

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.562.169 - PR (2019/0244491-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**AGRAVANTE** : UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO  
**ADVOGADOS** : ARMANDO GARCIA GARCIA - PR004903  
FERNANDO CEZAR VERNALHA GUIMARAES - PR020738  
LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA - PR022076  
MATEUS HERMONT NASCIMENTO - PR051664  
CAMILA JORGE UNGARATTI - PR061937  
MARIANA BORGES DE SOUZA - PR066405  
MARIA CLARA MAIA DE SOUZA - PR093634  
**AGRAVADO** : IVONE MAMPRIN CASAROTO  
**ADVOGADOS** : MARCO ANTÔNIO DE ANDRADE CAMPANELLI - PR008445  
ÂNGELO LESNIEWSKI DA SILVEIRA - PR052857

**DECISÃO**

1. Cuida-se de agravo em recurso especial de decisão denegatória de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Alega a operadora de plano de saúde recorrente omissão e que a recorrida vindicou a imposição de fornecimento de medicamento tido pela ANS como experimental, off label para sua enfermidade, em especial por não ter sido realizada a ressecção completa do tumor primário.

Aduz ter havido cerceamento de defesa, pois a produção de provas era necessária para demonstrar que o medicamento Xeloda é experimental para o caso clínico da parte autora, e também que não está contemplado no rol da ANS.

Diz não haver falar em violação ao CDC, pois seguiu as imposições estabelecidas pelo legislador.

Obtempera ser inviável a condenação por danos morais, pois sua atuação se deu dentro dos limites de direito reconhecido.

2. Observa-se que não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, todas as matérias foram devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

3. Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e promoção da saúde, indicando "**a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública**".

É dizer, no tocante às possibilidades e limites da exigibilidade do direito constitucional à saúde na condição de direito subjetivo, a pretensão de prestações materiais "demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.932-1.935)

Com efeito, evidentemente, resguardado o núcleo essencial do direito fundamental, no tocante à saúde suplementar, **são, sobretudo, a Lei n. 9.656/1988 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar, expressamente prestigiados por disposições legais infraconstitucionais, que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.**

Nesse sentido, leciona a doutrina que “o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. **O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico**”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234)

Cumpra observar, ademais, que a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência **e clarividência dos direitos e deveres**. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, que terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e “[...] **cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria**”, sopesando “os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas”, “contando com o apoio técnico de profissionais qualificados”. (FERREIRA, Cláudia Galiberne. PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215)

Dessarte, eventuais **decisões administrativas ou judiciais, à margem da lei, “escapam das previsões pretéritas”, e têm o condão de agravar “a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, ferem em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores**, razão maior da contratação” do plano ou seguro de saúde. “O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade”. (LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338).

A forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF, deixa límpido que o serviço é de relevância pública, extraíndo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei n. 9.656/1998, **a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde**, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu.

#### 4. A sentença anotou:

Foi concedida liminar, cuja decisão foi alvo de agravo retido pela Ré.

**Em contestação, a Ré alega que o tratamento com XELODA é experimental (uso off-label), bem como se trata de tratamento eletivo e não de urgência ou emergência; que a requerente não se submeteu ao ressecção completa de tumor primário, o que, segundo a ANS, impede indicação de uso do referido medicamento para tratamento de câncer**

**colorretal, conforme anexo II da RN 387/2015**, o que comprova ser o medicamento experimental; que no contrato consta expressamente a exclusão de tratamento experimental, conforme cláusula 10.1.1 do contrato assinado entre a requerente e o requerido; que a Lei n. 9656/1998, em seu art. 10, inciso I, também desobriga a cobertura quando se tratar de tratamento experimental, como é o caso dos autos; que não resta caracterizado qualquer dano moral, porquanto foi prestado a requerente todo o tratamento, bem como a negativa encontrou respaldo na vedação existente no contrato e na regulamentação do setor (tratamento experimental); que os princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva devem influir naturalmente do diálogo entre as normas legais vigentes e o ajustado entre as partes (autonomia da vontade); que o inadimplemento do contrato, por si só, não gera dano moral indenizável por ofensa ao personalidade.

[...]

**Cabível o julgamento antecipado do mérito, haja vista que as provas documentais acostadas são suficientes para o deslinde das questões postas, sem necessidade de dilação probatória, em homenagem à celeridade processual, nos termos do artigo 355, inciso I do CPC.**

[...]

Cinge-se a controvérsia sobre a obrigação da Ré, prestadora de serviços de saúde, em fornecer o medicamento XELODA à Autora para tratamento de câncer Adnocarcinoma, CA Reto.

Alega a Autora que a Empresa Ré negou o fornecimento do medicamento para tratamento da enfermidade que lhe é acometida. Tal assertiva está comprovada pelo documento juntado à inicial (carta de negativa de fornecimento do medicamento), bem como confirmada pela Ré em sua defesa, fato incontroverso nos autos. Resta, no entanto, analisar se houve abusividade na negativa do tratamento.

Em sua contestação, a Ré alega, em síntese, que o remédio prescrito pelo médico colaborador do plano de saúde é tido como experimental para o tipo de câncer que apresenta a Autora, fundamentando suas alegações nas prescrições da bula do medicamento e na ausência da medicação no rol de procedimentos da ANVISA para o tratamento da referida doença.

Contudo, refutável as alegações da Ré. De acordo com os documentos juntados à inicial, houve prescrição do medicamento por médico especialista, de modo que compete ao profissional indicar o melhor tratamento para a patologia.

Ao plano de saúde é cabível tão somente eleger as doenças cobertas pelo contrato, entretanto não lhe compete indicar qual o melhor tratamento, pois tal incumbência é dever do médico, não sendo razoável a negativa da operadora com base na bula do medicamento.

Ademais, a não indicação no rol da ANVISA do medicamento para o tratamento da doença, não o torna experimental. Diante da complexidade do corpo humano, cabe ao médico avaliar se o medicamento é apropriado ou não para o tratamento, independente de lista objetiva criada pela agência reguladora. Somente diante das peculiaridades do caso, avaliadas pelo profissional de saúde, será possível aferir qual o melhor tratamento para a doença de seu paciente.

Conclui-se, deste modo, que havendo cobertura para a doença em questão e não se tratando de tratamento experimental, é obrigação da Ré em fornecer o remédio nos termos indicados pelo médico.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

E, ainda, os documentos constantes aos autos foram suficientes para o magistrado formar seu convencimento motivado e, assim, realizar o julgamento antecipado da lide.

Não se pode olvidar que o juiz é o presidente do feito, cabendo a ele determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito e indeferir as diligências consideradas inúteis ou protelatórias, nos termos do art. 370, caput e § único do CPC.

Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento motivado do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas, em nome dos princípios da economia e celeridade processual.

Assim, tratando-se essencialmente de matéria contratual, perfeitamente instruída com documentos, inexistem motivos para anular a sentença, uma vez que não ocorreu o alegado cerceamento de defesa.

[...]

Primeiramente, consigno que a relação jurídica ora discutida tem natureza consumerista, por força dos artigos 2º e 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor e, igualmente, da Súmula 469 do STJ.

Logo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, com fulcro no art. 47 do CDC, sobretudo por se tratar de contrato de adesão, em relação ao qual o aderente sequer pode influenciar na formação do contrato ou discutir as cláusulas pré-estipuladas pela proponente.

Por meio da leitura da cláusula 7 do contrato juntado às págs. 30/43 (mov. 1.4 e 1.5), verifico que o plano de saúde escolhido dá cobertura para o procedimento de quimioterapia e radioterapia ambulatoriais. Igualmente, assegura a realização de quimioterapia e radioterapia em segmentação hospitalar.

Muito embora a cláusula 10, exclua, genericamente, tratamentos experimentais, é certo que a lei nº 9656/1998, em seu art. 12, I, “c” e II, “g”, determina, enquanto exigência mínima obrigatória para planos com atendimento ambulatorial ou hospitalar, a cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral.

[...]

E, no caso, o uso do medicamento “xeloda” foi prescrito pelo médico Dr. Antônio P. P. do Amarante, para ser usado durante o tratamento de radioterapia.

Ou seja, a utilização do tratamento radioterápico concomitante ao uso do medicamento quimioterápico era essencial ao tratamento do segurado, sendo que a negativa de fornecimento restringiu direito fundamental, inerente à natureza do contrato de seguro, ameaçando o objetivo das cláusulas de cobertura integral da doença.

5. Como visto, o Juízo de primeira instância, *data venia*, não se dignou a instruir o processo para dirimir a questão técnica acerca da imprescindibilidade, no caso concreto, do medicamento vindicado e nem mesmo para esclarecer se a cobertura, nas circunstâncias clínicas da autora, está contemplada pelo rol da ANS, se valendo do relatório do próprio médico assistente da parte autora - como se fora perito regularmente nomeado para o mister pelo Juízo -, para considerar que, no caso concreto, deve ter cobertura contratual - decisão integralmente confirmada pela Corte local.

Ademais, ao estabelecer de antemão que, havendo indicação do médico assistente, não prevalece a negativa de cobertura, renovada as vênias, na verdade, o

entendimento, além de em muitos casos ser temerário, é, em linha de princípio, incompatível com o contraditório, a ampla defesa, e com a natural imparcialidade que se espera da magistratura.

Consoante entendimento recentemente sufragado pela Quarta Turma, REsp 1.733.013/PR, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo *caput* do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. **Esse raciocínio tem o condão de efetivamente encarecer e padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.**

Quanto à invocação, pelas instâncias ordinárias, do CDC, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Em suma, o rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

O precedente tem a seguinte ementa:

**PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO**

LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (*OVERRULING*). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo *caput* do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os

planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.

8. Recurso especial não provido.

6. No entanto, a questão não fica assim resolvida, pois, *mutatis mutandis*, como dito no acórdão do recurso especial repetitivo 1.124.552/RS, julgado pela Corte Especial, **o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias de fato ou eminentemente técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito**, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Naquele mencionado precedente, citou-se a abalizada doutrina de Humberto Theodoro Júnior advertindo que "**o que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos em torno do fato [...]. Todo meio de convencimento, para ser útil ao processo, tem de obedecer ao respectivo procedimento legal de produção dentro dos autos, sempre com inteira submissão ao princípio do contraditório.** *Quod non est in actis no est in mundo.* Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória.

Ressaltou-se, ainda, que: a) cabe franquear às partes a produção da prova necessária à demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado, sob pena de cerceamento de defesa e invasão do magistrado em seara técnica com a qual não é

afeito; b) **sem dirimir a questão eminente técnica subjacente á jurídica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendida da prova dos autos - em não raros casos, também, simplesmente inexistente;** c) **nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais do julgador acerca de questões técnicas, matéria acerca da qual, em regra, deveria o magistrado se abster de manifestar juízo de valor.**

Note-se o disposto naquele mencionado precedente:

Porém, a meu juízo, para a solução da questão, as "regras de experiência comum" e as "as regras da experiência técnica" devem ceder vez à necessidade de "exame pericial" (art. 335, CPC), cabível sempre que a prova do fato "depender do conhecimento especial de técnico" (art. 420, I, CPC).

Sobre o tema referente à prova técnica, confira-se o autorizado magistério de Humberto Theodoro Júnior:

Não raras vezes, portanto, terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas, como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc., para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa, com a indispensável segurança.

Aparece, então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressentem o juiz para apuração dos fatos litigiosos.

[...]

O juiz, enfim, não está adstrito ao laudo (art. 436), mas, ao recusar o trabalho técnico, deve motivar fundamentadamente a formação de seu convencimento em rumo diverso. **O que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos** em torno do fato periciado. Eventualmente, o magistrado pode deter cultura técnica além da jurídica, mas não poderá utilizá-la nos autos, porque isto equivaleria a uma inaceitável cumulação de funções inconciliáveis. Assim como o juiz não pode ser testemunha no processo submetido a seu julgamento, também não pode ser, no mesmo feito, juiz e perito. A razão é muito simples: se ao julgar, ele invoca dados que só seu conhecimento científico lhe permite alcançar, na verdade estará formando sua convicção a partir de elementos que previamente não passaram pelo crivo do contraditório, e que, efetivamente, nem sequer existem nos autos. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil, vol. I*. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

[...]

**O melhor para a segurança jurídica, parece-me, é ajustar o procedimento adotado nas instâncias ordinárias, corrigindo as hipóteses de deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto.**

É dizer, quando o juiz ou o Tribunal, *ad nutum*, afirmar a legalidade ou ilegalidade da Tabela Price, sem antes verificar, no caso concreto, a ocorrência ou não de juros capitalizados (compostos ou anatocismo), há ofensa aos arts. 131, 333, 335, 420, 458 ou 535 do CPC, ensejando novo julgamento com base nas provas ou nas consequências de sua não produção, levando-se em conta o ônus probatório de cada litigante.

[...]

[...]

É providência que, segundo penso, pode colocar termo à imemorial divergência



existente entre tribunais diversos, e que, como afirmado, não se hospeda exatamente em questões jurídicas, mas em matéria acerca da qual, em regra, deveria o magistrado se abster de manifestar juízo de valor.

[...]

c) em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito, reconhece-se o cerceamento, para que seja realizada a prova pericial.

Registre-se que, na vigência do CPC/2015, o art. 375 do **Códex estabelece textualmente** que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, **ressalvado, quanto a estas, o exame pericial**.

As regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; **se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou "apanágio de especialistas", que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em medicina, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia**. Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 78)

As decisões judiciais devem ser motivadas, isto é, "racionalmente fundamentadas", não tendo o magistrado discricionariedade em relação à prova, no sentido examiná-las de modo irracional. Preocupa-se a lei processual em que se traga aos autos todos os elementos probatórios que possam permitir ao magistrado decidir do modo mais adequado possível. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 610-611)

**O juiz que tenha formação na área médica não fica autorizado a empregar seu conhecimento especializado. "Demandas pautadas em questões técnicas sempre demanda a realização de perícia". "[N]ão podem as regras de experiência substituírem a prova pericial na necessidade de demonstração de questão técnica necessária ao julgamento"**. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 286)

Por um lado, a Lei n. 12.842/2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina, estabelece, no art. 4º, XII, ser atividade privativa do médico a realização de perícia médica. E o parágrafo 6º desse dispositivo esclarece que o disposto neste artigo não se aplica ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação. O art. 5º, II, do mesmo Diploma Legal, estabelece que são privativos de médico perícia e auditoria médicas.

Outrossim, o art. 98 do Código de Ética Médica estabelece que o médico deve atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, não podendo ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Retomando a necessidade de instrução processual em demandas a envolver a cobertura de tratamento por plano de saúde, é certo que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. **Não obstante, as regras de experiência não podem ser aplicadas**

**pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema.** Dessarte, "não é menos verdade, entretanto, que o laudo, sendo um parecer dos técnicos que levaram a efeito a **perícia, é peça de fundamental importância para o estabelecimento daquela convicção**". (REsp 750.988/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/8/2006, DJ 25/9/2006, p. 236)

Dessarte, ao estabelecer, de antemão, que, havendo indicação do médico assistente, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento, *data venia*, na verdade, o entendimento, além de em muitos casos ser temerário, é, em linha de princípio, incompatível com o contraditório, a ampla defesa, e com a natural imparcialidade que se espera da magistratura.

Nesse passo, consoante proposta da I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo CNJ **acolhida em recente precedente da Quarta Turma**, também analisando a questão do uso off label, para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I da mencionada Jornada, o magistrado de primeira instância deve "obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc".

Note-se:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO CLÍNICO OU CIRÚRGICO EXPERIMENTAL E MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. EXPRESSA EXCLUSÃO LEGAL. **USO OFF LABEL. POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES PONTUAIS.** CONFUSÃO COM TRATAMENTO EXPERIMENTAL. DESCABIMENTO. EVIDÊNCIA CIENTÍFICA, A RESPALDAR O USO. NECESSIDADE.

[...]

6. Assim, **como a questão exige conhecimento técnico e, no mais das vezes, subjacente divergência entre profissionais da saúde (médico assistente do beneficiário e médico-perito da operadora do plano), para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, o magistrado deve "obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc"**.

[...]

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1729566/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 30/10/2018)

Com efeito, é bem de ver que a estrutura administrativa do Poder Judiciário já está devidamente aparelhada com núcleos de apoio técnico em saúde, para prestar subsídio aos magistrados nessas demandas, pois, consoante a Resolução n. 238/2016 do CNJ, aquela Corte administrativa determinou às administrações dos tribunais, o seguinte:

Resolução Nº 238 de 06/09/2016

Ementa: Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda

# Superior Tribunal de Justiça

Pública.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

**CONSIDERANDO** que a judicialização da saúde envolve questões complexas que exigem a adoção de medidas para proporcionar a especialização dos magistrados para proferirem decisões mais técnicas e precisas;

**CONSIDERANDO** as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ 107, de 6 de abril de 2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês da Saúde Estaduais como instância adequada para encaminhar soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível quanto à da saúde;

[...]

**CONSIDERANDO** a deliberação do Plenário do CNJ no Ato Normativo 0003751-63.2016.2.00.0000 na 18ª Sessão Virtual, realizada em 30 de agosto de 2016;

**RESOLVE:**

**Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.**

**§ 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro.**

[...]

**§ 3º As indicações dos magistrados integrantes dos Comitês Estaduais de Saúde serão realizadas pela presidência dos tribunais respectivos ou de acordo com norma prevista em regimento interno dos órgãos, de preferência dentre os magistrados que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar, ou que tenham destacado saber jurídico na área da saúde.**

[...]

**§ 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010.**

**Art. 2º Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça.**

**Parágrafo Único. Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui**

estabelecidos.

[...]

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Outrossim, conforme noticia o *site* do CNJ, **desde maio de 2017 o projeto está implementado em todos os tribunais nacionais**, fornecendo aos juízos **notas técnicas, elaboradas com base em dados científicos e da medicina baseada em evidências, no prazo máximo de até 72h, in verbis:**

**A partir de maio, as decisões dos magistrados nessas ações judiciais serão amparadas em laudos técnicos, elaborados por especialistas na chamada evidência científica. O projeto, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Ministério da Saúde e outras instituições, prevê a capacitação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) vinculados aos tribunais, para uso do sistema que vai subsidiar os magistrados de todo o país em ações judiciais na área de saúde. Já existem 30 notas técnicas sobre medicamentos elaboradas pelos Núcleos e prontas para serem disponibilizadas ao Judiciário do país.**

O projeto foi inaugurado no ano passado pela presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia, e vem sendo desenvolvido pelo Comitê Executivo Nacional do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, supervisionado pelo conselheiro Arnaldo Hossepian. Nesta segunda-feira (27/3), integrantes do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, estiveram reunidos na sede do CNJ ajustando formulários que serão utilizados pelos juízes para encaminhar os pedidos de notas técnicas aos especialistas. **As notas técnicas, elaboradas com base em dados científicos e da medicina baseada em evidências, terão de ser enviadas no prazo máximo de até 72hs.**

[...]

400 mil processos – A implementação das ferramentas técnicas tem como objetivo contribuir para que os magistrados possam julgar de maneira mais segura e qualificada as ações de saúde que tramitam na Justiça, assim como prevenir a excessiva judicialização da saúde no país. Atualmente, há cerca de 400 mil processos ligados ao tema tramitando nos tribunais brasileiros, envolvendo **desde pedidos de medicamentos, passando por cirurgias, até litígios contra planos de saúde.**

**A ideia do CNJ é criar um grande banco de dados à disposição dos magistrados, a partir dos laudos produzidos pelos NATs, com análises baseadas em evidências científicas, e em alguns casos, com a certificação dada pelo Centro Cochrane do Brasil.**

**“Enquanto não temos condições de dar ao juiz de direito conhecimento técnico, baseado em evidência científica, de que aquilo que está sendo pedido não é pertinente, é natural que, entre o potencial risco de vida e o indeferimento de liminar, o magistrado – vivenciando esse dilema – acabe deferindo a liminar”, afirmou o conselheiro Arnaldo Hossepian.**

**Uma próxima reunião do Comitê do Fórum da Saúde, Ministério da Saúde e Hospital Sírio-Libanês, marcada para o dia 24 de abril, deverá estabelecer os parâmetros para o funcionamento das tutorias, que irão capacitar os NATs dos Tribunais espalhados por todo o país.**

[...]

Histórico – A iniciativa do Conselho se deu a partir da assinatura de um termo de cooperação com o Ministério da Saúde, que estabeleceu parceria para a criação de um banco de dados com informações técnicas para subsidiar os juízes que se deparam com demandas relacionadas à saúde e a capacitação dos alimentadores desse sistema. O sistema foi desenvolvido em parceria pelos departamentos de tecnologia do CNJ e do Tribunal Federal da 4ª Região (TRF-4, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná).

Caberá ao CNJ resguardar as informações e torná-las acessíveis aos juízes. Ao longo de três anos, o hospital Sírio-Libanês investirá, por meio do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde, cerca de R\$ 15 milhões, para criar a estrutura da plataforma e capacitar os profissionais que atuam nos NATs existentes no Brasil e selecionados pelo projeto.

Em setembro de 2016, o CNJ aprovou a Resolução n. 238, determinando regras para a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, bem como a especialização de varas em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública. Entre as atribuições dos comitês está a de auxiliar os tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos de profissionais da saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências.

(Disponível

em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84538-laudo-para-ajudar-juizes-em-causas-d-e-saude-comeca-a-ser-utilizado-em-maio>>. Acesso em: 29 de setembro de 2017)

Nesse particular, é interessante mencionar os Enunciados n. 02 e 18 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ e transcrever os seguintes:

**ENUNCIADO N.º 21**

**Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n.º 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.**

-----  
**ENUNCIADO N.º 23**

**Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.**

Como não houve instrução processual e a controvérsia foi dirimida como se fosse de natureza tão somente jurídica, a tornar temerária a imediata solução do litígio para julgamento de improcedência do pedido exordial, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença para que, mediante a produção de prova pericial requerida e requerimento de nota técnica ao Nat-jus (Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem) se possa aferir os fatos constitutivos de direito da parte autora - **à luz dos preceitos de Saúde Baseada em Evidências - SBE, tomando-se em conta o rol da ANS** -, elucidando-se a questão

# Superior Tribunal de Justiça

eminentemente técnica subjacente à jurídica acerca da segurança e efetiva imprescindibilidade, no caso concreto, do medicamento e marca prescritos.

7. Diante do exposto, conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e a sentença, para que se apure concretamente, à luz dos preceitos de Saúde Baseada em Evidências - SBE e do rol da ANS, a efetiva imprescindibilidade do medicamento vindicado, com deferimento da produção de prova de prova pericial requerida e determinação de solicitação de nota técnica ao ao Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem e - na linha do que propugna o Enunciado n. 23 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ - expedição de ofício à ANS, para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator