

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.705 - SP (2017/0267383-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A
ADVOGADOS : CARLOS MAXIMIANO MAFRA DE LAET - SP104061
JULIANA FERNANDES MONTENEGRO E OUTRO(S) - SP310794
BRUNA LOBO GUIMARAES E OUTRO(S) - DF034831
RECORRIDO : MARINA ZOE SKYVALAKIS STEGMANN
ADVOGADO : CLAUDIA RABELLO NAKANO E OUTRO(S) - SP240243

QUESTÃO DE ORDEM

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de pedido de desistência formulado pela recorrente, não só após a inclusão do processo em pauta, mas juntada aos autos na véspera da respectiva sessão de julgamento.

O agravo foi convertido em recurso especial em 19/12/2017. Foi publicada a pauta no dia 20/08/2018, o pedido de desistência foi entregue na secretaria sexta-feira, 24/08/2018, às 18:46 horas e concluso ao gabinete em 27/08/2018.

O pedido encontra amparo no art. 998 do CPC/15, que possibilita ao recorrente “a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”. A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo da parte de desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente.

Não se pode, entretanto, interpretar o comando legal de forma isolada, atendo-se apenas à sua literalidade e ignorando o contexto em que está inserido.

Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 998 do CPC/15 deve guardar coerência com a sistemática

Superior Tribunal de Justiça

recursal vigente, com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso de que se pretende desistir.

Nesse aspecto, não se pode olvidar que o STJ foi criado pela CF/88, fruto de um movimento iniciado em 1985, durante período de redemocratização em que ficou clara a necessidade de se impor modificações na estrutura do Poder Judiciário, notadamente com a criação de um órgão de confluência de todas as vertentes jurisdicionais não especializadas, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em âmbito nacional, baseado nos primados constitucionais e na garantia e defesa do Estado de Direito.

Em outras palavras, a exegese do art. 998 do CPC/15 deve ser feita à luz da Constituição e conforme a missão institucional do STJ, levando-se em consideração o seu papel, que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país.

A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos.

Esse entendimento foi incorporado pelo CPC/15, ao dispor que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos” (art. 998, parágrafo único).

Numa reflexão mais detida sobre o tema, percebe-se que essa premissa na realidade é válida de forma indistinta para o julgamento de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um interesse coletivo, ainda que aqueles sujeitos ao procedimento dos repetitivos possam tê-lo em maior proporção.

Superior Tribunal de Justiça

Em igual caminho, esta Corte já possui precedentes acolhendo a relevância do julgamento de recursos especiais com vistas à consolidação de teses de direito que transcendem o interesse individual da demanda, sobretudo para desestimular a má-fé do requerente em não ver fixada jurisprudência contrária aos seus interesses (REsp 1555363/SP, Segunda Turma, DJe 07/10/2016; DESIS no AgRg na MC 22.582/RJ, Primeira Turma, DJe 22/05/2014; REsp 1308830/RS, Terceira Turma, DJe 19/06/2012; REsp 689.439/PR, Segunda Turma, DJe 22/03/2010; QO no REsp 1063343/RS, Corte Especial, DJe 04/06/2009).

Sendo assim, o pedido de desistência não deve servir de empecilho a que o STJ prossiga na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito.

Do contrário, estar-se-ia chancelando uma prática extremamente perigosa e perniciosa, conferindo à parte o poder de determinar ou influenciar, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do STJ, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.

Com efeito, autorizar o recorrente a livremente desistir dos seus recursos especiais, viabiliza a manipulação da jurisprudência desta Corte, conduzindo os rumos da sua atividade de uniformização, pois a parte poderá atuar no sentido de que sejam julgados apenas aqueles processos em que, pela prévia análise do posicionamento de cada Relator, Turma ou Seção, o resultado lhe será favorável.

A questão ganha contornos ainda mais tormentosos ante a constatação de que essa conduta somente será possível àquele que figura em diversos processos (de regra no polo passivo) e que resulta vencido nas instâncias ordinárias. Somente partes nessas condições é que poderão interpor vários

Superior Tribunal de Justiça

recursos especiais versando sobre a mesma questão de direito que, mediante livre distribuição, certamente chegarão a todos os Ministros da Seção competente para o respectivo julgamento. Com isso, via desistência, será possível escolher quais Ministros levarão o tema ao colegiado na condição de Relatores e, pior, será possível subtrair de uma determinada Turma a apreciação da controvérsia.

Vale dizer, o aludido risco de manipulação ficará potencialmente concentrado nas mãos daqueles que, em virtude de prática considerada lesiva por um grande número de pessoas, se tornem réus contumazes em processos e venham a ser efetivamente condenados pelas instâncias ordinárias. Ou seja, a chance de influenciar de forma decisiva a jurisprudência do STJ será diretamente proporcional à abrangência do suposto dano e ao seu reconhecimento pelas instâncias ordinárias.

Em síntese, deve prevalecer, como regra, o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, pode o Relator, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos.

Na hipótese específica dos autos, o interesse coletivo que envolve a controvérsia é incontestável, sobretudo em virtude do expressivo número de beneficiários de plano de saúde que encontram suas pretensões, no mais das vezes, restringidas significativamente por Resoluções Normativas da ANS sem fundamento na legislação federal infraconstitucional.

De acordo com dados divulgados em sítio eletrônico da ANS, ao retratar o panorama do setor de saúde suplementar nacional, existem 1.055

Superior Tribunal de Justiça

operadoras de planos de saúde ativas e 47,3 milhões de beneficiários em planos de assistência médica, quantia equivalente a 24,5% da população brasileira (<http://www.ans.gov.br/18anos>).

Não bastasse isso, numa rápida pesquisa junto ao distribuidor, constata-se ser a AMIL recorrente em cerca de 520 processos ativos em trâmite neste Tribunal, circunstância que lhe permite, potencialmente, firmar acordos em todos os processos que julgar conveniente, viabilizando pedidos de desistência, mesmo naqueles em que figure como recorrida.

Por fim, vale registrar que o Boletim Estatístico desta Corte revelou que recursos especiais relacionados aos planos de saúde representam um dos principais assuntos em julgamento no STJ, tornando premente a fixação de jurisprudência para orientar os incontáveis conflitos surgidos na jurisdição nacional, em especial nas instâncias ordinárias.

Forte nessas razões, INDEFIRO o pedido de desistência, manifestando-me no sentido de que prossiga com o julgamento do recurso especial, de modo que, vindo o seu mérito a ser efetivamente apreciado pelo colegiado, seja fixada tese de direito tendente à consolidação da jurisprudência do STJ.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.705 - SP (2017/0267383-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A
ADVOGADOS : CARLOS MAXIMIANO MAFRA DE LAET - SP104061
JULIANA FERNANDES MONTENEGRO E OUTRO(S) - SP310794
RECORRIDO : MARINA ZOE SKYVALAKIS STEGMANN
ADVOGADO : CLAUDIA RABELLO NAKANO E OUTRO(S) - SP240243

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A, com fundamento unicamente na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Ação: de obrigação de fazer, ajuizada por MARINA ZOE SKYVALAKIS STEGMANN, em face da recorrente, devido à negativa de fornecimento da medicação Temodal para tratar neoplasia maligna do encéfalo, na qual requer seja compelida a operadora de plano de saúde a fornecer o tratamento conforme prescrição médica.

Sentença: julgou procedente o pedido, confirmando a tutela provisória, para condenar a recorrente a fornecer o tratamento com Temodal.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, nos termos da seguinte ementa:

Plano de saúde. Aplicabilidade do CDC (Súmula 469 do C. STJ). Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). Relativização da 'pacta sunt servanda'. Obrigação de fazer. Contrato de assistência médica-hospitalar. Segurada diagnosticada com neoplasia maligna do encéfalo. Prescrição médica positiva a tratamento quimioterápico com o medicamento Temodal. Recusa da operadora de saúde. Descabimento. Negativa de cobertura que restringe obrigação inerente à natureza do contrato (art. 51, IV, e §1º, II, do CDC). Irrelevância de o medicamento ter caráter experimental para a enfermidade apresentada pela

Superior Tribunal de Justiça

paciente (uso off label), de não corresponder às diretrizes de utilização estabelecidas no rol da ANS e de haver exclusão contratual. Impostura evidenciada. Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo (Súmula 96 desta C. Corte de Justiça). Quebra do dever de lealdade. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Prescrição médica que se sobrepõe à escolha da prestadora quanto ao método de tratamento mais adequado ao diagnóstico da paciente. Sentença mantida. Danos morais. Recusa à cobertura de tratamento/medicamento prescritos, porque amplifica a aflição psíquica e causa situação de impotência, que fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), vértice básico do dano moral. Indenização devida. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 2.500,00. Montante proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944 do Cód. Civil). Honorários sucumbenciais. Arbitramento que atendeu aos parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73 (art. 85, § 2º, NCPC). Ausência de fator legal à redução. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 1.022, do CPC/15, 10, I, da Lei 9.656/98, 186, 188, I, 927 e 944, parágrafo único, do CC.

Além de negativa de prestação jurisdicional, insurge-se contra a determinação judicial de fornecimento de Temodal, por se tratar de tratamento experimental vedado pela Lei dos Planos de Saúde e pela Resolução Normativa 338/2013 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Afirma que se trata de tratamento *off label*, isto é, o fármaco não tem indicação para o caso para o qual o médico o indica, assumindo o profissional o risco por eventual erro médico.

Nessa linha, sustenta que se a empresa custear um tratamento experimental e, caso este venha a trazer riscos e danos à saúde do beneficiário, certamente será a operadora de plano de saúde condenada a reparar os danos causados, ao menos, solidariamente.

Argumenta que o medicamento pode até ser aprovado pela ANVISA, mas no caso da patologia que acomete a recorrida, o Temodal não possui

Superior Tribunal de Justiça

autorização pela Agência Reguladora e por isso é considerado experimental.

Assevera que a recusa da operadora constitui mero exercício regular de direito e, desse modo, não produziu dano moral compensável.

Por fim, acaso mantida a condenação, pede a redução do valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de compensação.

Admissibilidade: o recurso não foi admitido pelo TJ/SP, tendo sido interposto agravo da decisão denegatória, que foi convertido em recurso especial.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.705 - SP (2017/0267383-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A
ADVOGADOS : CARLOS MAXIMIANO MAFRA DE LAET - SP104061
JULIANA FERNANDES MONTENEGRO E OUTRO(S) - SP310794
RECORRIDO : MARINA ZOE SKYVALAKIS STEGMANN
ADVOGADO : CLAUDIA RABELLO NAKANO E OUTRO(S) - SP240243

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANOS DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AFASTADA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE TRATAMENTO EXPERIMENTAL. RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS. USO FORA DA BULA (OFF LABEL). INGERÊNCIA DA OPERADORA NA ATIVIDADE MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. CONCRETO AGRAVAMENTO DA AFLIÇÃO PSICOLÓGICA DA BENEFICIÁRIA DO PLANO DE SAÚDE QUE SE ENCONTRAVA COM A SAÚDE DEBILITADA POR NEOPLASIA MALIGNA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS.

1. Ação ajuizada em 18/05/15. Recurso especial interposto em 10/02/17 e concluso ao gabinete em 16/11/17.
2. Ação de obrigação de fazer, ajuizada devido à negativa de fornecimento da medicação Temodal para tratar neoplasia maligna do encéfalo, na qual se requer seja compelida a operadora de plano de saúde a fornecer o tratamento conforme prescrição médica.
3. O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde está autorizada a negar tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).
4. Ausentes os vícios do art. 1.022, do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.
5. O recurso especial não é a via adequada para revisão dos fatos delineados de maneira soberana pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 7/STJ.
6. A Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) estabelece que as operadoras de plano de saúde estão autorizadas a negar tratamento clínico ou cirúrgico experimental (art. 10, I).
7. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa 338/2013, vigente ao tempo da demanda, disciplinando que consiste em tratamento experimental aquele que não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).
8. Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da

ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo.

9. O caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica.

10. A ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em obrigação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).

11. A recorrida detectou o ressurgimento de um problema oncológico que imaginava ter superado e recebeu recomendação médica de imediato tratamento quimioterápico, com utilização do Temodal, sob pena de comprometimento de sua saúde. Esta delicada situação em que se encontrava evidencia o agravamento de sua condição de dor, de abalo psicológico e com prejuízos à saúde já debilitada, sobretudo diante de seu histórico clínico. Configurado o dano moral passível de compensação.

12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios recursais.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.705 - SP (2017/0267383-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A
ADVOGADOS : CARLOS MAXIMIANO MAFRA DE LAET - SP104061
JULIANA FERNANDES MONTENEGRO E OUTRO(S) - SP310794
RECORRIDO : MARINA ZOE SKYVALAKIS STEGMANN
ADVOGADO : CLAUDIA RABELLO NAKANO E OUTRO(S) - SP240243

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde está autorizada a negar tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).

1. DA DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Extraí-se da conjuntura fática da demanda que MARINA ZOE SKYVALAKIS STEGMANN possui plano de saúde fornecido pela recorrente desde 15/05/98 e no ano de 2007 foi diagnosticada com astrocitoma difuso grau II (neoplasia maligna do encéfalo), submetendo-se a todos os tratamentos necessários, até receber alta médica.

Em 2015, entretanto, a beneficiária do plano de saúde apresentou nova recorrência local, advindo prescrição médico-oncológica positiva a tratamento quimioterápico imediato, com utilização do medicamento Temozolamida (Temodal), sob pena de comprometimento da sua saúde.

A operadora de plano de saúde recorrente negou o fornecimento do produto, por entender que representa tratamento experimental, de que não tem obrigação imposta por lei ou contrato de disponibilizar em favor da beneficiária.

2. DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – violação do art. 1.022, do CPC/15

A recorrente afirma que houve omissão no acórdão recorrido, pois apesar da oposição de embargos de declaração o TJ/SP deixou de se manifestar acerca da expressa exclusão da obrigação dos planos de saúde de cobrirem custos com tratamentos experimentais, prevista no art. 10, I, da Lei 9.656/98.

Sobre referido tema, colhe-se das razões de decidir do acórdão do TJ/SP o seguinte excerto:

Averbe-se que o fato de o medicamento possuir caráter experimental igualmente não justifica a recusa ao seu fornecimento.

Com efeito, a escolha do método mais adequado à paciente compete exclusivamente ao profissional médico, de acordo com o procedimento a ser realizado e considerando as particularidades da segurada, sendo inadmissível a interferência da seguradora.

Além disso, se a enfermidade que acomete a segurada (neoplasia maligna) possui cobertura contratual, tal e qual na espécie, o fornecimento do medicamento adequado ao respectivo tratamento consubstancia mero desdobramento do seu alcance.

Como se percebe, o TJ/SP efetivamente enfrentou a questão, inclusive com expressas referências tanto na ementa do acórdão (e-STJ fl. 193), quanto no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ fls. 221-222).

Rejeita-se, portanto, a tese de violação do art. 1.022, do CPC/15.

3. DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS AOS BENEFICIÁRIOS DE PLANO DE SAÚDE – violação do art. 10, I, da Lei 9.656/98

A operadora de plano de saúde insurge-se contra a determinação judicial de fornecimento de Temodal, por entender consistir em tratamento

experimental vedado pela Lei dos Planos de Saúde e pela Resolução Normativa 338/2013 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Afirma que no particular a prescrição médica representa tratamento *off label*, isto é, o fármaco não tem indicação para o caso para o qual o médico o indica. Nessa linha, sustenta que se a empresa custear um tratamento experimental e, caso este venha a trazer riscos e danos à saúde do beneficiário, certamente será a operadora de plano de saúde condenada a reparar os danos causados, ao menos, solidariamente.

Para delimitar o âmbito do propósito recursal, transcreve-se abaixo o dispositivo da Lei 9.656/98 alegado como violado pelo Tribunal de origem.

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;

Em âmbito regulatório, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução 338/2013, vigente ao tempo da demanda, que disciplina semanticamente o art. 10, I, da Lei 9.656/98.

Art. 19. § 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998:
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).

Superior Tribunal de Justiça

Como visto, em toda cadeia argumentativa tecida pela recorrente sobressai como tese principal a ideia de que o medicamento Temodal, prescrito pelo oncologista para tratamento da neoplasia maligna do encéfalo, tem natureza meramente experimental, sobretudo porque não é voltado para a patologia que acomete a consumidora.

Em relação a este propósito, há um óbice de natureza objetiva que impede fazer incidir o artigo de lei invocado como violado pela recorrente na espécie, pois ao contrário do que pretende persuadir no recurso especial, as instâncias ordinárias registraram que “não há se falar em tratamento experimental, inexistindo prova neste sentido” (e-STJ fl. 158). Incide quanto ao ponto o óbice da Súmula 7/STJ.

O acórdão recorrido, por sua vez, foi além ao consignar que mesmo na hipótese de o medicamento possuir caráter experimental, igualmente, não se justificaria a recusa de fornecimento, pois a escolha do método mais adequado ao tratamento da paciente compete exclusivamente ao profissional médico, sendo inadmissível a interferência da operadora (e-STJ fl. 199).

Aqui, ao meu modo de ver, devem ser feitas algumas reflexões.

A jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que é o médico, e não a operadora do plano de saúde, o responsável pela orientação terapêutica adequada ao paciente.

Desse modo, ao estabelecer que a operadora está autorizada a negar cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico que “não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label)”, a ANS acaba por substituir abstrata e previamente a expertise médica pela ingerência da operadora.

Em outras palavras, quem decide se a situação concreta de

enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico.

Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo.

Note-se que a conduta da operadora, supostamente justificada por referida resolução normativa da ANS, chega ao absurdo de envolver os limites de **interpretação da bula** diante de uma situação concreta.

E a moldura fática da presente demanda revela exatamente este problema.

A recorrida é portadora de **neoplasia maligna do encéfalo** e a bula do Temodal registra que é indicado para o tratamento de pacientes com:

- i) um tipo de tumor cerebral chamado glioblastoma multiforme, recém-diagnosticado, em tratamento combinado com radioterapia, seguido de tratamento com TEMODAL® isoladamente (monoterapia);
 - ii) tumores cerebrais como glioma maligno, glioblastoma multiforme ou astrocitoma anaplásico, que apresentam recidiva ou progressão após tratamento padrão;
 - iii) também é indicado no tratamento de pacientes com melanoma maligno metastático.
- (informação constante da bula conforme disponibilizado pelo endereço eletrônico da ANVISA por meio do *link*: http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10954532013&pIdAnexo=1920752).

A presente hipótese ilustra perfeitamente os riscos que a ingerência da operadora de plano de saúde pode gerar para a vida e a saúde de pacientes. Afinal, parece no mínimo **temerário** aceitar que a recorrente-AMIL está autorizada a dizer que a enfermidade da beneficiária do plano de saúde (e aqui devem ser

considerados todos os aspectos clínicos e seu histórico de saúde) não deve ser tratada por meio da medicação prescrita pelo oncologista que a acompanha.

É cediço que as enfermidades devem ser tratadas conforme o entendimento médico-científico disponível no mundo contemporâneo e a entidade responsável pela definição do que constitui um tratamento experimental ou de recomendável eficácia clínica é o Conselho Federal de Medicina.

Tanto é assim que há Resoluções específicas dessa comunidade para disciplinar os critérios de protocolo e avaliação de reconhecimento de novos procedimentos e terapias médicas, bem como para proibir aos médicos a utilização de práticas terapêuticas não reconhecidas pela comunidade científica (Resoluções 1.982/2012 e 1.499/1998, ambas do CFM).

Relevante o registro feito pelo percuciente estudo produzido por Bruno Ponich Ruzon, no sentido de que "deve ser considerado tratamento experimental, inclusive seguindo a Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, aquele que ocorre dentro de uma pesquisa determinada, vinculada a um pesquisador e a uma instituição de pesquisa, dentro de um contexto científico restrito. Trata-se de tratamento que não conta ainda com o reconhecimento da comunidade científica em geral".

E conclui ao afirmar que "o tratamento previsto no art. 10, I, da Lei 9.656/98 não abrange o uso *off label* do medicamento", em reconhecimento de que a resolução normativa da ANS "ultrapassou os limites da mera regulamentação do art. 10, I, da Lei 9.656/98" (O uso off label de medicamento e o alcance da Lei nº 9.656/98. Revista Magister de Direito Empresarial n. 54 - Dez-Jan/2014, p. 84).

Daí porque na Lei 9.656/98 há duas referências expressas à exclusão do fornecimento de medicamentos pelas operadoras: os importados não

nacionalizados (art. 10, V) e, em regra, os utilizados para tratamento domiciliar (art. 10, VI).

Neste particular, a operadora lança outra estratégia argumentativa ao invocar entendimento desta Corte acerca da válida exclusão de medicamento importado sem registro na ANVISA (v.g. REsp 1632752/PR, Terceira Turma, DJe 29/08/2017; REsp 1663141/SP, Terceira Turma, DJe 08/08/2017).

Nas palavras da recorrente: “o caso em tela se assemelha ao julgado, uma vez restou consagrado que o medicamento é de uso experimental para a patologia que acomete o autor, não havendo, pois, autorização, registro para a comercialização quanto ao tratamento de sua doença. Ou seja, é o mesmo que não ter o Registro pela Agência reguladora” (e-STJ fls. 236-237).

Da argumentação tecida pela recorrente, detecta-se a utilização do estratagema do exagero da afirmação. De acordo com Arthur Schopenhauer “devemos tomar cuidado para não exagerar ou estender nossa proposição. Com frequência, o próprio adversário logo tentará expandir nossa afirmação para além dos extremos em que a inserimos: devemos detê-lo imediatamente, reconduzindo-o aos limites da nossa afirmação com um *até aqui foi o que eu disse, e nada além*” (A arte de ter razão exposta em 38 estratagemas. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35).

A estratégia da recorrente faz parecer que existe no particular uma inadequação entre o tratamento prescrito pelo oncologista para a paciente e a eficácia deste medicamento diante da enfermidade de que é acometida. Esse raciocínio, no entanto, não deve prosperar.

Primeiro, porque a jurisprudência do STJ estabelece ser válida a negativa de fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, assim entendidos aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente

na ANVISA. Todavia, no particular, Temodal possui sim registro na ANVISA e está regularmente disponível em território nacional.

Segundo, porque o entendimento desta Corte diz respeito à regularidade sanitária de medicamentos conforme os procedimentos afetos à ANVISA e não da suposta inadequação entre a situação clínica dos pacientes e a respectiva eficácia da prescrição médica do tratamento. Sob este viés, inclusive, o raciocínio da recorrente faz parecer que o médico acabaria por prescrever medicação concebida com a finalidade terapêutica para problemas gástricos como equivocado tratamento para problemas oftalmológicos, em uma inconcebível incompatibilidade de fins. Esta notadamente não é a hipótese dos autos.

Terceiro, porque o caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica. Igualmente, não se identifica o aludido “tratamento experimental” na prescrição médica objeto da presente demanda.

Em conclusão, após analisar as razões recursais, pode-se afirmar que **a operadora de plano de saúde não está autorizada a interferir na atuação médica para se negar ao fornecimento de tratamento ao paciente enfermo, sob o pretexto de que não possui adequação com as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).**

Esta conduta, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em obrigação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).

4. DA COMPENSAÇÃO DOS DANOS MORAIS – violação dos arts. 186, 188, I, 927 e 944, parágrafo único, do Código Civil

Superior Tribunal de Justiça

A recorrente também devolve à apreciação desta Corte a análise da configuração de dano moral decorrente de sua conduta que entende consistir em exercício regular de direito.

É certo que aborrecimentos decorrentes de relações contratuais estão ligados a vivência em sociedade, cujas expectativas são desatendidas de modo corriqueiro e nem por isso surgem abalos psicológicos com contornos sensíveis de violação à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a configuração de um efetivo dano moral, em seu refinado aspecto subjetivo e humano, constitui-se como resposta sancionadora da violação de importantíssimo bem-da-vida tutelado pelo ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

No particular, esses contornos extrapatrimoniais foram devidamente reconhecidos de maneira uníssona pelas instâncias ordinárias.

A recorrida detectou o ressurgimento de um problema oncológico que imaginava ter superado e recebeu recomendação médica de **imediato** tratamento quimioterápico, com utilização do Temodal, sob pena de comprometimento de sua saúde.

A delicada situação em que se encontrava evidencia o agravamento de sua condição de dor, de abalo psicológico e com prejuízos à saúde já debilitada, sobretudo diante de seu histórico clínico.

A negativa de fornecimento do tratamento, exigindo da beneficiária do plano de saúde, depois de mais de 15 anos de relação contratual, o ajuizamento de ação judicial para alcançar o início do processo da almejada cura da doença, sem dúvidas demonstra a violação do direito subjetivo da recorrida, que ultrapassa o ilícito exclusivamente contratual, em dano de sua personalidade.

Quanto ao valor arbitrado na origem de R\$ 2.500,00 não há se falar

em exorbitância. Antes pelo contrário, trata-se de quantia módica quando consideradas as particularidades da controvérsia.

5. CONCLUSÃO

Forte nessas razões, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao recurso especial, com majoração dos honorários advocatícios anteriormente fixados em 15% (e-STJ fls. 158 e 210) para 20% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, do CPC.