

Cópia



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE RECIFE

DISTRIBUIÇÃO

15551

MPPE
Nº DOCUMENTO:
<i>1450096</i>
Nº AUT:
<i>2011/56742</i>

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da Promotora de Justiça abaixo subscrita, com fundamento nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, na Lei 7.347/ 85 (Lei da Ação Civil Pública) e na Lei 8.078 / 90 (Código de Defesa do Consumidor), vem, propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA**, visando à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, em face da Golden Cross Assistência Internacional de Saúde pessoa jurídica de direito privado sediada à rua Francisco Alves nº 590, 7º andar, ed. Negocial Center bairro da Ilha do Leite nesta cidade, inscrita no CNPJ sob o nº 42 104 919/0001-75 pelos argumentos fáticos e jurídicos expostos a seguir:

DOS FATOS:

O Procedimento de investigação preliminar 010/11-18, em anexo, foi iniciado, em razão do encaminhamento de cópia da ação judicial nº 0004914-13.2010.8.17.0001, pelo Juízo da Primeira Vara Cível do Recife. Na ação, a demandada foi condenada, em 21 de outubro de 2010, a pagar danos morais a Sr. Consuelo Cicco de Albuquerque no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), além de danos materiais referentes as despesas para colocação de uma válvula biológica porficina aórtica (prótese no coração) durante ato cirúrgico, procedimento negado pela Golden Cross enquanto a

100 - 12.0000 04-05-12 14:01 2012/05/04 00000 1



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

usuária se encontrava internada na UTI do Hospital esperança. A justificativa do plano : o contrato da segurada era anterior à Lei 9656/98!

A demandada, durante o procedimento de investigação preliminar, foi notificada para fins de firmar TAC com o objetivo de assegurar a concessão de prótese coronariana para usuários dos contratos antigos (anteriores à Lei dos Planos de Saúde) e expressamente se recusou, sob a alegação de incidência, no caso, do princípio da irretroatividade das leis em nosso ordenamento jurídico. (fls. 173)

Em outras palavras, distinguiu usuários, separando os que possuem direito à saúde e os que não possuem, sob o equivocado argumento de que as regras da Lei dos Planos de Saúde e do Código do Consumidor só seriam aplicáveis a um número "privilegiado" de consumidores, os que tivessem contratos recentes. Os demais permaneceriam com seu direito à saúde limitado, sofrendo restrições com base em um princípio geral de irretroatividade aplicado de maneira completamente equivocada, notadamente em se tendo como base um ordenamento jurídico que adota como princípio constitucional mestre, a dignidade da pessoa humana.

A presente Ação Civil Pública tem por objeto a proteção dos direitos dos consumidores em face da parte demandada, tendo em conta a necessidade de assegurar a todos os seus usuários, notadamente aos que possuem contratos antigos , próteses, órteses, marca passo, válvula biológica porficina aórtica necessários para garantir a viabilidade e a eficácia de procedimentos cirúrgicos,

O Código de Defesa do Consumidor procurou equilibrar a relação contratual firmada entre fornecedores e consumidores. Insiste, a Golden Cross, em manter cláusulas abusivas em seus contratos, como, por exemplo, aquelas que excluem da cobertura a realização de cirurgia para o implante de próteses de qualquer natureza, órteses, válvula biológica porficina aórtica , marca passo etc deixando os consumidores em situação de extrema necessidade e vulnerabilidade, pois não podem contar com seu convênio na hora em que mais necessitam.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

DO DIREITO:

Os serviços ofertados pela ré são de natureza essencial. Sabe-se que o direito à saúde está intimamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, prevalecer sobre qualquer outro bem ou interesse.

O artigo 129, III da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

"Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

A prestação de serviços médicos e hospitalares, celebrada através de contratos com operadoras de Planos de Saúde, revela verdadeira atividade econômica a qual se encontra regida por princípios que visam assegurar a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, e uma destas regras norteadoras corresponde, exatamente, a defesa do consumidor, como podemos averiguar pela leitura do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, in verbis:

Constituição Federal:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;" (grifos nossos)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

O Código do Consumidor, regulamentando e explicitando a norma constitucional, concedeu ao Ministério Público legitimidade ativa *ad causam* para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Em seu art. 81, III estabelece que:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas legadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum.”

A jurisprudência do STF já sedimentou entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade do *Parquet* em ajuizar Ação Civil Pública na proteção de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, assim definidos por legislação específica (Lei 8.078/90, art. 81, inciso III).

No que concerne à aplicação do CDC e da Lei n. 9.656/98, há inúmeros julgados nos Tribunais Pátrios, incluindo o STJ, que tornam explícita a necessidade de aplicação dessas Leis mesmo aos contratos firmados anteriormente a sua publicação, é o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

que se depreende do julgamento da Apelação Cível n. 2006.001.13069 pela Colenda 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro abaixo transcrito:

"A primeira alegação trazida nas razões recursais de que inaplicável a Lei dos Planos de Saúde (Lei número 9.656/98) aos contratos anteriores à sua vigência, não se sustenta.

*É de se destacar, inicialmente, que em que pese não invocada pelos apelados a aplicabilidade ou não da referida Lei, **pode e deve a mesma ser aplicada em relação aos contratos e atos anteriores à sua vigência, fato este que não afronta o artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil e tampouco o artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição da República, até porque, analisada a natureza do contrato e considerada a atividade de risco a que se submete a contratada, verifica-se que se trata de negócio jurídico que se protraí no tempo**".*

Ademais, para a integral e correta aplicação da Lei 9656/96 importa considerarmos a interpretação de suas normas e princípios pautadas na CF/88 e no CDC, esta última, norma especial que, devido aos bens e direitos que tutela, está em constante diálogo com a Lei 9656(Lei dos Planos de Saúde).

Assim, caso o contrato tenha se firmado antes da vigência da Lei 9.656/98, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor que considera nula e abusiva a cláusula que coloque o consumidor em condição de desvantagem perante o fornecedor. Aplica-se, ainda, a Lei 9.656/98, visto que os contratos de planos de saúde são classificados como de trato sucessivo sendo, portanto, automaticamente renováveis, **devendo assim obedecer a referida Lei de forma obrigatória, independente da data de sua celebração.**

Os contratos de saúde são contratos de adesão, ou seja, contratos de massa ou padronizados nos quais o consumidor simplesmente adere às cláusulas e condições previamente estabelecidas pelo fornecedor, sem nenhuma discussão fazendo-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para controle das cláusulas e práticas em desacordo com as normas estabelecidas na legislação.

Não há qualquer vacilo da jurisprudência em determinar a aplicação da Lei dos Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor, mesmo em contratos antigos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

Não há qualquer dúvida sobre a ilegalidade e o direito a indenização por danos morais pela negativa de próteses ou procedimentos médicos essenciais para fazer valer o direito a vida e a saúde, seguem abaixo os julgados nesse sentido:

"STJ. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA. CABIMENTO.

1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer - ser surpreendida **pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos**, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, **em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.**

2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a **jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.**

3. Recurso especial provido. (REsp 1190880/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 20/06/2011)" (grifamos)

"Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese

- O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão.

- A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.

- Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.

- Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.

- Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos;

*porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, **não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.***

*- **A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei nº 9.656/98** – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – **é ponto irrelevante**, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei.*

*- **A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.***

*- **É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.***

Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (REsp 1106789/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009)"

Em julgado do próprio Tribunal de Justiça de Pernambuco, em ação movida contra a mesma demandada, assim se decidiu:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

"INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OPERADORA. SEGURADORA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. TRATAMENTO DE SAÚDE. BRAQUITERAPIA. LIMINAR CONCEDIDA. HONORÁRIOS MÉDICOS. RESSARCIMENTO. SÚMULA Nº 35 - TJPE.1 - A **Golden Cross** só tinha liberado as despesas hospitalares, ficando a cargo do paciente os honorários médicos, tendo o Apelante arcado com o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 2 - A atitude do segundo Apelado - o Hospital Português - não merece censura nesse particular, uma vez que a própria **Golden Cross** foi quem não liberou o pagamento dos honorários médicos, descumprindo a liminar concedida pelo juízo da 7ª Vara Cível. 3 - O Hospital Português não integrava a primeira lide (processo 001.1999.005741-1), logo não poderia ser compelido a arcar com os ônus de uma demanda em que não era parte. O Hospital só foi chamado em juízo por força da segunda demanda proposta pelo Apelante (processo 001.2000.032197-5), na qual é pleiteada a indenização pelo dano moral pela atitude do nosocômio. Diante disso, não é justo o pleito de indenização por danos morais contra o Hospital Português. 4 - Quanto ao ressarcimento dos valores custeados pelo Apelante não há controvérsia, não merece, pois, reforma. 6 - **A negativa de cobertura do tratamento de braquiterapia é ilegal e abusiva. A Seguradora que exclui determinado tratamento/procedimento médico que visa preservar ou recuperar a saúde do segurado viola frontalmente a finalidade básica do contrato. Precedentes do STJ.** 7- **RECURSO CONHECIDO. PROVIMENTO PARCIAL, apenas no sentido de arbitrar a indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a ser paga pela «Golden» «Cross» Assistência Internacional de Saúde Ltda,** e condenando-a também nos ônus sucumbenciais das custas e honorários advocatícios à base de 15% (quinze por cento). Confirmando a IMPROCEDÊNCIA do PEDIDO de danos morais contra o Real Hospital Português de Beneficência (Acordão 108935-2, julgamento em 9/12/2009, Relator Antônio Carlos Alves da Silva, Recife)"

Para um público leigo em matéria de medicina não é tolerável que se espere que o consumidor compreenda, por exemplo, que a inserção de uma válvula biológica porficina aórtica é sinônimo de prótese e que ele devesse entender que onde está escrito "não se incluem próteses", leia-se, não se incluirão válvulas biológicas porficanas aórticas!!!



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

A jurisprudência dos Tribunais inclina-se em adotar o entendimento segundo o qual não há que se falar em princípio da irretroatividade quando se trata de relações de trato sucessivo, entendimento já firmado, inclusive, **pelo STJ, vide Resp 735.168/RJ**, julgado em 11.03.2008, bem como a esclarecedora decisão do TJSP citada logo abaixo:

"Processo: APL 282142620088260000 SP 0028214-26.2008.8.26.0000. Relator(a): Adilson de Andrade. Julgamento: 07/02/2012. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Publicação: **07/02/2012**

Seguro saúde Contrato de execução continuada ou diferida no tempo Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98 *Inexistência de violação ao princípio da irretroatividade da lei nova Falecimento do marido da autora, titular do plano Prazo de remissão Impossibilidade de rescisão unilateral do contrato de seguro saúde, com obrigação do consumidor a mudar de plano Artigo 13, II da Lei 9656/98 Direito de a autora permanece no plano original, pagando o preço correspondente - Sentença de parcial procedência bem lançada, com adoção de seus fundamentos como razões de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste egrégio Tribunal. Recurso desprovido."*

Ilustrando o caso, no contrato firmado pela demandada e uma das consumidores vítimas de suas cláusulas, consta da peça contestatória apresentada pela Golden Cross na ação em que foi vencida, o argumento de que, devido a previsão das cláusulas contratuais, não haveria qualquer dúvida de que o consumidor não teria direito as próteses de que necessitaria, vejamos os dispositivos citados (fls. 69):

"CAPÍTULO XI - DOS SERVIÇOS NÃO ASSEGURADOS
23.0.3 - Transplante, implante e diálise;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

23.0.4 - Aparelhos destinados a substituição ou complementação de função, tais como: marca-passo, próteses e órteses de qualquer natureza (...)"

Na decisão da Corte Superior reiterou-se que **"o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico setá incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde."**

No mesmo sentido, a Decisão do Nobre Juiz de Direito Luiz Mario de Góes Moutinho (fls. 125 dos autos do PIP 010/11-18) no bojo da ação judicial de número 0004914-13.2010.8.17.0001, que deu ensejo a propositura de presente ação coletiva.

Assim, compreendida a inseparável aplicação do CDC e da lei dos Planos de saúde aos contratos de saúde antigos e presentes, analisemos os comandos consumeristas.

Presumem-se como hipóteses de desvantagem exagerada, as situações descritas no seu art. 51, inciso IV c/c o seu parágrafo 1º, incisos I e II, *in verbis*:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(Omissis)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, **que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade**(grifamos);

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende a princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais

inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

(..)

XV - Esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor" (grifamos)

Na área da defesa do consumidor, o **princípio da dignidade da pessoa** deverá ser observado com especial rigor, visto que os interesses dos fornecedores, muito mais fortes economicamente, tendem a sobrepujar os dos consumidores, hipossuficientes em vários aspectos. **RIZATTO NUNES**¹, a respeito do tema disciplina que: "a dignidade constitui algo inerente à própria natureza humana, visto que somente pelo fato de estarmos vivos, devemos respeitar os demais e sermos respeitados no que concerne aos aspectos mínimos necessários que nos permitam a sobrevivência".

Dispõem, ainda, os artigos 6º, inciso V, e 39, inciso V, do CDC, o seguinte:

"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas";

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

¹ *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;"

As cláusulas dos contratos antigos firmados entre os usuários e a demandada com exclusão de próteses, órteses, marca passos, stents, válvula biológica porfina aórtica ferem três outros princípios que vicejam no campo da defesa do consumidor, quais sejam o da **harmonia** ou **equilíbrio** o da **boa-fé objetiva** e o da **confiança**.

Pelo **princípio da harmonia ou equilíbrio**, busca-se tutelar os interesses dos contratantes de tal forma que não ocorra uma vantagem exagerada para um em detrimento dos interesses do outro. As partes devem, a nível contratual, tratar dos seus interesses de modo a preservar o equilíbrio do contrato.

Outro princípio, claramente, desrespeitado é o da **boa-fé objetiva**. Sobre esse princípio Rizzato Nunes preleciona que:

"Já a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio das relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. (...)"

O princípio da confiança fora tratado por CLÁUDIA LIMA MARQUES² nos seguintes termos: "A teoria da confiança, como já mencionamos anteriormente, pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro

² *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., 1999, p. 126 e 127.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. (...)O CDC instituiu no Brasil o princípio da proteção da confiança do consumidor. Este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.”

O desrespeito a tais princípios pela Requerida acarreta a obtenção da denominada vantagem excessiva, disciplinada no artigo 39, inciso V, e art. 51 do CDC acima transcrito.

A interpretação dos contratos, também, não é mais concretizada levando-se em pauta os interesses individuais, mas, sim os de caráter geral e a solidariedade, razão pela qual o Poder Público, antes mais ausente, hoje, vem, cada vez mais, sendo convocado a participar da regulamentação e fiscalização dos contratos³.

Resta evidente, diante dos preceitos invocados, o vício que macula os contratos antigos existentes entre a demandada e os consumidores. A conduta ofende, também, ao princípio da razoabilidade. A respeito dessa princípio, ensina o professor Celso Antonio Bandeira de Mello que: *“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e portanto jurisdicionalmente invalidáveis — as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.(...)”*

³ *Op. cit.*, p. 127.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)".

É patente, diante dos preceitos legais suso invocados, o vício que macula os contratos vigentes e utilizados como padrão pela parte ré. Neste sentir, não nos atemos ao tempo, tratamos de qualquer contrato em vigor, os antigos, atuais e os futuros (são pactos de trato sucessivo, portanto, não importa a data em que firmados), todos estão condicionados a respeitar o Código Consumerista e Lei dos Planos de Saúde.

Na ação civil pública, a possibilidade de antecipação de tutela ganha relevo na medida em que, com este instrumento processual, visa-se à tutela de interesses difusos, coletivos e coletivos *lato sensu*, bens de vida para toda a sociedade, como no presente caso.

DOS DANOS MORAIS COLETIVOS:

É importante frisar, com relação ao dano moral coletivo, a sua previsão expressa no nosso ordenamento jurídico nos art. 6º, VI e VII do CDC.

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI – **a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais**, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

No mesmo sentido, o art. 1º da Lei nº. 7.347/85:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de **responsabilidade por danos morais** e patrimoniais causados:

II – ao consumidor;" (grifou-se).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

Ensina Leornado Roscoe Bessa, em artigo dedicado especificamente ao tema, *"além de condenação pelos danos materiais causados ao meio ambiente, consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, destacou, a nova redação do art. 1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada"*. (Dano moral coletivo. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006).

Assim, a concepção do dano moral coletivo não pode estar presa ao modelo teórico da responsabilidade civil privada, de relações intersubjetivas unipessoais.

Tratamos, nesse momento, de uma nova gama de direitos, difusos e coletivos, necessitando-se, pois, de uma nova forma de tutela. E essa nova proteção, com base no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, sobressai-se, especialmente, no aspecto preventivo da lesão. Por isso, são cogentes meios idôneos a punir o comportamento que ofenda (ou ameace) direitos transindividuais.

Nas palavras do mesmo autor, *"em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal"*. (Dano moral coletivo. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006).

Neste ponto, a disciplina do dano moral coletivo se aproxima do direito penal, especificamente de sua finalidade preventiva, ou seja, de prevenir nova lesão a direitos metaindividuais.

Constitui-se, portanto, o dano moral coletivo de uma função punitiva em virtude da violação de direitos, sendo devidos, de forma clara, no caso em apreço.

Submeter diversos consumidores-usuários dos serviços dos planos de saúde a situações de risco de vida, exemplo que restou claro no caso do PIP010/11-18, pelo simples fato de não querer adequar os contratos de saúde a legislação devida (CDC e Lei dos Planos de saúde) sob o argumento equivocado de incidência do princípio da irretroatividade das leis já feriu e fere o direito a saúde e a dignidade de centenas de pessoas e nas



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

condições mais delicadas, quais sejam, necessitando de atendimento médico e, no mais das vezes, de urgência, é talvez o mais típico e satisfatório exemplo de dano moral coletivo.

Assim, impõe-se a necessidade do pagamento de indenização coletiva pelos danos morais causados aos consumidores visando desestimular as ilicitudes praticadas pela ré.

Abaixo, jurisprudência com o reconhecimento do dano moral coletivo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA. CONSUMIDOR. SERVIÇOS NÃO SOLICITADOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DECISÃO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CABÍVEL. DECADÊNCIA NO DIREITO DE RECLAMAR. ART. 26 DO CDC.

INAPLICÁVEL. DANO MORAL COLETIVO. REVISÃO DO VALOR. SÚMULA 07/STJ.

DEMAIS PENALIDADES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Cuida-se de recurso especial no qual se busca reformar acórdão que, em síntese, ampliou os termos da sentença que condenou em parte a empresa de telecomunicações. A condenação original consistiu-se, basicamente, na obrigação de não fazer, referente à coibição de cobrança de qualquer serviço acessório do denominado "pacote inteligente", sem a anuência prévia dos usuários, sob pena de multa, bem como determinou o pagamento de indenização por dano coletivo, a ser fixada na execução. O acórdão recorrido incluiu a fixação de um valor ao dano moral coletivo, consistente de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como fixou a publicação da decisão judicial em três jornais de grande circulação.

2. De plano, cabe notar que é inexistente a alegada violação do art.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

535, II, do Código de Processo Civil, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Da análise detida dos autos, observa-se ainda que a Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, os artigos 6º, 128, 267, inciso VI, 293 e 460, todos do Código de Processo Civil; 884 do Código Civil, e o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, no que deve ser aplicada a Súmula 211/STJ.

4. Não pode prosperar a alegação de que o acórdão consignou decisão que ultrapassa os limites da lide, como é facilmente contrastável pelo cotejo entre a petição inicial, a sentença e o acórdão.

5. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos. Precedentes.

6. A decadência prevista no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso concreto, já que a demanda versa sobre serviços cobrados e ausentes de solicitação, e não sobre vícios detectáveis, como no diploma legal. O raciocínio analógico permite o paralelo com as cobranças indevidas dos serviços bancários, como consignado pela Segunda Seção: REsp 1.117.614/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 10.10.2011.

7. A atribuição do valor da multa por dano moral coletivo foi devidamente justificada e fundamentada pelo Tribunal de origem, e não se apresenta como exorbitante, tampouco irrisória; logo, a revisão de tal valor está vedada pelo teor da Súmula 07/STJ.

Precedentes.

8. Quanto às demais penalidades, consistentes na multa aplicada por dano moral coletivo, bem como a obrigação de publicar o teor da decisão em jornais, cabe notar que a recurso fundou-se em dispositivos não prequestionados.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 1203573/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS,
SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011)
(grifamos)

**“ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE – PASSE LIVRE – IDOSOS –
DANO MORAL COLETIVO – DESNECESSIDADE DE
COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO
EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL –
CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO –
ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE
TRANSPORTE – ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI
10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.**

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.(...) (REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010) (grifou-se)

**“CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO
FORNECEDOR – VÍCIO DE QUALIDADE – DANOS MATERIAIS E
MORAIS CARACTERIZADOS – 1. Pela sistemática do CDC a
responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, como oriunda
do vício do produto ou serviço, é de natureza objetiva,
prescindindo do elemento culpa para que haja o dever do
fornecedor de indenizar. 2. Se o consumidor, adquirente do
automóvel, sofreu o dano e nenhuma responsabilidade sua pelo
evento danoso restou comprovada, cumpre ao fornecedor arcar
com a devida reparação. 3. O aborrecimento decorrente do
fornecimento de produto viciado constitui motivo suficiente**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

para ensejar a indenização por danos morais. 4. Apelação cível da ré não-provida. Recurso adesivo do autor provido. Por maioria. (TJDF – APC 20020110263185 – DF – 2ª T.Cív. – Relª Desª Carmelita Brasil)

Relativamente à concessão de tutela, o artigo 273 do Código de Processo Civil preceitua que:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e”:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

A verossimilhança das alegações exsurge dos próprios fatos narrados, da fundamentação jurídica desenvolvida nesta petição inicial, da documentação comprobatória colhida através do procedimento de investigação preliminar 010/11-18 anexado a presente peça e, especialmente, do teor dos contratos utilizados pela demandada, evidenciando ilegalidade manifesta.

O *periculum in mora* está presente diante do fato de que a natural demora de tramitação de uma ação coletiva, intensificará os prejuízos causados aos consumidores-usuários que poderão, quando mais necessitarem, ter negado o fornecimento de materiais necessários para a efetividade de um procedimento cirúrgico.

A verossimilhança das alegações e o justificado receio de ineficácia do provimento final – *periculum in mora* – autorizam a concessão da tutela liminar. Destarte, presentes os componentes exigidos pela legislação, conforme acima exposto, faz-se necessária providência de cunho emergencial que obste, durante o curso do processo, os



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

efeitos maléficos da negativa de aplicação do CDC aos contratos antigos pactuados com a demandada.

Prevalendo a atitude da ré os prejuízos causados são de difícil ou impossível reparação ante ao risco de morte que poderá acometer qualquer consumidor que tiver negada uma prótese e, por exemplo, não disponha de condições financeiras de arcar com os custos de uma compra particular, como se deu no exemplo do PIP010/11-18 no qual, felizmente, a prótese foi paga e a consumidora obteve a indenização por danos materiais e morais posteriormente alcançada com a intervenção do judiciário.

DOS PEDIDOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Face ao exposto, requer o Ministério Público:

a) a concessão de liminar, *inaudita altera pars*, de medida antecipatória ordenando a suspensão dos efeitos da cláusula 23.0.4 do capítulo XI do Contrato Club DAME versão 1993 abaixo descrita:

CAPITULO XI-

23.0-não TERÃO COBERTURA PARA FINS DO PRESENTE CONTRATO, OS SEGUINTE EVENTOS:

.....
23.0.4- aparelhos destinados a substituição ou complementação de função, tais como: marca passo, próteses e órteses de qualquer natureza. Reabilitação física, exceto quando por incapacidade temporária decorrente de lesão de origem traumática.

b) a suspensão dos efeitos toda e qualquer cláusula que exclua dos contratos firmados antes da vigência da lei 9656/98 o tratamento com órteses e próteses de qualquer natureza, marca passo, válvula biológica porficina aórtica, reabilitação física, stent, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por cada usuário prejudicado com a negativa, a ser revertida para o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

c) Seja, outrossim, determinado à ré, também, liminarmente, o envio de carta a todos os seus usuários novos e antigos comunicando a suspensão dos efeitos das cláusulas que neguem o fornecimento de próteses e órteses, stent, marca passo, válvula biológica porficina aórtica, devendo tal providência ser comprovada em Juízo no prazo de 30 dias da decisão concessiva da tutela antecipada, sob pena do pagamento de multa no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) por dia a qual será revertida para o fundo estadual do consumidor.

DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

a) sejam concedidos e tornados definitivos os provimentos requeridos a título de antecipação de tutela;

b) seja declarada a nulidade por abusividade da cláusula 23.0.4, capítulo XI do Contrato Club DAME e de todas as cláusulas dos contratos firmados antes da vigência da lei 9656/98 que excluam o tratamento com órteses e próteses de qualquer natureza, válvula biológica porficina aórtica marca passo, reabilitação física, stent, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser revertida para o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, por cada usuário prejudicado com a negativa;

c) A condenação da demandada em danos morais coletivos no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) o qual deverá ser revertido para o Fundo Estadual do Consumidor.

DOS REQUERIMENTOS

a) requer a citação da Ré para, querendo, contestar a presente ação, sob pena de revelia e confissão;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital
com atuação na Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor

b) requer a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam se habilitar no processo a teor do art. 94 do CDC;

c) requer a produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive o depoimento pessoal do representante legal da ré, acaso necessário e desde já seja reconhecida e declarada a inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII, do CDC);

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

Pede deferimento.

Recife, 3 de maio de 2012.

LILIANE DA FONSECA LIMA ROCHA

Promotora de Justiça