



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
11ª VARA DE RELAÇÕES DE CONSUMO DA COMARCA DE SALVADOR

Processo: AÇÃO CIVIL PÚBLICA n. 0084185-07.2010.8.05.0001

Órgão Julgador: 11ª VARA DE RELAÇÕES DE CONSUMO DA COMARCA DE SALVADOR

INTERESSADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado(s):

INTERESSADO: -----

Advogado(s): LEONARDO MONTENEGRO COCENTINO (OAB:PE32786)

SENTENÇA

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido de ordem liminar, proposta por **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, em face de -----, ambos já devidamente qualificados nos autos.

O Ministério Público da Bahia aduz ter verificado que a ré não custeia os exames laboratoriais requisitados por nutricionistas sob a alegação de que a lei nº 9.656/98 somente prevê o serviço de apoio diagnóstico solicitado por médico assistente, de maneira que o usuário tenha que passar por médico para reiterar a solicitação do nutricionista, havendo danos aos usuários.

O Ministério Público da Bahia informa que a lei nº 8.234/91 confere aos nutricionistas a possibilidade de solicitar exames laboratoriais necessários ao acompanhamento, e que qualquer preceito legal que ofenda os interesses e direitos dos consumidores devem ser tidos por inconstitucionais.

Em razão disso, requer, a concessão da medida liminar, para que a ré, custeie os exames laboratoriais e demais serviços de apoio diagnóstico solicitados por nutricionistas, nos planos de saúde individuais e coletivos, de qualquer segmentação, cujos contratos tenham sido firmados antes ou após a lei nº 9.656/98; não crie obstáculos para os usuários de quaisquer tipo realizarem os exames e demais serviços; encaminhe correspondência para os usuários informando sobre o custeio dos exames e demais serviços requisitados por nutricionistas; remeta a correspondência aos laboratórios comunicando sobre o custeio; no mérito, requer a confirmação do pedido liminar; a



declaração da inconstitucionalidade do artigo 12, I, da lei nº 9.656/98; a restituição em dobro dos valores pagos pelos usuários para a realização de serviços de apoio diagnóstico requisitado por nutricionista em razão da não cobertura; a indenização por danos materiais e morais decorrente da negativa de custeio das despesas com os serviços de apoio diagnóstico requisitado por nutricionista; o pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) em razão dos danos causados à sociedade de forma difusa; a inversão do ônus probatório; e a publicação do edital previsto no artigo 94 da lei nº 8078/90, para o conhecimento e habilitação dos interessados.

Com a inicial juntou documentos de id 232573463 a id 232573802.

A ré apresentou contestação, id 232573931, suscitando preliminarmente, inadequação da via eleita por se tratar de interesses individuais; descabimento de pedido de arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de lei em ação civil pública; no mérito, a necessária prescrição médica de exames laboratoriais; necessário respeito a conduta da empresa desde a edição da lei dos planos em saúde em 1998; a não essencialidade do serviço prestado pela empresa; impossibilidade de inversão do ônus probatório; ausência de provas; inexistência de danos indenizáveis; impossibilidade de imposição de obrigação de fazer; ausência dos requisitos para antecipação dos efeitos da tutela; requerendo o acolhimento das preliminares e a total improcedência da ação.

Com a contestação juntou documentos de id 232573932 a id 232573939.

Apresentada réplica, id232573948.

Intimadas, as partes requereram o julgamento antecipado da lide, id 232573955 e id 232574111.

Anunciado o julgamento conforme estado do processo, id 232574114.

Autos remetidos a este Núcleo de Justiça 4.0 Metas, 01, por requisição, conforme Ofício Circular n. 31/2022 - DPG, deste Tribunal de Justiça.

É o breve relatório. DECIDO.

Preliminarmente, a ré requereu a extinção do processo sem resolução do mérito pela inadequação da via eleita, em razão da ação tratar de interesses individuais.

No presente caso, o Ministério Público é legitimado para propor ação civil pública, tendo em vista que se busca tutelar interesses que atingem a universalidade dos potenciais usuários do plano de saúde, administrado pela parte ré, não apenas casos pontuais. Neste sentido:

“(…) Consoante entendimento pacificado em jurisprudência desta Corte, **o Ministério Público Federal tem legitimidade para propor ação civil pública objetivando a proteção de direitos individuais homogêneos, mesmo que disponíveis e divisíveis, sobretudo se evidenciada a relevância social na sua proteção.** Nesse sentido, os seguintes julgados: AgInt no AREsp 961.976/MG, Rel. Ministro Ricardo



Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 3/2/2017; AgInt no AREsp 961.976/MG, Terceira Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 3/2/2017) (AgInt no REsp 1383955/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 13/04/2018)." Grifou-se.

"(...) 2. No que diz respeito à legitimidade do Parquet, **a jurisprudência do STF e do STJ assinala que, quando se trata de interesses individuais homogêneos, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Coletiva é reconhecida se evidenciado relevante interesse social do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, mesmo em se tratando de interesses individuais homogêneos disponíveis.** Nesse sentido: RE 631.111, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, DJe-213; REsp 1.209.633/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 4/5/2015. ((AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1499300/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 29/09/2016)." Grifouse.

"(...) IV. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que **o Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação**" (STJ, REsp 945.785/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/06/2013), como no presente caso. Em igual sentido: STJ, AgRg no REsp 1.301.154/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/11/2015; REsp 1.185.867/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/11/2010. V. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido. AgInt nos EDcl no REsp 1600628/SC, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019)." Grifou-se.

Na hipótese, não se cuida de tutelar direitos pontuais, mas os interesses dos usuários do plano administrado pela ré: busca-se o acesso dos usuários do plano a exames laboratoriais ou outros exames necessários a diagnósticos, prescritos por profissionais nutricionistas, interesse que se revela de interesse social, já que se relaciona com o direito à saúde.

Por esses motivos, **REJEITO** a preliminar.

Preliminarmente, a ré requereu a extinção do processo sem resolução do mérito pela inadequação da via eleita, pelo descabimento de pedido de arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de lei em ação civil pública, como pedido.

No caso dos autos, é possível verificar que a presente ação civil pública foi utilizada como sucedâneo de uma ação direta de inconstitucionalidade com o objetivo de se retirar do ordenamento jurídico, em definitivo, o artigo 12, I, 'b' da Lei dos Planos de Saúde, ao requerer a declaração de inconstitucionalidade do mencionado preceito legal.



Cumprir destacar que é possível a arguição de inconstitucionalidade de ato normativo em sede de ação civil pública, uma vez que nosso modelo de controle de constitucionalidade permite o exame de compatibilidade, formal ou material, tanto pela via direta (a ser realizada por Órgão específicos do Judiciário, em sede própria), quanto pela via difusa (a ser feito por todos os magistrados em todos os feitos postos a sua apreciação).

Contudo, no exame da controvérsia, ao ser formulado pedido de declaração da inconstitucionalidade do ato normativo abstrato e autônomo, o acolhimento de tal pleito ensejará uma vasta extensão da decisão tomada, alcançando situações e pessoas totalmente diversas das causas concretamente apontadas na exordial.

A jurisprudência nacional se firma no sentido de que admite-se o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONFUSÃO COM O PEDIDO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973” (RE n. 595.213-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 18.12.2017).” Grifou-se.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. CONTROLE DIFUSO. CAUSA DE PEDIR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Hipótese em que o Tribunal local entendeu por não caber na via eleita a declaração de inconstitucionalidade de lei em ação civil pública. II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme e consolidada de que **“é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público” (REsp 437.277/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.12.2004). Outros precedentes: REsp 1659824/SP, Rel.**

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1495317/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 22/3/2016; e REsp 1659824/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017. III - No caso dos autos, fica claro que a arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 18, § 4º, da Lei n. 12.651/2012, novo Código Florestal, não constitui pedido da ação civil pública, e sim fundamento vinculado à tese recursal de que é obrigatória a manutenção e a averbação de área de reserva legal no percentual mínimo exigido em lei. IV - Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à análise da arguição de inconstitucionalidade.



Logo, por não servir a declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, I, 'b' da Lei dos Planos de Saúde, de pressuposto apenas para o acolhimento dos pedidos desta ação, é impossível o acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade, no caso concreto, nesta ação civil pública.

Ante ao exposto, **ACOLHO** parcialmente a preliminar, reconheço a impossibilidade jurídica do pedido, e extingo o processo, sem resolução do mérito, em relação ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, I, 'b' da Lei dos Planos de Saúde.

No mérito, cinge-se a controvérsia em verificar se a ré deve custear os exames laboratoriais e demais serviços de apoio diagnóstico solicitados por nutricionistas para todos os seus usuários.

Do ponto de vista legal, a Lei nº 9.656/98, dispõe, em seu artigo 12, inciso I, alínea b e inciso II, alínea d, que são facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: I - quando incluir atendimento ambulatorial: (...) b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; (...) II - quando incluir internação hospitalar: (...) d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar.

Já a Resolução Normativa nº 465/2021, prevê, no artigo 6º (...) § 1º, I, que os procedimentos listados nesta Resolução Normativa e em seus Anexos serão de cobertura obrigatória uma vez solicitados pelo médico assistente.

Destaca-se que apesar de haver previsão legal para que os nutricionistas solicitem exames laboratoriais necessários ao acompanhamento dietético, conforme expressa previsão do art. 4º, VIII, da Lei 8.234/1991, segundo o qual atribuem-se, também, aos nutricionistas as atividades de solicitação de exames laboratoriais necessários ao acompanhamento dietoterápico, inexistente previsão legal que obrigue a operadora a custear os referidos exames (solicitados por nutricionista).

Ressalta-se que a lei 9.656/1998 é posterior a Lei 8.234/1991 e, caso a vontade do



legislador fosse de incluir na cobertura obrigatória os exames solicitados por nutricionista, assim o teria feito, não sendo possível neste momento incluí-los, criando, na prática, uma cobertura de atendimento pelas operadoras de plano de saúde não prevista em lei.

Além disso, a referida questão foi objeto de análise pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando do julgamento da Apelação interposta na Ação Civil Pública nº 005458303.2010.4.01.3400/DF, a qual foi proposta pelo Conselho Federal de Nutricionistas (CFN) em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Em sede de recurso, foi julgado improcedente o pedido formulado pelo CFN, que consistia na determinação de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, para que nele constasse “que nutricionistas podem solicitar exames laboratoriais, com a consequente cobertura pelos planos de saúde”. Conforme acórdão:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE. EXAMES SOLICITADOS POR MÉDICO ASSISTENTE E NÃO POR NUTRICIONISTA. 1. “O rol de procedimento e eventos de saúde” elaborado pela Agência Nacional de Saúde em cumprimento da Lei 9.961/2000 é somente para os fins do disposto na Lei 9.656 de 03.06.1998. **Essa lei dispõe sobre “planos e seguros privados de assistência à saúde”, ficando estabelecido que exames diagnósticos serão aqueles solicitados por médico assistente e não por nutricionistas.** 2. Não há dúvida que, nos termos da Lei 8.234 de 17.09.1991 é atividade de nutricionistas solicitar exames laboratoriais, mas nem por isso a Agência/ré está obrigada a incluir tal atividade no “rol de procedimentos e eventos em saúde” das pessoas jurídicas que operam planos de assistência à saúde. 3. A Lei 9.656/1998 é posterior à Lei 8.234/1991. Se ela quisesse incluir os nutricionistas, teria feito expressamente. **Não se admite agora incluí-los, criando, na prática, uma cobertura de atendimento pelas operadoras de plano de saúde não prevista em lei.** 4. Apelação da ANS/ré provida. (TRF1 – 8ª Turma - 0054583-03.2010.4.01.3400 – Distrito Federal - Relª.: DESEMBARGADORA NOVÉLY VILANOVA DA SILVA REIS - J. 07.08.2017.” Grifou-se.

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE LEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE NORMA INFRALEGAL. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÕES NORMATIVAS. CONSELHO DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. AUTORIZAÇÃO. **ATO RESERVADO A MÉDICOS. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Embora não caiba a este Tribunal examinar o pedido de inconstitucionalidade de norma em face da Constituição, é possível promover o exame da legalidade das resoluções normativas que eventualmente tenham contrariado o Decreto-lei n. 938/1969. 2. No caso, como o pedido da inicial foi deduzido de ambas as maneiras (declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade), a ação civil pública é viável, ao menos em relação ao primeiro pleito, sendo os autores partes legítimas para deduzi-lo. 3. O exercício das profissões de fisioterapeuta e terapeuta ocupacional se



desenvolve de acordo com os parâmetros dispostos Decreto-lei n. 938/1969 (art. 1º), que, em seus arts. 3º e 4º, expressamente reservou aos profissionais a atividade de executar métodos e técnicas fisioterápicos, terapêuticos e recreacionais. 4. **Não há, na norma de caráter primário, autorização para que os fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais desempenhem atividades como as de receber demanda espontânea, realizar diagnóstico, prescrever ou realizar exames sem assistência médica, ordenar tratamento e dar alta terapêutica, atividades reservadas aos médicos.** 5. O STF, no julgamento da Representação 1.056/DF, considerou constitucionais os arts. 3º e 4º do Decreto-lei n. 938/1969 e o art. 12 da Lei n. 6.316/1975 e bem delimitou as atividades do fisioterapeuta e do terapeuta ocupacional: **a) ao médico cabe a tarefa de diagnosticar, prescrever tratamentos, avaliar resultados;** b) ao fisioterapeuta e ao terapeuta ocupacional, diferentemente, cabe a execução das técnicas e métodos prescritos (STJ, REsp 693.454/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 03/11/2005, DJ 14/11/2005, p. 267). 6. Hipótese em que a interpretação sistemática entre os arts. 1º, 3º e 4º do Decreto-lei n. 938/1969 e os arts. 1º, 2º, parágrafo único, II, 4º, X, XI e XIII e §§ 1º e 7º, da Lei n. 12.842/2013 reforça as conclusões antes adotadas por esta Corte e pelo Supremo. 7. Deve ser mantida a possibilidade da prática da acupuntura, quiropraxia, osteopatia e fisioterapia e terapia ocupacional do trabalho pelos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, porque, quanto a elas, não há comando secundário em abstrato que, pela só existência, vulnere os preceitos normativos primários que disciplinam as atividades de fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, ou mesmo médicos. 8. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1592450 RS 2016/0072200-2, Data de Julgamento: 21/06/2022, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2022).” Grifou-se.

Desse modo, prevalece na jurisprudência nacional o entendimento de que é impossível considerar como de cobertura obrigatória os exames e procedimentos solicitados por profissional que não o médico, ante a inexistência de previsão legal para tanto.

Ainda, chama-se atenção ao fato de que na documentação acostada no id 232573956 ao id 232574109, comprova que em todos os tipos de contrato de plano de saúde veiculados pela ré consta cláusula de que a cobertura de exames complementares será prestada mediante solicitação exclusiva de médico cooperado, inexistindo previsão contratual que garanta o dever de cobertura.

Assim, em razão da ausência de previsão legal ou contratual que determine o custeio dos exames laboratoriais e demais serviços de apoio diagnóstico solicitados por nutricionistas para os usuários da ré, julgo improcedente a ação.

Com esses argumentos, e considerando tudo mais que dos autos consta, **ACOLHO parcialmente a PRELIMINAR** inadequação da via eleita, pelo descabimento de pedido de arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de lei em ação civil pública, como pedido, e extingo o processo sem resolução do mérito, em relação ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, I, 'b' da Lei dos Planos de Saúde.



No mérito, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados na inicial, e **EXTINGO O PROCESSO com resolução do mérito**, forte no art. 487, I, do CPC.

Não obstante a manifesta improcedência da demanda, não está claramente evidenciado que o autor tenha atuado de má-fé, descabendo assim a verba honorária, nos termos do art. 17 da Lei 7.347/1985.

P. R. Intimem-se.

Arnaldo Freire Franco

Juiz Substituto do 2º Grau designado para a atuar no Núcleo de Justiça 4.0

