

ENTENDIMENTO DIFIS Nº 09 - 15 DE ABRIL DE 2019

Artigo 79, da Resolução Normativa 124, de 30 de março de 2006, c/c Art. 35-C, I e II, da Lei nº 9.656/98. Interpretação dos dispositivos. Necessidade de uniformização sobre a instrução probatória nos autos do processo administrativo sancionador, da situação de urgência ou emergência, como conceituada na lei, a fim de enquadramento no tipo/sanção.

I - INTRODUÇÃO:

1. O referido Entendimento parte da verificação da necessidade de uniformização quanto à instrução probatória relativa à forma adequada de comprovar, no processo administrativo sancionador, que a negativa de cobertura assistencial relatada pelo beneficiário se deu em situação de urgência ou emergência.

2. A questão ganhou relevo a partir de julgados da Diretoria Colegiada da ANS, como os constantes dos processos nº 25789.039432/2014-25 e 33903.002476/2017-17, nos quais as decisões de 1ª instância foram reformadas por falta de “*comprovação lúdima*”[\[1\]](#) de que os fatos narrados nos autos constituíam situações de urgência ou emergência, conforme conceitos legais estabelecidos no art. 35-C, da Lei 9.656/98, a permitir a tipificação pelo art. 79, da RN nº 124/06, adiante transcritos.

“Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.”

“Art. 79. Deixar de garantir ao beneficiário cobertura exigida em lei, nos casos de urgência e emergência:

Sanção - multa de R\$ 250.000,00.”

II - FUNDAMENTAÇÃO:

3. A questão em análise versa sobre a negativa de cobertura assistencial em situação de urgência ou emergência que, após a reclamação do beneficiário junto à ANS, recebe tratamento pelo instituto da Notificação de Intermediação Preliminar - NIP, instrumento de mediação que visa à solução consensual de conflitos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde, regulamentado pela RN nº 388/2015.

4. Nessa fase pré-processual, sendo a demanda classificada como não resolvida é encaminhada a um fiscal. Cumpre destacar que não há que se exigir do analista da NIP juízo de certeza acerca do enquadramento daquela negativa de cobertura no art. 79, da RN nº 124/06, justamente por seu encaminhamento ser fundamentado em indícios colhidos em fase pré-processual, na qual se objetiva uma solução amigável do conflito. Em que pese tal limitação, é recomendável que sejam adotadas as devidas cautelas para o direcionamento do feito com maiores esclarecimentos sobre os fatos narrados.

5. Recebida a demanda, o fiscal deverá lavrar o auto de infração com a abertura do corresponde processo administrativo sancionador, ou, se for o caso, poderá, motivadamente, realizar ainda em fase pré-processual, a classificação residual na forma prevista na RN nº 388/2015, alterando a respectiva classificação ou tipificação, na forma prevista em seu art. 16, com redação dada pela RN nº 444, de 01 de abril de 2019. [2]

6. Tal oportunidade pode ser utilizada pelo fiscal a fim de modificar a tipificação nos casos que flagrantemente entender não se tratar de consunção ao art. 79 da RN nº 124/2006; ou, ainda, colher lastros para a lavratura do auto de infração com maior segurança.

7. Cabe registrar que mesmo diante da possibilidade de lavratura do auto de infração com maior segurança, eis que a alteração proporcionada pela RN n.º 444, de 2019, permite a colheita prévia de elementos, ainda estaremos diante de mero indício de infração.

8. Nesse diapasão, diante das reformas das decisões na última instância desta Agência Reguladora, urge se delinear premissas mínimas de provas capazes de revelar o correto enquadramento das situações como urgência ou emergência e, por conseguinte, a correlata tipificação no art. 79, da RN nº 124/06.

9. Dessa forma, após a autuação, surge a fase de instrução processual. Nessa ocasião o fiscal deve analisar o conjunto probatório constante dos autos até então, incluindo a explicação e documentação juntada pela operadora em sua peça de defesa. Deve também se valer de instrumentos adicionais de instrução, tal como o previsto no art. 39 da Lei 9784/1999. Segue a transcrição:

"Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento."

10. Superada a fase de instrução processual, cabe a elaboração do Relatório de Análise Conclusiva - RAC, ocasião em que o fiscal deve ter o juízo de certeza já sedimentado, uma vez que se trata de documento-chave para subsidiar a decisão de 1ª instância.

11. Portanto, afigura-se imprescindível que, antes da elaboração do RAC, o fiscal se certifique que a hipótese narrada nos autos está corretamente tipificada, isto é, **que os fatos em tela se encaixam nos conceitos de urgência ou emergência**, estabelecidos no art. 35-C, da Lei 9.656/98, bem como, e ainda mais importante, **que há provas documentais no processo a fim de fundamentar a tipificação pelo art. 79, da RN nº 124/06.**

12. Assim, no que tange aos conceitos supracitados, quanto à emergência, o legislador previu a exigência de uma declaração do médico assistente que comprove a situação de **risco imediato de vida ou de lesão irreparável ao beneficiário**, senão vejamos:

*I - de **emergência**, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, **caracterizado em declaração do médico assistente**; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)*

13. Diante da presença de segmentação odontológica no setor de saúde suplementar, para fins do presente Entendimento, onde se lê “médico” ou “médico assistente”, leia-se também “cirurgião dentista”.

14. Logo, conseqüentemente, para que determinado fato se enquadre na previsão do inciso I, do artigo supracitado, faz-se **indispensável** que haja nos autos do processo administrativo sancionador uma declaração ou documento equivalente, **emitido pelo médico assistente**, que comprove o estado de emergência tal como conceituado na lei.

15. Por outro lado, no que tange às situações de urgência, conceituadas no art. 35, inciso II, da Lei 9.656/98, isto é, **as resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional**, a partir de uma análise literal poder-se-ia equivocadamente entender que não há necessidade de provas, pois o legislador não previu a declaração do médico assistente, *in verbis*:

*II - de **urgência**, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)*

16. Entretanto, o legislador, tão somente, não exigiu a caracterização em declaração de médico assistente para as hipóteses de urgência, o que não significa, de forma alguma, autorização para dispensa de comprovação documental.

17. Cabe destacar que a decisão administrativa em sede de processo administrativo sancionador na ANS deve observar as especificidades definidas em rito próprio, na forma prevista no art. 29 da Lei nº 9.656/1998, respeitando as diretrizes para fundamentação esculpidas nos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784/99.

18. Atentando-se para os mandamentos legais, afasta-se, decerto, hipótese de decisão sem prova documental sobre uma negativa em condição de urgência.

19. Para as situações específicas de negativa em urgência ou emergência, justifica-se a atuação ainda mais robusta por parte da Administração Pública, sem que isso represente alteração da lógica adotada hoje pela ANS quanto ao rito de produção de provas.

20. Justifica-se porquanto existem tipos infrativos muito semelhantes ao art. 79 (arts. 77 e 78) com

sanções deveras menos gravosas. Outrossim, observando a RN n.º 124/2006, o art. 79 é o único tipo infrativo que contém, em seu núcleo, a condição de um estado de saúde do beneficiário. Por essas razões, necessário o enriquecimento do conjunto probatório dos autos, em busca de provas sólidas da situação que conduz ao referido enquadramento, a fim de perquirir a verdade real em demandas dessa natureza.

21. Sendo assim, a fim de corroborar a autuação no inciso I do art. 35-C, entende-se que é documento hábil a comprovar a declaração do médico assistente, a título de exemplo: laudo médico; declaração propriamente dita ou documento equivalente; ou ainda guia de solicitação de procedimento; enfim, algo que demonstre que o médico atestou que aquela situação era de caráter emergencial. Sublinha-se a necessidade de que tal documento seja subscrito pelo médico assistente.

22. No que tange a autuação pelo inciso II do artigo supracitado, como o legislador ampliou as hipóteses probatórias, entende-se que são documentos capazes de comprovar a situação de urgência, a título de exemplo: laudo médico; declaração do prestador/médico; guia de solicitação de procedimento; prontuário de atendimento; receituário médico; diligência reduzida a termo com prestador/médico; boletim de ocorrência, quando houver; exame recente de pré-natal, se for o caso; outros exames relacionados com a possível situação de urgência; fotografia da lesão decorrente do acidente pessoal, se for o caso; diligência qualificada com beneficiário/interlocutor; isto é, documentação apta a comprovar a narrativa apresentada pelo beneficiário.

23. Sobre a diligência qualificada com o beneficiário/interlocutor, entende-se por entrevista minuciosa a fim de obter informação e documentação que possivelmente só ele irá dispor. Assim, questionamentos detalhados sobre as circunstâncias da situação de urgência podem ser fundamentais para tornar a carga probatória mais robusta. Nesse sentido, perguntas sobre o contexto do acidente pessoal, como data, hora, local, consequências; ou sobre o tipo de complicação no processo gestacional que levou a gestante a procurar o atendimento médico; ou sobre quais atitudes foram adotadas diante da negativa da operadora; enfim indagações de natureza prática que levem à compreensão da realidade. Destaca-se que essa diligência qualificada com o beneficiário/interlocutor será prova suficiente se, e somente se, for reduzida a termo e estiver acompanhada de ao menos algum documento que demonstre a verossimilhança das alegações do beneficiário/interlocutor. Recomenda-se solicitar algum dos documentos acima elencados ou, a depender das especificidades do caso concreto, outros, a juízo do fiscal, capazes de conferir credibilidade probatória.

24. Nessa linha, cabe registrar que o fato de a situação descrita nos autos ter acontecido na área de urgência ou emergência de clínica ou hospital é um indício, porém, por si só não autoriza o enquadramento do caso no artigo em análise, pois faz-se necessária a subsunção do caso concreto aos conceitos trazidos no art. 35-C, da Lei 9.656/98, conjugado com o substrato probatório.

25. Cabe registrar que, comprovada a negativa em situação de urgência e/ou emergência nos moldes acima delineados, o art. 79 deverá ser aplicado.

26. Na hipótese de não ser possível a comprovação de que o beneficiário se encontrava em situação de urgência/emergência, são dois os possíveis encaminhamentos: anulação do auto de infração e lavratura de um novo com fulcro no art. 77 ou 78 da RN 124/2006, a depender do enquadramento, na hipótese de a operadora descumprir os prazos máximos para atendimento (RN 259/2011); ou anulação do auto de infração e conseqüente arquivamento do processo por inexistência de infração.

27. Vale observar que, muitas vezes, em situações de urgência ou emergência, diante da negativa de cobertura assistencial, o beneficiário arca com o custo do atendimento/procedimento e depois pleiteia o reembolso junto à operadora. Nesses casos, não obstante a ausência de menção ao art. 79 da RN 124/06 no Entendimento da DIFIS n.º 08, aplica-se as mesmas disposições, analogicamente.

28. Ainda, é possível o reconhecimento do instituto da Reparação Voluntária e Eficaz - RVE quando esse reembolso ocorre nos prazos da NIP (art. 20, §1º c/c art. 10 RN da n.º 388/2015). Superada essa fase pré-processual, afigura-se razoável que seja aplicada a atenuante prevista no inciso III do artigo 8º da RN nº 388/2015, caso a operadora prove que efetuou o reembolso na forma do Entendimento DIFIS n.º 08.

29. Cumpre ressaltar que nos processos sancionadores que versem sobre reembolso em situação de urgência ou emergência o conjunto probatório deve observar as disposições do presente Entendimento.

III - CONCLUSÃO:

30. Por todo o exposto e fundamentado, conclui-se que:

a) na fase de instrução processual, após o transcurso do prazo para defesa ao auto de infração, independentemente de apresentação de peça de defesa pela operadora, o fiscal, antes da confecção do Relatório de Análise Conclusiva - RAC, deverá se certificar de haver nos autos documento(s) que comprove(m) a situação de emergência ou urgência, devendo, para tanto, se valer do instrumento adicional de instrução previsto no art. 39 da Lei nº 9.784/1999, para trazer aos autos as provas exemplificadas nos itens 21 e 22 do presente Entendimento, para adequada formação do juízo de certeza quanto ao correto enquadramento;

b) a condenação de uma operadora por infração ao art. 79 da RN nº 124/06 c/c art. 35, inciso I, da Lei 9.656/98 (emergência), dependerá da presença nos autos de documentação hábil, tal como laudo médico; declaração ou documento equivalente do médico assistente; ou ainda uma guia de solicitação de procedimento, enfim, algo que demonstre que o médico atestou que aquela situação era de caráter emergencial;

c) a condenação de uma operadora por infração ao art. 79 da RN nº 124/06 c/c art. 35, inciso II, da Lei 9.656/98 (urgência), dependerá da presença nos autos de documentação hábil a comprovar a narrativa apresentada pelo beneficiário, tal como laudo médico; declaração do prestador/médico; guia de solicitação de procedimento; prontuário de atendimento; receituário médico; diligência reduzida a termo com prestador/médico; boletim de ocorrência, quando houver; exame recente de pré-natal, se for o caso; outros exames relacionados com a possível situação de urgência; fotografia da lesão decorrente do acidente pessoal, se for o caso; ou diligência qualificada com beneficiário/interlocutor reduzida a termo, na forma descrita no item 23 do presente Entendimento;

d) nas Notificações de Intermediação Preliminar - NIP registradas pelo art. 79 da RN n.º 124/06 que versem sobre reembolso aplica-se o instituto da Reparação Voluntária e Eficaz - RVE, quando constatada a observância das disposições do art. 20 e do art. 10 da RN 388/2015; e

e) nos processos sancionadores autuados pelo artigo 79 da RN nº 124/06 que versem sobre reembolso o conjunto probatório deve estar de acordo com as disposições desse Entendimento; bem

como, deverá ser aplicada a atenuante prevista no inciso III do artigo 8º da RN nº 388/2015 caso a operadora prove que efetuou o reembolso na forma do Entendimento da DIFIS n.º 08.

SIMONE SANCHES FREIRE
DIRETORA DE FISCALIZAÇÃO

[1] Expressão utilizada no Voto Relator aprovado por unanimidade na 456ª reunião da DICOL, realizada em 23 de novembro de 2016.

Outra referência importante recente oriunda da DICOL: Processo nº 33903.002476/2017-17 - 487ª reunião da DICOL, realizada em 11 de junho de 2018.

[2] A classificação residual somente é possível de ser exercida a partir da vigência da RN nº 444, de 01 de abril de 2019, ou seja, a partir de 06 de maio de 2019.