

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.752 - PR (2016/0273813-6)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : NOSSA SAÚDE OPERADORA DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE LTDA
ADVOGADOS : DANIELA XAVIER ARTICO - SP139368
RODRIGO DA ROCHA LEITE - PR042170
NILSON MITIHIRO SUGAWARA E OUTRO(S) - PR053404
FLÁVIA MARTIN FABRI - PR067650
RECORRIDO : MARIA CLARA MATTIOLI
ADVOGADOS : JULIANA LICZACOVSKI MALVEZZI - PR025181
HEITOR FABRETI AMANTE - PR028257

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. MEDICAMENTO IMPORTADO. ANVISA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. OBRIGATORIEDADE DE CUSTEIO. AFASTAMENTO. INFRAÇÃO SANITÁRIA. NORMAS PROIBITIVAS DO SETOR. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. LICENÇA POSTERIOR. DOENÇA COBERTA. TRATAMENTO IMPRESCINDÍVEL À RECUPERAÇÃO DO PACIENTE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA DEVIDA. REEMBOLSO. LIMITAÇÃO. SÚMULA Nº 5/STJ. NOTAS FISCAIS EM NOME DE TERCEIROS. INOVAÇÃO EM APELAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RESSARCIMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO EM REAL. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Ação ordinária que visa a cobertura de tratamento quimioterápico com medicamento (Avastin) não registrado, à época, na ANVISA, bem como o reembolso das despesas com a importação do fármaco e a compensação por danos morais.

2. Estão excluídos das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde os procedimentos clínicos experimentais e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (art. 10, I e V, da Lei nº 9.656/1998). Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nºs 6 e 26 da I Jornada de Direito da Saúde.

3. Nos termos de normativos da ANS, medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA. Por seu turno, o tratamento que emprega fármaco não registrado/não regularizado no país pode ser considerado de índole experimental.

4. A exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. De fato, a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei nº 6.360/1976 e 10, IV, da Lei nº 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei. Precedentes.

5. As normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova.

6. Na hipótese, a autora, portadora de câncer colorretal metastático, postula o ressarcimento dos valores despendidos desde 2004 com a aquisição do medicamento Avastin, que, como se extrai do site da ANVISA, teve seu registro concedido tão somente em 16/5/2005.

7. Após o ato registral, a operadora de plano de saúde não pode recusar o tratamento com o fármaco indicado pelo médico assistente. Com efeito, a exclusão da cobertura do produto farmacológico nacionalizado e indicado pelo médico assistente, de uso

Superior Tribunal de Justiça

ambulatorial ou hospitalar e sem substituto eficaz, para o tratamento da enfermidade significa negar a própria essência do tratamento, desvirtuando a finalidade do contrato de assistência à saúde (arts. 35-F da Lei nº 9.656/1998 e 7º, parágrafo único, e 17 da RN nº 387/2015 da ANS). Precedentes.

8. Chegar a conclusão diversa acerca da aplicabilidade da Tabela AMB, que já limita o reembolso ao percentual de 70%, demandaria o reexame e a interpretação das cláusulas do contrato, o que é vedado em recurso especial, consoante a Súmula nº 5/STJ.

9. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se pode inovar em apelação, sendo proibido às partes alterar a causa de pedir ou o pedido, bem como a matéria de defesa, com exceção de temas de ordem pública ou fatos supervenientes. Incidência do efeito devolutivo do recurso e do duplo grau de jurisdição. Impossibilidade de exame, nesta instância especial, do ponto concernente à exclusão das notas fiscais que estão em nome de terceiros, haja vista a ausência de prequestionamento.

10. São legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. Legalidade do reembolso se a moeda estrangeira for convertida em reais usando a cotação do dia do desembolso, seguida de atualização monetária. Afastamento do ressarcimento de valores em dólar americano ou em euro ou a indexação de dívida pela variação cambial.

11. Em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combalido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses correntes de inadimplemento contratual.

12. Há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais.

13. Não há falar em dano moral indenizável quando a operadora de plano de saúde se pautar conforme as normas do setor. No caso, não havia consenso acerca da exegese a ser dada ao art. 10, incisos I e V, da Lei nº 9.656/1998.

14. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.752 - PR (2016/0273813-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por NOSSA SAÚDE OPERADORA DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE LTDA., com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Noticiam os autos que MARIA CLARA MATTIOLI, diagnosticada em 2003 com neoplasia maligna de cólon, ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer combinada com a pretensão de cobrança contra a ora recorrente buscando a cobertura de tratamento quimioterápico com o medicamento Avastin, não registrado, à época, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Requereu também o reembolso das despesas que teve com a importação e a aplicação do referido fármaco em rede não credenciada bem como a compensação por danos morais.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que o remédio era necessário para a recuperação da usuária, embora sem registro inicial na ANVISA, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial para

"(...)

(i) condenar a ré ao ressarcimento dos valores despendidos à compra do medicamento Avastin, os quais deverão ser apurados em liquidação por cálculo e corrigidos monetariamente desde a data do dispêndio, pela média do INPC-IBGE, e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, ambos até o seu efetivo pagamento, devendo a autora arcar com o pagamento pela aplicação na clínica de sua escolha, porque não conveniada;

(ii) condenar a ré, confirmando parcialmente a decisão proferida em sede de tutela antecipada, a fornecer à autora o medicamento Avastin, até o final do tratamento, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a hipótese de descumprimento (art. 461, § 3º do CPC);

(iii) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que igualmente deverá ser acrescida dos consectários legais acima indicados, nos termos contidos na fundamentação" (fls. 567/568).

Irresignada, a operadora de plano de saúde interpôs apelação, a qual foi parcialmente conhecida e não provida. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COBRANÇA E COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - INDICAÇÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO COM O MEDICAMENTO AVASTIN - NEGATIVA DE COBERTURA - PRETENSÃO INICIAL

Superior Tribunal de Justiça

PARCIALMENTE ACOLHIDA.

AGRAVO RETIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - NEGATIVA DE COBERTURA QUE NÃO FOI COMUNICADA DE FORMA CABAL E INEQUÍVOCA À APELADA, IMPOSSIBILITANDO A FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL.

APELAÇÃO - REEMBOLSO DE 70% SOBRE O VALOR DA TABELA DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA - PLEITO FORMULADO DE FORMA GENÉRICA, SEM INDICAR OS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO PARA A REFORMA DA DECISÃO - NÃO CONHECIMENTO - AFASTAMENTO DE PAGAMENTOS REALIZADOS EM MOEDA ESTRANGEIRA, BEM COMO DE NOTAS FISCAIS EM NOME DE TERCEIROS - INOVAÇÃO RECURSAL - MATÉRIA NÃO DISCUTIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - NÃO CONHECIMENTO.

MÉRITO DA APELAÇÃO - AUSÊNCIA, À ÉPOCA, DE REGISTRO DO MEDICAMENTO AVASTIN NA ANVISA - DESCABIMENTO - OMISSÃO QUE NÃO PODE SE SOBREPOR À GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE DA APELADA - REMÉDIO RECEITADO PELO MÉDICO, QUE É O RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO ONCOLÓGICO - ALEGAÇÃO DE MEDICAMENTO EXPERIMENTAL - DESCABIMENTO - FÁRMACO QUE VEIO A SER REGULARMENTE REGISTRADO EM ABRIL DE 2007 E QUE É AMPLAMENTE UTILIZADO PARA O TRATAMENTO DE CÂNCER - AFASTAMENTO DO DANO MORAL ARBITRADO - IMPOSSIBILIDADE - HIPÓTESE DE DANO MORAL IN RE IPSA - REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - IMPOSSIBILIDADE - PARTE AUTORA QUE DECAIU EM PARTE MÍNIMA DE SEU PEDIDO.

AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO" (fls. 707/708).

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos em parte, a fim de esclarecer

"(...) que (i) a embargante deverá efetuar o ressarcimento dos gastos efetuados pela autora com a compra do medicamento Avastin, conforme determinado na sentença, não se aplicando, ao caso, a cláusula 11.5 do contrato, e (ii) na data do pagamento, o valor devido pela embargante em moeda estrangeira deverá ser convertido em Reais, tendo como referência a cotação do dia do desembolso de cada quantia e, em seguida, atualizada segundo o INPC" (fl. 768).

Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - APLICAÇÃO DA TABELA DA AMB - OMISSÃO VERIFICADA - ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS QUE, CONTUDO, NÃO IMPLICA EM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES - MATÉRIA DECIDIDA NA SENTENÇA DE FORMA ESCORREITA - ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DE GASTOS EFETUADOS EM NOME DE TERCEIROS - OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - QUESTÃO QUE, DE FORMA ACERTADA, NÃO FOI CONHECIDA NO ACÓRDÃO - REEMBOLSO DOS GASTOS REALIZADOS EM MOEDA ESTRANGEIRA - CONTRADIÇÃO VERIFICADA - INDEXAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA - POSSIBILIDADE - PAGAMENTO QUE, CONTUDO, DEVE OCORRER EM MOEDA NACIONAL - CÁLCULO COM BASE NA COTAÇÃO DA DATA DO DESEMBOLSO DE CADA QUANTIA - DEMAIS ALEGAÇÕES - MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA -

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS" (fls. 756/757).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 334, 515, §§ 1º e 2º, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); 188, 306 e 318 do Código Civil (CC); 10, I e V, da Lei nº 9.656/1998 e 31 da Lei nº 11.343/2006.

Aduz, inicialmente, a nulidade do acórdão dos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional, visto que não foram supridos os vícios apontados na petição recursal.

Alega também que as operadoras de plano de saúde somente podem ser compelidas a restituir valores de medicamentos que sejam registrados na ANVISA, consoante prevê a legislação específica, a qual foi integralmente cumprida, não havendo nenhum ato ilícito.

Acrescenta que

"(...) o acórdão dispôs de forma expressa que a recorrente deveria ressarcir à recorrida o valor integral das aquisições do medicamento Avastin. Mas, conforme ampla exposição da recorrente ao longo de todo o processo, o referido medicamento somente teve a sua regular comercialização iniciada no ano de 2007, após o efetivo registro na ANVISA.

Com isso, entre os anos de 2004 e 2007, não havia qualquer imposição legal ou regulamentar que ensejasse o suporte do tratamento do remédio pela Operadora, pura e simplesmente por não ser reconhecido pelas autoridades brasileiras.

Aliás, Exas., ante a ausência de registro perante a ANVISA, sequer se mostrava possível a aquisição do medicamento por parte da operadora de forma regular no mercado nacional" (fl. 778).

Argui que a importação de fármaco sem registro ou autorização do órgão governamental competente constitui infração sanitária, não podendo, pois, ser comercializado.

Busca ainda, após o deferimento superveniente da comercialização da substância, a limitação do reembolso à proporção de 70% (setenta por cento), na forma da Tabela da Associação Médica Brasileira - AMB.

Sustenta que não pode haver o ressarcimento de notas fiscais em nome de terceiro, porquanto *"(...) o artigo 366, do CC, dispõe de forma clara e expressa que o pagamento realizado por terceiro com oposição ou desconhecimento do devedor não gera obrigação no dever de reembolso" (fl. 782).*

Assinala a nulidade das *"(...) convenções de pagamento em moeda estrangeira" (fl. 783).*

Por fim, defende a não ocorrência de danos morais, já que a hipótese é de interpretação razoável de cláusula contratual.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 868/887), o recurso foi admitido na

Superior Tribunal de Justiça

origem (fls. 889/891).

Às fls. 907/911, foi concedido parcialmente pedido de tutela de urgência, a fim de conferir efeito suspensivo ao recurso especial, apenas para que fossem sustados os atos de execução quanto aos valores de reembolso do medicamento Avastin adquirido em data anterior ao seu registro na ANVISA (16/5/2005).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.752 - PR (2016/0273813-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

As questões controvertidas nestes autos são: a) se houve negativa de prestação jurisdicional pela Corte estadual quando do julgamento dos embargos de declaração; b) se o plano de saúde deve reembolsar os custos de medicamento importado sem registro na ANVISA, essencial para o êxito de tratamento oncológico (no caso, o Avastin, para tratar câncer colorretal metastático); c) se deve ser observada a Tabela AMB para o ressarcimento das despesas assistenciais; d) se as notas fiscais em nome de terceiros devem ser incluídas na condenação; e) se podem ser reembolsados os valores em moeda estrangeira e f) se ocorreu dano moral indenizável.

1. Da negativa de prestação jurisdicional

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento a respeito de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que as instâncias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. É cediço que a escolha de uma tese refuta, ainda que implicitamente, outras que sejam incompatíveis.

Registra-se, por oportuno, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSFERÊNCIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO PELA CORTE LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. JULGADO QUE TRAZ FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. 'Quando o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não se configura ofensa ao artigo 535 do CPC. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte' (AgRg no Ag 1.265.516/RS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 30/06/2010).

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp nº 205.312/DF, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 11/2/2014).

2. Da obrigatoriedade de cobertura do medicamento Avastin pelos planos de saúde

No que tange à cobertura obrigatória do medicamento Avastin pelos planos de saúde, visto ser essencial para o tratamento do câncer de cólon metastático, a recorrente alega ser lícita a limitação de riscos cobertos, a exemplo das vedações de tratamento clínico experimental e de custeio de remédio importado não registrado na ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Efetivamente, consoante a Lei nº 9.656/1998, estão excluídos das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde os procedimentos clínicos experimentais e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados.

Eis a redação do art. 10, incisos I e V, da Lei de Planos de Saúde:

"Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

(...)

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados ;

(...)

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS." (grifou-se)

Nesse passo, resta definir se o fármaco Avastin se enquadra nessas restrições normativas e, caso não se inclua, se possui cobertura obrigatória pelos planos de saúde.

De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), órgão responsável pela atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA. Por seu turno, o tratamento que emprega fármaco não registrado/não regularizado no país pode ser considerado de índole experimental.

A propósito, confira-se a redação do art. 20, § 1º, I e V, da RN nº 387/2015 da ANS, atualmente em vigor:

Superior Tribunal de Justiça

"Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

- a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;*
 - b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia- CFO; ou*
 - c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).*
- (...)*

V - fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA;". (grifou-se)

Cumpra ainda assinalar que a exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA encontra também fundamento nas normas de controle sanitário. Isso porque a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei nº 6.360/1976 e 10, IV, da Lei nº 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei (vide REsp nº 1.481.089/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 9/12/2015).

A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DE DAR. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em princípio, a prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado.

2. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais.

3. Não pode o Judiciário impor a prestadora de serviços que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto na Lei n. 6.360, art. 66, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente.

4. Recurso especial provido." (REsp nº 874.976/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, DJe 14/12/2009 - grifou-se).

Nesse sentido, vale conferir também a Recomendação nº 31/2010 do Conselho

Superior Tribunal de Justiça

Nacional de Justiça (CNJ) e os seguintes enunciados da I Jornada de Direito da Saúde, estes a seguir transcritos:

"Enunciado nº 6

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei."

"Enunciado nº 26

É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental."

Conclui-se, assim, ser lícita a exclusão, na Saúde Suplementar, de tratamento médico envolvendo medicamento importado e sem registro vigente na ANVISA, mesmo porque as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, como cediço, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova.

Sobre o tema:

"DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECUSA À COBERTURA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. PLANO DE SAÚDE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ÔMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO. BOA FÉ OBJETIVA. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 31.10.2013. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73.

2. A questão posta a desate nestes autos, consiste em aferir se é abusiva cláusula contratual de plano de saúde, que restringe o fornecimento de medicamento importado sem registro na ANVISA.

3. Ausente o vício do art. 535, II do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente e dos dispositivos legais indicados como violados, apesar da interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

5. Na hipótese, além do contrato firmado entre as partes, a Lei 9.656/98 autoriza, expressamente, a possibilidade de exclusão do plano-referência o 'fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados'.

6. A manutenção da higidez do setor de suplementação privada de assistência à saúde, do qual a recorrente faz parte, depende do equilíbrio econômico financeiro decorrente da flexibilização das coberturas assistenciais oferecidas que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde.

7. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76.

8. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido." (REsp nº

Superior Tribunal de Justiça

1.641.896/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 22/3/2017)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 126/STJ. NÃO APLICAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

2. A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetado pelos órgãos governamentais.

3. Não obstante a possibilidade de pessoas físicas obterem autorização da Anvisa em caráter excepcional para importação de medicamento não registrado, desde que não seja expressamente proibido ou proscrito, não é possível impor ao plano de saúde o fornecimento desse tipo de fármaco, sob pena de prática de ato tipificado como infração de natureza sanitária, conforme art. 66 da Lei n. 6.360/1976. Precedentes desta Corte.

4. Agravo interno não provido." (AgInt no AREsp nº 988.070/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 4/4/2017).

Na espécie, a autora postula o ressarcimento dos valores despendidos desde 2004 com a aquisição do medicamento Avastin. Ocorre que, como se extrai do site da ANVISA, o registro de tal antineoplásico foi concedido tão somente em 16/5/2005 para os casos de câncer colorretal metastático (<http://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351255514200483/?nomeProduto=avastin>, acessado em Jul./2017).

Confira-se:

"(...)

O Avastin® foi registrado nos EUA em 2004, inicialmente para o tratamento de primeira linha de pacientes com câncer colorretal metastático. Em 2008, houve a aprovação da indicação para o tratamento do câncer de mama metastático.

No Brasil, esse produto foi registrado em 2005 para o tratamento de primeira linha de pacientes com câncer colorretal metastático. No primeiro semestre de 2010, foi aprovada a indicação de Avastin® para o tratamento de primeira linha de pacientes com câncer de mama metastático ou recorrente, em combinação com quimioterapia a base de taxanos, baseado em um estudo fase III, com o uso de Avastin® em combinação ao paclitaxel."

(In: Anvisa alerta sobre mudança na indicação de uso do Avastin® (bevacizumabe) no tratamento do câncer de mama metastático. <<http://portal.anvisa.gov.br/>>, acessado em Jul./2017 - grifou-se)

Nesse contexto, cabe asseverar que a exclusão da cobertura de produto farmacológico agora nacionalizado, como no caso do Avastin após o registro, e indicado pelo médico assistente, de uso ambulatorial ou hospitalar e sem substituto eficaz, para o tratamento de

Superior Tribunal de Justiça

enfermidade significa negar a própria essência do tratamento, desvirtuando a finalidade do contrato de assistência à saúde.

De fato, a assistência suplementar à saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da higidez física, mental e psicológica do paciente (art. 35-F da Lei nº 9.656/1998). É por isso que a cobertura assistencial obrigatória abrange, caso haja indicação clínica, os insumos necessários para realização de procedimentos cobertos, incluídos os medicamentos, sobretudo os registrados ou regularizados na ANVISA, imprescindíveis para a boa terapêutica do usuário (arts. 7º, parágrafo único, e 17 da RN nº 387/2015 da ANS).

A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de ser abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde de procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para preservar a saúde e a vida do paciente, mesmo porque a opção da técnica a ser utilizada cabe ao médico especialista.

Como é de conhecimento, a integralidade da assistência terapêutica alcança, de forma harmônica e igualitária, as ações e os serviços de saúde preventivos e curativos, inclusive farmacêuticos, implicando atenção individualizada, para cada caso, segundo as suas exigências.

Aliás, como bem asseverado pelo Ministro João Otávio de Noronha quando do julgamento do REsp nº 874.976/MT (Quarta Turma, DJe 14/12/2009), "Em princípio, a prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado".

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA USO DOMICILIAR - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE.

(...)

2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, de cobertura financeira a medicamento prescrito ao usuário.

2.1. Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do código consumerista), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico ou de internação hospitalar relativos a doença coberta.

2.2. Consoante assente pela Corte estadual: (i) 'se o contrato celebrado entre as partes não exclui a cobertura para transplante renal, fato incontroverso no caso concreto, não pode excluir o tratamento pré-operatório prescrito como adequado à

realização da cirurgia necessária à sua cura'; e (ii) 'o medicamento em questão já se encontra registrado na ANVISA, conforme documento de fls.62'.

2.3. Consonância entre o acórdão estadual e a jurisprudência desta Corte (o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ), revelando-se, outrossim, necessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos a fim de suplantar a cognição acerca da natureza (experimental ou não) do medicamento em questão (aplicação do óbice da Súmula 7/STJ).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp nº 678.575/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe 2/9/2015 - grifou-se)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECUSA NO CUSTEIO DE TRATAMENTO COM MEDICAMENTO PRESCRITO POR MÉDICO ESPECIALISTA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. JULGAMENTO DO APELO EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO DESTE SODALÍCIO. SÚMULA 83/STJ.

(...)

3. Entende-se por abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque 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.

4. A prestadora de serviço não apresentou argumento novo capaz de modificar as conclusões adotadas, que se apoiaram em entendimento aqui consolidado. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp nº 1.476.276/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, DJe 7/4/2015 - grifou-se)

Assim, após o registro, a operadora de plano de saúde não poderia recusar o tratamento com o fármaco indicado pelo médico assistente. Todavia, em data anterior ao ato registral, não era obrigada a custeá-lo.

É por isso que a pretensão recursal merece amparo somente quanto às despesas com o medicamento Avastin ocorridas em data anterior ao seu registro na ANVISA.

3. Do reembolso e da Tabela AMB

Quanto à pretensão de aplicação da Tabela AMB, a limitar o reembolso ao percentual de 70% (setenta por cento), o acórdão local, examinando o instrumento contratual, consignou que a cláusula 11.5, a qual fazia tal previsão, estava relacionada com a cláusula 11.1, ou seja, estava adstrita à utilização de serviços na rede não credenciada.

Desse modo, como a obrigação de ressarcimento dos valores gastos pela autora com a utilização de clínica e profissional eleitos foi afastada pelo magistrado sentenciante, e a hipótese é apenas de custeio de fármaco, foram consideradas inaplicáveis ambas as cláusulas, limitativas do reembolso.

Superior Tribunal de Justiça

Eis o trecho do acórdão dos embargos de declaração que abordou o tema:

"(...)

Quanto à aplicação da Tabela da AMB ao caso em comento, registre-se que, de fato, há omissão no acórdão.

Da análise das razões do recurso de apelação interposto pela embargante, limitou-se a sua fundamentação, no que se refere à incidência da referida tabela, à seguinte frase: '(..) contudo, em remota hipótese de entendimento diverso, deve-se considerar válida a cláusula 11.5 do contrato, determinada da Tabela AMB, aplicando-se redutor de 30%' (fl. 568).

Pois bem.

Do exame da sentença, constata-se que o juízo a quo, apesar de não ter se pronunciado especificamente sobre a questão, a enfrentou de modo global, e rejeitou a argumentação da embargante.

(...)

O entendimento em questão revela-se escorreito, uma vez que, por não ter fornecido voluntariamente o medicamento Avastin, ao qual estava contratualmente obrigada, deve a embargante arcar com os custos que a embargada teve com a sua compra, pois foi esta a extensão do dano que lhe foi causado (art. 944, caput, Código Civil).

Registre-se, ademais, que a cláusula 11.5, pela embargante, faz referência à cláusula 11.1 da avença, cujo teor é o que segue:

'11.1 Somente nos casos de URGÊNCIA e EMERGÊNCIA, haverá a cobertura de reembolso, nos limites das responsabilidades da contraprestação pecuniária assumida pelos Beneficiários, para as despesas efetuadas, quando da utilização de serviços não disponíveis ou onde o NOSSA SAÚDE não mantenha credenciamento com profissionais e estabelecimentos de saúde, sendo que para tal o Beneficiário deverá apresentar os seguintes documentos:

(...)' (fl. 329)

Ora, da análise da referida cláusula, vê-se que ela diz respeito ao reembolso, a ser realizado pela embargante, relativo à utilização emergencial, pelos beneficiários, de serviços na rede não credenciada.

E não há dúvidas de que a cláusula 11.5, que prevê o reembolso de 70%, está relacionada ao disposto na cláusula 11.1, ou seja, à utilização de serviços na rede não credenciada.

Entretanto, da análise do trecho da sentença acima colacionado, percebe-se que o juízo a quo afastou a obrigação da embargante em ressarcir os valores gastos pela embargada na rede não credenciada, relativamente à clínica e ao profissional escolhido para o tratamento, 'já que a própria autora optou por realizá-lo em estabelecimento não credenciado'.

(...)

Portanto, não se aplica, ao caso, a cláusula 11.5, uma vez que a sentença afastou a obrigação da ré de ressarcir os valores gastos pela autora com a utilização de serviços na rede não credenciada, relativamente à clínica e ao profissional eleitos.

Ademais, como previamente asseverado, a embargante deve ressarcir todos os valores gastos pela autora com a compra do medicamento Avastin, em vista de sua responsabilidade contratual pelo fornecimento do

Superior Tribunal de Justiça

fármaco, não havendo que se falar, neste particular, em aplicação da cláusula 11.5.

Isto porque, além de o fornecimento do medicamento Avastin não se enquadrar na hipótese regulada pela cláusula 11.1, a embargante tinha o dever contratual de fornecê-lo, razão pela qual é necessário o ressarcimento dos valores gastos pela autora com a sua compra, independentemente do fato de o referido fármaco ter sido aplicado na rede não credenciada.

Destarte, acolhe-se os embargos, sem efeitos infringentes, para o fim de esclarecer que a embargante deverá efetuar o ressarcimento dos gastos efetuados pela autora com a compra do medicamento Avastin, conforme determinado na sentença, não se aplicando, ao caso, a cláusula 11.5 do contrato." (fls. 759/762).

Ora, chegar a conclusão diversa demandaria o reexame e a interpretação das cláusulas do contrato, o que é vedado em recurso especial, consoante a Súmula nº 5/STJ (*vide* AgInt no AREsp nº 808.807/MS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 8/9/2016, e EDcl nos EDcl no AREsp nº 682.988/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 12/8/2016).

4. Das notas fiscais em nome de terceiro

No tocante ao pedido de exclusão das notas fiscais que estão em nome de terceiros, a Corte de origem pontificou que "(...) *tal questão não foi arguida na contestação e, por conseguinte, não foi enfrentada na sentença, motivo pelo qual não pode ser conhecida*" (fl. 765).

Sobre o tema, a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior é no sentido de que não se pode inovar em apelação, sendo proibido às partes alterar a causa de pedir ou o pedido, bem como a matéria de defesa, a exceção de temas de ordem pública ou fatos supervenientes.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS (SÚMULA 7/STJ). RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem concluiu pela inexistência de cerceamento de defesa uma vez que, na contestação apresentada pelo réu, não houve impugnação aos fatos narrados na inicial, sendo incabível inovação de fundamento de fato de defesa em fase de apelação. Revisão da matéria de fato que, ademais, encontra óbice na Súmula 7.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp nº 365.154/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 18/10/2013 - grifou-se)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Por força dos arts. 515, 516 e 517 do Código de Processo Civil não é dado à parte inovar na apelação, deduzindo causa petendi diversa daquela apresentada no

Superior Tribunal de Justiça

pedido inicial e devidamente rechaçada na sentença.

2 - É na precisa lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, invocando Barbosa Moreira, a 'impossibilidade de inovar a causa no juízo da apelação, em que é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão a quo.....' (Curso de Direito Processual Civil, volume 3, 3ª edição, 2007, Edições Jus Podium).

3 - Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença." (REsp nº 276.092/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 16/11/2009)

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DEVEDOR. MATÉRIA QUE NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VIOLAÇÃO AO ART. 515 E 517 DO CPC.

1. O art. 515, caput e § 1, do CPC dispõe sobre o efeito devolutivo da apelação, ou seja, ao Tribunal só é dado avaliar as questões suscitadas e discutidas no processo em primeiro grau. Vale dizer, se determinada questão não foi colocada ao julgamento do magistrado a quo, o Tribunal não pode apreciá-la (princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*). Essa regra geral é confirmada pela leitura do art. 517 da Lei Adjetiva Civil, que traz a exceção.

2. Portanto, só é possível inovação da causa de pedir em sede de razões de apelação se a nova matéria a ser discutida não pôde ser levada ao primeiro grau por motivos de força maior. Além disso, é claro, o segundo grau sempre pode conhecer das matéria de ordem pública, mas isso em razão do efeito translativo (art. 267, § 3º, do CPC).

3. Apreciando a questão da falta de notificação do lançamento, que não foi alvo de apreciação pelo magistrado a quo e também não é matéria de ordem pública, o Tribunal de origem malferiu os arts. 515 e 517 do CPC.

4. Recurso especial provido." (REsp nº 884.983/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 25/11/2008)

Logo, como o pleito de afastamento dos gastos efetuados em nome de terceiros somente foi feito na apelação, mas poderia ter sido aventado desde a contestação, trata-se de indevida inovação, contrária ao efeito devolutivo da apelação e ao duplo grau de jurisdição.

Assim, acertadamente a Corte de Justiça paranaense não conheceu do pedido, e tampouco pode ele ser apreciado, pela primeira vez, nesta instância especial, que exige o devido questionamento.

5. Dos valores em moeda estrangeira

Com relação à nulidade das convenções de pagamento em moeda estrangeira, conforme previsão do art. 318 do CC, cumpre assinalar que em momento algum foi determinado o reembolso de valores em dólar americano ou em euro ou a indexação de dívidas pela variação cambial.

Com efeito, consta do acórdão recorrido que "(...) o valor devido pela embargante em moeda estrangeira deverá ser convertido em Reais, tendo como referência a cotação do dia

Superior Tribunal de Justiça

do desembolso de cada quantia e, em seguida, atualizada segundo o INPC" (fl. 765).

Desse modo, referido entendimento encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, a qual prega serem legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional.

Confira-se:

"DIREITO CIVIL E COMERCIAL. CONTRATAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA. PAGAMENTO MEDIANTE CONVERSÃO EM MOEDA NACIONAL. INDEXAÇÃO DE DÍVIDAS PELA VARIAÇÃO CAMBIAL DE MOEDA ESTRANGEIRA. CONTRATO CIVIL DE MÚTUO. ALEGAÇÃO DE AGIOTAGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DE REGULARIDADE JURÍDICA DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES.

- O art. 1º do Dec. 23.501/33 proíbe a estipulação de pagamentos em moeda estrangeira, regra essa mantida pelo art. 1º do DL 857/69 e pelo art. 1º da Lei 10.192/01 e, mais recentemente, pelos arts. 315 e 318 do CC/02. A vedação aparece, ainda, em leis especiais, como no art. 17 da Lei 8.245/91, relativa à locação. A exceção a essa regra geral vem prevista no art. 2º do DL 857/69, que enumera hipóteses em que se admite o pagamento em moeda estrangeira.

- A despeito disso, pacificou-se no STJ o entendimento de que são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional.

- O entendimento supra, porém, não se confunde com a possibilidade de indexação de dívidas pela variação cambial de moeda estrangeira, vedada desde a entrada em vigor do Plano Real (Lei 8.880/94), excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69.

- Quando não enquadradas nas exceções legais, as dívidas fixadas em moeda estrangeira não permitem indexação. Sendo assim, havendo previsão de pagamento futuro, tais dívidas deverão, no ato de quitação, ser convertidas para moeda nacional com base na cotação da data da contratação e, a partir daí, atualizadas com base em índice de correção monetária admitido pela legislação pátria.

- Não obstante o art. 3º da MP 1.965-14/00, cuja última reedição se deu sob o nº 2.172-32/01, impute ao credor ou beneficiário de contratos civis de mútuo o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, a inversão do ônus da prova é vinculada à demonstração, pelo devedor, da verossimilhança de suas alegações.

Recurso especial a que se nega provimento." (REsp nº 804.791/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 25/9/2009 - grifou-se)

6. Do dano moral

No concernente ao dano moral, é certo que, em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combalido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses correntes de inadimplemento contratual.

Todavia, há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, de forma que a conduta da operadora, ao optar pela restrição da cobertura

Superior Tribunal de Justiça

sem ofender os deveres anexos do contrato - como a boa-fé -, não pode ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, o que afasta qualquer pretensão de compensação por danos morais.

Por pertinente, cabe conferir o seguinte trecho do voto vogal proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti nos EREsp nº 1.457.475/MG (Rel. para acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 3/6/2016), que ponderou quanto à importância de se diferenciar os diversos casos de recusa injustificada de cobertura de tratamento de saúde para fins de condenação da operadora por danos morais:

"(...)

Senhor Presidente, penso que devem ser amadurecidas as hipóteses em que cabe dano moral em caso de plano de saúde.

A jurisprudência do STJ era quase que peremptória no sentido de que o mero descumprimento contratual não dava ensejo a danos morais.

Em seguida, foi evoluindo e reconhecendo, sobretudo em casos de plano de saúde, que o descumprimento do contrato em determinadas situações causa abalo moral, porque, quando a pessoa está doente, ela quer contar com o plano de saúde imediatamente, e, em geral, é colhida em uma situação de fragilidade.

Não considero, todavia, que qualquer recusa de cobertura gere dano moral indenizável. Devem, ao meu sentir, ser sopesadas as circunstâncias de fato de cada caso concreto para verificar se a recusa do plano de saúde foi baseada em discussão contratual séria, razoável, à época em que houve a recusa, por um lado, e, por outro lado, se era uma questão de emergência que tenha causado grave risco ao segurado; se houve recusa de cobertura ou apenas recusa de ressarcimento de tratamento já efetuado. Esses são alguns dos aspectos que considero, com base no panorama de fato traçado na origem e nos fatos incontroversos. Não penso que qualquer recusa de plano de saúde deva gerar dano moral, porque, de outra forma, seria impossibilitada a discussão de cláusulas contratuais pertinentes a plano de saúde no Judiciário.

Nesse caso ora em julgamento, observo que a ação foi proposta no ano de 2009, sem invocação de precedente do STJ sobre essa questão do stent. Hoje o direito à cobertura, mesmo havendo cláusula excludente e contrato não adaptado à Lei 9.656/98, é pacificamente proclamado pela jurisprudência, de modo que atualmente a recusa de cobertura de stent seria injustificável, meramente para postergar o direito do consumidor. Na época em que foi ajuizada a ação, todavia, a questão era controvertida, sobretudo em se tratando de contrato não adaptado à Lei de 9.656/98.

(...)

Quanto ao dano moral, persisto, e peço a máxima vênia do Relator, no entendimento de que, nas circunstâncias deste caso, de contrato não adaptado, em uma época em que a jurisprudência não era tão clara como é hoje, a discussão contratual trazida ao Judiciário era razoável, não havendo fundamento para impor condenação a este título". (grifou-se)

Perfilhando do mesmo entendimento, os seguintes precedentes desta Terceira

Superior Tribunal de Justiça

Turma:

"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. DOENÇA. COBERTURA. RECUSA INJUSTIFICADA. DEVERES ANEXOS OU LATERAIS. BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1. O propósito recursal é determinar se a negativa da seguradora ou operadora de plano de saúde em custear tratamento de doença coberta pelo contrato tem, por si só, a aptidão de causar dano moral ao consumidor segurado.

2. Embora o mero inadimplemento, geralmente, não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o abalo aos direitos da personalidade advindos da recusa indevida e ilegal de cobertura securitária, na medida em que a conduta agrava a já existente situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado.

3. A recusa indevida e abusiva de cobertura médica essencial à cura de enfermidade coberta por plano de saúde contratado caracteriza o dano moral, pois há frustração da justa e legítima expectativa do consumidor de obter o tratamento correto à doença que o acomete.

4. Existem situações, todavia, em que a recusa não é indevida e abusiva, sendo possível afastar a presunção de dano moral, pois dúvida razoável na interpretação do contrato não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização.

5. O critério distintivo entre uma e outra hipótese é a eventualidade de a negativa da seguradora pautar-se nos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, a qual impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca colaboração, notadamente, com a prestação das informações necessárias ao esclarecimento dos direitos entabulados no pacto e com a atuação em conformidade com a confiança depositada.

6. In casu, o tratamento para a doença (neoplasia) por meio de radioterapia teria sido previsto no contrato, e a negativa de cobertura teria sido justificada pelo fato de o método específico de tratamento não estar previsto na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Como a negativa de cobertura não estava expressa e destacada no contrato e como o tratamento seria necessário e indispensável à melhora da saúde, a recusa ao custeio do tratamento mostra-se injusta e decorrente de abuso, violando a justa expectativa da parte, o que revela a existência de dano moral a ser indenizado.

7. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 1.651.289/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 5/5/2017 - grifou-se)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO HOME CARE. TRATAMENTO DEFERIDO JUDICIALMENTE. RECUSA FUNDADA EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A recusa da operadora do plano de saúde baseou-se na ausência de previsão contratual para o fornecimento de home care. Dúvida razoável na interpretação do contrato que não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ.

2. Agravo desprovido." (AgInt no AREsp nº 983.652/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 2/2/2017 - grifou-se)

Superior Tribunal de Justiça

Na espécie, a negativa de custeio do medicamento Avastin pela recorrente estava amparada não só em cláusula contratual, mas em normas de vigilância sanitária e da própria Lei nº 9.656/1998, que permitia a exclusão assistencial de medicamento importado não nacionalizado. É certo que tal situação modificou-se após o registro do fármaco na ANVISA, mas ainda não havia, à época, entendimento dominante sobre o termo inicial da obrigatoriedade do fornecimento: se do ato registral ou da inclusão do remédio no rol de coberturas a que estão obrigadas as operadoras de plano de saúde (no caso, abril de 2008, por meio da RN nº 167 da ANS).

Logo, não há falar em dano moral indenizável, visto que a conduta da operadora estava conforme as normas do setor e não havia consenso acerca da exegese a ser dada ao art. 10, incisos I e V, da Lei nº 9.656/1998.

7. Do dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar da condenação: (i) os valores de reembolso do medicamento Avastin adquirido em data anterior ao seu registro na ANVISA (16/5/2005) e (ii) a compensação por danos morais, cassando, ademais, a tutela de urgência de fls. 907/911.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, a demandada arcará com 70% das custas processuais e dos honorários advocatícios, enquanto que a demandante arcará com 30%, mantidos os valores arbitrados na sentença.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0273813-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.632.752 / PR

Números Origem: 00135511420098160001 7922009 99008580 990085801 990085802

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NOSSA SAÚDE OPERADORA DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA
A SAÚDE LTDA

ADVOGADOS : DANIELA XAVIER ARTICO - SP139368
RODRIGO DA ROCHA LEITE - PR042170
NILSON MITIHIRO SUGAWARA E OUTRO(S) - PR053404
FLÁVIA MARTIN FABRI - PR067650

RECORRIDO : MARIA CLARA MATTIOLI

ADVOGADOS : JULIANA LICZACOVSKI MALVEZZI - PR025181
HEITOR FABRETI AMANTE - PR028257

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.