

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

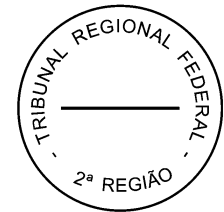
Nº CNJ : 0011510-61.2013.4.02.0000
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ALUISIO MENDES
AGRAVANTE : **FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - FENASAUDE**
ADVOGADO : SERGIO BERMUDES E OUTROS
AGRAVADO : **AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - ANS**
PROCURADOR : SEM PROCURADOR
ORIGEM : VIGÉSIMA PRIMEIRA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (201351010223178)

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAUDE em face da decisão que, nos autos da ação cautelar nº 2013.51.01.022317-8, indeferiu a medida liminar pleiteada, consistente na suspensão do processo de acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento realizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, para o segundo semestre de 2013, até o julgamento final da ação ordinária a ser ajuizada, ou na suspensão da divulgação do risco assistencial atribuído às operadoras de plano de saúde afiliadas à ora agravante ou, ainda, na suspensão da aplicação de qualquer penalidade às operadoras de plano de saúde em decorrência da referida avaliação.

A magistrada de primeiro grau indeferiu a tutela de urgência, ao principal fundamento de ausência de periculum in mora, na medida em que as operadoras de plano de saúde tinham ciência, desde a edição das Instruções Normativas nº 38, de 24 de maio de 2012, e nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, dos critérios estabelecidos pela agência reguladora para acompanhamento e avaliação da adequação de suas atividades às obrigações estabelecidas na legislação de regência, notadamente na Resolução Normativa nº 259, de 17 de junho de 2011, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Destacou que esta não é a primeira avaliação trimestral divulgada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, tendo a penúltima avaliação ocorrido no primeiro trimestre do ano, com a apresentação do resultado da avaliação do atendimento prestado pelas operadoras de plano de saúde, de forma que a divulgação do resultado da avaliação após a conclusão do segundo trimestre do ano era previsível, sendo injustificável a alegação de urgência quando proposta a demanda na véspera da divulgação do resultado de avaliação periódica.

Salientou a magistrada de primeiro grau, ainda, que, no que concerne à alegação de irregularidades no processo de avaliação das operadoras, a concessão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

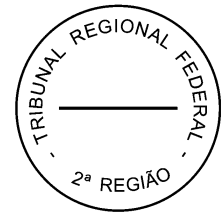
2013.02.01.011510-0

da medida liminar esbarra na ausência de documentação hábil a comprovar os vícios apontados, sendo necessária, portanto, a oitiva da parte contrária.

A agravante postula a reforma da decisão recorrida a fim de que seja deferida a medida liminar pleiteada nos autos da ação cautelar originária, sustentando, para tanto, que, com a edição da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, que revogou a Instrução Normativa nº 38, de 24 de maio de 2012, ambas da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, o procedimento de avaliação da garantia de atendimento das operadoras de plano de saúde foi alterado de forma ilegal, tendo havido violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da razoabilidade.

Nesse diapasão, alega que: a) o objeto da Notificação de Investigação Preliminar, instituída pela Resolução Normativa nº 226/10 e que faz parte de um procedimento de mediação realizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS para solucionar conflitos entre beneficiários e as operadoras de plano de saúde, foi indevidamente ampliado pela Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, passando a fazer parte da avaliação e, conseqüentemente, do cálculo do indicador hipóteses que a própria Resolução Normativa nº 259/11 não previu, uma vez que tratava somente do descumprimento dos prazos máximos de atendimento das coberturas mínimas exigidas pela lei; b) a Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, eliminou do texto normativo as disposições de que não seriam objeto de avaliação as reclamações formuladas no âmbito da Notificação de Investigação Preliminar que não foram objeto de análise, que foram objeto de análise conclusiva pela necessidade de realização de diligência e que foram objeto de análise conclusiva pela não obrigatoriedade de cobertura, além dos casos em que, notificada ainda dentro do prazo, a operadora prestar o atendimento antes de seu decurso; e c) a Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, passou a prever que toda e qualquer Notificação de Investigação Preliminar que não tenha sido objeto de análise conclusiva pela não obrigatoriedade de cobertura será computada para efeitos de cálculo do índice de avaliação da garantia ao atendimento, inclusive aquelas que foram objeto de pronto atendimento pela operadora, sem qualquer dano ao usuário, e aquelas cuja procedência ainda será verificada em diligência.

Defende, ainda, a presença de periculum in mora, aduzindo, nesse contexto, que somente com a entrada em vigor da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, iniciaram-se os problemas descritos na presente lide e que somente foram conhecidos os seus nefastos efeitos durante os meses de maio e junho de 2013, quando foram divulgados os resultados e os critérios da primeira



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

avaliação de garantia de atendimento realizada sob a égide da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013. Destaca, ademais, que o perigo apenas surgiu no segundo trimestre de vigência da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, uma vez que somente a partir da segunda avaliação consecutiva a agência reguladora aplica as sanções nela previstas.

É o relatório. Decido.

Em uma análise perfunctória dos autos, própria desta fase processual, vislumbro estarem presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência, quais sejam, a plausibilidade jurídica da tese da agravante (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Inicialmente, impende destacar que a Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da Agência Nacional de Saúde Suplementar . ANS, dispõe sobre o acompanhamento e a avaliação da garantia de atendimento dos beneficiários pelas operadoras de planos de assistência à saúde, o qual objetiva avaliar a garantia de acesso dos beneficiários às coberturas previstas na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, nos seus regulamentos e nos contratos, bem como avaliar o cumprimento das regras dispostas na Resolução Normativa nº 259, de 17 de junho de 2011, e detectar desconformidades que possam constituir risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Confira-se o disposto no artigo 1º, da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013:

Artigo 1º - A presente Instrução Normativa - IN dispõe sobre o acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento dos beneficiários pelas operadoras de planos de assistência à saúde; regulamenta o artigo 12-A da Resolução Normativa - RN nº 259, de 17 de junho de 2011; e revoga a IN nº 38, de 24 de maio de 2012, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO.

§1º - O acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento tem o objetivo de avaliar a garantia de acesso dos beneficiários às coberturas previstas na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, nos seus regulamentos e nos contratos; bem como avaliar o cumprimento das regras dispostas na RN nº 259, de 2011, e detectar desconformidades que possam constituir risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

§2º - O acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento será processado e analisado pela Gerência de Monitoramento da Operação dos Produtos - GMOP, da Gerência-Geral de Estrutura e Operação dos Produtos - GGEOP, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, desta Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.+

O artigo 4º, da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, estabelece o objeto da avaliação:

Artigo 4º - Serão objeto de avaliação as demandas de reclamações de beneficiários motivadas pela não garantia de acesso e cobertura necessários e obrigatórios por força da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e de seus regulamentos ou por força de contrato, referentes a prazos máximos de atendimento ou aos demais temas assistenciais, processadas no âmbito da Notificação de Investigação Preliminar - NIP nas seguintes situações:

I - demandas de reclamações referentes a não garantia do prazo de atendimento, desde que:

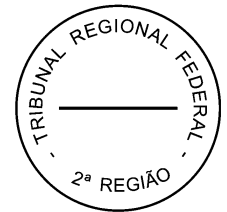
a) o consumidor não tenha obtido a garantia de acesso e cobertura; ou

b) o consumidor tenha obtido a garantia de acesso e cobertura, mas fora do prazo máximo normativo.

II - demandas de reclamações referentes a não garantia de atendimento que não digam respeito ao prazo para atendimento, desde que o consumidor não tenha obtido a garantia de acesso e cobertura.

§1º - A ANS utilizará como base para avaliação as demandas de reclamações originadas pelo procedimento da NIP, instituída por regulamentação específica, referentes a todos os temas assistenciais.

§2º - A ANS poderá definir outro meio oficial de denúncia para também ser utilizado como base para o acompanhamento e avaliação das reclamações de beneficiários, motivadas pela não garantia de atendimento.+



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

Nesse contexto, cumpre consignar que a Notificação de Investigação Preliminar . NIP, instituída pela Resolução Normativa nº 226, de 05 de agosto de 2010, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar . ANS, constitui procedimento de mediação realizado pela agência reguladora para solucionar conflitos entre beneficiários e as operadoras de plano de saúde, nos seguintes termos:

Artigo 1º - Esta resolução normativa institui o procedimento da Notificação de Investigação Preliminar - NIP e altera a redação do artigo 11 da Resolução Normativa - RN nº 48 de 19 de setembro de 2003, alterado pela RN nº 142 de 21 de dezembro de 2006.

§1º - O procedimento da NIP consiste em um instrumento que visa a solução de conflitos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde, acerca das demandas de negativa de cobertura.

§ 2º - As demandas de negativa de cobertura a serem processadas na NIP se restringem aos casos em que o procedimento ou evento em saúde ainda não foi realizado ou foi realizado às expensas do consumidor.+

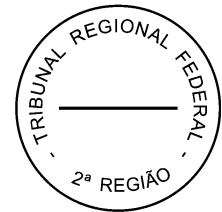
E, neste momento, cabe uma análise comparativa entre a Instrução Normativa nº 38, de 24 de maio de 2012, e a Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, que revogou expressamente a primeira.

A Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, prevê que, na avaliação da garantia de atendimento, serão consideradas as demandas de reclamações encaminhadas para abertura de processo administrativo para apuração de infração:

Artigo 6º - O cálculo do indicador terá como fontes:

I - as demandas de reclamações mencionadas no artigo 4º desta IN, geradas no período de avaliação e classificadas como Reparação Voluntária e Eficaz - RVE ou encaminhadas para abertura de processo administrativo para apuração de infração;
e

II - o número médio de beneficiários no período de avaliação, de acordo com as mais recentes informações disponíveis, prestadas pela operadora de plano de assistência à saúde ao Sistema de Informações de Beneficiários - SIB da ANS.+



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

No que se refere à elegibilidade, na Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, somente há previsão no sentido de que estão sujeitas ao acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento as operadoras de plano de saúde que tenham registro de demandas de reclamações, não tendo sido feita qualquer ressalva, senão vejamos:

%Artigo 7º - Estão sujeitas ao acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento as operadoras de planos de assistência à saúde que tenham registro de demandas de reclamações na forma mencionada no artigo 4º desta IN.

Parágrafo único. As operadoras de planos de assistência à saúde classificadas na modalidade de administradora de benefícios não serão submetidas ao acompanhamento e avaliação de que trata esta IN.+

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 38, de 24 de maio de 2012, estipulava, na parte correspondente à elegibilidade, que estariam sujeitas ao acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento as operadoras de planos de assistência à saúde que tivessem registro de reclamações de beneficiários pela não garantia de atendimento, ressalvando, entretanto, algumas reclamações que não seriam objeto de avaliação. Confira-se:

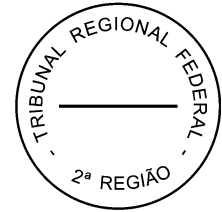
%Artigo 7º - Estarão sujeitas ao acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento as operadoras de planos de assistência à saúde que tenham registro de reclamações de beneficiários pela não garantia de atendimento.

§1º - As operadoras de planos de assistência à saúde classificadas na modalidade de administradora de benefícios não serão submetidas ao acompanhamento e avaliação de que trata esta IN.

§2º - Não serão objeto de avaliação para fins de acompanhamento da garantia de atendimento as seguintes reclamações classificadas no âmbito da NIP:

I - as que não foram objeto de análise;

II - as que tenham sido objeto de análise pela necessidade de realização de diligências; e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

III - as que tenham sido objeto de análise pela não obrigatoriedade de cobertura.+

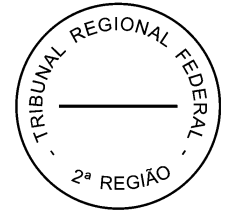
Verifica-se, pois, que, pela redação do artigo 6º, inciso I, da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, situações nas quais ainda não foi constatada negativa indevida de cobertura, mas apenas determinado o encaminhamento para a abertura de processo administrativo para apurar eventual infração, serão consideradas negativamente para fins de avaliação da garantia de atendimento.

Importante salientar que, no âmbito da Notificação de Investigação Preliminar, se a análise conclusiva . documento técnico emitido nas situações em que a negativa de cobertura é mantida pela operadora de plano de saúde . decidir pela necessidade de realização de diligências para a devida apuração dos fatos, a demanda será encaminhada para abertura de processo administrativo para apuração de infração, nos termos do disposto no artigo 18, §2º, da Resolução Normativa nº 226, de 05 de agosto de 2010.

Não se revela razoável, portanto, que, mesmo sem estarem esgotadas as possibilidades de defesa da operadora de plano de saúde e sem que haja a constatação da irregularidade, haja computação de pontos negativos na avaliação da garantia de atendimento aos beneficiários pela operadora de plano de saúde, sobretudo porque, nos autos do processo administrativo, ainda serão feitas diligências, garantido o contraditório e a ampla defesa à operadora.

Nesse diapasão, afigura-se mais consentâneo com o ordenamento jurídico a manutenção do disposto no artigo 7º, §2º, da Instrução Normativa nº 38, de 24 de maio de 2012, que excluía do objeto de avaliação, para fins de acompanhamento da garantia de atendimento, as reclamações que não foram objeto de análise, que tenham sido objeto de análise pela necessidade de realização de diligências e que tenham sido objeto de análise pela não obrigatoriedade de cobertura.

Com efeito, a mera existência de algum inconformismo ou questionamento do beneficiário e a necessidade de realização de diligências para que se verifique a sua procedência não pode prejudicar a avaliação da operadora de plano de saúde, que, dependendo do seu resultado, pode acarretar a adoção pela agência reguladora de uma das medidas previstas no artigo 17, da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, senão vejamos:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

Artigo 17 - Constatado na consolidação de avaliações o descumprimento reiterado das regras dispostas na RN nº 259, de 2011, constituindo-se em risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários, a ANS poderá se valer de critérios decorrentes da sua discricionariedade técnica para adotar quaisquer das medidas administrativas previstas no artigo 12-A da referida RN:

I - suspensão da comercialização de parte ou de todos os produtos da operadora de planos de assistência à saúde;

II - decretação do regime especial de direção técnica, respeitando o disposto na RN nº 256, de 18 de maio de 2011, com a possibilidade de determinação do afastamento dos dirigentes da operadora, na forma do disposto no § 2º do art. 24, da Lei nº 9.656, de 1998.

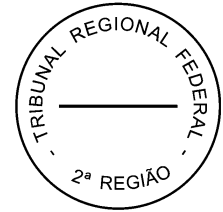
§1º - As medidas administrativas previstas no caput deste artigo são independentes entre si e podem ocorrer de forma simultânea.

§2º - A adoção das medidas administrativas mencionadas no caput, ocorrerá sem prejuízo da aplicação das penalidades estabelecidas na legislação e na regulamentação aplicáveis para cada caso, conforme processo administrativo sancionador instaurado para este fim.+

E aqui reside o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora), consistente na possibilidade de as operadoras associadas à agravante, em decorrência de suas avaliações negativas, terem suspenso seu direito a comercializar planos de saúde ou, ainda, sofrer intervenção da agência reguladora em suas administrações, sob a forma de direção técnica.

Ante o exposto, **defiro parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal**, a fim de que a agência reguladora não considere, na avaliação da garantia de atendimento aos beneficiários pelas operadoras de plano de saúde, as reclamações que não foram objeto de análise, que tenham sido objeto de análise pela necessidade de realização de diligências e que tenham sido objeto de análise pela não obrigatoriedade de cobertura, até o julgamento em definitivo do presente agravo de instrumento.

Comunique-se o Juízo da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro/Seção Judiciária do Rio de Janeiro.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.02.01.011510-0

Intime-se a agravada, para que apresente resposta, nos termos do disposto no artigo 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Após, ao Ministério Público Federal, nos termos do artigo 527, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ao fim, voltem-me conclusos, para julgamento.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2013.

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal