



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADODO RIO DE JANEIRO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041499-32.2019.8.19.0021

APELANTE: AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A.

APELADO: BRENO MARQUES GOMES (R/P/S/GENITORA FABIANA PEREIRA MARQUES).

RELATOR DESEMBARGADOR MURILO KIELING

A

EMENTA: DIREITO CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO DA PARTE RÉ PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS PELA PARTE AUTORA.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A QUESTÃO EM DISCUSSÃO CONSISTE EM SABER SE A OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE ESTÁ COMPELIDA AO CUSTEIO DE ANÁLOGOS DE INSULINA, DISPOSITIVO DE INFUSÃO E DEMAIS INSUMOS PARA A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MEDICAMENTOSO, EMBORA NÃO INSERTOS NO ROL DA ANS.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. E.STJ, QUANDO DO JULGAMENTO DO EREsp N° 1.886.929/SP, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ROL DE EVENTOS DE SAÚDE DE COBERTURA OBRIGATÓRIA ELABORADO PELA ANS, EM REGRA, OSTENTA CARÁTER TAXATIVO.

4. HIPÓTESE EM APRECIACÃO QUE NÃO SE ENQUADRA NOS CRITÉRIOS PERMISSIVOS DE COBERTURA DE EXAMES OU TRATAMENTOS DE SAÚDE QUE NÃO ESTEJAM INCLUÍDOS NO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR, ESTABELECIDOS PELA LEI N° 14.454/2022, HAJA VISTA QUE O REFERIDO DIPLOMA NÃO REVOGOU, AINDA QUE TACITAMENTE, AS DISPOSIÇÕES INSERTAS NO INCISO VI, DO ART. 10, DA LEI N° 9.656/1998, QUE EXCEPCIONA A COBERTURA DE *“MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DOMICILIAR, RESSALVADO O DISPOSTO NAS ALÍNEAS ‘C’ DO INCISO I E ‘G’ DO INCISO II DO ART. 12”* (TRATAMENTOS ANTINEOPLÁSICOS).

5. MUITO MENOS, ESTÁ A EMPRESA DEMANDADA IMPELIDA À COBERTURA DO LEITOR DE GLICOSE POR SENSOR, POSTO QUE TAL SCANNER É, IGUALMENTE, DE USO DOMICILIAR. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DA CIDADANIA.

6. NÃO HÁ COMO PROSPERAR A PRETENSÃO DEDUZIDA NA EXORDIAL, HAJA VISTA QUE SE REPUTA LÍDIMA CLÁUSULA RESTRITIVA DE COBERTURA DE RISCO INSERTA NO AJUSTE CELEBRADO ENTRE AS PARTES, CONSISTENTE NA EXCLUSÃO DE CUSTEIO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO NÃO CONTEMPLADO PELO ROL DE EVENTOS DE SAÚDE OBRIGATÓRIOS, SEM IMPORTAR TAL CONDUTA EM QUALQUER ABUSIVIDADE OU NO ESTABELECIMENTO DE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA INÍQUA EM DESFAVOR DO CONSUMIDOR.

IV. DISPOSITIVO

7. DADO PROVIMENTO AO RECURSO.

JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO RELEVANTES CITADAS: CPC, ART. 373, INC. I. LEI N° 14.454/2022. EREsp N° 1.886.929/SP; AGINT NO ARESp N° 2.503.565/SP; AGINT NO ARESp N° 2.126.278/MS

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTE RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041499-32.2019.8.19.0021, EM QUE FIGURAM COMO APELANTE AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., E APELADO BRENO MARQUES GOMES (R/P/S/GENITORA FABIANA PEREIRA MARQUES).

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 DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

RELATÓRIO

Adota-se, na forma regimental e pela presteza do sistema eletrônico, o relatório firmado pelo eminente magistrado de origem (e.doc – 000560).

Trata-se de AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ajuizada por BRENO MARQUES GOMES, menor, devidamente representado por sua mãe, FABIANA PEREIRA MARQUES, em face de AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA, sob a alegação, em resumo, de que o autor, no ano de 2017, aos 6 anos de idade, foi diagnosticado com diabetes mellitus tipo I, em estado de cetoacidose diabética, doença crônica, sem prognóstico de cura, classificada na CID pelo código E10.I, tendo ficado internado inclusive em UTI pediátrica, à época; que, ciente da sua enfermidade, sua gravidade e impossibilidade de cura, além de um árduo e penoso controle, a mãe do autor, que à época contava com apenas 7 anos de idade, buscou o inglorioso combate e tratamento da doença, que logo no primeiro instante, se iniciou com um rigorosíssimo controle alimentar, sendo certo que tal fato afetou seu organismo e seu corpo fragilizado, de criança; que, diante do diagnóstico do autor, cuja doença crônica culmina com a falência do seu pâncreas, outro meio não há, senão a necessidade do uso contínuo e diário de insulinas de ação rápida e lenta, cuja dependência é VITALÍCIA, a qual a demandante é submetida a uma penosa rotina de 6 medições médias diárias na ponta de dedo (perfurações) para

apuração da taxa de glicose no sangue, O QUE É BASTANTE DOLOROSO, além de, em média, 6 aplicações diárias das injeções de insulina, tudo aliado ao rígido e necessário controle alimentar, por contagem de carboidratos, conforme laudo e receitas médicas anexas; que, não obstante a intensa rotina diária de controle glicêmico, alimentar, e de aplicação de insulina, o autor vem apresentando controle difícil, com grande labilidade glicêmica, além de alta frequência de hipoglicemias (açúcar baixo no sangue), que oscilam com hiperglicemias (açúcar alto no sangue), o que aumenta o risco de complicações imediata e sequelas a longo prazo, sendo certo que os episódios de hipoglicemia, aumentam o risco de crises convulsivas, até mesmo durante o sono, as quais podem determinar risco de morte, caso não seja percebido em tempo hábil; que, diante da penosa luta e tratamento diários, acrescidos dos riscos e complicações acima mencionadas, o autor e sua mãe, em função do ineficiente controle da doença, pelos métodos atuais, tiveram a indicação do uso do sistema denominado FREESTYLE LIBRE, que é um tratamento consistente numa tecnologia avançada que captura as informações do sensor em um rápido scanner e as apresenta em gráficos e relatórios de fácil entendimento, bem como as insulinas prescritas no laudo médico, que têm apresentado melhor controle da doença em relação a todas as outras insulinas disponibilizadas no mercado de consumo; que o componente do mencionado tratamento (Freestyle Libre) é compacto e leve, fácil de segurar e carregar, além de oferecer gráficos fáceis de entender com um breve resumo do histórico da glicose, tendo um fator muito importante, que é o de mostrar a tendência da glicemia do paciente, com setas indicativas, informando se a taxa de glicose no sangue do paciente está estável, subindo ou descendo, lentamente ou rapidamente, o que permite ao paciente, e no caso da demandante, seus pais, A TOMADA DE MEDIDAS IMEDIATAS, A FIM DE EVITAR A HIPOGLICEMIA OU HIPERGLICEMIA; que o melhor disso é que o custo mensal com os sensores do tratamento do Freestyle Libre, é o mesmo ou até menor que o da terapia por meio de tiras reagentes; que outra vantagem do tratamento por meio do Freestyle Libre é que o mesmo faz a leitura dos corpos cetônicos do sangue, que se estiverem em uma taxa elevada, podem levar ao estado de cetoacidose diabética, ocasionando ao paciente, perda de consciência e coma diabético, o que também é perigosíssimo, tão

quanto à hipoglicemia e que, através da presente demanda, pretende o autor, por meio de tutela de urgência, que a demandada seja compelida a FORNECER O TRATAMENTO COM BOMBA DE INFUSÃO DE INSULINA E SEUS INSUMOS (COMPONENTES), E DEMAIS INSUMOS AQUI PLEITEADOS, DE FORMA CONTÍNUA E ININTERRUPTA, CONFORME SOLICITADOS NO LAUDO MÉDICO E ARROLADOS NESTA PEÇA, NO PRAZO MÁXIMO DE 05 (CINCO) DIAS, SOB PENA DE SEQUESTRO DO VALOR SUFICIENTE PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, BEM COMO QUAISQUER OUTRAS MEDIDAS A SEREM ADOTADAS POR ESTE JUÍZO NO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA, sendo que, ao final, requer que seja julgado procedente o pedido contido na inicial, a fim de que a tutela de urgência se torne definitiva, além da condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e dos ônus sucumbenciais devidos.

Em index 195 foi proferida a seguinte decisão, indeferindo a tutela de urgência perseguida: "1- Junte-se a petição que noticia o sistema. 2- O laudo anexado em fl.91 não possui o CID (Código Internacional de Doença); não há verossimilhança de negativa tácita do plano de saúde em fornecer os insumos requeridos administrativamente, conforme pode ser verificado na pela documentação apresentada em fls.80/90; não há no laudo médico a indicação dos insumos pleiteados na ação e em pedido liminar; por fim, não há também prova documental mínima capaz de corroborar com a alegação da obrigatoriedade do réu em fornecer a medicação requerida. Isto posto, acolho em parte o parecer ministerial (fl.193) e INDEFIRO o pedido liminar frente a ausência de verossimilhança e de perigo de dano irreversível. 3- Designo audiência prévia de conciliação para o dia 19/09/2019, às 14h e 50min. Cite-se e intime-se o réu, ciente de que este poderá recusar-se a comparecer, expressando a recusa através de petição protocolada com até 10 dias de antecedência da data da audiência, nos termos do art. 334, §5º do CPC."

Em index 256/286, o autor apresentou emenda à petição inicial, instruída com os documentos de index 287/307, dentre os quais se destaca a carta de negativa remetida pela ré.

Nova decisão foi proferida, agora em index 316/317, deferindo a tutela de urgência requerida, nos seguintes termos: "Fls.256/286: Recebo como aditamento à inicial. Ciente do Agravo. Tendo em vista a informação de fato novo (laudo médico e a recusa expressa do plano de saúde - fls.306 e 307), reconsidero a decisão de fl.195 e passo a decidir.

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em face de Plano de saúde. Alega a parte autora que a ré se recusa em arcar com medicamento a ser utilizado no tratamento ao qual o Autor necessita ser submetido, sob alegação de que não há cobertura para o tratamento que necessita. Há entendimento deste Tribunal quanto ao deferimento de pedido similar, bem como a Incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor à espécie em razão de o plano de assistência médica se amoldar fielmente ao conceito de serviço definido no Artigo 3º § 2º, da Lei nº 8.078/90. Da aplicação dos ditames da Lei nº 8.078/90 decorre que a empresa Ré está obrigada ao fornecimento de serviço adequado, eficiente e seguro. Alega a parte autora que a Ré se recusou a prestar o tratamento medicamentoso prescrito pelo médico que assiste o Autor. Contudo, a negativa dessa modalidade de cobertura implica em abusividade por importar em condição excessivamente desvantajosa para o consumidor, o que acabaria por inviabilizar o próprio tratamento médico prescrito. Há de se ter sempre em mente a ideia de que, em se tratando de direito à vida em oposição a direito patrimonial, aquele se sobrepõe a este, caracterizando, assim, motivo bastante para ser mitigado o princípio do pacta sunt servanda.

Verifico que os fundamentos apresentados pela parte são relevantes e amparados em prova idônea, permitindo-se chegar a uma alta probabilidade de veracidade dos fatos narrados, eis que amparados no laudo médico de fl.306. Já o provável perigo ocorre quando não se pode aguardar a demora normal do desenvolvimento da marcha processual. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorre da gravidade da doença, bem como da necessidade

de providenciar o correto tratamento. Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA para determinar que o réu forneça os medicamentos de que necessita o autor, na forma descrita em fl.306, sob pena de multa diária de R\$5.000,00, em caso de descumprimento. INTIMEM-SE os réus para cumprimento do ora decidido por OJA DE PLANTÃO, frente o caráter URGENTE da medida. Intime-se o MP. Seguem as informações do agravo."

Em index 328-329, a ré manifestou-se nos autos, juntando os documentos de index 365/367, que comprovam o cumprimento tempestivo da tutela de urgência deferida, e apresentou sua contestação em index 373/395, requerendo a improcedência da pretensão autoral, sob o argumento, em resumo, de que não agiu com falhas na prestação de seus serviços; que não praticou ato ilícito, mas mero exercício regular de um direito; que não há danos morais configurados, nem pertinência na imposição da obrigação de fazer almejada pelos fundamentos expostos na peça de bloqueio; que não há que se falar em inversão do ônus da prova e que a pretensão autoral visa obter enriquecimento sem causa, não sendo oportuna e não tendo justa causa.

O autor apresentou réplica em index 478/489, reiterando os argumentos contidos na exordial.

Intimadas as partes para se manifestarem sobre provas, estas se pronunciaram em index 507 e 511, deixando claro a desnecessidade de produção de outras provas para o exame do mérito da lide.

Em index 518-521, o Promotor de Justiça apresentou promoção ministerial, opinando pela procedência da pretensão veiculada na inicial.

Em index 531, foi proferida decisão saneadora, na qual o Juiz Titular deixou claro que seria julgada a impugnação a gratuidade de justiça quando da prolação da sentença.

Em index 549-551, a ré se insurgiu contra a decisão de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sem, contudo, interpor agravo de instrumento.

Em index 556, foi encerrada a instrução probatória e ordenada a remessa dos autos ao Grupo de Sentença.

A irresignação alveja a disposição do julgado, nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos contidos na inicial para confirmar a tutela de urgência já deferida em index 316/317, quando da análise do mérito da lide, condenando a ré, ainda, ao pagamento de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) à título de indenização por danos morais, acrescida de correção monetária, a contar da prolação da presente sentença, e juros legais de 1% ao mês, a contar da citação. Considerando-se que o autor decaiu de parte mínima de seu pedido, e que não existem tabelas previamente formuladas, indicando valores fixos e ideais a título de indenização por danos morais, condeno a ré ao pagamento das custas e demais despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, o cumprimento da presente, dê-se baixa e archive-se.

A parte ré interpôs recurso de apelação (e.doc – 000612), pugnando pela reforma da sentença. Destaca que “os *insumos pleiteados não constam da listagem*” elaborada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Sustenta que “*inegável que a Apelante não cometeu nenhuma conduta ilícita ou prejudicial em relação à Apelada; aquela, ressalte-se, sempre agiu em estrita consonância com o contrato e legislação vigente*”. Pondera que “*ao obrigar as operadoras a prestarem coberturas não previstas no contrato e ainda determinar o pagamento de vultuosas indenizações por danos morais, o fundo advindo das contribuições de cada segurado é atingido, o que acaba acarretando necessidade de reajuste do prêmio, onerando todos os*

beneficiários do plano e, muitas das vezes, impossibilitando a permanência dos mesmos nos contratos”. Requer a improcedência dos pedidos deduzidos na petição inaugural e, subsidiariamente, a redução da verba compensatória.

As contrarrazões não foram apresentadas, consoante certidão cartorária exarada nos autos (e.doc -000661).

EXAMINADOS, PASSO AO VOTO.

Satisfeitos os pressupostos recursais, notadamente o interesse e a tempestividade, além de sua pertinência objetiva, a hipótese conduz ao seu conhecimento.

O pacto avençado entre os personagens da relação jurídica de prestação de serviços médicos e hospitalares, em razão do *status* de seus protagonistas, acaba alcançado pelos preceitos do microssistema consumerista.

A legislação consumerista visa corrigir a desigualdade existente entre os polos da relação jurídica frente à impotência da parte vulnerável nas negociações, haja vista a patente imposição da vontade da prestadora de serviços na elaboração das cláusulas contratuais, cujas disposições são apresentadas ao consumidor que a elas adere sem que lhe seja permitida qualquer alteração.

Todavia, deve o consumidor comprovar os fatos que envolveram o prestador de serviço no desatendimento de seu dever jurídico, sendo que na via processual, a realização da prova obedece às regras estabelecidas no Código de Processo Civil.

Desse modo, conquanto o Código de Defesa do Consumidor permita a inversão do ônus probatório, na hipótese de relação de consumo, quando presentes os requisitos previstos em seu artigo 6º, inciso VIII, dúvida não remanesce que tal

benefício não exime o consumidor do ônus de comprovar minimamente o fato constitutivo de seu alegado direito, a teor do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

A questão em discussão consiste em saber se a associação ré está obrigada ao custeio do tratamento medicamentoso domiciliar, consistente em análogos de insulina e sensor de glicemia, cuja cobertura não é contemplada pelo contrato celebrado entre os litigantes.

Não se olvida que a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. Sempre há uma interpretação formulada sobre tal fato — ou sobre a prova direta dele derivada — que altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma.

Outrossim, a cognição realizada no processo, que abrange as premissas maior e menor, bem como a conclusão última emanada desse processo cognitivo (provimento judicial ou sentença), são frutos de uma constelação de deduções, induções e conclusões, realizadas não apenas com o que foi deduzido em juízo, mas também com fulcro na experiência daquele incumbido de solucionar a lide. O direito não é apenas lógica, mas também experiência.

Noutro giro, as questões de fato submetidas à análise deste Órgão Fracionário, em razão do efeito devolutivo dos recursos de apelação interpostos, sob os seus aspectos de extensão e profundidade, foram suscitadas nos autos pelas partes quando da propositura da demanda e da interposição do recurso.

Importa ressaltar que o parágrafo primeiro do artigo 1.013 do Código de Processo Civil, que trata da profundidade do efeito devolutivo da apelação, possibilita o conhecimento pelo órgão *ad quem* de todos os elementos que estavam à disposição do órgão *a quo* quando este proferiu a sentença.

Não se exige que as questões tenham sido decididas na sentença para que se opere a devolução ao órgão *ad quem*. Apesar de haver imposição legal para que todas as questões suscitadas pelas partes sejam analisadas e decididas pelo órgão jurisdicional, do ponto de vista prático as questões não resolvidas na sentença são devolvidas ao conhecimento do órgão *ad quem*, sem que isso importe em supressão de instância.

Portanto, como resulta dos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.103 a profundidade do efeito devolutivo não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada, mas sim, abrange também as que nela poderiam tê-lo sido. Estão aí compreendidas: a) as questões examináveis de ofício a cujo respeito o órgão *a quo* não se manifestou; b) as questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas pelas partes.

A devolução do conhecimento da causa ao Tribunal é ampla. Por essas razões, deve julgar a causa com os mesmos elementos de que dispunha o juiz em primeira instância. Se o juiz não se valeu de todos os elementos, apesar de estarem ao seu alcance, não se poderá impedir ao tribunal deles se utilizar.

Em cotejo aos elementos sensíveis arrecadados durante a marcha processual, observa-se que foram prescritos à parte autora a ministração de análogos de insulina e o uso de dispositivo de infusão de insulina SENSOR FREESTYLE LIBRE para a realização de seu tratamento medicamentoso, na forma do Laudo Médico acostado aos autos (e.doc – 000306).

Contudo, quanto à terapia medicamentosa domiciliar, somente estão insertos no rol de procedimentos de cobertura obrigatória elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar os medicamentos antineoplásicos e correlacionados, bem como, os imunobiológicos.

Delineado o cenário fático, assinala-se que inobstante este Órgão Fracionário tenha, reiteradamente, sufragado o entendimento de que o rol de eventos de saúde de cobertura obrigatória não é taxativo, e sim meramente exemplificativo, tal percepção há de ser revista para que se coadune com o recente entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP, na data de 08/06/2022, no caminhar de que a aludida listagem, em regra, ostenta caráter peremptório. Confira-se a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

(...)

4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.

5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "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" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). **Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual.**

6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e

eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol.

7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delinea também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar.

8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada.

9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve

prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021).

10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais.

11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido

indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

12. No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofrenia paranoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas, esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos - o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos.

13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado.

14. Embargos de divergência a que se nega provimento. (REsp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.)

Ressai-se que a hipótese em comento não se enquadra nos critérios permissivos de cobertura de exames ou tratamentos de

saúde que não estejam incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, estabelecidos pela Lei nº 14.454/2022, haja vista que o referido diploma não revogou, ainda que tacitamente, as disposições insertas no inciso VI, do artigo 10, da Lei nº 9.656/1998, que excepcionam a cobertura de “*medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12*” (tratamentos antineoplásicos).

Muito menos, está a empresa demandada impelida à cobertura do leitor de glicose por sensor, posto que tal scanner é, igualmente, de uso domiciliar.

Digno de nota que, segundo Parecer Técnico nº 0834/2022 elaborado pelo Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NATJUS), os equipamentos e insumos pretendidos não são imprescindíveis ao tratamento de diabetes mellitus tipo I, ainda que presente grande variabilidade glicêmica e episódios de hipoglicemia, na forma dos fragmentos extraídos de seus termos e a seguir ilustrados:

III – CONCLUSÃO

1. Segundo a Sociedade Brasileira de Diabetes, para atingir o bom controle glicêmico é necessário que os pacientes realizem avaliações periódicas dos seus níveis glicêmicos. O automonitoramento do controle glicêmico é uma parte fundamental do tratamento e este pode ser realizado através da medida da glicose no sangue capilar (teste padronizado pelo SUS) ou pela monitorização contínua da glicose (MGC). Os resultados dos testes de glicemia devem ser revisados periodicamente com a equipe multidisciplinar e, os pacientes orientados sobre os objetivos do tratamento e as providências a serem tomadas quando os níveis de controle metabólico forem constantemente insatisfatórios. O monitoramento da Glicemia Capilar (GC) continua recomendado para a tomada de decisões no manejo de hiper ou hipoglicemia, mesmo em pacientes que utilizam monitoramento contínuo¹.

2. De acordo com a Portaria Conjunta SAS/SCTIE nº 17, de 11 de março de 2019, que aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da DM tipo 1, informa-se que mais recentemente, também foi lançado o método de monitorização FreeStyle® Libre. Esse método foi avaliado em somente um ensaio clínico, que mostrou que em pacientes com DM1 bem controlados e habituados ao autocuidado pode reduzir episódios de hipoglicemia. As evidências sobre esses métodos até o momento não apresentaram evidências de benefício inequívoco para a recomendação no referido protocolo⁷.

3. Cabe ressaltar que o SMCG representa um importante avanço, mas ainda é uma tecnologia em evolução, com muitos aspectos a serem aprimorados ao longo dos próximos anos. O método apresenta limitações, como o atraso de 10 a 15 minutos em relação às GCs; ademais, pode subestimar hipoglicemias, tem incidência de erro em torno de 15%, é de alto custo e ainda não acompanha protocolos definidos para ajuste de dose de insulina com base nos resultados obtidos em tempo real. Cabe também ressaltar que o seu uso não exclui a aferição da glicemia capilar (teste convencional e disponibilizado pelo SUS) em determinadas situações como: 1) durante períodos de rápida alteração nos níveis da glicose (a glicose do fluido intersticial pode não refletir com precisão o nível da glicose no sangue); 2) para confirmar uma hipoglicemia ou uma iminente

hipoglicemia registrada pelo sensor; 3) quando os sintomas não corresponderem as leituras do SMC^{8,1}.

4. A monitorização da glicemia capilar necessita de uma pequena gota de sangue que habitualmente é adquirida na ponta do dedo, no entanto, **existem sítios de coletas que configuram alternativas igualmente eficazes e menos dolorosas como:** lóbulo de orelha, antebraço e panturrilha⁹.

7. Diante o exposto, informa-se que o insumo **sensor para glicosímetro intersticial** (FreeStyle® Libre) apesar de **estar indicado** para o manejo do quadro clínico da Requerente, **não é imprescindível**. Isto decorre do fato, de **não se configurar item essencial** em seu tratamento, pois o mesmo pode ser realizado através do monitoramento da glicemia da forma convencional (glicemia capilar), **padronizada pelo SUS**.

8. Quanto à disponibilização do item ora pleiteado, no âmbito do SUS, informa-se que **não está padronizado** para dispensação pelo SUS, no âmbito do município e do Estado do Rio de Janeiro. Assim, **não há atribuição exclusiva do município do Rio de Janeiro ou do Estado do Rio de Janeiro ao seu fornecimento**.

7. Considerando o exposto, informa-se que o **teste de referência** preconizado pela Sociedade Brasileira de Diabetes (automonitorização convencional) **está coberto pelo SUS** para o quadro clínico da Autora e que o equipamento **glicosímetro capilar** e os insumos **tiras reagentes e lancetas** **estão padronizados para distribuição gratuita**, no âmbito do SUS, objetivando o controle glicêmico dos pacientes dependentes de insulina.

8. Assim, sugere-se que o médico assistente da Suplicante **avalie a possibilidade de utilizar os equipamentos e insumos padronizados no SUS** (glicosímetro capilar, tiras reagentes e lancetas) **alternativamente** ao pleito **sensor para glicosímetro intersticial** (FreeStyle® Libre).

✓ Caso a referida substituição seja plausível, para ter acesso, **sugere-se que a Autora compareça a Unidade Básica de Saúde mais próxima de sua residência**, a fim de obter esclarecimentos acerca da sua dispensação.

10. Em consulta ao banco de dados do Ministério da Saúde¹⁰ apenas **foi** encontrado o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Diabetes Mellito Tipo 1 e Doença Celíaca, porém **não** foi encontrado para as suas outras enfermidades – **Tireoidite auto-imune, Síndrome seca [Sjögren] e Algoneurodistrofia**.

8. Em consulta ao sítio eletrônico da CONITEC¹¹ (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) não foi encontrado nenhum posicionamento sobre recomendação de possível incorporação de **aparelho FreeStyle® Libre**.

Em isoédrica cadência, são os recentes precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado do Tribunal de Cidadania, a seguir reproduzidos:

AgInt no AREsp n. **2.503.565/SP**, relator Ministro **Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma**, julgado em **17/6/2024**, DJe de 20/6/2024. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BOMBA INFUSORA DE INSULINA. INSUMO DE USO DOMICILIAR. CUSTEIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA.

1. Mesmo após a vigência da Lei n. 14.454/2022, inexistente abuso na cláusula contratual que desonere os planos de saúde do custeio de bomba infusora de insulina e insumos, ante seu uso domiciliar. Precedentes.

1.1. A Corte de apelação condenou a agravada ao custeio da bomba infusora de insulina de uso domiciliar descrita na inicial, o que afronta a jurisprudência pacífica desta Corte Superior. Por isso, era de rigor excluir a cobertura do equipamento referido.

2. Agravo interno que se nega provimento.

AgInt no REsp n. 2.126.278/MS, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EQUIPAMENTO DE MONITORAMENTO DE GLICOSE E MEDICAMENTO DE USO DOMICILIAR QUE NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DAS SITUAÇÕES ESPECIAIS QUE OBRIGAM O FORNECIMENTO. RECUSA DA OPERADORA QUE SE REVELA JUSTIFICADA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Com efeito, observa-se que a Corte local decidiu em desacordo com o entendimento firmado por ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, segundo o qual "é lícita a exclusão, na Saúde Suplementar, do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, salvo os antineoplásicos orais (e correlacionados), a medicação assistida (home care) e os incluídos no rol da ANS para esse fim" (AgInt no AgInt nos EDel no REsp n. 1.964.771/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/9/2022, DJe de 8/9/2022).

1.1. Hipótese em que são pleiteados insulina e equipamento para monitoramento de glicose, os quais são caracterizados como tratamento domiciliar, porquanto podem ser adquiridos diretamente pelo paciente em farmácias de acesso público, para ser autoadministrado por ele em seu ambiente domiciliar, sem a necessidade de intervenção médica, razão pela qual é devida a recusa de cobertura.

2. O mero não conhecimento ou a improcedência de recurso interno não enseja a automática condenação à multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC, devendo ser analisado caso a caso.

3. Agravo interno improvido.

AgInt no REsp n. 1.973.853/SP, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022. AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE. INSULINA. MEDICAMENTO DE USO DOMICILIAR, ADQUIRIDO EM FARMÁCIA COMUM. NÃO ENQUADRAMENTO COMO ANTINEOPLÁSICO, COMO MEDICAÇÃO ASSISTIDA (HOME CARE) NEM ESTÁ ENTRE OS INCLUÍDOS NO ROL DA ANS PARA ESSE FIM. COBERTURA LEGAL OBRIGATÓRIA. INEXISTÊNCIA.

ENTENDIMENTO PACIFICADO NO ÂMBITO DO STJ. PRECEDENTES DAS DUAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO.

1. Como bem ponderado pela Corte local, "a bomba infusora de insulina é aparelho que pode ser facilmente adquirido em farmácias", sendo, pois, tecnicamente medicamento de uso domiciliar. Com efeito, como assentado pela Terceira Turma, é **"lícita a exclusão, na Saúde Suplementar, do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, salvo os antineoplásicos orais (e correlacionados), a medicação assistida (home care) e os incluídos no rol da ANS para esse fim.**

Interpretação dos arts. 10, VI, da Lei nº 9.656/1998 e 19, § 1º, VI, da RN nº 338/2013 da ANS (atual art. 17, parágrafo único, VI, da RN nº 465/2021)" (REsp n. 1.692.938/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/4/2021, DJe 4/5/2021) 2. "Domiciliar, de acordo com a lei, refere-se a ambiente que, necessariamente, contrapõe-se a ambulatorial e a hospitalar, com o que se exclui da cobertura legal o fornecimento de medicamentos que, mesmo prescritos pelos profissionais da saúde e ministrados sob sua recomendação e responsabilidade, devam ser utilizados fora de ambulatório ou hospital" (REsp 1883654/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 02/08/2021).

Portanto, os medicamentos receitados por médicos para uso doméstico e adquiridos/aplicados comumente em farmácias não estão, em regra, cobertos pelos planos de saúde (REsp 1692938/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021).

3. Por um lado, como ponderado em recente recurso repetitivo julgado pela Segunda Seção, REsp n. 1.755.866/SP, relator Ministro Marco Buzzi, a universalização da cobertura não pode ser imposta de modo completo e sem limites ao setor privado, porquanto, nos termos dos arts. 199 da Constituição Federal e 4º da Lei n. 8.080/1990, a assistência à saúde de iniciativa privada é exercida em caráter complementar, sendo certo que a previsão dos riscos cobertos, assim como a exclusão de outros, é inerente aos contratos. Por outro lado, a saúde suplementar cumpre propósitos traçados em regras legais e infralegais. Assim sendo, não se limita ao tratamento de enfermidades, mas também atua na relevante prevenção, não estando o Judiciário legitimado e aparelhado para

interferir, em violação da tripartição de Poderes, nas políticas públicas. Precedente.

4. Agravo interno não provido.

Destarte, forçoso reconhecer que restaram superados os entendimentos outrora firmados por esta Corte de Justiça e veiculados através de seus verbetes sumulares nº 338 e 340.

Nessa linha de compreensão, não há como prosperar a pretensão deduzida na exordial, haja vista que se reputa lúdima a cláusula restritiva de cobertura de risco inserta no ajuste celebrado entre as partes, consistente na exclusão de custeio do tratamento não contemplado pelo rol de eventos de saúde obrigatórios, sem importar tal conduta em qualquer abusividade ou no estabelecimento de obrigação pecuniária iníqua em desfavor do consumidor.

Urge destacar que não há como compelir a operadora ao custeio do evento de saúde almejado pelo postulante quando da existência de preceito legal exoneratório da respectiva obrigação e de cláusula excludente de cobertura inserta no contrato, vez que tal imposição tornará a relação excessivamente onerosa ao prestador de serviço e acarretará o desequilíbrio financeiro do contrato, causando sérios prejuízos não só àquela, mas também aos futuros contratantes, para quem fatalmente seria repassado o custo da obrigação imposta, diante de seu caráter de mutualidade.

Certo é que, quando há celebração de um contrato de prestação de serviços na área de saúde complementar, o consumidor deve aquilatar suas reais necessidades com a possibilidade de arcar com os custos do plano de saúde, buscando um ponto de equilíbrio entre os serviços que possuem cobertura e suas condições financeiras.

A operadora do plano de saúde, por seu turno, espera receber a contraprestação pecuniária, sabedora dos limites de cobertura, não podendo ser compelida a custear todo e qualquer procedimento, sem que haja algum tipo de aditivo contratual.

Ressai-se que nos contratos de plano saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de mensalidade guardam relação de *proporcionalidade* com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

O contrato em apreciação possui natureza securitária, sendo permitido prevenir uma perda esperada por meio de uma perda atual. Tanto o contrato de plano de saúde quanto o contrato de seguro têm o seu objeto formado com base em um cálculo atuarial. Além disso, ambos são constituídos com base em uma solidariedade entre seus usuários, ligados pelo mutualismo decorrente da característica coletiva que tais contratos possuem.

Deste modo, como regra, trata-se de um contrato de bases coletivas, apesar de se tratar de uma relação entre o consumidor e a operadora. O elemento garantidor de que os custos dos tratamentos médicos serão suportados pela seguradora reside exatamente na circunstância de que são vários os consumidores-usuários que estão vinculados. Suportam um valor que constituirá um *fundo comum* a todos. A constituição desse fundo é necessária para que as operadoras possam operar no mercado com segurança financeira. É com esse fundo que elas arcam com as coberturas que são firmadas em lei e também contratualmente.

O equilíbrio financeiro, ou *equilíbrio-econômico-financeiro*, do contrato de plano de saúde é a relação estabelecida entre a cobertura de serviços ofertada pela administradora do plano de saúde e a retribuição paga pelo contratante, em forma de pagamento das mensalidades recebidas. Essa relação encargo-

remuneração deve ser mantida durante toda a existência do contrato, sob pena de gerar desequilíbrio para uma das partes.

Para o contratante, ocorrerá tal desequilíbrio quando ocorrer o injustificado reajustamento das contraprestações pecuniárias

Intimamente ligado ao cálculo atuarial está o *princípio do mutualismo*, que pode ser conceituado como um sistema em que toda a carteira de clientes contribui para que incida a diluição do risco.

A grande nota caracterizadora dos ajustes em comento, qualquer que seja sua modalidade, é o mutualismo, que permite a fragmentação dos riscos de assistência à saúde entre todos os participantes vinculados à carteira mantida pela seguradora, mediante a formação de um fundo comum que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos.

O mutualismo está relacionado à união de esforços de múltiplos participantes em favor de alguns elementos do grupo, sempre que necessário, pois esses, isoladamente, não teriam condições de suportar os custos de maior monta. *É o sentido mais simples e natural da união de esforços.*

Cediço que as relações estabelecidas entre as operadoras/seguradoras e os aderentes dos contratos de plano de saúde ofertados no mercado de consumo, além de regidas por legislação específica, norteiam-se pelas normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, precipuamente, para que alcancem a garantia fundamental prevista na Constituição da República. Todavia, a defesa do consumidor não pode ser confundida com a preponderância deste, sob pena de aviltamento ao princípio da igualdade insculpido na Carta Magna.

Dessa forma, sequer há vestígio de qualquer ilegalidade ou ilicitude na conduta adotada pela entidade demandada, sendo forçoso reconhecer que a parte autora não se desincumbiu do encargo de comprovar o fato constitutivo de seu direito a sustentar a pretensão deduzida na peça vestibular, e tampouco, que a ré tenha se descurado dos seus deveres jurídicos, neles inclusos, os de informação, de transparência e de boa-fé, o que impõe a manutenção da sentença.

Por tais fundamentos, conduzo o VOTO no sentido de CONHECER do recurso interposto e DAR-LHE PROVIMENTO, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na petição inaugural. Condeno a parte autora ao pagamento das despesas do processo e nos honorários advocatícios sucumbenciais, que ora arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa, observando-se o disposto no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Rio de Janeiro, na data da Sessão de Julgamento.

MURILO KIELING

Desembargador