

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.871 - PR (2019/0137835-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO : UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS
ADVOGADOS : EDUARDO BATISTEL RAMOS - PR031205
LIZETE RODRIGUES FEITOSA - PR021762
RAFAELA TOAZZA E OUTRO(S) - PR038979

DECISÃO

Trata-se de Agravo interno, interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR- ANS, contra decisão de minha lavra, que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

“Preliminarmente, a ANS deixa de se insurgir quanto ao fundamento do quanto ao fundamento da incidência do óbice da Súmula 211/STJ em relação à alegação de violação aos artigos 10, §§ 1.º e 4.º, da Lei n.º 9.656/98; 4.º, III, da Lei n.º 9.961/2000; e 11, III, 'j', do Decreto n. 94.406/87, tendo em vista que a argumentação desenvolvida em torno do conteúdo dos referidos dispositivos serviu apenas para delinear a natureza da atividade de instrumentação cirúrgica, para adequada visualização e compreensão da questão, reforçando, assim, o ponto de vista da agência.

No entanto, a interpretação dos referidos dispositivos é essencialmente irrelevante para a análise da pretensão recursal da ANS.

Isto porque a tese da agência sustenta-se na interpretação do art. 12, da Lei nº 9.656/98, sendo certo que este dispositivo legal foi devidamente prequestionado, tendo sido debatido nas instâncias ordinárias, de modo que a ANS não insistirá na tese de teria havido o prequestionamento dos demais dispositivos.

Desse modo, perfeitamente viável o conhecimento e provimento do Recurso Especial da ANS, para que se analise a demonstrada violação ao art. 12, da Lei n.º 9.656/98.

Por outro lado, com a devida vênica, é equivocada a percepção externada pela em. Ministra Relatora, segundo a qual é inviável o conhecimento do Recurso Especial quanto à alegação de ofensa ao art. 12, II, da Lei 9.656/98, porquanto seria meramente reflexa, sendo imprescindível para a modificação da controvérsia a análise da Resolução 214/98-COFEN.

Isso porque é absolutamente irrelevante, para que o STJ aprecie a pretensão recursal da agência, a análise do conteúdo de qualquer resolução do COFEN (norma que diz que a atividade de instrumentação cirúrgica não é privativa dos profissionais da área de Enfermagem) ou da ANS.

A tese da ANS é a de que a Lei nº 9.656/98, independentemente de ser a atividade de instrumentação privativa de enfermeiros ou não, alberga a obrigatoriedade de cobertura desse serviço pelas operadoras de planos de saúde.

O conteúdo da norma do COFEN, segundo a qual a atividade de instrumentação cirúrgica não é privativa de profissionais de Enfermagem, não tem qualquer relevância para a tese da ANS. Repita-se: a agência defende interpretação da Lei nº 9.656/98 segundo a qual a instrumentação, sendo ela privativa de enfermeiros ou não, está abrangida pelo art. 12, inciso II, e alíneas, da Lei nº 9.656/98.

Conforme a tese da agência, embora a instrumentação cirúrgica não esteja textualmente prevista no art. 12, II, da Lei 9.656/98, ela é abrangida pelo conteúdo normativo das expressões 'cobertura de internações hospitalares' – contida na alínea **a** ; 'cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação' – contida na alínea **c**; e 'cobertura de toda e qualquer taxa' – contida na alínea **e**.

(...)

Assim, à exceção dos parâmetros restritivos indicados no art. 10, da Lei n.º 9.656/98 – dentre os quais não se inclui a instrumentação cirúrgica –, todos os demais elementos envolvidos no evento 'internação hospitalar cirúrgica' devem ser cobertos pela operadora, sob pena de violação ao art. 12, II, 'a', 'c' e 'e', da Lei n.º 9.656/98.

É importante ter em vista que cabe ao cirurgião-titular indicar os materiais, a técnica, a via de acesso para a realização do procedimento e a definição dos recursos humanos e técnicos mínimos necessários para a segurança e eficácia da cirurgia.

Neste sentido, só ao cirurgião compete definir, caso a caso, a necessidade, ou não, da presença de instrumentador para a realização da cirurgia. E, uma vez concluindo-se pela indispensabilidade do profissional para a segurança e eficácia do procedimento, cabe à operadora do plano o pagamento dos respectivos honorários, justamente por se incluir na 'cobertura de internação hospitalar' – art. 12, II, 'a', da Lei n.º 9.656/98.

Em conclusão: os custos com instrumentação cirúrgica estão incluídos dentre as despesas inerentes à internação hospitalar cirúrgica, cuja

cobertura é obrigatória pela operadora do plano de saúde, por se tratar de exigência mínima legal, nos termos do art. 12 da Lei 9.656/98, conforme acima demonstrado” (fls. 339/342e).

Por fim, requer o provimento do Agravo interno.

Intimada, a parte embargada deixou transcorrer **in albis** o prazo para apresentar Impugnação (fl. 349e).

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pelo agravante, reconsidero em parte a decisão de fls. 328/331, para afastar o fundamento de que o exame da irresignação recursal exigiria a apreciação da Resolução 214/98 do COREN.

Com efeito, a Primeira e a Segunda Turmas desta Corte manifestaram orientação no sentido de que, "nos termos do art. 12, II, c, da Lei 9.656/98, em caso de internação hospitalar, cabe ao plano de saúde cobrir as despesas referentes a alimentação, honorários médicos e serviços gerais de enfermagem, aí abrangidos os indissociáveis custos da respectiva instrumentação cirúrgica, independentemente de a atividade do instrumentador ainda não contar com regulamentação legal própria, cuja lacuna, por certo, não pode operar em desfavor ou em prejuízo dos contratantes/usuários dos planos de saúde" (REsp 1.821.860/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/08/2019).

A propósito, confira-se a ementa desse e de outro julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489E 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MULTA APLICADA PELA ANS. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. RECUSA DA OPERADORA. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA.

1. Ao fundamentar o pedido de reconhecimento de violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, a recorrente alega: "A propósito, observa-se que a fundamentação apresentada no voto que conduziu a definição espelhada no acórdão recorrido, não analisou com a merecida atenção a questão de fato em que se assentou a autuação da ANS, tal como arguido pela recorrente, já na petição inicial (item 2.3 - Da inexistência de prova do desembolso). No caso concreto, não há nos autos do referido processo administrativo (e tampouco nos presentes autos), recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico reclamada pela beneficiária perante a ANS, o que torna equivocada a autuação da ANS, também

sob o aspecto fático. Esta matéria, de absoluto relevo para o desate da discussão, não foi apreciada pelo acórdão recorrido, mesmo provocado em sede de embargos de declaração" (fls. 512-513, e-STJ).

2. A tese apresentada não foi objeto dos Embargos de Declaração opostos na origem, caracterizando inovação recursal suscitar a questão em Recurso Especial. Precedentes do STJ.

3. Quanto à alegação de ofensa dos arts. 1º, 3º e 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000; 1º, I e I e §§ 1º e 2º, da Lei 9.656/1998; 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999; e 926 e 927, caput e § 4º, do CPC/2015, ela não merece prosperar, uma vez que o debate proposto no Recurso Especial não foi apreciado pelo Tribunal de origem. É necessária a efetiva discussão do tema pelo Tribunal a quo para que se tenha cumprido o requisito do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Incidência da Súmula 211 do STJ.

4. No mérito, cinge-se a controvérsia em definir a obrigatoriedade de cobertura, por parte das operadoras de plano de saúde, da despesa relacionada aos honorários do instrumentador cirúrgico em caso de intervenção cirúrgica.

5. O art. 12, II, "c", da Lei 9.656/1998 prevê que, em caso de internação hospitalar, cumpre ao plano de saúde cobrir despesas relacionadas à alimentação, honorários médicos e serviços gerais de enfermagem, o que inclui as despesas relacionadas à atividade de instrumentação cirúrgica, pois intrínseco ao procedimento realizado. Precedente: REsp 1.821.860/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 30/8/2019.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (STJ, REsp 1.822.089/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/11/2019).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE. MULTA IMPOSTA POR AGÊNCIA REGULADORA. LEGITIMIDADE. CIRURGIA. NEGATIVA DE RESSARCIMENTO DA DESPESA COM INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. DEVER IMPOSTO NO ART. 12, II, "C", DA LEI 9.656/98. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DO INSTRUMENTADOR CIRÚRGICO. IRRELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 926 E 927, § 4º, DO CPC/15 PELA CORTE DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA.

1. Nos termos do art. 12, II, c, da Lei 9.656/98, em caso de internação hospitalar, cabe ao plano de saúde cobrir as despesas referentes a alimentação, honorários médicos e serviços gerais de enfermagem, aí abrangidos os indissociáveis custos da respectiva instrumentação cirúrgica, independentemente de a atividade do instrumentador ainda não contar com regulamentação legal própria, cuja lacuna, por certo, não pode operar em desfavor ou em prejuízo dos contratantes/usuários dos planos de saúde. Legitimidade da multa imposta pela agência reguladora.

2. (...)

3. A decisão da Corte regional, da qual recorre o Plano de Saúde, limitou-se a reafirmar o novo entendimento que, por suas 3ª e 4ª Turmas, já vinha sendo manifestado em diversos julgados anteriores sobre o objeto da lide, não havendo, por isso, falar em ofensa aos arts. 926 e 927, § 4º, do CPC/15.

4. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 1.821.860/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/08/2019).

Destarte, aplica-se, ao caso, entendimento consolidado na Súmula 568/STJ, **in verbis**: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Ante o exposto, reconsidero, em parte, a decisão de fls. 328/331e. Por conseguinte, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, **conheço** do Agravo para dar **parcial provimento** ao Recurso Especial, a fim de reconhecer que, em caso de internação hospitalar, cumpre ao plano de saúde cobrir as despesas do instrumentador cirúrgico, nos termos da fundamentação.

Nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, fixo honorários advocatícios em favor do recorrente, em 10% do valor atualizado da causa. Custas e despesas **ex lege**.

I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora