Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível

Apelação Cível N° 0394168-64.2010.8.19.0001
Apelante: CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL CASSI
Apelado: ESPÓLIO DE NAPOLEÃO CAVALCANTI DE LACERDA
Relator: DES. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES

Ementa**: Apelação Cível. Ação indenizatória. Rito sumário. Autor, que faleceu durante o tramite do feito, que apresentou doença em sua visão, denominada de Degeneração Macular Relacionada à Idade. Parte ré que se negou a custear a aplicação Intra-Vítrea da injeção Avastin e também os exames de tomografia. Relação jurídica de consumo. Presentes os requisitos insertos nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se as suas normas protetivas ao consumidor, notadamente, a do caput, do art. 14, que consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, fundada na teoria do risco do empreendimento. Laudo Pericial onde se concluiu que o tratamento com Avastin (Bevacizumab) não é experimental e sim um tratamento off label, ou seja, que ainda não possui registro autorizativo para o tratamento da patologia do autor, porém, que já vem sendo utilizado, devido aos resultados positivos apresentados. Item contratual que prevê a exclusão de cobertura para tratamento experimental, porém, não menciona o off label. Interpretação que deve ser mais favorável ao consumidor, conforme previsto no art. 47, do CDC. Cláusula contratual, se interpretada de modo a restringir o custeio de tratamentos e cirurgias, que deve ser considerada abusiva, já que violadora do contrato celebrado entre as partes, pois restringe o dever do prestador do serviço de saúde de promover o tratamento adequado ao contratado. O fato de o medicamento não consta de lista da ANVISA não serve para a negativa de cobertura pelo plano de saúde quando há indicação do médico responsável pelo tratamento nesse sentido. Dano moral caracterizado. Valor da indenização que atende às peculiaridades do caso em concreto e está de acordo com o princípio da razoabilidade. Patamar fixado a título de condenação em honorários advocatícios que não merece redução. Art. 557, caput, do CPC. Recurso a que se nega seguimento.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ
CARLOS JOSE MARTINS GOMES:000007546 Assinado em 29/01/2015 15:31:20
Local: GAB. DES CARLOS JOSE MARTINS GOMES

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
331
Carimbado Eletronicamente

D E C I S Ã O

Cuida-se de ação indenizatória, pelo rito sumário, proposta por NAPOLEÃO CAVALCANTI DE LACERDA (o polo ativo foi retificado, em razão do falecimento do autor, para constar ESPÓLIO DE NAPOLEÃO CAVALCANTI DE LACERDA) em face de CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL CASSI, alegando, em síntese, que é cliente da ré, através de contrato de plano de saúde, estando com o pagamento em dia, que é realizado através do desconto automático. Afirma que sofre de problemas visuais, tendo sido determinado pelos seus médicos, a fim de se evitar a cegueira total, a aplicação Intra-Vítrea da injeção Avastin, objetivando a involução do quadro hemorrágico e tentativa de melhora da visão. Prossegue dizendo que a ré vem se negando a custear o uso da injeção mencionada, além dos exames de tomografia necessários, obrigando o autor a desembolsar a quantia de R$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais). Diz que a próxima cirurgia para aplicação da injeção Avastin está marcada para 09/12/2010, porém, o autor não tem mais condições financeiras de arcar com esse custo.

Pugna pela condenação da ré, inclusive em antecipação de tutela, ao pagamento do procedimento com a aplicação da injeção de Avastin; ao ressarcimento de todos os valores despendidos, em dobro, totalizando R$27.000,00 (vinte e sete mil reais) e ao pagamento de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

Decisão, fl. 44, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e deferiu a gratuidade de justiça.

Contestação (fls. 49/60) na qual a ré alega, em suma, a inexistência de relação jurídica de consumo. Diz que o medicamento pleiteado pelo autor não se encontra coberto, em razão do disposto no art. 33, X, do contrato celebrado entre as partes e que a ANS informou que a injeção intravítrea é técnica de introdução relativamente recente, não tendo cobertura pelos planos de saúde sob a égide da Lei 9565/98 porque não consta do rol da RN 167/2008 e são necessários estudos de avaliação dessas tecnologias. Menciona que o laudo médico emitido por médico auditor da ré também é nesse sentido. Acrescenta não ser cabível a devolução em dobro e a inexistência de dano moral.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
332
Carimbado Eletronicamente

Decisão (fl. 121) que revogou a gratuidade de justiça e saneou o feito. Provimento judicial (fl. 138) que determinou a produção de prova testemunhal. Decisão deste Relator (fls. 151/154) que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor a fim de impugnar a decisão que determinou que o autor arcasse com os honorários do perito (fl. 140).

Laudo Pericial (fls. 218/225) e esclarecimentos do Perito (fls. 248/249). Decisão que retificou o polo passivo (fl. 226).

A sentença, proferida às fls. 274/281, *"julgou procedente o pedido, para (i) condenar a parte ré a pagar a parte autora o valor de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) a título de indenização por danos materiais, acrescidos de correção monetária a contar de cada desembolso e juros legais a contar da citação, de acordo com art. 405 do CC; (ii) condenar a parte ré a pagar a parte autora o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a titulo de indenização por danos morais, acrescidos de atualização monetária a partir da publicação desta sentença, e de juros legais a contar da citação. Despesas processuais e honorários advocatícios pela parte ré, estes arbitrados em 15% sobre a condenação, sendo extinto o processo com resolução do mérito, na forma do artigo 269,1, do CPC."*

Irresignado, a ré apresentou apelação (fls. 282/296), reprisando os argumentos apresentados na contestação, notadamente que o medicamento Avastin não possui registro na ANVISA para o tratamento da moléstia do autor, tendo natureza experimental o uso "OFF Label", ou seja, que ainda não existe autorização formal pela agência reguladora. Acrescenta que a condenação em danos morais e também a verba referente aos honorários advocatícios foram fixadas em patamar elevado.

Contrarrazões (fls. 300/304) em prestígio à sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço da apelação, uma vez que estão preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

A relação jurídica existente entre as partes litigantes é de consumo, uma vez que presentes os requisitos insertos nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se as suas normas protetivas ao consumidor, notadamente, a do *caput,* do art. 14, que

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
333
Carimbado Eletronicamente

consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, fundada na teoria do risco do empreendimento.

Nesse passo, o dever de reparar qualquer dano causado somente será afastado caso se comprove a ocorrência de uma das excludentes da responsabilidade previstas no art. 14, § 3º, e incisos, do Código de Defesa do Consumidor.

A argumentação da recorrente de inaplicabilidade no caso em apreço do Código de Defesa do Consumidor não merece prosperar, mormente porque a relação de consumo resta caracterizada pelo objeto do contrato, consubstanciado na prestação de serviço médico-hospitalar. Assim, aplica-se o Verbete nº 469, da Súmula do STJ, *in verbis*:

> "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde."

Diga-se que apesar de a parte ré ser entidade sem fins lucrativos e preste assistência na modalidade de autogestão, a prestação de serviço é remunerada por seus associados, justificando a aplicação da norma protetiva consumerista.

Ademais, na decisão de fl. 121, o Douto Juízo a quo inverteu o ônus da prova, ao fundamento de que a relação jurídica discutida no feito é de consumo, o que não foi alvo de recurso da ré.

Estamos diante de demanda na qual foi prescrito, por profissional médico, o uso pelo autor, já falecido, do medicamento Avastin, a fim de tratamento de problema visual (Degeneração Macular Relacionada à Idade), sendo negado pela ré o custeio do medicamento, como, também, da realização de tomografias.

A parte ré negou-se a custear as aplicações do medicamento referido, ao argumento de que no contrato entabulado entre as partes está previsto, no art. 33, a não cobertura de tratamento experimental, o que abrangeria o do autor, acrescentando que a Anvisa não autoriza a sua utilização para a enfermidade do demandante.

No Laudo Pericial produzido nos autos o Perito concluiu o seguinte: *"após apurada análise feita na documentação médica inclusa nos autos conclui que o autor obteve uma adequada indicação de tratamento medicamentoso para o tratamento da patologia de que é*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
334
Carimbado Eletronicamente

portador, com Avastin (Bevacizumab), não sendo, o seu, um caso de tratamento experimental mas, sim, ***um tratamento off label****, ou seja, um tratamento* ***que já vem sendo realizado pelos centros oftalmológicos no pais, no tratamento de Degeneração Macular Relacionada à Idade (DMRI)****. (fl. 224).*

Nos esclarecimento ao Laudo afirmou o perito*: "No caso em tela, trata-se do uso de um medicamento off label, significando inexistir, ainda, o registro autorizativo de sua indicação para tratamento de uma determinada patologia, sendo que o medicamento, porém, vem sendo adotado e aprovado pela experiência dos clínicos, devido aos bons resultados obtidos, comprovadamente, em vários Serviços de Oftalmologia." (fl. 248).*

Portanto, restou definido pela perícia que o medicamento Avastin não é experimental, pois a sua utilização é autorizada pela ANVISA. Contudo, é um medicamento *off label,* isto é, que ainda não possui registro autorizativo para o tratamento da patologia do autor, porém, que já vem sendo utilizado, devido aos resultados positivos apresentados.

No sentido de que o medicamento Avastin não é experimental, julgado desta Corte:

> "0083554-68.2013.8.19.0001 – APELACAO. Ementa. MARCO ANTONIO IBRAHIM - VIGESIMA CAMARA CIVEL. Processo Civil. Agravo do Artigo 557 do CPC. Medicamentos. Parte agravante que reitera a alegação no sentido de não estar obrigada a custear tratamento experimental e de não ter ocorrido dano moral, assim como, de excessividade da verba. O tratamento quimioterápico através do uso do medicamento Avastin não é procedimento experimental, pois a droga possui registro perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. O dever de assistência ao contratante decorre da lei, dos princípios contratuais e constitucionais que regem a matéria, sendo possível afirmar que restrições impostas por planos de saúde têm sido consideradas abusivas quando prejudiquem a eficácia do tratamento ínsito à cobertura contratada. Dano moral in re ipsa. Risco à vida ou à saúde do consumidor, além de afronta à dignidade da pessoa humana. Valor arbitrado em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso a que se nega provimento." (grifo nosso).

Note-se que o art. 33, do contrato celebrado entre as partes, mencionado pela ré como sendo a cláusula contratual que lhe permite a não autorização do tratamento buscado pel

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
335
Carimbado Eletronicamente

autor, fala em experimental, não mencionando o termo *off label*. Considerando que as cláusulas contratuais restritivas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, do CDC), cabível que se entenda que o contrato não prevê a negativa de cobertura para os medicamentos *off label*.

Ademais, essa cláusula contratual, se interpretada de modo a restringir o custeio de tratamentos e cirurgias, deve ser considerada abusiva. Portanto, violadora do contrato celebrado entre as partes, pois restringe o dever do prestador do serviço de saúde de promover o tratamento adequado ao contratado.

Registre-se que o fato de o medicamento não consta de lista da ANVISA não serve para a negativa de cobertura pelo plano de saúde quando há indicação do médico responsável pelo tratamento nesse sentido.

A seguir transcrevo arestos deste E. Tribunal em que se determinou que o plano de saúde forneça o medicamento, mesmo se tratando de *off label*:

> "0264887-50.2013.8.19.0001 – APELACAO. Ementa. JDS. DES. MARCIA CUNHA SILVA ARAUJO DE CARVALHO - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SUMÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA POR TITULAR DE PLANO DE SAÚDE. DEFENDENTE DA AUTORA QUE PRECISOU FAZER USO DO MEDICAMENTEO BENDAMUSTINE ASSOCIADO AO RITUXIMAB. MEDICAMENTO NÃO AUTORIZADO PELA ANVISA. NEGATIVA DA RÉ EM FORNECER O MEDICAMENTO. POSTERIOR NEGATIVA DE REEMBOLSO PELA RÉ. PRETENSÃO AUTORAL DE REEMBOLSO DAS QUANTIAS DESPENDIDAS COM O TRATAMENTO DE SAÚDE DE SEU FALECIDO CÔNJUGE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE CONDENOU O RÉU AO PAGAMENTO DA QUANTIA DE R$ 20.100,00 (VINTE MIL E CEM REAIS) A TÍTULO DE REEMBOLSO e R$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) A TÍTULO DE DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA FUNDAMENTADA NA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO, DEVENDO O EMPREENDOR SUPORTAR OS RISCOS DE SUA ATIVIDADE, TAL COMO DELA AUFERE OS LUCROS. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. O FATO DE O MEDICAMENTO NÃO POSSUIR REGISTRO NA ANVISA NÃO PODE SERVIR COMO ESCUSA PARA O CUMPRIMENTO DE

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
336
Carimbado Eletronicamente

OBRIGAÇÃO LEGAL DE PROMOVER O TRATAMENTO ADEQUADO AO SEGURADO. USO "OFF LABEL" QUE, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA USO INADEQUADO. EM CONTRATOS DE SAÚDE NÃO SE PODE ADMITIR QUE CLÁUSULAS LIMITEM DETERMINADOS SERVIÇOS DA COBERTURA CONTRATADA. PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. NEGATIVA DA SEGURADORA EM FORNECER O MEDICAMENTO AO CÔNJUGE DA AUTORA QUE ERA SEU DEPENDENTE NO PLANO DE SAÚDE QUE SE MOSTROU INFUNDADA. POSTERIOR NEGATIVA DE REEMBOLSO À AUTORA TAMBÉM INDEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER FIXADO SEGUNDO O PRUDENTE ARBÍTRIO DO MAGISTRADO, ATENDENDO AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, CONSIDERANDO O GRAU DE INTENSIDADE DA LESÃO E A CAPACIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DAS PARTES, DE MODO QUE NÃO CAUSE ENRIQUECIMENTO EXORBITANTE PARA QUEM RECEBE NEM SEJA INSIGNIFICANTE PARA QUEM PAGA. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) QUE REPUTO ADEQUADO DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO."

"0330810-28.2010.8.19.0001 – APELACAO. Ementa. CLAUDIO LUIZ BRAGA DELL ORTO - VIGESIMA QUINTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO. Decisão do relator que negou provimento ao recurso de apelação mantendo a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela ora agravada. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória. Plano de saúde. Recusa em custear o medicamento denominado Mabthera para tratamento de câncer (Linfoma Não-Hodkin Folicular). Negativa de fornecimento do medicamento solicitado pela médica responsável pelo tratamento da autora, sob a justificativa de tratar-se de substância cuja utilização não é universalmente consagrada (caráter off label). Cobertura devida. Falha na prestação do serviço. Embora seja possível a limitação dos riscos pelo segurador, a recusa de cobertura para fornecimento de medicamento indicado para o tratamento da autora implica violação ao contrato celebrado entre as partes. Dano moral configurado. Verba reparatória arbitrada em R$ 9.000,00 (nove mil reais) que se revela necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do dano moral, de modo a consultar a razoabilidade e a proporcionalidade. Acerto da Sentença. Precedentes. Decisão de segundo grau que analisou correta e adequadamente a matéria. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
337
Carimbado Eletronicamente

Quanto à condenação em danos morais, o recurso também não merece prosperar.

O dano moral, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro, 3ª edição, vol. IV, Ed. Saraiva, pág. 359 ,) *"é lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc. como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação."*

Ressalte-se que o dano moral também possui um caráter punitivo e pedagógico que serve como desestimulo a prática de determinada conduta. No caso em comento, a conduta da ré deve ser censurada, posto que consistiu em negar a parte autora tratamento que fazia jus, o que pode ter servido para agravamento de seu estado geral de saúde.

A propósito, julgado desta Corte:

> "0191967-78.2013.8.19.0001 – APELACAO. Ementa. MABEL CHRISTINA CASTRIOTO MEIRA DE VASCONCELLOS - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR. Apelação Cível. Plano de Saúde. Relação de consumo. Aplicação das regras da Lei nº 8.078/90. Parte autora que precisou propor demanda judicial, a fim de que a administradora do plano de saúde autorizasse o procedimento determinado. Recusa em disponibilizar o medicamento, conforme determinação do médico assistente. Alegação de exclusão contratual. Dano moral configurado. Verba reparatória fixada em conformidade com os parâmetros desta Corte Estadual. Precedentes: 0005119-40.2013.8.19.0079 - APELAÇÃO - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 27/03/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 1615784-51.2011.8.19.0004 - APELAÇÃO - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 18/03/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 0085030-15.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 13/03/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar. Recurso ao qual se nega provimento."

O valor estabelecido pela sentença, a título de indenização por danos morais, não deve ser revisto.

Como é cediço, a legislação pátria não estabelece o valor da indenização, cabendo ao julgador, em consonância com as peculiaridades do caso em concreto, fixar essa quantia

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
338
Carimbado Eletronicamente

A indenização estabelecida na sentença vergastada foi razoavelmente fixada e não destoa do posicionamento desta Corte.

Confira-se:

> "0002628-16.2012.8.19.0202 – APELACAO. Ementa. JUAREZ FERNANDES FOLHES - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA CONFORMACIONAL. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO. AÇÃO OBJETIVANDO QUE O PLANO DE SAÚDE AUTORIZE A REALIZAÇÃO DE TODO E QUALQUER PROCEDIMENTO NECESSÁRIO À CURA DA DOENÇA E A COMPENSAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONDENADO O PLANO DE SAÚDE AO PAGAMENTO DA IMPORTÂNCIA DE R$ 10.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. APELAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. RÉU POSTULANDO REFORMA DA SENTENÇA, REQUERENDO EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DOS DANOS MORAIS. APELAÇÃO ADESIVA DO AUTOR REQUERENDO MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. INACEITÁVEL A RECUSA DO PLANO DE SAÚDE EM AUTORIZAR O PROCEDIMENTO RECLAMADO, SENDO CERTO QUE CABE AO MÉDICO A ESCOLHA DO TRATAMENTO MAIS ADEQUADO AO SEU PACIENTE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 211 DO TJRJ. OBRIGAÇÃO DO RÉU AO CUSTEIO DO TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA CONFORMACIONAL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS E FIXADOS DE CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. APELAÇÕES A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

A sentença condenou a ré, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

O art. 20, § 3º, do CPC, dispõe que os honorários serão estabelecidos entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Levando-se em conta o dispositivo legal mencionado, entendo que o percentual fixado pela sentença apresenta-se razoável, não merecendo redução.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
339
Carimbado Eletronicamente

Por tais fundamentos, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao apelo, mantendo a sentença tal como lançada.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2015.

CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES
Desembargador Relator

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ