



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000150111

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003469-72.2021.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, são apelados [REDACTED] (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e [REDACTED] (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PASTORELO KFOURI (Presidente), FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI E LIA PORTO.

São Paulo, 1º de março de 2023.

PASTORELO KFOURI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 1784

Apelação Cível nº: **1003469-72.2021.8.26.0011**

Relator: **Pastorelo Kfourri**

Órgão Julgador: **7ª Câmara de Direito Privado**

Comarca: São Paulo/1ª Vara Cível do F. R. de Pinheiros

Juiz(a): Paulo Henrique Ribeiro Garcia

Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde Apelado:

(menor representado)

APELAÇÃO CÍVEL. Indenizatória. Plano de saúde. Determinação do C. STJ para novo julgamento da apelação, à luz da decisão proferida pela 2ª Seção no julgamento dos EREsp 1.886.929 e 1.889.704. Lei nº 14.454/2022 que estabeleceu critérios para a mitigação do rol de procedimentos da ANS. Eficácia da órtese craniana, não cirúrgica, mas substituta do mesmo procedimento. Notas Técnicas do NAT-JUS. Precedentes do C. STJ em relação à abusividade da negativa da mesma órtese. Recurso desprovido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença a fls. 365/367 que julgou procedente o pedido autoral para determinar à ré ao pagamento de R\$ 13.600,00, acrescido correção monetária pela tabela prática desta Corte juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, além de custas, despesas processuais e honorários de sucumbência fixados em R\$ 2.000,00.

A ré interpôs recurso de apelação a fls. 373/381, respondido a fls. 391/404. Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 420/427, de lavra do Dr. Eduardo Ulian, pelo desprovimento do apelo.

Esta C. Câmara proferiu acórdão de improvimento do apelo a fls. 430/437, que recebeu a seguinte ementa:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PLANO DE SAÚDE. Serviços médicos e hospitalares. Segurado menor impúbere (com 01 ano de idade) diagnosticado com braquicefalia posicional. Prescrição médica positiva ao tratamento com órtese craniana. Recusa de cobertura da operadora de saúde. Descabimento. Negativa que restringe obrigação inerente à natureza do contrato (art. 51, IV, e §1º, II, do CDC). Irrelevância se procedimento não consta no rol de cobertura obrigatória da ANS e de haver exclusão contratual. Desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito que se evidencia na desigualdade material de poder. Lesão à dignidade humana. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do CC). Conduta que a doutrina moderna caracteriza como ilícito lucrativo. Incidência dos arts. 4º, caput, 7º, 46, 47 e 51, IV, do CDC. Cobertura devida. Reembolso integral devido. Dispêndio efetivamente comprovado. Sentença mantida. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. Fixação em R\$ 2.000,00. Ausência de fatores legais à redução. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1003469-72.2021.8.26.0011; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2021; Data de Registro: 03/11/2021)

O acórdão fora proferido consoante o entendimento pretérito do C. STJ de que o rol da ANS não era taxativo, consistindo referência básica para o custeio dos tratamentos, decidindo que as cláusulas que limitavam a cobertura dos exames se revelavam abusivas não só por terem sido prescritos pelo médico especialista que acompanhava a autor, mas também porque a exclusão da cobertura deixa o segurado em situação de extrema desvantagem (fls. 433/434). E complementou:

Vale lembrar que as cláusulas limitativas ou obstativas das obrigações assumidas pelas operadoras de planos de saúde, mormente aquelas às quais os



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consumidores aderem por força da própria natureza adesiva do contrato, devem ser interpretadas à luz dos princípios da boa-fé e da equidade (fls. 241).

Opostos embargos de declaração a fls. 442/443, foram rejeitados pelo acórdão a fls. 445/448.

A fls. 450/465 a apelante interpôs Recurso Especial, contrarrazoado a fls. 536/555. A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou a fls. 559/566 pela inadmissibilidade do Recurso Especial.

A fls. 297/298 a douta Presidência da Seção de Direito Privado admitiu o recurso.

Pelo acórdão de fls. 573/585, o Exmo. Min. Relator Moura Ribeiro determinou o retorno dos autos a esta C. Corte para reanálise do apelo à luz do novo entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ no julgamento dos EREsp 1.886.929/SP e 1.889.704/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, de que o rol da ANS é, em regra, taxativo, “para que a Corte Estadual averigue se o caso em testilha se enquadra ou não nas exceções *suso* transcritas, que obrigam a operadora do plano de saúde ao custeio de tratamento independentemente de constar ou não no rol da ANS” (fls. 578).

É o relatório.

Tendo assumido a cadeira anteriormente pertencente ao Des. Rômolo Russo, que primeiro julgou o apelo, recebo os autos para cumprimento da determinação e passo ao reexame.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais decorrentes da negativa de cobertura e custeio de órtese craniana do tipo Starband®, prescrita ao autor pelo médico assistente após diagnóstico de braquicefalia posicional (achatamento occipital bilateral – CID Q67.3), por falta de cobertura legal e contratual.

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 1.886.929/SP e 1.889.704/SP, de relatoria do Min. Luis Felie Salomão, por maioria de votos fixou o entendimento de que o rol da ANS é, em regra, taxativo, trazendo como requisitos para mitigação a inexistência de substituto terapêutico listado, 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 técnica 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Há diferença entre os casos levados a embargos de divergência na Corte Superior e o dos presentes autos: em um, o paciente diagnosticado com esquizofrenia e submetido a tratamentos diversos constantes do rol e que não surtiram o efeito desejado pretende submeter-se a tratamento não incorporado ao rol; em outro, ao paciente diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista foram prescritas terapias constantes do rol (psicologia, fonoterapia etc.) porém por método específico, e este não consta do rol.

No caso dos presentes autos, a órtese prescrita é substituída menos gravosa a neurocirurgia de remodelação craniana, esta sim listada pela ANS. E nem todos os casos podem ser tratados de forma igual.

Ao julgamento dos EREsp sobreveio a Lei nº 14.454/2022 que reconheceu a taxatividade do rol da ANS, porém estabeleceu critérios distintos para permitir a cobertura de exames ou tratamentos de saúde não listados, dando nova redação ao art. 1º da Lei nº 9.656/1998:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições

(...)

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.” (NR)

Ciente da determinação para rejuízo do recurso à luz do novo entendimento do C. STJ, de se anotar que alteração legislativa suplantou o entendimento jurisprudencial para tornar letra de lei os requisitos necessários para mitigação do rol que, em regra e agora expressamente, é taxativo.

Resta, portanto, s.m.j., analisar os exames prescritos para o efetivo diagnóstico do autor à luz da nova legislação.

O rol da ANS é, em regra, atualizado apenas a cada dois anos, e por um longo período vigora uma listagem de procedimentos que inviabiliza o custeio dos avanços da ciência e medicina e, conforme entendimento exarado pela Min. Nancy Andrighi no julgamento dos embargos de divergência, transfere ao consumidor o risco dos planos de saúde, mormente porque, no momento da contratação, não detém o conhecimento técnico para análise dos mais de três mil procedimentos/medicamentos constantes da norma reguladora.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A negativa para o custeio da órtese em questão, corriqueiramente trazida ao conhecimento e decisão deste E. Tribunal, fundamenta-se na exclusão de cobertura de “próteses, órteses e seus acessórios, não ligados ao ato cirúrgico ou com finalidade estética”, nos termos do parágrafo único do art. 17 da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS.

Insta anotar que a anomalia congênita que acomete o autor é tratável por neurocirurgia de alto risco e índice de mortalidade, sendo o tratamento prescrito meio comprovadamente eficaz para evitar esta cirurgia.

Há indicação médica para o tratamento e existe comprovação de sua eficácia com base em evidências científicas, nos termos do parágrafo §13 do art. 10 da Lei dos Planos de Saúde, capaz de excepcionalmente autorizar o custeio pela operadora de saúde e mitigar o rol.

O produto tem registro na ANVISA¹ e há estudos que demonstram sua efetividade para o tratamento do autor. À longa lista de estudos indicadas pelo próprio médico assistente se somam notas técnicas do NATJUS raramente desfavoráveis à eficácia da órtese, estas decorrentes de situações em que o infante não teve a rotatividade adequada no berço. Não é, porém, o caso dos autos, que indica como congênita a doença do autor.

Há evidências científicas e notas técnicas proferidas em casos análogos a justificarem e confirmarem a concessão da tutela pretendida (vide Notas Técnicas 47269 e 50716 – NATJUS/CNJ).

1

<https://consultas.anvisa.gov.br/#/saude/25351426607201351/?nomeProduto=%C3%B3rtese%20crani>
al. Consulta em 23/02/2023.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É entendimento do próprio C. STJ de que as órteses substitutas do processo cirúrgico devem ser custeadas como se cirúrgicas fossem, de modo a evitar procedimento médico invasivo de maior custo e que traz risco à saúde do paciente. Neste sentido a jurisprudência daquela Corte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. PLAGIOCEFALIA. ÓRTESE CRANIANA. RECUSA DE COBERTURA INDEVIDA.

1. Ação cominatória visando a cobertura de órtese craniana.
2. É abusiva a recusa de tratamento com órtese que substitui futura cirurgia. Precedentes.
3. Recurso especial conhecido e desprovido.
(REsp n. 2.045.763, Ministra Nancy Andrighi, DJe de 06/02/2023.)

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. ILEGALIDADE. FORNECIMENTO DE ÓRTESE EM SUBSTITUIÇÃO A ATO CIRÚRGICO. DECISÃO MANTIDA.

1. " 'A lei estabelece que as operadoras de plano de saúde não podem negar o fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios indispensáveis ao sucesso da cirurgia, como por exemplo a implantação de stents ou marcapassos em cirurgias cardíacas. Se o fornecimento de órtese essencial ao sucesso da cirurgia deve ser custeado, com muito mais razão a órtese que substitui esta cirurgia, por ter eficácia equivalente sem o procedimento médico invasivo do paciente portador de determinada moléstia' (REsp 1.731.762/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 28/5/2018)" (AgInt no AREsp 1.577.124/SP, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/4/2020, DJe 4/5/2020).
2. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no REsp n. 1.954.155/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 25/4/2022, DJe de 28/4/2022.)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PLAGIOCEFALIA. ÓRTESE CRANIANA. RECUSA DE COBERTURA INDEVIDA.

1. Ação de obrigação de fazer visando a cobertura de órtese craniana para tratamento de plagiocefalia.

2. "A lei estabelece que as operadoras de plano de saúde não podem negar o fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios indispensáveis ao sucesso da cirurgia, como por exemplo a implantação de stents ou marcapassos em cirurgias cardíacas. Se o fornecimento de órtese essencial ao sucesso da cirurgia deve ser custeado, com muito mais razão a órtese que substitui esta cirurgia, por ter eficácia equivalente sem o procedimento médico invasivo do paciente portador de determinada moléstia" (REsp n. 1.731.762/GO, 3ª Turma, DJe de 28/5/2018).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.988.642/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022.)

No mesmo sentido foram os julgamentos, pelo C. STJ, do REsp 2.002.593 (Ministro Raul Araújo, DJe de 03/01/2023); REsp n. 2.006.252 (Ministro Raul Araújo, DJe de 28/12/2022); REsp n. 2.030.597, (Ministro Moura Ribeiro, DJe de 20/10/2022).

Assim, ainda que alteração superveniente do entendimento jurisprudencial e da legislação consignem a taxatividade do rol da ANS, pedidos como o dos presentes autos podem ser considerados excepcionais a fim de serem integralmente providos, tanto pela evidência científica para o tratamento, quanto pelo entendimento de que a prótese ou órtese que substitua o ato cirúrgico, minimizando o risco de morte ou sequelas para o paciente, deve ser custeada como se cirúrgica fosse, anotando-se ademais o menor risco envolvido à operadora de saúde no custeio/reembolso da órtese



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

craniana em relação à neurocirurgia para reconstrução craniana do infante, no melhor interesse e na proteção que lhe é concedida pela Constituição Federal.

Mais não é preciso dizer para a manutenção da r. sentença e acórdão já proferidos, em razão do atendimento ao requisito do art. 1º, § 13, inciso I, da nº Lei 9.656/1998, porque há prova de eficácia baseada em evidências científicas e plano terapêutico, à luz das ciências da saúde.

É o voto que submeto ao colegiado, mantendo na íntegra o acórdão anteriormente proferido em todos os seus termos, com os acréscimos das razões de decidir ora esposadas. Custas e sucumbência na forma do v. acórdão combatido.

Considero prequestionada a matéria, evitando-se a interposição de embargos de declaração com esta única e exclusiva finalidade, observando o pacífico entendimento do STJ de que desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ de 08/05/2006). Àqueles manifestamente protelatórios aplicar-se-á a multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos deste voto.

PASTORELO KFOURI
Relator