



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___ª VARA
CÍVEL CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio de seu Promotor de Justiça do Consumidor que ao final assina, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição da República; nos arts. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, e 82, inc. I, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); no art. 5º *caput*, da Lei Federal 7.347/85; e no art. 25, inc. IV, letra "a", da Lei Federal 8.625/93, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido liminar**, em face da **AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A. (incorporadora da AMIL SAÚDE S.A. e da MEDIAL SAÚDE S.A.)**, CNPJ/MF nº 29.309.127/0001-79, com endereço na Rua Colômbia, 332, Jardim América, São Paulo/SP, CEP 01438-000, a ser processada pelo rito ordinário, em razão dos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

Assunto: busca-se, com esta demanda coletiva, o cumprimento da lei, consistente em impedir a inserção de cláusulas contratuais ou o exercício de práticas que restrinjam direitos dos consumidores, mais especificamente, que negam o fornecimento do medicamento FASLODEX, quando presente a indicação médica.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

I - Dos Fatos.

Consta dos inclusos autos de inquérito civil nº 14.161.2266/2011-3 que o plano de saúde da empresa ré, Amil Assistência Médica Internacional S.A., incorporadora da Amil Saúde S.A. (Medial Saúde S.A.), não autoriza a cobertura ou o fornecimento do medicamento FASLODEX para o tratamento de metástase óssea, ainda que haja expressa indicação médica, sob o fundamento de ser "tratamento experimental", pois o referido medicamento, segundo sua bula, está indicado para "tratamento de câncer de mama em mulheres de qualquer idade e que estejam na pós-menopausa".

O aludido inquérito civil teve origem em cópia de processo judicial, onde a ordem liminar concedida pelo Magistrado (fls. 35/39) estava sendo descumprida (fls. 136 e 174/175).

Na referida ação individual a consumidora autora, portadora de Carcinoma com metástase óssea, contando com expressa determinação médica para o uso do medicamento FASLODEX, teve negada a autorização pelo Plano de Saúde de cobertura e fornecimento, sob o fundamento de ser "tratamento experimental".

Durante a instrução do inquérito civil a empresa ré voltou a insistir que em razão de a bula do FASLODEX expressamente indicá-lo unicamente "para o tratamento de câncer de mama em mulheres de qualquer idade e que estejam na pós-menopausa", o seu uso para o combate de metástase óssea seria *off label* ou experimental. Assim, estaria excluído da cobertura com base no art. 10, inc. I da Lei nº 9.656/98 e art. 16, § 1º, inc. I, letras "a" e "c" da RN nº 211/2010 (fls. 182/190).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

Instada a se manifestar sobre o assunto, a Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC) informou que o FASLODEX é um agente antineoplásico que age como supressor do receptor de estrógeno e possui ação em pacientes com câncer de mama metastático, independente do local da metástase, que expressam receptores hormonais. Pode ser indicado na segunda linha de tratamento do câncer de mama metastático (após falha de um tratamento), apresentando eficácia de outro agente hormonal denominado anastrozol⁴. Também pode ser indicado como terceira linha de tratamento de câncer de mama metastático receptor hormonal positivo (após falha de duas linhas de tratamento). Resumindo, o referido medicamento é indicado para o tratamento de câncer de mama metastático ou avançado, receptor hormonal positivo, em segunda e terceira linha de tratamento, sendo um dos tratamentos de eleição para pacientes com metástases ósseas de câncer de mama sem crise visceral (fls. 270/271).

Ocorre que mesmo diante do parecer oferecido pela Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC), a empresa ré se nega a dar cobertura e fornecer o medicamento FASLODEX para uso fora do ambiente hospitalar e para tratamento que não seja de câncer de mama em mulheres de qualquer idade e que estejam na pós-menopausa (conforme a bula) (fls. 280/283 e 308/310), obrigando a que a presente ação civil pública fosse ajuizada.

II – Do direito.

1. A legitimidade do autor é patente, pois em tema ligado à saúde, amparado constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (Constituição Federal, art. 196), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória. Logo, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 Fax: 3119.9060

difusos e individuais homogêneos, principalmente em se tratando de direito indisponível.¹

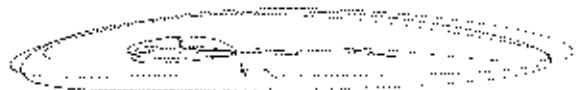
2. O Brasil adotou o capitalismo como sistema econômico de desenvolvimento, garantindo a livre concorrência e a livre iniciativa àqueles que optam por explorar atividade empresarial para sua efetivação (art. 170, *caput*, da CF), mas sempre respeitando o consumidor e seus interesses (art. 170, inciso V, da CF).

Assim, “em toda atividade econômica deve ser promovida a defesa do consumidor, seja pelo particular espontaneamente, seja pela atuação estatal”.²

Estabeleceu-se na Constituição Federal que o *Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor* (art. 5º, XXXII, CF) e, seguindo essa linha de proteção constitucional ao livre mercado e ao consumidor, concomitantemente, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, traçou como Política Nacional das Relações de Consumo a harmonização dos interesses de fornecedores e consumidores (inc. III), reconhecendo a vulnerabilidade deste último (inc. I), bem como a consagração do princípio de que se deve coibir e reprimir todos os abusos praticados no mercado de consumo (inc. VI).

¹ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA EM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE QUE EXCLUI A COBERTURA DE PRÓTESES, ÓRTESES E MATERIAIS DIRETAMENTE LIGADOS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO QUAL SE SUBMETE O CONTRATADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS. NÃO-CONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. A FALTA DO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO NÃO PREJUDICA O EXAME DO RECURSO ESPECIAL, UMA VEZ QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE É UNÍSSONA EM ADMITIR O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. O DIREITO À VIDA E À SAÚDE SÃO DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, MOTIVO PELO QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO É PARTE LEGÍTIMA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO DECLARAR A NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONSTANTES EM CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE QUE DETERMINAM A EXCLUSÃO DA COBERTURA FINANCEIRA DE ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS DIRETAMENTE LIGADOS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO QUAL SE SUBMETE O CONSUMIDOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (AgRg no Ag 1088331/DF, rel. Min. Luís Félipe Salomão, 4ª Turma, j. 18/03/2010, DJ 29/03/2010).

² ANDRADE, Romildo Alves de. Curso de direito do consumidor, São Paulo: Manole, 2006, p. 01.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar – sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

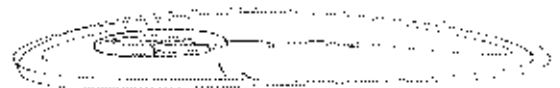
Como ensinam Cláudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem³, “a Constituição Federal de 1988, ao regular os direitos e garantias fundamentais no Brasil, estabelece em seu art. 5º, XXXII, a obrigatoriedade da promoção pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) da defesa do consumidor. Igualmente, consciente da função limitadora desta garantia perante o regime liberal-capitalista da economia, estabeleceu o legislador constitucional a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia da vontade (art. 170, V)”.

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

3. De acordo com o artigo 51, inciso IV, do Código do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Nesse contexto, as disposições contidas nos contratos da operadora de plano de saúde, ao excluirm da cobertura o fornecimento do medicamento FASLODEX – quando presente a indicação médica –, são consideradas abusivas, dada a excessiva vantagem conferida ao fornecedor, o que acaba por desequilibrar a relação de consumo. Há, inclusive, um contrassenso por parte da ré, pois se o procedimento médico para o tratamento de carcinoma com metástases ósseas está coberto pelo plano, por que não estaria tudo aquilo necessário ao seu bom êxito?

³ Comentários ao código de defesa do consumidor, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

Aliás, o E. Tribunal de Justiça do Estado sumulou o entendimento de que ***havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico*** (súmula nº 95).

No mesmo sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

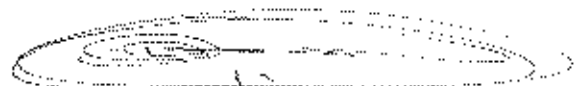
AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - RECUSA DE COBERTURA DOS MEDICAMENTOS CORRELATOS AO TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA, MINISTRADOS EM AMBIENTE DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA - VERIFICAÇÃO - AGRAVO IMPROVIDO.⁴

Isso mostra que o entendimento é realmente no sentido de que a negativa de fornecimento do medicamento FASLODEX é ilegal e indevida, quando presente a indicação médica.

E sobre a questão da recusa de fornecimento de medicamento por parte de plano de saúde, o E. Supremo Tribunal de Federal assim decidiu *verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão obstativa de recurso extraordinário, este interposto com suporte na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo (fls. 29): "1. Plano de saúde - quimioterapia com medicamento Aclasta -

⁴ AgRg no Ag 1137474/SP, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 18/02/2010, DJe 03/03/2010, v.u..





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

Recusa da Recorrente na realização do tratamento, alegando que o tratamento não é coberto pelo plano por não constar na relação da ANS – sentença que julga procedente a ação deve ser mantida. 2. A relação da ANS é meramente exemplificativa e não vincula o consumidor, não havendo prova das Recorrentes de que teve o autor ciência inequívoca de seu completo conteúdo. 3. Recusa indevida, implicando em onerosidade excessiva e desvantagem exagerada ao consumidor a vinculação a rol ou tabela de exames/tratamentos/cirurgias, mesmo porque, a medicina evolui a passos largos a fim de diagnosticar e curar doenças. E exames e terapias novas devem também ser colocados à disposição do consumidor – ademais, o contrato cobre várias cirurgias e não restringe a indicada para a autora – Além disso, o art. 10 da Lei nº 9.656/98 impede a exclusão – obrigação na cobertura de todos os custos relativos à cirurgia pleiteada bem decretada. 4. O medicamento Aclasta já teve sua eficácia comprovada para a doença do autor, reconhecida pela Anvisa e liberado desde 2007, conforme informante médica trazida pela própria ré e ouvida em audiência. 5. O médico tem autonomia para aferir a necessidade do paciente. A prescrição médica é suficiente para embasar a necessidade do tratamento.” 2. Pois bem, a parte recorrente alega violação aos incisos XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Magna Carta de 1988. 3. Tenho que o recurso não merece acolhida. Isso porque entendimento diverso do adotado pela instância judicante de origem exigiria o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos e a interpretação de cláusulas contratuais. Providências vedadas pelas Súmulas 279 e 454/STF. 4. De mais a mais, a suposta ofensa às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa apenas ocorreria de modo reflexo ou indireto. No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os AIs 517.643-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 273.604-AgR, da relatoria do ministro Moreira Alves. 5. À derradeira, pontuo que a jurisdição foi prestada de forma completa, embora em sentido contrário



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar – sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 Fax: 3119.9060

*aos interesses da parte agravante. Isso posto, e frente ao art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 11 de fevereiro de 2011. Ministro AYRES BRITTO Relator.*⁵

4. Os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajuda-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários. Tratam-se de serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo.⁶

Sendo contrato de trato sucessivo, há renovação ao longo do tempo e, portanto, submissão às normas supervenientes, especialmente àquelas de ordem pública, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: REsp 735168/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU 26/03/2008; REsp 1.047.993/RN, DJc 28/04/2009 e o AgRg no AG 978.565/RJ, DJ 20/06/2008, ambos Rel. Min. Massami Uyeda.

Portanto, embora a Lei n. 9.656/98, chamada de Lei de Planos de Saúde, não retroaja aos contratos celebrados antes de sua vigência, é possível verificar a abusividade das cláusulas, à luz dos ditames da legislação consumerista, ainda que tais contratos tenham sido firmados antes mesmo da vigência do próprio Código de Defesa do Consumidor.

5. A adoção do princípio da boa-fé objetiva nos contratos é indispensável para a harmonização das relações entre fornecedores e consumidores (art. 4º, III, da Lei nº 8.078/90).

⁵ STF, AI 833846-SP, rel. Min. Ayres Britto, j. 11/02/2011, DJe 21/03/2011.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, p. 408/409 e 413.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

Agir conforme a boa-fé significa atuar contemplando as necessidades do outro, ou seja, buscar atingir legitimamente os seus próprios interesses, sem que isso acarrete prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais aos interesses da outra parte.

Contratar por confiar decorre da conduta proba que se espera do outro. Trata-se da legítima expectativa que se tem no agir do contratante, como meio operacional para se atingir o interesse desejado.

Não se trata aqui, ainda, de discutir a sistemática de responsabilidade civil aplicável, mas como as partes deverão atuar e o que elas deverão esperar, reciprocamente, conforme as circunstâncias do caso.

As legítimas expectativas não se tratam de mera perspectiva subjetiva ou psicológica, mas daquilo que qualquer pessoa razoavelmente poderia esperar, em dada circunstância.

Dessa maneira, a boa-fé e a confiança contratual atuam como verso e averso de uma mesma moeda: o agir de um deve se harmonizar com as legítimas expectativas do outro e vice-versa.

A satisfação das expectativas legítimas não significa, necessariamente, a obtenção do resultado realmente desejado sob uma perspectiva individualista, mas a percepção de conduta plausível para que o interesse possa ser amealhado.

Como consequência do princípio da boa-fé objetiva, a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 confere ao consumidor o direito de ser reparado dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos, diante sua



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

violação.

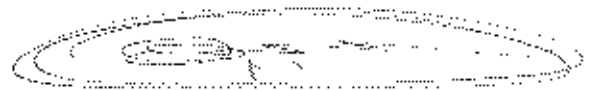
A conduta da ré contraria a boa-fé objetiva, que é um princípio geral de direito incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assim como pelo artigo 4º, inciso III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Em termos de legislação consumerista, anota Cláudia Lima Marques, que *“a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC”*⁷, impondo a observância de seus deveres anexos, dentre os quais o de **lealdade**. Observa, ainda, que a boa-fé objetiva *“é um standard, um parâmetro objetivo e genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus legítimos interesses, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”*.⁸

Para Antonio Junqueira de Oliveira, a boa-fé é norma de comportamento positivada nos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, que cria três deveres principais: um de **lealdade** e dois de colaboração, que são, basicamente, o de bem informar (**caveat venditor**) o candidato a contratante sobre o conteúdo do contrato e o

⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 799.

⁸ Cláudia Lima Marques. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 1, p. 26, nota 50.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fonc: 3119.9069 -- Fax: 3119.9060

de **não abusar** ou, até mesmo, de se **preocupar com a outra parte (dever de proteção)**.⁹

No caso vertente, a recusa em fornecer e custear o medicamento FASLODEX 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.

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.

III - Do dano moral e patrimonial.

Estabelece o Código consumerista, como direitos básicos dos consumidores, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (CDC, art. 6º, inc. VI) e o

⁹ Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, em Revista de Direito do Consumidor, n. 18, abril/junho 1986, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 26. Ver, a respeito, também ARNOLDO WALD, *La bonne foi*, em *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tomo XLIII, 1992, p. 255, e *Obrigações e contratos*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 27.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (CDC, art. 6º, inc. VII), bem como a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (CDC, art. 6º, inc. VIII).

Tratando do assunto, ensina João Batista de Almeida¹⁰ que *todo o aparato legal visa a prevenir a ocorrência de danos ao consumidor, quer estipulando obrigações ao fornecedor, quer responsabilizando-o por danos e defeitos, quer restringindo a autonomia da vontade nos contratos, quer criminalizando condutas, mas isso não impede que tais danos venham a ocorrer. Por isso, é assegurado como direito do consumidor o ressarcimento do prejuízo sofrido, seja patrimonial ou moral, individual, coletivo ou difuso, pois, do contrário, não haverá efetividade na tutela (art. 6º, VI). Ao direito à indenização está diretamente ligado o direito de acesso à justiça e à Administração, vias nas quais poderá ser pleiteado e obtido o respectivo ressarcimento (inciso VII). E nesse acesso à justiça está incluída a “facilitação da defesa de seus direitos”, ou seja, deve o Estado remover os entraves ou criar mecanismos que tornem mais fácil a defesa do consumidor em juízo, certo que a própria lei já indica dois desses meios: a inversão do ônus da prova no processo civil, obedecidas as condições legais, e a Assistência Judiciária (inciso VIII c/c VII, parte final). Em relação ao direito à indenização há simetria com os direitos elencados pela ONU; o mesmo não ocorre em relação ao acesso à justiça e à facilitação da defesa.*

No caso em análise, a recusa em fornecer e custear o

¹⁰ A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2000, p. 50/51.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

medicamento FASLODEX aos segurados fez com que estes arcassem com os custos – o que é suficiente para demonstrar a necessidade de reparação do dano patrimonial causado.

Já o dano moral – a ser valorado em sede de liquidação de sentença (art. 97 do CDC) - ocorreu porque a negativa de cobertura foi indevida, causando, *v.g.*, sofrimento e desconforto ao paciente e seus familiares.

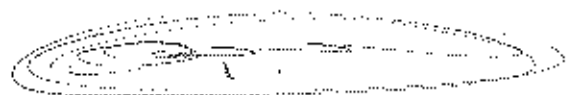
Não há dúvida de que é permitida a cumulação de indenização por danos patrimoniais e morais, notadamente em matéria de consumo, conforme súmula editada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Súmula 37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato.

Assim, cabível e possível a cumulação dos pedidos de indenização por danos morais e patrimoniais.

Importante repisar que a indevida negativa de cobertura se deu na prestação de serviços de saúde, com afronta a direito fundamental, consagrado na Constituição Federal como direito social (art. 6º, CF).

É que a nulidade de cláusulas contratuais abusivas, que geram locupletamento ilícito e excessivo de uma das partes contratantes (no caso, o plano de saúde), é matéria de ordem pública, atingindo não apenas os indivíduos que sofreram suas consequências diretamente, mas também toda a coletividade, que se vê lesada, ainda que de maneira difusa,





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

em razão de práticas desleais perpetradas por empresa que atua no âmbito da saúde.

A esse respeito decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA RELATIVA A MEDICAMENTOS DE QUIMIOTERAPIA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL; ART. 14 DO CDC.

1. *Recurso especial, concluso ao Gabinete em 03.10.2013, no qual discute o cabimento de compensação por danos morais em razão do não reembolso integral do valor de medicamentos referente a tratamento de saúde (quimioterapia). Ação cominatória c/c reparação por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 12.05.2011.*

2. ***Embora geralmente o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, é reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, 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.*¹¹

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DESTINADO À

¹¹ RJ/sp 1411293/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/12/2013, DJe 12/12/2013, v.u.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

QUIMIOTERAPIA MINISTRADA EM AMBIENTE DOMICILIAR. RECUSA. CLÁUSULA ABUSIVA. DECISÃO MANTIDA.

1. *Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes à solução da lide, pronunciando-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.*

2. *É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde o fornecimento de medicamento para quimioterapia tão somente pelo fato de ser ministrado em ambiente domiciliar. Precedentes.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*¹²

In casu, tratando-se de pedido de reparação de direitos individuais homogêneos, onde a condenação será genérica, na forma do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, evidente que os consumidores representados pelo autor coletivo – embora possam ingressar nos autos como litisconsortes ativos, nos termos do art. 94 do referido Código consumerista – não serão sequer citados na exordial.

A esse respeito, explica Teori Albino Zavascki¹³ que os titulares dos direitos individuais homogêneos *não serão sequer indicados ou qualificados individualmente na inicial, mas simplesmente chamados por edital a intervir como litisconsortes, se assim o desejarem. É que o objeto da ação, mais que obter a satisfação do direito pessoal e individual das vítimas, consiste em perseguir seja fixado o valor total dos danos causados, os objetivos perseguidos são visualizados não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal. Não é por outra razão, também, que “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu*

¹² AgRg no ARJ/sp 147376/SP, 4ª turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 06/12/2012, DJe 14/12/2012, v.u.

¹³ Revista de Informação Legislativa, vol. 117, jan/mar. de 1993, p. 175, com o título “O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos”.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

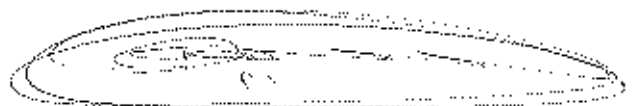
pelos danos causados” (art. 95). *Condenação “genérica” (sem especificar prejuízos particularmente considerados) “fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (e não os prejuízos específicos e individuais dos lesados). Caberá aos próprios titulares do direito, depois, promoverem a liquidação e a execução pelo dano individualmente sofrido (art. 97).*

Logo, sem se especificar os lesados, representados pelo autor coletivo, estes deverão ser indenizados pelos danos patrimoniais e morais que suportaram com a conduta da ré, na forma do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista ser *direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos* (CDC, art. 6º, inc. VI).

IV – Da Liminar.

A empresa ré, na condição de operadora de plano de saúde, de forma abusiva e indevida recusa cobertura ou fornecimento do medicamento FASLODEX para o tratamento de metástase óssea, ainda que haja expressa indicação médica, sob o fundamento de ser “tratamento experimental”, pois o referido medicamento, segundo sua bula, está indicado para “tratamento de câncer de mama em mulheres de qualquer idade e que estejam na pós-menopausa”.

Mas a Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC) informou que o FASLODEX é um agente antineoplásico que age como supressor do receptor de estrógeno e possui ação em pacientes com câncer de mama metastático, independente do local da metástase, que expressam receptores hormonais. Pode ser indicado na segunda linha de tratamento do câncer de mama metastático (após falha de um tratamento), apresentando eficácia de outro agente hormonal denominado anastrozol⁴. Também pode





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

ser indicado como terceira linha de tratamento de câncer de mama metastático receptor hormonal positivo (após falha de duas linhas de tratamento). Resumindo, o referido medicamento é indicado para o tratamento de câncer de mama metastático ou avançado, receptor hormonal positivo, em segunda e terceira linha de tratamento, sendo um dos tratamentos de eleição para pacientes com metástases ósseas de câncer de mama sem crise visceral (fls. 270/271).

Não bastasse, a súmula 95-TJSP estabelece que ***havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.***

No mesmo sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - RECUSA DE COBERTURA DOS MEDICAMENTOS CORRELATOS AO TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA, MINISTRADOS EM AMBIENTE DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA - VERIFICAÇÃO - AGRAVO IMPROVIDO.¹⁴

Logo, não procede a alegação da ré de que em razão de a bula do FASLODEX expressamente indica-lo unicamente "para o tratamento de câncer de mama em mulheres de qualquer idade e que estejam na pós-menopausa", o seu uso para o combate de metástase óssea seria *off label* ou experimental, portanto, excluído da cobertura com base no art. 10,

¹⁴ AgRg no Ag 1137474/SP, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 18/02/2010, DJe 03/03/2010, v.u.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01047-904
Fonc: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

inc. I da Lei nº 9.656/98 e art. 16, § 1º, inc. I, letras "a" e "c" da RN nº 211/2010 (fls. 182/190).

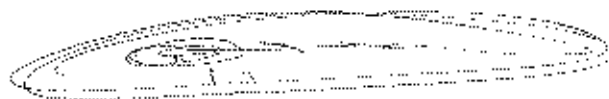
Desse modo, no caso *sub judice*, impõe-se a expedição de ordem liminar, *inaudita altera parte*, com base no art. 12 da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), uma vez que se encontram plenamente caracterizados os seus pressupostos jurídicos, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Como informa Hugo Nigro Mazzilli¹⁵, o primeiro pressuposto consiste na plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido.

Assim, o *fumus boni iuris* traduz-se no direito do consumidor à proteção contra cláusulas e práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inc. IV) e no dever do fornecedor de abster-se de qualquer prática abusiva, que, no caso vertente, é verificada pelo fato de a ré constar em seus contratos cláusulas abusivas, conforme previsão do art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, consistente em estabelecer obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Ressalte-se, por oportuno, a bem fundamentada r. decisão de fls. 35/39 do Meritíssimo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível desse Fórum Central, Dr. José Antonio Lavouras Haicki - que não foi alterada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 167) e que detectou, no caso individual, os abusos praticados pela empresa ré, que colocavam em desvantagem, não apenas a vítima daquela ação, mas os consumidores coletivamente

¹⁵ A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Editora Saraiva, 17ª edição, 2004, p. 428.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

considerados, tanto que encaminhou cópia dos autos ao autor coletivo para as providências necessárias, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.347/85.

Já o *periculum in mora*, como observa Hugo Nigro Mazzilli¹⁶, consiste na “dificuldade ou até impossibilidade de reparação do dano, diante da demora normal para obter a solução definitiva do processo”. Está patentado na necessidade de inibir, o quanto antes, a continuidade das práticas abusivas desenvolvidas pela ré contra os vulneráveis consumidores.

Aliás, a ação coletiva existe exatamente para resolver no ATACADO, os abusos praticados no VAREJO, que ensejam a proliferação de AÇÕES INDIVIDUAIS, entulhando o Poder Judiciário com processos idênticos e dificultando a distribuição da Justiça.

Existe *in casu*, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a caracterizar o perigo resultante da demora na decisão, pois a ré continuará a obter vantagem manifestamente indevida da coletividade de consumidores, utilizando-se das cláusulas abusivas inseridas em seu contrato-padrão.

Daí a necessidade de concessão da liminar *inaudita altera parte*, com a finalidade de adequar a conduta e os contratos que a empresa ré venha a celebrar, bem como aqueles contratos já entabulados.

V – Dos Pedidos.

Diante do exposto, o autor requer:

¹⁶ Op. cit., p. 428.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 - 1º andar - sala 130 - CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

1) a concessão de **MEDIDA LIMINAR**, *inaudita altera parte*, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, a fim de que:

1.1) seja determinado à empresa ré que se abstenha de aplicar nos contratos já entabulados, ou de inserir nos novos contratos cláusula(s) que de qualquer forma excluam cobertura ou fornecimento do medicamento FASLODEX, desde que haja expressa indicação médica, sob pena do pagamento de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeita a correção, por descumprimento.

1.2) seja determinado à ré que se abstenha de recorrer cobertura ou fornecimento do medicamento FASLODEX, desde que haja expressa indicação médica, sob pena do pagamento de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeita a correção, por descumprimento.

2) seja a presente ação julgada **PROCEDENTE**, tornando-se definitiva a medida liminar e proferindo-se sentença em desfavor da ré, a fim de que:

2.a) seja condenada na obrigação de não fazer, consubstanciada na abstenção de aplicar nos contratos já entabulados, ou de inserir nos novos contratos cláusula(s) que de qualquer forma exclua(m) cobertura ou fornecimento do medicamento FASLODEX, desde que haja expressa indicação médica, sob pena do pagamento de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeita a correção, por descumprimento, sem prejuízo da execução específica da obrigação.

2.b) seja condenada na obrigação de não fazer, consubstanciada na abstenção de recorrer cobertura ou fornecimento do medicamento FASLODEX, desde que haja expressa indicação médica, sob





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 1º andar - sala 130 - CEP 01047-904
Fone: 3119.9069 - Fax: 3119.9060

pena do pagamento de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeita a correção, por descumprimento, sem prejuízo da execução específica da obrigação.

2.c) seja condenada na forma do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, a indenizar os danos patrimoniais e morais causados aos consumidores.

2.d) seja condenada na obrigação de fazer, consistente em dar publicidade da r. sentença condenatória, às suas expensas, nos boletos de cobrança das mensalidades; por carta a todos os segurados do plano; no sítio eletrônico de seu domínio na internet; bem como pelos meios de comunicação - jornais O Estado de São Paulo e Folha de São Paulo -, a fim de garantir a efetividade da tutela, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), sujeita a correção, sem prejuízo da execução específica da obrigação e crime de desobediência;

2.e) seja condenada a informar ao juízo todos os dados qualificativos dos consumidores que tiveram negada cobertura ou fornecimento do medicamento FASLODEX, para fins de aplicação do art. 100 e seu p. único do Código de Defesa do Consumidor.

3) todas as multas eventualmente pagas deverão ser recolhidas ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7347/85 e regulamentado pela Lei Estadual nº 6536/89.

Requer, ainda, o autor:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 – 1º andar - sala 130 – CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 – Fax: 3119.9060

4) seja determinada a citação e intimação postal da empresa ré, no endereço acima informado, a fim de que, com expressa advertência sobre os efeitos da revelia (CPC, art. 285) e no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta, se lhe aprouver, aos pedidos ora deduzidos;

5) seja determinada a expedição e publicação no órgão oficial do edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, a fim de que eventuais interessados possam intervir como litisconsortes;

6) a condenação da empresa ré ao pagamento das custas processuais, devidamente atualizadas monetariamente;

7) A dispensa do autor ao pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.

8) Sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista, na Promotoria de Justiça do Consumidor, sediada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, sala 130, centro, São Paulo/SP, à vista do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente pelas provas testemunhal, pericial e documental, bem assim por todos os demais meios que se apresentarem úteis à demonstração dos fatos articulados na presente exordial, observado ainda o disposto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que toca à inversão do ônus da prova em favor da coletividade de consumidores substituída processualmente pelo autor.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo nº 115 1º andar - sala 130 CEP 01007-904
Fone: 3119.9069 Fax: 3119.9060

**Acompanha esta inicial o IC 14.161.2266/2011-3,
em dois volumes contendo 310 (trezentos e dez) folhas numeradas.**

Dá à causa, para fins de alçada, o valor de R\$
500.000,00 (quinhentos mil reais).

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 21 de janeiro de 2014.

Gilberto Nonaka

= 2º Promotor de Justiça do Consumido =