



Ministério Público da Paraíba
Promotoria de Justiça dos Direitos Difusos de João Pessoa
2º Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor
Parque Solón de Lucena, 300, Centro-CEP 58.013-130
Fone (83) 3221-2754

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA _____ VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA, pela 2ª Promotora de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital, no exercício da legitimação extraordinária outorgada no artigo 129, III da Constituição Federal; pelo artigo 5º, *caput*, da Lei Federal n. 7.347/85; pelo artigo 82, I, da Lei Federal n. 8.078/90; pelo artigo 25, IV, 'a', da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal n. 8.625/93); com arrimo no **Auto nº 2939/2017**, vem perante Vossa Excelência propor:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em desfavor da **HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 63.554.067/0001-98, com sede na Av. Heráclito Graça, n. 406 – Centro, Fortaleza -CE, CEP: 60.140-060, pelos fatos e fundamentos que a seguir declinados:

I-SÍNTESE DOS FATOS

A presente Ação Coletiva tem origem no **Auto nº 2939/2017** instaurado na Promotoria de Defesa do Consumidor da Capital, objetivando apurar a negativa de realização de procedimento cirúrgico na coluna para implantação de estimulador medular com a justificativa de que o médico que a acompanha nas consultas médicas não é cadastrado para realização de cirurgia, apenas para consultas clínicas, Dr. Thiago Gomes Martins, em João Pessoa – PB.

A reclamante realizou o procedimento cirúrgico em junho de 2017 para estenose de canal lombar, autorizado pelo plano de saúde Hapvida, na cidade de Recife – PE, com o Dr. Ronaldo Menezes, sendo que não houve melhora, conforme relatório médico de fls. 04.

A consumidora comprovou pelo relatório médico, às fls. 04, dado pelo Dr. Thiago Gomes Martins, acostado aos autos, em que demonstra que a paciente possui dor crônica intratável, necessitando de procedimento para dor com estimulador medular.

A reclamante, Sra. Ivarlene Silva de Sousa, continua sentindo muitas dores na lombar, dormência nas pernas, dores de cabeça, choque nas pernas, e não pode tomar medicação para as dores em razão de ser lactante e de ser portadora de um único rim.

A promovida HAPVIDA em sua manifestação, às fls. 18/20, desconsiderou totalmente a URGÊNCIA que o caso requeria e informou que não há registro de solicitação de tratamento cirúrgico, em caráter de urgência, em favor da demandante, e ainda que o Dr. Thiago Gomes Martins, o médico que acompanha a reclamante nas consultas médicas não é cadastrado para realização de cirurgias.

Alegou ainda a reclamante que o plano disponibiliza a realização de cirurgia na cidade de Recife – PE, e que a operadora oferta o traslado para que seus usuários realizem, em Recife ou em outras capitais, em situações específicas, determinados tratamentos cirúrgicos, custeando todas as despesas com o traslado.

Audiência realizada no dia 22 de agosto de 2017, na sala de reuniões desta Promotoria, onde não houve acordo, uma vez que o advogado do Plano de Saúde Hapvida afirmou que o procedimento cirúrgico por tratar-se de crônica intratável seria apenas um paliativo, não havendo a necessidade da cirurgia.

Apresentada nova manifestação pelo Plano de Saúde Hapvida, às fls.

86/89, ratificando tudo o que foi apresentado na manifestação anterior e alega ainda que o procedimento cirúrgico não está previsto no Rol da ANS, sendo faculdade das operadoras a disponibilização de outros procedimentos não inclusos no referido dispositivo e que no que tange aos “estimuladores medulares” é necessário que se esclareça que desde o seu ingresso no rol de cobertura obrigatória, a reclamante deve preencher os requisitos constantes nas Diretrizes de Utilização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – RN 387/2015, tendo a Hapvida constatado a ausência de preenchimento obrigatório para a operadora, vez que a beneficiária não apresentou relatório fisioterápico atestando ausência de melhora da dor, ou redução inferior a 50% no escores VAS, com tratamento medicamentoso e fisioterápico realizado continuamente por um mínimo de 06 meses.

Assim, ante a dificuldade do plano de saúde Hapvida em solucionar o problema, não restou outra alternativa ao Ministério Público que não o ajuizamento desta ação coletiva de consumo, considerando que a noticiada transgressão representou **violação ao direito de saúde à comunidade consumidora na órbita difusa**, pois **um número indeterminado de consumidores estão expostos à má prestação de serviços pelo plano de saúde, especialmente se tratando de realização de procedimento cirúrgico em outra capital, diante da fragilidade da saúde da reclamante, com dores crônicas na coluna, agravadas por uma viagem de carro para Recife – PE, podendo o Plano de Saúde realizar o procedimento cirúrgico na cidade em que o plano foi contratado.**

II-DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A legitimidade do Ministério Público decorre da sua missão constitucional de defesa do consumidor, especialmente, a de propor ações civis públicas em defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, III da Constituição Federal).

Na esfera infraconstitucional, diga-se singelamente que a legitimidade decorre do Código de Defesa do Consumidor, pois a combinação dos artigos 81 e 82 permitem o ajuizamento de Ação Civil de qualquer natureza para tutela dos interesses dos consumidores.

A lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) autoriza o ajuizamento da ação em defesa dos consumidores, também o requerimento de medida liminar em defesa da coletividade.

Portanto, a Ação Civil Pública tem, por escopo, a proteção dos interesses da coletividade de consumidores, no plano difuso, que fora lesada pela adoção da prática ilegal e nociva ao direito à saúde do cidadão consumidor.

III - DA COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VERSE SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR

Para esclarecer a questão, vejamos primeiramente os arts. 164 e 165 da LOJE, onde apresentam, respectivamente, a competência atinente a Vara Cível e a Vara da Fazenda Pública:

"Art. 164. Compete à Vara Cível processar e julgar as ações de natureza civil, e cumprir carta precatória cível, salvo as de competência de varas especializadas. "(grifo nosso)

"Art. 165. Compete a Vara de Fazenda Pública processar e julgar:

I - as ações em que Estado ou seus municípios, respectivas autarquias, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual ou municipal, forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou oponente, excetuadas as de falências e recuperação de empresas;

II - os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção contra ato de autoridade estadual ou municipal, respeitada a competência originária do Tribunal de Justiça;

III - as ações por improbidade administrativa, as ações populares, **as ações civis públicas de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular e, ainda à ordem urbanística;**

IV - as justificações destinadas a servir de prova junto ao Estado ou aos municípios, respectivas autarquias, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual ou municipal." **(grifo nosso)**

Depreende-se pela análise do artigo retro que a Vara da Fazenda Pública é competente para processar e julgar ações civis públicas, mas que não digam respeito direito do consumidor.

Sobre a questão, o Tribunal de Justiça da Paraíba decidiu nos seguintes termos:

"EMENTA CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JUÍZO SUSCITANTE 17ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL. JUÍZO SUSCITADO 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL. COMPETÊNCIA PARA ATUAR NO FEITO SOBRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 165, III, DA LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA PARAÍBA - LOJE. JUÍZO COMPETENTE 17ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL.

CONHECIMENTO DO CONFLITO - IMPROCEDÊNCIA. -De acordo com o art. 165, 11I, da Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba -LOJE a 17ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa é competente para processar e julgar os feitos relativos à ação civil pública que envolvam direito do consumidor."

Portanto, cabe a Vara Cível processar e julgar Ações Cíveis Públicas que tratem do Direito do Consumidor, conforme o presente caso.

IV-DA AUSÊNCIA DE INTERESSE NA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO

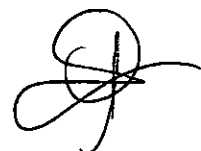
Em cumprimento ao art. 319, inciso VII do Código de Processo Civil em vigor, o autor informa que não possui interesse na realização de audiência de conciliação ou de mediação.

No caso em tela, existem fatores que estão a indicar que a mediação constitui um ato infrutífero, que apenas colaborará para o prolongamento desnecessário da lide:

1. No curso da notícia de fato no qual foi constatada a irregularidade que constitui a causa de pedir da presente ação já foi tentado acordo, não tendo sido obtido sucesso.

2. O entendimento sustentado pelas partes no curso do processo se mostra em completa oposição, posto que, enquanto preconiza o autor que a ré possui a obrigação de disponibilizar o procedimento cirúrgico para dor com estimulador medular, a referida acredita que atende aos casos de URGÊNCIA a que são submetidos através do art. 35-C inciso I da Lei 9.656/98. Nesse diapasão, o princípio da indisponibilidade que rege a atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais, inviabiliza o acordo. Em outras palavras, se entende a ré que atende o disposto em lei ao informar que deve o consumidor deve se deslocar para outra cidade, mesmo tendo contratado o plano de saúde na cidade de João Pessoa, e ainda afirmando que a situação da reclamante não tem caráter de urgência, restando inútil a busca pela solução consensual.

Além dos já citados, constitui obstáculo à realização da mediação no caso em tela a evidente incongruência entre a exigência de publicidade em se tratando de resolução de conflitos envolvendo ente público e que versa sobre direitos indisponíveis, com o instituto da mediação, regido pela confidencialidade.



A Resolução nº 125 do CNJ elenca a confidencialidade como princípio fundamental que deve reger a conciliação e a mediação:

Art. 1º (Anexo III) - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

O regramento do Tribunal de Justiça (RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ nº 16/2014) determina expressamente a aplicação da citada norma às conciliações e mediações realizadas em seu âmbito:

"Art.14. Compete aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs:

I- realizar conciliações e mediações processuais e pré-processuais conforme o disposto na Resolução 125 do CNJ;"

Ocorre que a doutrina mostra-se atenta à questão desde a divulgação dos primeiros textos do Projeto do Novo CPC, destacando a inaplicabilidade da confidencialidade em situações como a do caso em tela:

"No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade insculpido no artigo 37, caput, da nossa Constituição Federal, não me parece haver outra solução jurídica admissível senão o reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos"¹.

"Nas hipóteses de solução alternativa de conflitos em que uma das partes seja o Poder Público, há que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta o sigilo destas técnicas de solução de conflitos e se enquadra na exceção legal do dever de confidencialidade"².

Inaplicável, portanto, à luz do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal, o princípio da confidencialidade sempre que um ente público se fizer presente em um dos polos processuais.

Deste modo, em casos como o presente, há sempre que se

¹ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas. Brasília: Fundação Universidade de Brasília. 1a edição. 2014. p. 65-66.

² GISMONDI, Rodrigo A. Oderbrecht Curi. Mediação Pública In Revista Eletrônica de Direito Processual. Mediação. 14a edição p. 192.

observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta por completo a possibilidade de resolução do conflito através da mediação, que deve, conforme visto, ser realizada sob o princípio da confidencialidade (incabível na hipótese).

IV-DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

IV.1 - A NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM ESTIMULADOR MEDULAR

Como é cediço, a dignidade humana é fundamento do Estado brasileiro, conforme determinado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. É, portanto, princípio fundamental do ordenamento jurídico nacional, de modo que deve ser observado em quaisquer relações jurídicas e independentemente de regulamentação infraconstitucional. Dessa forma, a dignidade humana, assim como os demais princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, detém eficácia imediata (art. 5º, § 1º, CF) e horizontal.

A dignidade humana, ademais, guarda direta relação com o direito à vida, inviolável de acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição. Assim, o direito à vida (digna) é imediatamente aplicável e deve ser respeitado tanto pelo Estado quanto pelos particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

O direito à saúde constitui-se em fundamental, pela dicção do art. 5º da Constituição Federal. Os princípios que regem seu regramento estão bem elencados nos art. 196 e seguintes da Carta Magna.

O art. 196 da CF reza: “ **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**”.

Da mesma forma, a Constituição Federal elencou como dever do Estado a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), que também é princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V). A tutela específica das relações de consumo – incluindo os contratos de planos de saúde – é realizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nos contratos de planos de saúde, incidem, além, as disposições da Lei 9.656/98, sem que, entretanto, deixe de ser aplicável qualquer disposição do diploma

consumerista às relações contratuais de tal natureza.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar a aplicabilidade das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. Princípio basilar das relações cíveis e, notadamente, das relações de consumo, é o da boa-fé objetiva, conforme se depreende do art. 4º, III, CDC.

Tal princípio se desdobra na necessidade de os contratantes agirem de modo leal, transparente e honesto, de forma a maximizar o bem-estar das partes, com especial proteção à parte hipossuficiente da relação.

Desta forma, **não há como compatibilizar a negativa de realização de procedimento cirúrgico com o princípio da boa-fé, tendo em vista os inestimáveis prejuízos à vida, à saúde e à dignidade dos consumidores que sofrem os efeitos de tal conduta.**

No caso *sub judice*, mostra-se patente a violação à Política Nacional das Relações de Consumo e aos princípios gerais da atividade econômica.

Nesse contexto, as disposições contidas nos contratos da operadora de plano de saúde, ao excluírem a possibilidade de realização de procedimento cirúrgico - **são consideradas abusivas, dada a excessiva vantagem conferida ao fornecedor, o que acaba por desequilibrar a relação de consumo.**

Aliás, nos precedentes jurisprudenciais o entendimento é que **havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa do plano de saúde**, assim vejamos:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Irresignação em relação à concessão da tutela antecipada para realização de procedimento cirúrgico junto ao Hospital Sírio Libanês. Autora portadora de endometriose pélvica profunda com comprometimento de retossigmoides e íleo terminal, e possibilidade de obstrução intestinal. Descoberta do descredenciamento do hospital após o agendamento do procedimento. Evidenciada a urgência na realização da cirurgia. **Recomendação médica expressa para realização do procedimento junto ao Hospital Sírio Libanês.** Ré que não negou o descredenciamento tampouco comprovou que o procedimento teria obedecido ao quanto disposto no art. 17, § 1º, da lei nº 9.656/98. Pertinência da manutenção da tutela antecipada, em sede de cognição sumária, diante da gravidade do caso. Ausência de demonstração da existência de hospital indicado pela ré com estrutura necessária ao atendimento da autora, não se justificando a mera recusa de custeio do procedimento. Possibilidade de reparação de eventual prejuízo decorrente da tutela antecipada, com restituição das partes ao statu quo ante. Recurso improvido. (TJ-SP - AI: 21739985320158260000 SP 2173998-53.2015.8.26.0000, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 28/08/2015, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação:

29/08/2015)

Isso mostra que o entendimento é realmente no sentido de que a **negativa de cobertura de procedimento cirúrgico , quando presente a indicação médica é ilegal e abusiva.**

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. CIRURGIA DA COLUNA. INTERESSE PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. O acesso ao Poder Judiciário não pode ser condicionado à prévia solicitação administrativa de pagamento da indenização securitária, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Além disso, a parte ré opôs-se à pretensão deduzida pela parte autora, contestando o mérito da ação, sendo manifesto o interesse processual. 2. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Súmula 469 do STJ. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, segundo o previsto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Tendo o médico responsável pelo tratamento da demandante recomendado, em caráter de urgência, a realização da cirurgia de coluna, mostra-se devida a cobertura pelo plano de saúde. PRELIMINAR DESACOLHIDA E APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064875057, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 24/06/2015). (TJ-RS - AC: 70064875057 RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 24/06/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/06/2015)

Em continuidade, impende reforçar a ideia de que, embora caiba à operadora a prévia análise do procedimento a ser realizado, apurando a cobertura do exame, **não cabe a ela definir qual é o exame a ser designado para a segurada, pois tal tarefa incumbe ao médico que assiste a paciente, pois este é quem detém conhecimento para ponderar a necessidade e conveniência de cada procedimento**, analisando os detalhes da doença e as condições do próprio paciente.

No caso vertente, a recusa em autorizar o **procedimento cirúrgico para dor com estimulador medular** é necessário ao bom êxito do procedimento médico, afeta veementemente a obrigação de boa-fé contratual, frustrando a confiança depositada quanto ao ato de proteção da saúde, tendo em vista que a própria doença é coberta pelo plano e, não obstante, nem tudo aquilo necessário à perfeita consecução do tratamento está abrangido pelo mesmo plano.

Além disso, negar autorização para realização do procedimento em

razão do profissional solicitante não pertencer à rede própria ou credenciada da operadora é prática ilegal, vedada pela resolução CONSU nº 8 da ANS.

Nota-se, claramente, a incongruência que se apresenta. Não é demonstrada preocupação com os doentes, mas total indiferença com os efeitos porventura causados em decorrência da recusa de cobertura dos materiais e exames necessários.

A ré não pode se esquivar da responsabilidade inerente a sua própria atividade. Impõem-se, de forma urgente, medida que proteja a parte vulnerável da relação de consumo. Daí presentes a abusividade e a ilegalidade, a ensejar a intervenção do Poder Judiciário, por meio da presente ação coletiva.

IV.2-O ROL DA ANS É APENAS EXEMPLIFICATIVO

A alegação do reclamado de que, no que tange ao relatório médico apresentado pela reclamante, emitido por Dr. Thiago Martins, no qual descreve o quadro clínico da paciente Ivarlene Silva de Sousa após sua avaliação, recomendando o procedimento com **estimulador medular**, afirma que inexistem na recomendação maiores especificações técnicas baseadas na avaliação do quadro clínico da paciente.

Afirma ainda que a Hapvida constatou a ausência de preenchimento do requisito obrigatório para a obrigatoriedade de cobertura do procedimento requestado às expensas da operadora, vez que a beneficiária não apresentou relatório fisioterápico atestando ausência de melhora da dor, ou redução inferior a 50% no escore VAS, com tratamento medicamentoso e fisioterápico realizado continuamente por um mínimo de 06 meses.

Tal fato acima descrito não encontra guarida nas decisões judiciais, pois **o entendimento jurisprudencial considera que esse rol serve apenas como orientador quanto à cobertura mínima obrigatória que deve ser dispensada ao usuário do plano de saúde**, assim vejamos:

"APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA, LASTREADA NA TESE DE QUE O CONTRATO EM QUESTÃO, FIRMADO COM A SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO, PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE AOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DE SANTA CATARINA, FOI ENCERRADO A PARTIR DE 31/01/2011. IRRELEVÂNCIA. FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO PACTO. PRELIMINAR RECHAÇADA. NEGATIVA DE CUSTEIO DO TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO DA APELADA, SOB O ARGUMENTO DE QUE, ALÉM DE NÃO ESTAR PREVISTA NA AVENÇA, A TÉCNICA NÃO FOI INCLuíDA NO ROL DE

PROCEDIMENTOS EDITADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. INSUBSISTÊNCIA. LISTA QUE CONSTITUI APENAS REFERÊNCIA BÁSICA PARA COBERTURA ASSISTENCIAL MÍNIMA OBRIGATÓRIA, NÃO INDICANDO DE FORMA DISCRIMINADA TODOS OS TRATAMENTOS QUE DEVEM SER COBERTOS PELAS OPERADORAS. INCIDÊNCIA DAS COGENTES DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EVIDENTE ABUSIVIDADE DA NEGATIVA. NULIDADE DE PLENO DIREITO. ART. 51, INC. IV, DA LEI Nº 8.078/90. DEVER DE INDENIZAR QUE PERMANECE HÍGIDO. INSURGÊNCIA CONHECIDA E DESPROVIDA. **"O rol de procedimentos listados pela ANS não estabelece um ápice para os procedimentos na área de saúde, mas, sim, um patamar mínimo,** de sorte que, na ausência de cláusula de exclusão expressa, forçoso reconhecer a obrigatoriedade da contratada em custear o tratamento de que necessita o beneficiário do plano de saúde" (Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Apelação Cível nº 2011.078803-6, da Capital. Relator Desembargador Fernando Carioni, julgado em 08/11/2011). (TJ-SC, Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 25/09/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado)"(grifo nosso)

"PLANO DE SAÚDE Autora acometida de hérnia discal cervical Recomendação médica para colocação de prótese discal Material indispensável à realização do ato cirúrgico - Negativa de cobertura - **Rol de procedimentos da ANS que serve apenas como orientador que prevê a cobertura mínima obrigatória - Impossibilidade de negativa de cobertura de tratamentos que, apesar de não elencados, são de cobertura obrigatória ante a natureza do ajuste** - Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal - Sentença de procedência mantida RECURSO NÃO PROVIDO.(TJSP - Apelação: APL 187710420098260554 SP Julgamento: 04/09/2012 Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado Publicação: 04/09/2012

Recusa da ré em realizar tratamento de oxigenoterapia hiperbárica, ao fundamento de ausência de previsão contratual e de não constar do rol da ANS - Descabimento -**Necessidade comprovada pelo relatório médico, cuja gravidade e extensão da doença que acomete a autora mostram-se inegáveis - Alegação da ré no sentido de que tal tratamento não consta do rol da ANS como procedimento de cobertura obrigatória -Inadmissibilidade - Apelo desprovido.** (Processo: APL 1492132820108260100 SP 0149213-28.2010.8.26.0100 Relator(a): Ramon Mateo Júnior Julgamento: 25/04/2012 Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado Publicação: 08/05/2012)"(grifo nosso)"

Conforme o entendimento jurisprudencial retromencionado, o Rol de Procedimentos disponibilizados pela agência reguladora constitui mera referência básica para cobertura assistencial mínima obrigatória dos planos de saúde, não indicando taxativamente todos os procedimentos que devem ser cobertos pelas operadoras.

Dessa forma, **o rol de procedimentos da ANS é exemplificativo,** e se o exame for capaz de detectar a enfermidade, não há espaço para a negativa nem exclusão de novos e modernos procedimentos.

IV.3- REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NA CIDADE DE CONTRATAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE

A reclamante, Ivarlene Silva de Sousa, contratou o plano de saúde Hapvida na cidade de João Pessoa, no ano de 2015. Mesmo residindo em Campina Grande, a reclamante vem até a capital para realizar consultas e exames.

Ocorre que, mesmo com grandes dificuldades, aceitou realizar o procedimento cirúrgico na cidade de Recife – PE, tendo realizado, em junho de 2017, procedimento cirúrgico para esternose de canal lombar, sem melhoras, pelo Dr. Ronaldo Menezes.

Para que suas dores cessem, o Dr. Thiago Gomes Martins, médico que a acompanha em João Pessoa, afirmou que a reclamante **necessita de procedimento para dor com estimulador medular e o plano de saúde Hapvida afirmou que a reclamante deveria ter nova consulta com o Dr. Ronaldo Menezes, em Recife.**

É necessário considerar a impossibilidade de locomoção da usuária/consumidora, uma vez que é uma viagem de carro muito mais longa do que o trajeto Campina Grande/João Pessoa, além disso a reclamante possui uma filha de 07 meses, estando ainda amamentando e não podendo tomar medicamentos para dor, ou seja, **o plano de saúde deve encontrar alternativa para que o procedimento cirúrgico seja realizado na cidade de João Pessoa diante da solicitação médica e devido o quadro da usuária.**

Este é uma situação acorbetada pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, que dispõe que:

Em casos eletivos, se existe prestador de serviços de saúde no município onde o beneficiário está, mas ele está indisponível, quando não houver prestador credenciado disponível no município onde o consumidor está, este deve entrar em contato com a operadora de seu plano de saúde, que deverá oferecer dentre as soluções:

1) **Garantia de atendimento com prestador de serviço de saúde particular no município onde o beneficiário está: Havendo um prestador particular que possa atender, o consumidor deve entrar em contato com a operadora do plano de saúde e pedir autorização para ser atendido por este**

profissional ou estabelecimento de saúde. Após a autorização para o atendimento pela operadora, você deve ir por conta própria até este profissional ou estabelecimento. O pagamento ao profissional ou estabelecimento de saúde deverá ser feito diretamente a ele pela operadora.

2) Garantir o atendimento em prestador credenciado, nos municípios limítrofes : Havendo um prestador de serviços de saúde credenciado, tudo o que você precisa fazer é agendar o atendimento e ir por conta própria ao prestador.

3) Garantir o atendimento em prestador particular nos municípios limítrofes: Havendo um prestador particular que possa atender, você deve entrar em contato com a operadora de seu plano de saúde e pedir autorização para ser atendido por este profissional ou estabelecimento de saúde. Após a autorização para o atendimento pela operadora, você deve ir por conta própria até este profissional ou estabelecimento. O pagamento ao profissional ou estabelecimento de saúde deverá ser feito diretamente a ele pela operadora.

Ocorre que a melhor opção para a reclamante, Ivarlene Silva de Sousa é a realização de procedimento cirúrgico na cidade de João Pessoa, ou seja, diante de inexistência de médico credenciado para tal, que a operadora pague pela realização desse procedimento, principalmente devido o quadro em que a reclamante se encontra. **É lactante, amamentando uma filha de 07 meses, além de outras duas crianças menores; sente muitas dores na coluna, principalmente depois da realização da cirurgia na cidade de Recife – PE, não tendo a paciente condições de viajar de carro, saindo de Campina Grande para Recife, uma vez que é uma viagem totalmente desconfortável, já que seu problema é na coluna, e a distância é muito maior tornando a viagem um grande sofrimento para a reclamante.**

Em casos de urgência, se existe prestador para o atendimento de casos de urgência ou emergência no município onde o beneficiário está, mas ele está indisponível para o plano de saúde, o consumidor terá as seguintes opções:

1) **Procurar o atendimento em prestador particular no município onde o beneficiário está: Havendo um prestador particular que possa atender, o consumidor poderá ir por conta própria a este prestador, sem necessidade de autorização prévia da operadora do plano de saúde, que deverá efetuar o pagamento diretamente ao prestador.**

2) Procurar o atendimento em prestador credenciado nos

municípios limítrofes: Havendo um profissional ou estabelecimento de saúde credenciado que possa atender, você poderá ir por conta própria a este prestador, sem necessidade de autorização prévia da operadora do plano de saúde, que deverá efetuar o pagamento diretamente ao prestador.

3) Procurar o atendimento em prestador particular nos municípios limítrofes: Havendo um profissional ou estabelecimento de saúde particular que possa atender, você poderá ir por conta própria, sem necessidade de autorização prévia da operadora do plano de saúde, que deverá efetuar o pagamento diretamente ao prestador.

O que se verifica é que, tanto nos casos eletivos como de urgência, é disponível para o consumidor a possibilidade de realizar o procedimento no município onde o beneficiário está, sendo os custos pagos pela operadora, e diante da situação da consumidora, sendo esta lactante e com fortes dores na coluna é a opção mais viável e que cause menos prejuízos à saúde da mesma.

V- DO DANO MORAL COLETIVO

O Código de Defesa do Consumidor consagra como direito básico do consumidor **"a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"** (art. 6º, VI).

Nesta esteira, dispõe ser também direito básico **"o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos"** (art. 6º, VII). Ressalte-se, ademais, a previsão constante do art. 81 do mesmo diploma, que estatui a possibilidade de defesa em juízo dos interesses do consumidor a título coletivo.

No caso em análise, a recusa em autorizar o procedimento cirúrgico com estimulador medular à usuária, além de negar que a paciente realize o procedimento cirúrgico na cidade de João Pessoa, diante do quadro clínico em que a mesma se encontra, atinge a honra e a dignidade dos consumidores através da sua conduta abusiva, gerando o dever de indenizar.

Não se pode olvidar o **sério risco imposto pela demandada à vida e à saúde dos usuários do seu plano de saúde**. A resistência à autorização de realização do **procedimento cirúrgico no município onde o beneficiário contratou**

o plano, muitas vezes, determinante para para a preservação da vida e da saúde dos usuários do plano.

A injusta ou retardada recusa de autorizações pela seguradora de saúde em situações urgentes pode custar a vida ou impor danos físicos irreparáveis aos segurados, à parte os evidentes e consideráveis transtornos de índole moral.

É de se considerar que a natureza aleatória dos contratos de planos de saúde faz com que os consumidores adiram aos planos e adimplam regularmente suas obrigações na legítima expectativa de estarem resguardados em momento futuro e incerto, quando eventualmente necessitem atendimento médico.

Pode-se imaginar a frustração, a angústia e a revolta de consumidores usuários de planos de saúde que, quando mais necessitam o auxílio do plano, restam desamparados pelo não fornecimento da medicação necessária, por uma perversa alegação de que não é indicado para sua enfermidade, em oposição frontal à expressa requisição e laudo médico.

Há que se considerar, ademais, o fato de que **a angústia dos consumidores é maximizada pela incerteza de serem atendidos, ou mesmo pela necessidade de recurso ao Poder Judiciário para verem os seus direitos, a sua vida e a sua dignidade resguardados.** Da enorme presença de mercado da demandada é inferível que inúmeros usuários de planos de saúde são submetidos regularmente a tais suplícios.

Assim, **os danos efetivamente causados e o perigo de danos futuros atingem grande massa de consumidores**, o que intensifica a reprovabilidade da conduta da ré. Não há que se questionar, portanto, a necessidade de reprimenda exemplar, em vistas do caráter inibitório do qual também deve ser investida a tutela dos direitos coletivos.

Ressalte-se que a prática abusiva da ré é capaz de impingir angústia e constrangimento aos consumidores para muito além de simples dissabores cotidianos. É, afinal, a vida e a saúde dos mesmos que é colocada em risco, sem mencionar a frustração da legítima expectativa de resguardo pelo plano de saúde em caso de premente URGÊNCIA.

Deve ser levada em conta, ademais, a revolta e ojeriza causadas por tal comportamento em toda a coletividade. A massa usuária de planos de saúde, desta forma, sofre reflexamente os efeitos da conduta danosa da demandada, justamente por

ver abalada a sua confiança de que poderá contar com o amparo do seu plano de saúde quando situações emergenciais eventualmente surgirem.

Aqui, deve-se levar em conta que a reparação do dano moral coletivo tem destacada **finalidade preventiva**, ou seja, serve também para desestimular a prática de novas lesões a direitos coletivos *lato sensu*. **A condenação à reparação do dano moral coletivo, portanto, detém função híbrida, punitiva e preventiva.**

No caso em apreço, há clara ocorrência de dano moral à coletividade. A submissão de usuários necessitados de obter diagnóstico, e ainda o constrangimento e à aflição de não poderem realizar o tratamento indispensável à manutenção da vida e da saúde é atentatória ao princípio da boa-fé nos contratos de consumo e, acima de tudo, à dignidade humana garantida pela Constituição Federal, além de toda essa situação ser dificultada pelo traslado da usuária até a cidade de Recife – PE para a realização de tal procedimento que poderia ser realizado na cidade de João Pessoa – PB e a recusa do Plano de saúde em não liberar o procedimento com estimulador medular, diante de justificativa que este é apenas paliativo, não resolvendo o problema da usuária, mesmo com presença de solicitação médica.

Desta feita, configura-se plenamente o dano moral coletivo, já que a conduta ilícita da ré é atentatória a diversos direitos e valores compartilhados por toda a coletividade – a dignidade humana, a boa-fé objetiva, o respeito à vida, o direito à saúde. Condutas reiteradas dessa natureza ferem a dignidade coletiva, relegando segurados em situações de urgência a longas, degradantes e perigosas esperas pelo procedimento indicado para seu tratamento.

Isto posto, **faz-se necessária a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de reparação pelos danos morais coletivos causados, assim como pelos danos individualmente sofridos pelos usuários dos seus planos de saúde.**

Para isso, destaque-se a feição pedagógico que deve nortear a fixação do *quantum* indenizatório nas relações de consumo, de forma que a ré se sinta desestimulada a voltar a cometer os ilícitos aqui tratados.

É, portanto, imperiosa a necessidade de fixação do valor da reparação pelo dano coletivo em montante apto a, além de reparar os danos, desestimular a ora requerida à prática de novas ilicitudes da mesma natureza.

Ao pretender se sobrepor às normas de ordem pública e se escusar

de seu compromisso de garantir aos pacientes meios para que os mesmos tenham pleno acesso aos tratamentos e procedimentos indispensáveis a sua melhora, além de provocar danos materiais e morais na esfera individual, o requerido também causou danos morais a coletividade consumidora no plano coletivo. Não há como se ocultar a perplexidade e indignação que conduta dessa natureza provoca na coletividade.

Esses sentimentos negativos, de revolta, inconformismo e desrespeito, experimentados pelo consumidor na esfera transindividual, caracteriza o dano moral coletivo, perpetrado pelo plano de saúde.

No que pertine ao valor da indenização, é de se consignar que embora a lei não estabeleça critério objetivo para sua aferição, a doutrina e a jurisprudência vêm prestando grande contribuição para o desenvolvimento do tema no direito pátrio.

A tendência que é resultante do trabalho da doutrina e dos Tribunais aponta no sentido de que, para o arbitramento do valor da indenização, mister se levar em conta o desvalor da conduta questionada, o potencial econômico do ofensor e a condição econômica da vítima. Isso, para que ao mesmo tempo se ofereça justa compensação econômica ao ofendido e se desestime o ofensor a praticar outras violações.

Diante de tais parâmetros, levando-se em conta que a conduta denunciada é de grande repercussão para a coletividade consumidora e a arbitrariedade em que tais condutas vêm sendo praticadas, gerando enorme sentimento de reprovação naquele meio e tendo em vista que a situação econômica dos requeridos vem sendo altamente favorecida pela prática irregular que desenvolve – já que os usuários pagam um valor alto pela prestação de serviços, e ao mesmo tempo, não recebem o retorno necessário às suas debilidades – o que leva à conclusão que dessa prestação resulta em maiores lucros, entende-se que o valor da reparação moral à coletividade a ser arbitrada por este juízo, sob pena de não se alcançar o efeito pedagógico que emana dos fundamentos que explicam o instituto do dano moral.

VI-DA TUTELA ANTECIPADA

Não restam dúvidas da abusividade da conduta da ré na recusa **de autorização de procedimento para dor crônica com estimulador medular a ser realizado na cidade de João Pessoa – PB**, ainda que haja expressa indicação médica, sob o fundamento de que esse tipo de procedimento é apenas um paliativo, e além disso

que a reclamante não preenche os requisitos estabelecidos nas diretrizes de utilização da ANS, não sendo levada em consideração a solicitação médica.

Em geral, as operadoras de planos de saúde, buscando a diminuição de custos, são refratárias em ofertar a seus usuários os métodos e instrumentos médicos mais modernos, que são bem mais caros que os já oferecidos. Nessa contraposição de interesses, o Poder Judiciário brasileiro consolidou entendimento que ao consumidor sempre deve ser oferecido o melhor que o mercado dispõe, sendo irrelevante o custo, pois o ordenamento jurídico brasileiro determina que em todo conflito onde há colisão de interesses juridicamente protegidos, o bem de maior relevância deve prevalecer. Ou seja, o argumento financeiro não sobrepõe à proteção da vida e da saúde.

Levando em conta os princípios da beneficência e da liberdade profissional, a Resolução 1.956/2010 do Conselho Federal de Medicina prescreve que cabe ao médico assistente determinar as características (tipo, matéria-prima, dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais implantáveis, bem como o instrumental compatível, necessário e adequado à execução do procedimento (RESOLUÇÃO CFM Nº 1.956/2010).

Portanto, nesse mister não há espaço ético nem jurídico para interferência das operadoras de planos de saúde. Aliás, a mesma norma ainda faculta ao médico quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à ANVISA e que atendam às características previamente especificadas. Naturalmente cabe ao profissional justificar clinicamente a sua indicação, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e a legislação vigente.

Neste sentido, é fundado o receio de dano irreparável a número indeterminado de consumidores: dada a reiteração da conduta pela ré e o porte da empresa, vários consumidores estão sujeitos a, em momento de necessidade, verem negada a realização de exames necessários à manutenção da vida e da saúde. Os danos a número significativo de consumidores, assim, continuam ocorrendo. Por isso, configurado o *periculum in mora*, requisito exigido para a concessão de tutela antecipada no art. 300, caput do Código de Processo Civil.

Assim, preenchidos os requisitos legais, urge que seja concedido imediatamente provimento judicial apto a fazer cessar a prática abusiva, com fulcro no art.

84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor e no art. 300, caput do Código de Processo Civil.

Por isso, requer-se, a título de tutela antecipada inaudita altera parte:

a) A concessão da tutela antecipada, *inaudita altera pars*, em desfavor do réu, determinando que o mesmo providencie o imediato autorize a realização do procedimento cirúrgico para dor crônica com estimulador medular, conforme solicitação médica, em benefício da reclamante IVARLENE SILVA DE SOUSA e realização de tal procedimento sendo realizado na cidade de João Pessoa – PB;

b) a condenação da ré a obrigação de fazer consistente em autorizar imediatamente a liberação de procedimento cirúrgico com utilização de estimulador medular aos seus segurados, sempre que obtiver a expressa indicação do médico para tal procedimento;

b) seja determinado à empresa ré que se abstenha de aplicar nos contratos já entabuados, ou de inserir nos novos contratos cláusula(s) que de qualquer forma excluam cobertura do **procedimento de estimulador medular**, desde que haja expressa indicação médica, sob pena do pagamento de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeira a correção, por descumprimento;

c) a imposição de multa diária para o eventual descumprimento de qualquer das determinações judiciais, em valor a ser fixado pelo prudente arbítrio do MM. Juízo, para que se dê efetividade ao provimento liminar, em consonância com o art. 84, § 4º, CDC.

VII. DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

Em sede de tutela definitiva, requer-se:

a) a confirmação de todos os provimentos liminares, inclusive com a cominação de multa diária por descumprimento, sendo declarada a nulidade das cláusulas em contrato de adesão acima mencionadas;

b) a condenação da ré a reparar os danos morais coletivos causados, em valor a ser arbitrado pelo MM. Juízo, a ser revertido ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor;

c) a condenação genérica da ré a indenizar os danos

Priscylla Miranda Moraes Maroja
Promotora de Justiça

morais e materiais individualmente sofridos pelos consumidores, em *quantum* a ser fixado em posterior fase de liquidação individual, nos termos do art. 95 c/c art. 97, ambos do Código de Defesa do Consumidor;

d) seja condenada a reclamada a restituir os valores pagos pelos usuários, em dobro, pelo pagamento do implante de estimulador medular (nos termos do parágrafo único, art. 42, CDC);

e) seja condenada a informar ao juízo todos os danos qualificativos dos consumidores que tiveram negada cobertura do implante de procedimento de implantação de gerador para estimulador medular, para fins de aplicação do art. 100 e seu p, único do Código de Defesa do Consumidor.

f) a citação da ré para, querendo, contestar a ação;

g) a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

h) a produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive depoimento pessoal da ré, na pessoa de seu representante legal;

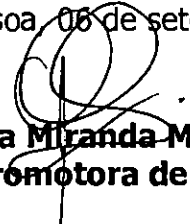
i) a publicação de edital, nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor;

j) a condenação da ré nos ônus sucumbenciais, exceto honorários advocatícios.

Para efeitos meramente fiscais, atribui-se à causa o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Pede deferimento.

João Pessoa, 06 de setembro de 2017.


Priscylla Miranda Moraes Maroja
Promotora de Justiça

Declarante:

IVARLENE SILVA DE SOUSA
Rua Maria Porto de Farias, nº 185, Qd B Lote 44
Bairro Três Irmãs - Campina Grande - PB