



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado



Apelação Cível nº. 0844425-71.2023.8.19.0001

Apelante: Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro

Apelado: Gertrudes Teixeira Lopes

Relatora: Des. Cristina Serra Feijó

Juízo de origem: 12ª Vara Cível da Comarca da Capital

Data do Termo de Recebimento, Registro e Autuação: 15/04/2024

Apelação Cível. Plano de saúde. Relação de consumo. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória. Diagnóstico de carcinoma de endométrio avançado para o osso (CID C.54), doença metastática, no estadiamento mais grave (IV-B). Prescrição de tratamento com a medicação "HERCEPTIN (Trastuzumabe)". Registro na ANVISA. Medicamento antineoplásico. Sentença de procedência. Recurso do réu. Cobertura de tratamento contra o câncer. Utilização off label. A escolha do melhor tratamento cabe ao profissional médico que acompanha o paciente. Incidência do verbete sumular nº 211 deste Egrégio Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça "possui entendimento de que, havendo cobertura para a doença, consequentemente deverá haver cobertura para procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no referido plano, ainda que se trate de medicamento experimental". (AgInt no REsp n.





1.985.749/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 29/6/2022.).

Negativa de autorização não se mostra abusiva ou decorrente de ato ilícito a ensejar condenação em danos morais. Válida divergência contratual que no contexto dos autos não se mostra abusiva. Condução harmônica dos interesses envolvidos. Danos morais não configurados. Precedente deste Tribunal de Justiça. Exclusão que se impõe. Recurso a que se dá parcial provimento.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível número 0844425-71.2023.8.19.0001, em que é recorrente Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro e recorrido Gertrudes Teixeira Lopes.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE de votos, em CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se na origem de ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos morais proposta por Gertrudes Teixeira Lopes em face de Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro.



Alega que ser beneficiária do plano de saúde da ré e por apresentar diagnóstico de carcinoma de endométrio avançado para o osso (CID C.54), doença metastática, no estadiamento mais grave (IV-B), submetida a histerectomia total ampliada com ooforectomia, omentectomia e linfadenectomia pélvica e paraórtica, seguida da realização de biópsia óssea, sendo que após a realização da cirurgia, foi iniciada quimioterapia com dois medicamentos, carboplatina e paclitaxel, ambos custeados pelo plano de saúde. Contudo, a partir da identificação de hiperexpressão de uma proteína chamada HER2, cujo bloqueio é feito com o medicamento herceptin, este foi solicitado pelo médico a ser incluído no esquema quimioterápico, negado pelo réu, por ausência de cobertura contratual por ser considerado tratamento clínico/cirúrgico experimental (*off label*).

Requer: (i) a concessão de tutela de urgência para fornecimento do medicamento; (ii) no mérito, a confirmação da tutela; (iii) a condenação do réu ao pagamento de danos morais.

Decisão no index 56739274 deferindo o pedido de tutela de urgência, sendo mantido em sede de agravo de instrumento (processo nº 0038139-16.2023.8.19.0000), conforme index 76034556.

Em sua defesa (index 162) o réu afirma, em síntese, que o medicamento não possui previsão de cobertura contratual, nos termos da Resolução Normativa Nº 465, artigo 17, inciso I da ANS, sendo considerado tratamento experimental. Nega a prática de ilícito a legitimar o pleito de indenização por danos morais. Pugna pela improcedência dos pedidos autorais.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado

Na sentença, no index 79275939, os pedidos foram julgados procedentes, nos termos da fundamentação e dispositivo a seguir:

Presentes os pressupostos processuais e as condições para o legítimo exercício do direito de ação e havendo elementos suficientes para o exercício de uma cognição exauriente, fundada num juízo de certeza, para a prolação de sentença de mérito, na forma do art. 355, I CPC.

Em resumo, pretende a parte autora a condenação da empresa ré a fornecer o medicamento prescrito em conformidade com o laudo médico acostado no IE 53602409.

É patente o entendimento da doutrina e da jurisprudência que as relações estabelecidas entre as instituições de Plano de Saúde e seus clientes, se regem pelas regras especiais que norteiam as relações consumeristas. Ademais, tal entendimento encontra-se consubstanciado no texto da Súmula 608 STJ:

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão".

Destaco que os contratos de assistência médica possuem como finalidade o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde e a vida do consumidor e de sua família ou dependentes.

Portanto, deve o Plano de Saúde concentrar-se nos deveres de cuidado e cooperação oriundos do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que o tratamento de saúde deve ser prestado ao consumidor com lealdade, razão pela qual se revela, na hipótese dos autos, a pertinência do contido na inicial. Nesse sentido é a súmula abaixo, que aplico analogicamente:

SUMULA TJ Nº 211 - "HAVENDO DIVERGÊNCIA ENTRE O SEGURO SAÚDE CONTRATADO E O PROFISSIONAL RESPONSÁVEL PELO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, QUANTO A TÉCNICA E AO MATERIAL A SEREM EMPREGADOS, A ESCOLHA CABE AO MÉDICO INCUMBIDO DE SUA REALIZAÇÃO." REFERÊNCIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 0013657-24.2011.8.19.0000 - JULGAMENTO EM 22/11/2010 - RELATOR: DESEMBARGADORA LEILA MARIANO. VOTAÇÃO UNÂNIME.

(...)

Repriso que não incumbe ao Plano de Saúde, em regra, se imiscuir na decisão sobre qual o medicamento, tratamento ou exame, uma vez deliberado entre médico e paciente.

De mais a mais, a alegação do réu de não constar nas diretrizes de utilização da ANS não afasta a obrigatoriedade da cobertura em questão, devendo haver cláusula expressa determinando a exclusão do procedimento, tendo em vista o dever de informação e a boa-fé contratual.

(...)

Nada obstante a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, inclusive com amparo na Resolução nº 465/2021 da ANS que permite a exclusão de tratamento clínico experimental, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a operadora não pode recusar o tratamento indicado pelo médico, mesmo que se trate de uso 'off label'. Equivale dizer que não se considera experimental quando o medicamento é empregado em situações patológicas que não constam da bula, pois são situações absolutamente distintas.

Destarte, na linha de entendimento da Corte Superior "os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades cobertas, sendo-lhes vedado, no entanto, limitar os tratamentos a serem realizados, inclusive os experimentais. Considera-se abusiva a negativa de cobertura de plano de saúde quando a doença do paciente não constar na bula do medicamento prescrito pelo médico que ministra o tratamento (uso off-label)" (AgInt no REsp 1795361/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/8/2019, DJe 22/8/2019).

Finalmente, evidente a existência de danos morais no presente caso. Mostra-se inegável no caso dos autos que o transtorno sofrido pela parte autora extrapolou o limite da normalidade e do mero aborrecimento, a justificar a lesão moral, basta imaginar a situação de fragilidade e desespero do consumidor que contrata um plano de saúde e quando precisa tem a negativa como resposta para o medicamento que necessita.

O dano moral como cediço tem natureza compensatória e serve de admoestação e desestímulo àquele que o pratica. Na hipótese vertente, dentro do critério da proporcionalidade, e dos paradigmas adotados pela jurisprudência para a fixação do valor do Dano Moral, qual seja, o grau de culpa; a intensidade do sofrimento do ofendido; o caráter punitivo e educativo da indenização.



Em decorrência das peculiaridades apresentadas no caso em exame, verifico que a parte Autora não conseguia realizar o tratamento necessário a manutenção de sua saúde.

De outro lado, o Réu é instituição de grande poder econômico. O sofrimento da vítima não é pequeno, sendo notória a carência do serviço de saúde, seja pública ou privada.

Assim, levando em conta os elementos supramencionados, fixo os danos morais em R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Com fundamento no exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos contidos na peça preambular, na forma do art. 487, I CPC, para:

a) confirmar a decisão que deferiu a antecipação de tutela (IE 56739274);

b) condenar a ré ao pagamento do valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização por danos morais, que deverá ser corrigido monetariamente a partir desta data pelos índices da CGJ/RJ e acrescido dos juros legais a partir da data da citação no valor de 1% ao mês (art. 406 CC c/c 161 CTN);

Por força da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor total da condenação.

Advirto, desde já, que embargos declaratórios não se prestam à revisão de fatos e provas, nem à impugnação da justiça da decisão, cabendo sua interposição nos estreitos limites previstos no artigo 1.022 do CPC. A interposição de embargos declaratórios meramente protelatórios ensejará a aplicação de multa, nos termos do artigo 1.026, § 2.º, do CPC.

Após certificado o trânsito em julgado, nada sendo requerido e cumpridas as formalidades legais, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

P. I.

RIO DE JANEIRO, 25 de outubro de 2023.

JOSE MAURICIO HELAYEL ISMAEL
Juiz Titular



Apelação interposta pelo réu, ora apelante (index 89284849), afirmando, em síntese, ausência de defeito na prestação do serviço tendo em vista a ausência de obrigação legal e contratual do custeio do medicamento, que está fora do rol da ANS, sendo considerado experimental, e por isso permitida a exclusão de cobertura, nos termos da Resolução Normativa nº 465, artigo 17, inciso I da ANS. Destaca que a autora não comprovou a eficácia científica do tratamento ou recomendação do Conitec a permitir a excepcionalidade de cobertura contratual na forma do artigo 10, § 13 da Lei nº 9.656/98.

Discorre sobre a responsabilidade civil, risco social e cláusulas limitativas de risco.

Afirma que em nenhum momento agiu de forma ilícita, mas sim com base no exercício regular de seu direito, razão pela qual não há que se falar em qualquer direito indenizatório na presente demanda. Salienta ainda que não houve comprovação de dano moral, que acaso mantida a condenação, o *quantum* deve ser minorado. Requer o provimento do recurso para que a sentença seja integralmente reformada.

Certidão de tempestividade e do correto preparo do recurso no index 105249820.

Ofertadas contrarrazões, no index 110788891, manifestando-se a apelada em prestígio ao julgado.

É o relatório.

VOTO



O recurso deve ser conhecido eis que presentes os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A relação jurídica em exame atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 14 do CDC atribui responsabilidade objetiva à fornecedora de serviços, a qual somente pode ser afastada se provar a inexistência do defeito ou fato exclusivo do consumidor ou de terceiros (artigo 14, § 3º, incisos I e II).

A controvérsia recursal se limita à verificação de obrigatoriedade de cobertura contratual do medicamento “HERCEPTIN (Trastuzumabe)” e se houve falha na negativa de autorização pelo plano de saúde a ensejar danos morais.

Consoante o contexto probatório dos autos, tem-se que a parte autora, ora apelada, apresenta diagnóstico de carcinoma de endométrio avançado para o osso (CID C.54) – doença metastática, no estadiamento mais grave, IV-B. O laudo médico juntado no index 53602409, emitido pelo Dr. Gustavo Wajnsztock Gitelman, Oncologista, CRM 52853437, apresenta relatório do quadro de saúde da demandante e a necessidade de inclusão do medicamento no tratamento médico para evitar a progressão da doença.

Confira-se:



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado



Grup
ONCOCLÍNICA
Sua vida. Nossa vi

Rio de Janeiro 04/04/2023

Paciente: Gertrudes Teixeira Lopes

Relatório Médico:

A paciente acima, tem diagnóstico de carcinoma de endométrio, avançado para osso, e portanto tem doença metastática, EIV. CID: C.54.

O primeiro sintoma da doença atual foi percebido pela paciente em Novembro de 2022, quando apresentou sangramento vaginal; que após investigação com biópsia por histeroscopia em 12/12/2022, levou ao diagnóstico. Foi submetida à histerectomia total ampliada com ooforectomia, omentectomia e linfadenectomia pélvica e paraórtica em 24/01/2023. No dia 25/01/2023 foi submetida a biópsia óssea.

O tratamento quimioterápico com a Carboplatina e com o Paclitaxel foi solicitado já com o laudo da histeroscopia e antes do resultado da peça cirúrgica e da biópsia óssea. Quando o laudo histopatológico desses dois últimos ficaram disponíveis, tanto na peça cirúrgica do útero, quanto na biópsia óssea, foi identificada hiper-expressão de uma proteína chamada HER2; cujo bloqueio [que é feito com o Herceptin (trastuzumabe)] se mostrou importante para um melhor controle da doença. Como essa informação (da hiperexpressão do HER2) só ficou disponível com os laudos da cirurgia e biópsia óssea, foi então solicitada a adição do Herceptin (Trastuzumabe) à Carboplatina e ao Paclitaxel que já estavam autorizados com base no resultado da biópsia por histeroscopia.

Como referência em anexo, um estudo internacional, evidenciou que pacientes com carcinoma de endométrio também positivos para a proteína HER2, quando tratadas com o bloqueio dessa proteína pelo fármaco Trastuzumabe, além da quimioterapia padrão; apresentavam melhor controle da doença, ficando um período maior de meses sem



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado

apresentar progressão da doença, quando comparadas às paciente que foram submetidas apenas à quimioterapia padrão.

Por isso, foi solicitado acréscimo do Trastuzumabe à quimioetapia padrão já em andamento. O trastuzumabe é uma medicação amplamente comercializada em território nacional há anos, e seu perfil de toxicidade é bem conhecido e manejável. Na primeira aplicação a dose é de 8mg/Kg e nas subseqüentes a cada 3 semanas, é de 6mg/kg; de forma endovenosa.

Atenciosamente,

Gustavo W. Gitelman
Oncologia
CRM 52853437

Dr. Gustavo Wajnszok Gitelman
CRM 52853437

De outro lado, a negativa do plano de saúde se deu sob a justificativa de que o medicamento não possui cobertura obrigatória por não constar no rol de procedimentos obrigatórios estabelecido pela ANS, sendo considerado tratamento experimental.

Pois bem, o artigo 10, inciso I da Lei nº 9656/98, lei de regência da saúde suplementar privada, e a Resolução Normativa da ANS nº 465 de 2021, artigo 17, inciso I, permitem a exclusão de cobertura em caso de tratamento clínico experimental, dentre os quais aqueles cujas indicações não constem da bula/manual registrada na ANVISA (uso *off-label*).

Contudo, deve ser destacado que o medicamento indicado tem registro na ANVISA desde 1999, na classe terapêutica ANTINEOPLASICO, em que pese a alegação de o mesmo ser *off label*. Confira-se:



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Consultas / Medicamentos / Medicamentos

Detalhe do Produto: HERCEPTIN					
Nome da Empresa Detentora do Registro	PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS S.A.	CNPJ	33.009.945/0001-23	Autorização	1.00.100-4
Processo	25000.023353/9912	Categoria Regulatória	Novo	Data do registro	16/09/1999
Nome Comercial	HERCEPTIN	Registro	101000552	Vencimento do registro	09/2029
Princípio Ativo	TRASTUZUMABE			Medicamento de referência	-
Classe Terapêutica	ANTINEOPLASICO			ATC	ANTINEOPLASICO
Parecer Público	-			Bulário Eletrônico	Acesse aqui
Rotulagem					

E ao se examinar a indicação na bula do referido medicamento tem-se que é indicado para tratamento de quimioterapia e radioterapia:

Herceptin® é indicado para o tratamento de pacientes com câncer de mama inicial HER2-positivo:

- Após cirurgia, quimioterapia (neoadjuvante ou adjuvante) e radioterapia (quando aplicável);
- Após quimioterapia adjuvante com doxorubicina e **ciclofosfamida**, em combinação com paclitaxel ou docetaxel;
- Em combinação com quimioterapia adjuvante de docetaxel e **carboplatina**;
- Em combinação com quimioterapia neoadjuvante seguida por terapia adjuvante com Herceptin® para câncer de mama localmente avançado (inclusive **inflamatório**) ou tumores > 2 cm de diâmetro.

De fato, não há indicação para o tratamento da doença que infelizmente acomete a parte demandante, porém pela leitura do laudo médico tem-se que não há substituto terapêutico em relação ao medicamento indicado em razão da característica do quadro de saúde e necessidade de uso do medicamento para evitar a progressão da doença.

Outrossim, a discussão sobre a taxatividade do rol de procedimentos e eventos editados pela ANS, no presente caso, perde a relevância



tendo em vista que há previsão de cobertura pelas operadoras do plano de saúde de tratamentos antineoplásicos, inclusive medicamentos, e há prescrição médica para o tratamento.

A escolha do melhor tratamento cabe ao profissional médico que acompanha o paciente, conforme entendimento fixado no verbete sumular nº 211 deste Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*: “*Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.*”

Em arremate, o Superior Tribunal de Justiça “possui entendimento de que, havendo cobertura para a doença, consequentemente deverá haver cobertura para procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no referido plano, ainda que se trate de medicamento experimental”. (AgInt no REsp n. 1.985.749/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 29/6/2022.)

Desse modo, correta a determinação de cobertura contratual do medicamento.

De outro lado, no que toca à condenação do plano de saúde ao pagamento de danos morais, não se vislumbra abusividade porque o apelante não liberou o tratamento prescrito pelo médico da parte autora em razão de embasamento legal e cláusulas contratuais validamente estabelecidas.

No entanto, uma vez determinado pelo Poder Judiciário o custeio do tratamento, o plano de saúde deu imediato cumprimento à tutela deferida.



Além disso, há que se ponderar a abrangência dos riscos assumidos pela operadora do plano de saúde tendo em vista a indicação de fármaco para tratamento de doença diversa, que apesar do respaldo do laudo médico da paciente, não afasta a totalidade da responsabilidade do réu.

Em outras palavras, houve válida divergência contratual diante da prescrição de tratamento não incluso na terapêutica recomendada para o uso do medicamento, situação que por si só afasta a condenação em danos morais porque a atuação do plano de saúde não derivou de ato ilícito ou conduta abusiva.

Não se pode assim fazer juízo negativo da conduta do plano que nega, em princípio, autorização para tratamento experimental, mas se submete à determinação do Poder Judiciário de custeá-lo.

A propósito:

“APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AUTORA PORTADORA DE MIASTENIA GRAVIS. NEGATIVA DE COBERTURA DE TRATAMENTO COM O MEDICAMENTO NABTHERA, ANTE O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL, POR SER DE USO OFF LABEL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, QUE CONFIRMOU a TUTELA E DETERMINOU À RÉ QUE, MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO MÉDICO EMITIDO PELO PROFISSIONAL QUE ASSISTE À AUTORA, CUSTEIE O MEDICAMENTO RITUXIMAB (MABTHERA) 600MG IV, BEM COMO TODAS DESPESAS PARA QUE O MESMO SEJA MINISTRADO EM HOSPITAL/CLÍNICA/CASA DE SAÚDE CONVENIADO COM A OPERADORA-RÉ, BEM COMO



CONDENOU A RÉ AO PAGAMENTO DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), A TÍTULO DE DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA AUTORA E DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO ATUALIZADO. RECURSO EXCLUSIVO QUANTO À CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABALO MORAL NÃO CONFIGURADO. DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL NÃO ENSEJA DANO EXTRAPATRIMONIAL. PROVIMENTO DO RECURSO. (0033602-80.2019.8.19.0205 - APELAÇÃO. Des(a). MARCOS ANDRE CHUT - Julgamento: 15/02/2022 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)”

Busca-se, assim, uma condução harmônica dos interesses das partes envolvidas na relação contratual, pois de um lado está a necessidade de equilíbrio atuarial do plano de saúde, que é responsável pelo gerenciamento de diversas vidas seguradas, do outro lado, há o medicamento prescrito pelo médico da demandante, que apesar de ter sido liberado após a propositura de ação judicial, está sendo disponibilizado pelo plano de saúde.

Feitas tais considerações, voto no sentido de conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO para excluir a condenação em danos morais imposta ao apelante.

Desse modo, ante a sucumbência recíproca, as custas deverão ser rateadas entre as partes, e a verba honorária sucumbencial também se altera para



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado

fixar a condenação ao pagamento de honorários reciprocamente em R\$ 1.000,00
(um mil reais), mantendo-se no mais a sentença recorrida.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica(2).

CRISTINA SERRA FEIJÓ

Relatora