilimitada ao que determina a prescrição médica.

Destaca, outrossim, a inaplicabilidade das normas consumeristas aos planos de saúde de autogestão, como no caso.

De outro ponto, assevera que o acórdão impugnado violou os arts. 186, 927 e 944 do Código Civil, na medida em que não houve a caracterização dos danos morais, não sendo devida, portanto, a condenação.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 347-356).

Juízo positivo de admissibilidade (e-STJ, fls. 357-358).

Brevemente relatado, decido.

O acórdão recorrido fundamentou o *decisum* nos seguintes termos (e-STJ, fls. 317-327):

> (...)
> Cuidam os autos de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, fundada em recusa de cobertura de medicação para tratamento oncológico.
> O recurso interposto pela ré não merece prosperar.
> As partes mantém o contrato de fls. 28.
> Primeiramente, consigna-se que o fato de o caso tratar de plano de saúde regido pelo regime da autogestão não afasta a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.
> (...)
> Pontue-se que, mesmo sendo entidade de autogestão, a parte ré tem o dever de celebrar e administrar pacotes consumeristas e da Lei 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde.
> *In casu*, a médica responsável pelo tratamento da autora indicou a utilização do medicamento REGORAFENIBE 40 mg, conforme receituário médico de fls. 16 em 30/08/2016.
> A autora Sylma submetia-se a tratamento de câncer de cólon, como se vê do relatório dos autos de fls. 15, cuidando-se, pois, de fornecimento de medicação via oral de uso domiciliar.
> Após pesquisa realizada na rede mundial de computadores (site www.oncoguia.org.br), esta Relatora obteve a informação de que o medicamento Regorafenibe é utilizado para tratamento de câncer colorretal avançado, geralmente quando outros medicamentos não

são mais úteis, sendo administrado por via oral.

No site do portal: anvisa.gov.br/notícias, consta que foi publicado em 28/12/2015 no Diário Oficial da União, o registro do medicamento novo Stivarga® (regorafenibe monoidratado), um comprimido revestido, antineoplásico, indicado para o tratamento de pacientes adultos com tumores estromais gastrintestinais (TEG ou GIST gastrointestinal stromal tumor) metastáticos ou não ressecáveis, que tenham progredido ou experimentaram intolerância ao tratamento prévio com imatinibe e sunitinibe.

No que diz respeito à cobertura, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 12, inciso I, alíneas "b" e "c", dispõe:

(...)

Portanto, o medicamento encontra-se sob cobertura legal.

A parte ré recusa cobertura de realização de procedimento/fornecimento de medicamento à parte autora sob fundamento de exclusão contratual dos procedimentos que não constem no rol de cobertura obrigatória da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Todavia, não há cláusula expressa de exclusão do procedimento em questão.

Além disso, contrato de adesão impossibilita discussão de cláusulas contratuais, o consumidor desconhece termos técnicos, ocorrendo desvantagem exagerada.

Cláusula restritiva que impede restabelecimento da saúde e atente contra a expectativa do consumidor quanto ao plano de saúde contratado, na contramão de sua própria natureza, é nula de pleno direito, na conformidade dos artigos 46, 51, IV e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor e 424 do Código Civil.

(...)

Sendo o contrato de trato sucessivo, deve incorporar a evolução da Medicina.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da Súmula 102, entende permissível cobertura de custeio de tratamento por indicação médica:

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.

Tratando-se de doença coberta, é de competência do médico, e não da operadora do plano, a escolha da terapia relativa à patologia do paciente.

(...)

O fato do procedimento não constar em rol da ANS, por si só não interfere na solução do caso. Já se decidiu:

(...)

Correta, portanto, a confirmação da tutela antecipada e a condenação da ré no dever de fornecimento do medicamento.

No mais, o pedido de indenização por danos morais também merecia ser acolhido, não havendo que se falar em reforma da r.

sentença.

Evidente que a conduta da ré, ao recusar-se a fornecer o medicamento prescrito, desgastou consideravelmente a parte autora, em momento delicado de sua vida, não se limitando a mero dissabor.

Assim, é inquestionável que a angústia vivida pela autora transcende

> o mero desgosto e atinge seus direitos de personalidade, acarretando o dever de indenizar em danos morais.
> Neste ponto, embora esta C. Câmara tenha firmado entendimento de que mero descumprimento contratual não enseja ilicitude a justificar a indenização pecuniária, no caso em comento tem-se que tal descumprimento, além de agravar o sofrimento e angústia da paciente que enfrentava grave enfermidade, vindo, inclusive, a óbito, se deu em direta afronta a entendimento já sumulado por esta Corte, evidenciando descaso, má-fé, o que também justifica a sanção pecuniária imposta pelo D. Juízo *a quo*.
> (...)
> Não se pode olvidar que não tenha havido sofrimento maior. A falta de cumprimento injustificado de contrato de plano de saúde, efetuado, justamente para prevenir, preservar e tratar a saúde acarreta não mero desgaste, mas transtornos. A parte autora não pode usufruir adequadamente do serviço, sendo obrigada a ingerências, reclamações, socorrer-se do Judiciário, circunstâncias que revelam transtornos além do que seria natural, caracterizando-se o dano de natureza moral, merecedor da reparação pretendida.
> É de se salientar, o caráter pedagógico da presente indenização. Ao contrário do que se propala (quanto à chamada "indústria" de dano moral), a penalidade serve, justamente, para que se acabe com a cultura:
> "de deixar tudo para o Judiciário resolver". A parte não pode ficar aguardando delonga processual e em face do sobrecarregado Poder Judiciário, em detrimento do direito material que lhe assiste, devendo-se prestigiar e dar cumprimento aos termos e fins da Lei Consumerista Pátria, que visa justamente a pronta reparação, solução e bem estar da relação do consumo.
> Posto isso, tem-se que a indenização por dano moral deve se dar mediante prudente fixação pelo Juiz, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observadas a finalidade compensatória e a extensão do dano experimentado. Referida indenização destina-se a compensar a dor experimentada e, reflexamente, valer de paradigma didático para coibir tais condutas danosas.
> No caso sub judice, o quantum fixado (R$ 12.000,00), é moderado e razoável, tanto para compensar os transtornos sofridos pela parte autora, sem que lhe represente enriquecimento sem causa, funcionando, ainda, como inibidor de situações semelhantes, atendendo, desta forma, à dupla função do instituto indenizatório.

Com efeito, a jurisprudência da Segunda Seção do STJ assinala que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos planos constituídos na modalidade de autogestão, ante a inexistência de relação de consumo.

Esse entendimento, inclusive, foi cristalizado no Enunciado n. 608 da Súmula de jurisprudência desta Corte, *in verbis*: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de

autogestão."

Contudo, o fato de ser inaplicável a legislação consumerista aos contratos de plano de saúde, sob a referida modalidade, não atinge o princípio da força obrigatória do contrato, sendo imperiosa a incidência das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e dos desdobramentos dela decorrentes.

A propósito:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO UNIPESSOAL. AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. INEXISTENTE. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULAS AMBÍGUAS E GENÉRICAS. INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO ADERENTE. NEGATIVA DE COBERTURA DE TRATAMENTO. SÍNDROME CARCINOIDE. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AGRAVAMENTO PSICOLÓGICO. VALOR ARBITRADO. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS. LIMITE MÁXIMO ATINGIDO.
> 1. Ação ajuizada em 11/09/13. Recurso especial interposto em 25/07/16 e concluso ao gabinete em 18/11/16. Julgamento: CPC/15.
> 2. O propósito recursal é definir se há violação ao princípio do colegiado ante o julgamento monocrático da controvérsia, se incide o Código de Defesa do Consumidor nos plano de saúde de autogestão e se há abusividade na conduta da operadora, passível de compensação por danos morais, ao negar cobertura de tratamento ao usuário final.
> 3. O julgamento pelo órgão colegiado via agravo regimental convalida eventual ofensa ao art. 557, *caput*, do CPC/73, perpetrada na decisão monocrática. Tese firmada em acórdão submetido ao regime dos repetitivos.
> 4. A Segunda Seção do STJ decidiu que 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.
> 5. A avaliação acerca da abusividade da conduta da entidade de autogestão ao negar cobertura ao tratamento prescrito pelo médico do usuário atrai a incidência do disposto no art. 423 do Código Civil, pois as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do aderente.
> 6. Quando houver previsão contratual de cobertura da doença e respectiva prescrição médica do meio para o restabelecimento da saúde, independente da incidência das normas consumeristas, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o tratamento indispensável ao usuário.
> 7. O médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - é quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser

> dada ao usuário acometido de doença coberta. Precedentes.
> 8. Esse entendimento decorre da própria natureza do Plano Privado de Assistência à Saúde e tem amparo no princípio geral da boa-fé que rege as relações em âmbito privado, pois nenhuma das partes está autorizada a eximir-se de sua respectiva obrigação para frustrar a própria finalidade que deu origem ao vínculo contratual.
> 9. Honorários advocatícios recursais não majorados, pois fixados anteriormente no patamar máximo de 20% do valor da condenação.
> 10. Recurso especial conhecido e não provido.
> (REsp n. 1.639.018/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 2/3/2018).

Desse modo, havendo previsão contratual de cobertura da doença e prescrição de tratamento pelo médico que acompanha o paciente, independentemente da incidência das normas consumeristas, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o tratamento indispensável ao usuário, sobretudo porque é o médico ou o profissional habilitado quem estabelece a orientação terapêutica adequada ao usuário, e não o plano de saúde.

Portanto, violados injustamente os deveres anexos do contrato, ínsitos à boa-fé objetiva, torna-se impositivo o reconhecimento da ofensa aos direitos imateriais, e, levando-se em consideração que esse foi o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, aplica-se a Súmula n. 83/STJ.

Outrossim, "o fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, *per se*, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, porquanto, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor" (AgRg no AREsp n. 708.082/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 26/2/2016).

De outro lado, a jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. DANO MORAL CONFIGURADO.

> 1.- É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo.
> 2.- Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no AREsp n. 148.113/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/6/2012, DJe 29/6/2012).

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 157 DO RISTJ. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. CONDENAÇÕES DE NATUREZAS DISTINTAS. BASE DE CÁLCULO. PEDIDO DE MAIOR RELEVÂNCIA PARA A AÇÃO.
> 1. A recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos. Precedentes.
> 2. A desnecessidade de revolvimento do acervo fático-probatório dos autos viabiliza a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, com a fixação da indenização a título de danos morais que, a partir de uma média aproximada dos valores arbitrados em precedentes recentes, fica estabelecida em R$12.000,00.
> 3. Em processos em que houver condenações de naturezas distintas, surgindo dúvida quanto à forma de arbitramento dos honorários advocatícios - se com base no § 3º ou no § 4º do CPC - a verba deve ser fixada tendo em vista o objeto central da controvérsia, isto é, o pedido e a causa de pedir que assumirem maior relevância para a ação.
> 4. Recurso especial provido.
> (REsp n. 1.235.714/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/5/2012, DJe 29/5/2012).

Dessarte, depreende-se que o Colegiado estadual julgou a lide com base no substrato fático-probatório dos autos. A revisão do julgado importa necessariamente no reexame de provas, o que é vedado em âmbito de recurso especial, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários fixados na origem em 5% sobre o valor da condenação.

Publique-se.

Brasília-DF, 10 de abril de 2019.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator