



Número: **0807857-87.2020.4.05.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Partes	
Tipo	Nome
AGRAVANTE	AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - ANS

Documentos			
Id.	Data/Hora	Documento	Tipo
21482 119	13/07/2020 00:50	Decisão	Decisão

PROCESSO Nº: 0807857-87.2020.4.05.0000 - **AGRAVO DE INSTRUMENTO**
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - ANS
AGRAVADO: ASSOCIACAO DE DEFESA DOS USUARIOS S P S DE SAUDE
ADVOGADO: Karla Wanessa Bezerra Guerra e outros
RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Leonardo Carvalho - 2ª Turma
MAGISTRADO CONVOCADO: Desembargador(a) Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho
PROCESSO ORIGINÁRIO: 0810140-15.2020.4.05.8300 - 6ª VARA FEDERAL - PE

DECISÃO

Cuida-se da agravo de instrumento interposto por AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS contra decisão oriunda do juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, a qual, integrada por embargos de declaração, deferiu tutela provisória de urgência para o fim de determinar à ora agravante que, no prazo de 5 (cinco) dias e sob pena de multa diária fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), procedesse à *"inclusão e regulamentação, como cobertura obrigatória, da realização dos exames sorológicos de IGM e IGG para o COVID-19, mediante requisição médica física ou eletrônica, incluindo o referido exame em seu rol de procedimentos"*.

Em suas razões recursais, após historiar aspectos relacionados aos efeitos da pandemia ocasionada pelo SARS-COV-2 (coronavírus ou COVID-19), bem como à implementação das medidas sanitárias de combate a ele, salientou a ora agravante que, por meio da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, o Ministro de Estado da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), enquanto, com a edição da Resolução Normativa ANS nº 453/2020 - *de 13 de março de 2020* - foi incluído, no rol de procedimentos obrigatórios para beneficiários de planos de saúde, o teste de detecção do SAS-COV-2 (o PCR).

Ademais, expôs que o teste (PCR) é coberto para os beneficiários de planos de saúde com segmentação ambulatorial, hospitalar ou referência e será realizado nos casos em que houver indicação médica, de acordo com os protocolos e diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde.

Quanto aos exames IgG e IgM, defendeu a ora agravante que, conquanto eles proporcionem a identificação de anticorpos, não estaria descartada a possibilidade de reatividade cruzada com outros coronavírus não causadores da COVID-19, de modo que, aquilo que denominou de 'teste padrão ouro', seria o RT-PCR, já incorporado ao rol de procedimentos obrigatórios da ANS no início da pandemia.

Ainda neste concernente, embora tenha reconhecido a utilidade dos testes IgM e IgG, insurgiu-se a ora recorrente contra a realização deles de forma indiscriminada e fora de um contexto de vigilância epidemiológica e de estudos investigativos de grupos populacionais, de modo que a decisão ora impugnada teria resultado na transferência, ao sistema de saúde suplementar, daquilo que - *a partir de um juízo subjetivo* - se compreende como adequado ao sistema público.

Bem assim, argumentou não se fazer presente o perigo na demora - *sinalizou a configuração de perigo de dano reverso, a colocar em risco a saúde e a vida da população, além da higidez financeira do sistema de saúde suplementar, composto por operadoras dos mais diversos portes econômicos* - notadamente em se considerando o deferimento de medida de impacto sem que sequer ouvidos profissionais de saúde pública, com determinação, ao sistema suplementar de saúde pública, que arque com o pagamento de testes ainda novos no mercado e que vem sendo registrados perante os órgãos competentes em ritmo acelerado.

Ao final, salientando que a decisão ora agravada teria implicado a modificação de regras de cobertura - *matéria de competência da própria agência agravante* - sem o prévio e necessário alinhamento com as políticas traçadas pelo Ministério da Saúde, interferindo em área de alta especificidade científica, pugnou fossem os efeitos dela suspensos.

Na sequência, a FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE COMPLEMENTAR - FENASAÚDE e o SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE MEDICINA DE GRUPO (SINAMGE) pugnam pela habilitação nos autos, na condição de *amicus curiae*.

É o relatório. Passo a fundamentar para, ao final, decidir.

- PRELIMINARMENTE

- DA LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO AUTORA

Em princípio, não se antevê qualquer óbice a que venha a juízo, a associação autora, ora agravada, mediante o manejo de ação civil pública na defesa de direitos e interesses difusos (saúde), independentemente da anuência expressa de seus associados (STJ, 2ª Turma. REsp 1796185/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/03/2019).

É que, a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo, se trata de matéria estabelecida na definição dos objetivos institucionais do próprio ato de criação da associação, sendo desnecessária nova autorização ou deliberação assemblear para justificar atuação que, neste caso, se dá em regime de substituição processual (diferentemente do que ocorre quando a associação age em defesa de interesses meramente individuais dos associados) - STJ, 3ª Turma. REsp 1649087/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/10/2018 e STJ, 3ª Turma. AgInt no REsp 1719820/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/04/2019.

- DA INTERVENÇÃO DE ENTIDADES A TÍTULO DE 'AMICUS CURIAE'

Consoante cediço, a atividade do *amicus curiae* possui natureza meramente colaborativa, pelo que não existe direito subjetivo de terceiro de atuar, eis que a intervenção é concedida - a critério do juiz ou Relator - como privilégio, e não enquanto questão de direito.

Assim, devem ser admitidos como amigo da corte aqueles que - a partir de critérios legais e jurisprudenciais - demonstrem ter capacidade de efetivamente contribuir para a pluralização do debate, em razão de sua representatividade, apresentando ao Tribunal argumentos/informações sobre a contenda que está sendo travada nos autos, fazendo com que a discussão seja amplificada e a decisão, democratizada e legitimada.

Dessa forma, em essência, constituem pressupostos para a admissão como *amicus curiae*: a) a relevância da causa; b) a pessoa - física ou jurídica - interessada deter capacidade de oferecer contribuição ao processo; valendo salientar que, diferentemente do que previsto no Código de Processo Civil de 1973 - que possibilitava a interposição de agravo de instrumento contra toda e qualquer interlocutória - a nova codificação (CPC/15) fixou expressamente a irrecorribilidade da decisão que admite/inadmite o ingresso do *amicus curiae*.

Neste contexto, destacado o caráter irrecorrível da decisão que admite/inadmite o ingresso de *amicus curiae*, bem como a natureza absolutamente transitória da atuação de magistrados em convocação perante este Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, prudente se permita ao douto Relator originário do presente agravo - eminente Desembargador Federal Leonardo Carvalho - a deliberação sobre o tema.

- DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

A suspensão da eficácia da decisão pressupõe a demonstração da probabilidade de provimento do recurso ou, uma vez constatada a relevância da fundamentação, que reste caracterizado o risco de dano grave e de difícil reparação (art. 1019, I c/c art. 1012, § 4º do CPC).

Dito isso, em sede de exame sumário da matéria, cumpre destacar, desde já, a relevância do tema ora em debate, diretamente relacionado à concretização da saúde enquanto direito fundamental de todos e dever do Estado.

Assim, conquanto se reconheça a densidade da discussão (direito à saúde como inserto no sistema axiológico fundamental de todo o ordenamento jurídico[1] e dotado de aplicabilidade imediata, tendo eficácia independentemente de ulterior atividade do legislador infraconstitucional[2]), cabe, desde já, sinalizar o recorte a ser feito no debate, considerado o objeto do presente agravo, relacionado ao **ramo da saúde suplementar**, regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde e responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil.

Portanto, feita a advertência de que a discussão não tem lugar no âmbito do sistema único de saúde (SUS) - *organizado em sede regionalizada e hierarquizada, com direção descentralizada em cada esfera de governo para atendimento integral* - mas em um setor regulado (planos de saúde) - *caracterizado pela edição de medidas e ações, pelo Governo, relacionadas à edição de normas que permitam o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público* - deve-se buscar trazer o Direito à sua melhor luz, seguindo à procura pela resposta constitucionalmente adequada ao caso em exame, **tarefa que compreende uma decisão pautada em princípios**.

Feitas essas considerações, tem-se que, *in casu*, a correta solução para a controvérsia ora sob exame perpassa pela definição dos limites do controle judicial sobre a atuação administrativa, a partir de uma concepção de que a densidade de tal controle não segue uma lógica puramente normativa, mas deve atentar, também, para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado.[3]

Acerca do tema, como explica Andreas Kreal:

"o enfoque jurídico-funcional parte da premissa de que o princípio da separação de poderes deve ser entendido, na atualidade, como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito. Assim, as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou de alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração e dos órgãos jurisdicionais"[4].

Ainda na linha dos standards (parâmetros) de controle judicial a partir de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada[5], é de se ver que, quanto maior o grau de tecnicidade da matéria - *objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência* - **menos intenso** deve ser o grau de controle judicial, hipóteses em que o Poder Judiciário - *acaso provocado a exercer tal controle* - deve realizá-lo a partir de uma postura de **autocontenção**, de **deferência** ao raciocínio empreendido pela autoridade administrativa/reguladora, considerados os procedimentos técnico-administrativos que orientam a decisão e a expertise/experiência dos gestores públicos na matéria.

Estabelecidas essas diretrizes jurídico-normativas, **especificamente no que se refere ao caso ora sob exame**, conquanto se reconheça como louvável o propósito inserto na pretensão trazida ao juízo de origem e ainda que se tenham por relevantes as críticas à forma de estruturação e funcionamento - *como regra geral* - do modelo brasileiro de agências reguladoras (no que afastado daquele no qual se inspirou, o norte-americano do pós-New Deal), **não se identifica** omissão injustificável ou que importe em grave lesão a direitos fundamentais apta a permitir a interferência judicial, notadamente em sede de tutela de urgência *inaudita altera pars* (em contrariedade, inclusive, à regra inserta no art. 2º da Lei nº 8.437/92).

Isto porque, por meio da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, o Ministro de Estado da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), enquanto, com a edição da Resolução Normativa ANS nº 453/2020 - *de 13 de março de 2020* - foi incluído, no rol de procedimentos obrigatórios para beneficiários de planos de saúde, o teste de detecção do SAS-COV-2 (PCR), o qual é coberto para os beneficiários de planos de saúde com segmentação ambulatorial, hospitalar ou referência, devendo ser realizado nos casos em que houver indicação médica, de acordo com os protocolos e diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde.

Igualmente como elemento a desaconselhar a interferência do Poder Judiciário e a identificar que o tema se encontra - *no mínimo* - em 'zona de incerteza', é a constatação de que o contexto sanitário ora vivido é ainda permeado por falta de consensos científicos, seja quanto ao comportamento do SARS-COV-2 (coronavírus ou COVID-19), seja quanto à eficácia do denominado "passaporte imunológico" (supostamente detectável a partir do teste IgG).

Desse modo, merece **deferência** - *ao menos neste momento processual* - a conduta adotada pela ora agravante (ANS) - *utilização de testes, de forma paulatina e segura, como auxílio no mapeamento de pessoas infectadas, mas sem função diagnóstica, a partir de um contexto harmônico com o de vigilância epistemológica* - como aquela que atua de modo a melhor promover a saúde pública no segmento suplementar, considerados, ainda, aspectos de natureza atuarial e de higidez do setor regulado, ainda que se reconheça a utilidade - *genericamente considerada* - da realização dos testes IgM e IgG, em adição ao PCR[6].

Resolvido quanto à probabilidade do provimento do recurso, considera-se presente, também, o risco de dano grave ou de difícil reparação, consubstanciado nos prejuízos advindos da incorporação - *por decisão liminar* - de nova tecnologia como **mínima obrigatória** em setor regulado, sem que haja qualquer garantia de efetividade/segurança de tais tecnologias (testes), permitindo-se a aplicação deles em larga escala, com risco à população beneficiária de planos de saúde e, em última análise, ao próprio funcionamento do setor (saúde suplementar - empresas de plano de saúde).

Este o quadro, **atribuo efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, suspendendo a eficácia da douda ora decisão recorrida, na parte em que determinou à ANS que procedesse à "inclusão e regulamentação, como cobertura obrigatória, da realização dos exames sorológicos de IGM e IGG para o COVID-19, mediante requisição médica física ou eletrônica, incluindo o referido exame em seu rol de procedimentos"; até a resolução do mérito do presente agravo de instrumento, pelo órgão colegiado competente (colenda Segunda Turma deste TRF5).**

Comunique-se, de imediato, o doudo júízo monocrático.

Intimem-se.

Ao agravado, para contrarrazões.

Após, **diante da relevância da matéria, bem como da antecipação da tutela recursal por decisão monocrática, inclua-se o feito em pauta de julgamento, com prioridade.**

Recife (PE), data da assinatura eletrônica.

Leonardo Augusto Nunes Coutinho

Relator - Convocado

[1] STJ, REsp 811.608, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 4/6/2007, p. 314.

[2] STJ, REsp 811.608, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 4/6/2007, p. 314.

[3] Binenbojm, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

[4] Andreas J. Krell, *Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos*

