



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.731 - PR (2019/0146796-9)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS
ADVOGADOS : LIZETE RODRIGUES FEITOSA - PR021762
GLAUCO JOSÉ RODRIGUES - PR033361
RAFAELA TOAZZA - PR038979
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. RECUSA DE REEMBOLSO. MULTA APLICADA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, 3º, 4º, XXIII, DA LEI 9.961/2000, 1º, I, II, §§ 1º E 2º DA LEI 9.656/98, 2º DA LEI 9.784/99 E 12, VI, DA LEI 9.656/98. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DO INSTRUMENTADOR CIRÚRGICO. IRRELEVÂNCIA. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, Unimed Curitiba - Sociedade Cooperativa de Médicos ajuizou ação em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar, pretendendo a anulação do processo administrativo e da multa que lhe fora aplicada, em razão da negativa de reembolso dos honorários de instrumentador cirúrgico. O Juízo de 1º Grau julgou procedente o pedido. O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao recurso de Apelação e à Remessa Oficial, para reconhecer a legalidade da aplicação de penalidade, à operadora, por negativa de cobertura da instrumentação operada em cirurgia por ela realizada.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008; REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017; REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017.

V. Não tendo o acórdão hostilizado expedito juízo de valor sobre os arts. 1º, 3º, 4º, XXIII, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 9.961/2000, 1º, I, II, §§ 1º e 2º da Lei 9.656/98, 2º da Lei 9.784/99 e 12, VI, da Lei 9.656/9, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

VI. No que diz respeito ao mérito, as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ firmaram orientação no sentido da legitimidade da multa, imposta pela Agência reguladora, pois, "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). Em igual sentido: REsp 1.822.089/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/11/2019.

VII. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2020(data do julgamento).

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.731 - PR (2019/0146796-9)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS, em 12/11/2019, contra decisão de minha lavra, publicada em 18/10/2019, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo Interno, interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, contra decisão de minha lavra que deu provimento ao Recurso Especial da UNIMED CURITIBA (fls. 441/444e). Inconformada, sustenta a parte agravante que:

'É equivocada, *data maxima venia*, a percepção externada pela Ministra Relatora, quanto à existência de omissão a ser sanada no acórdão regional.

Isso porque a ação anulatória movida pela UNIMED em nenhum momento questionou a ocorrência da negativa de cobertura dos honorários do instrumentador cirúrgico. Em nenhum momento processual, antes da oposição de Embargos de Declaração em face do acórdão regional, a parte autora alegou não ter havido a cobrança dos honorários do instrumentador cirúrgico.

A infração foi apurada em processo administrativo instaurado no âmbito da ANS e que culminou com a aplicação da multa. Ao demandar perante o Judiciário a anulação da penalidade, a operadora de plano de saúde não arguiu essa questão fática, limitou-se a aduzir não ser obrigatória a cobertura dos honorários do instrumentador, à luz da legislação setorial pertinente. Cabia à empresa operadora, portanto, alegar e produzir prova contra a presunção de legitimidade dos atos praticados no âmbito do processo administrativo instaurado na ANS, o que não ocorreu.

Importante perceber que a sentença que acolheu a pretensão autoral não levou em consideração a suposta ausência de comprovação da cobrança, até porque isso sequer foi aventado na petição inicial e na fase instrutória. O juízo de primeiro grau julgou procedente a ação por considerar inexistente previsão legal que obrigue as operadoras de plano de saúde a arcar com as despesas de instrumentador cirúrgico, uma vez que não se trata de atribuição privativa de médico ou enfermeiro.

Esta era, aliás, a causa de pedir veiculada pela ação da UNIMED.

O Tribunal Regional, por sua vez, debruçou-se sobre o contexto fático-probatório produzido até então, no qual não se discutia a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação ou não da cobrança, e decidiu ser devida a cobertura e legítima a autuação levada a efeito pela agência reguladora.

Apenas depois do julgamento da apelação pelo TRF é que a UNIMED arguiu, em sede de embargos de declaração, a ausência de 'recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico reclamada por ela perante a ANS', como se se tratasse de 'questão de fato' essencial ao deslinde do feito.

Essa ilação, contudo, é falsa. A tal ausência de recibo não é causa de pedir da demanda. Nem mesmo em suas contrarrazões de apelação a UNIMED mencionou a ausência de comprovação da cobrança.

É, portanto, improcedente a visão de que o acórdão regional padece de omissão. Não cabia ao órgão julgador apreciar questão fática que nunca fora aventada nos autos. Os embargos de declaração servem para suprir vícios – omissão, contradição, obscuridade e erro material – da decisão judicial. No caso, o acórdão regional não padecia de nenhum desses vícios, pois, não custa repetir, a 'questão fática' referida pela UNIMED não havia sido sequer cogitada. O acórdão não incorreu, portanto, em omissão, já que não era dever do Tribunal analisar a questão fática referida. Os embargos de declaração não se prestam à finalidade pretendida pela UNIMED' (fls. 452/454e).

Por fim, requer 'que V.Ex.^a reconsidere a r. decisão ora agravada, dando-se provimento ao agravo interno para que seja negado provimento ao Recurso Especial da UNIMED. Caso assim não se entenda, que seja processado e provido o presente agravo pela Egrégia Turma' (fl. 454e).

A parte agravada apresentou Impugnação (fls. 459/467e), pugnando pela manutenção da decisão agravada.

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pelos agravantes, reconsidero a decisão de fls. 441/444e.

Passo, novamente, ao exame do Recurso Especial interposto pela UNIMED CURITIBA.

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

'ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANS. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. SERVIÇOS GERAIS DE ENFERMAGEM. ENQUADRAMENTO. RECUSA DE REEMBOLSO. ABUSIVIDADE.

1. É legal a aplicação de penalidade à operadora por negativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cobertura da instrumentação operada em cirurgia por ela realizada.
2. Reforma da sentença' (fl. 331e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 337/344e), os quais restaram parcialmente acolhidos, tão somente para fins de prequestionamento, nos termos da seguinte ementa:

'ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO.

1. A retificação de acórdão só tem cabimento nas hipóteses de inexatidões materiais, erros de cálculo, omissão, contradição ou obscuridade.
2. Não se verifica nenhuma das hipóteses ensejadoras de embargos de declaração. Se o acórdão decidiu contrariamente às pretensões da parte, não será na via dos embargos declaratórios que buscará reformar o decisum, sob pena de se lhes atribuir efeitos infringentes, hipótese só admitida excepcionalmente.
3. Explicitado que o acórdão embargado não contrariou e/ou negou vigência às questões invocadas' (fl. 345e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, a parte ora recorrente aponta violação aos artigos: a) 489, II, IV e 1.022, II, do CPC/2015, pois, não obstante a oposição dos Embargos Declaratórios, o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca da alegação de que, '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' (fl. 390e); b) 1º, 3º, 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000, 1º, I, II, §§ 1º e 2º da Lei 9.656/98 e 2º da Lei 9.784/99, uma vez que o acórdão recorrido analisou a questão de forma a preterir a aplicação do regime de direito público ao caso, já que invocou precedentes do STJ que tratam de matéria de direito privado; c) 12, inciso II, 'c' da Lei 9.656/98, pois não há obrigatoriedade da operadora em promover o reembolso, em favor do seu beneficiário, de despesas por este contraída com o pagamento de honorários de instrumentador cirúrgico, por ausência de previsão legal; d) 12, VI, da Lei 9.656/98, porquanto 'o dever de reembolso somente é admitido na hipótese de tratamento realizado em caráter de urgência/emergência, quando não for possível a utilização da rede credenciada, e, ainda assim, o ressarcimento não ocorre de forma integral, mas nos limites da Tabela do Plano de Saúde' (fl. 406e); e) 926, 927, **caput** e §4º, do CPC/2015, sob a alegação de que 'a mudança do entendimento, após quase 30 (trinta) decisões em sentido oposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existentes no âmbito do TRF4ª região, sem a superveniência de qualquer fator que pudesse justificar a orientação, causa, data venia, inadmissível insegurança jurídica à operadora, vez que, dado o elevado número de decisões sobre tema, já se tinha um arcabouço de casos suficientes, inclusive, para constituição de súmula acerca da matéria' (fls. 409/410e). Por fim, requer o provimento do Recurso Especial.

Contrarrazões a fls. 421/427e.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fl. 430e).

A irresignação não merece prosperar.

Na origem, trata-se de Ação de Nulidade de Ato Administrativo, ajuizada pela UNIMED, com o objetivo de obter 'a declaração de nulidade do processo administrativo e da multa que lhe foi aplicada em razão dele, bem como da pontuação aplicada à NIP para suspensão de comercialização e daquela para os fins do cálculo do IDSS e do Índice de Reclamações' (fl. 264e).

Julgada procedente a demanda, recorreu o réu, tendo sido reformada a sentença, pelo Tribunal local.

Daí a interposição do presente Recurso Especial.

Em relação aos arts. 489, II, IV e 1.022, II, do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido não incorreu em qualquer vício, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.666.265/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/03/2018; STJ, REsp 1.667.456/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2017; REsp 1.696.273/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017.

Além disso, cumpre ressaltar que a tese indicada como omissa, de que não há nos autos do processo administrativo (e tampouco nos presentes autos) recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico perante a ANS, não foi objeto da petição inicial ou das Contrarrazões de Apelação, somente tendo sido suscitada nos Embargos de Declaração, em indevida inovação recursal, afastando-se, por conseguinte, a indicada ofensa ao artigo 1.022 do CPC/2015.

Ademais, o Tribunal de origem não se manifestou acerca do teor dos arts. 1º, 3º, 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000, 1º, I, II, §§ 1º e 2º da Lei 9.656/98, 2º da Lei 9.784/99 e 12, VI, da Lei 9.656/98. Por essa razão, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser conhecido o Recurso Especial no ponto, incidindo o teor da Súmula 211 do STJ ('Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciado pelo Tribunal a quo').

No mais, em caso análogo ao dos autos, a Primeira Turma do STJ manifestou 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 do referido julgado:

'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. A tese de que o reembolso das despesas feitas pelo beneficiário somente é admitido em casos de urgência ou emergência, o que não teria ocorrido no caso em exame, não chegou a ser examinada pelo Tribunal de origem, tampouco foi objeto dos embargos de declaração opostos pelo Plano de Saúde recorrente. Portanto, à falta do necessário prequestionamento, incide, no ponto, o óbice da Súmula 282/STF.

3. A decisão da Corte regional, da qual recorre o Plano de Saúde, limitou-se a reafirmar o novo entendimento que, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 441/444e. Por conseguinte, com fulcro no no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, **conheço parcialmente** do Recurso Especial, e, nessa parte, **nego-lhe provimento**.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ('Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC'), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte **recorrida**, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015" (fls. 469/474e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"1. Da r. decisão monocrática e do objeto recursal.

A r. decisão monocrática negou provimento ao Recurso Especial, fundamentando, em síntese:

(i) o tema reputado omissso (falta de recibo do pagamento de despesas com instrumentador cirúrgico no bojo do processo administrativo sancionador) é mera inovação recursal, de modo que não há que se falar em omissão ou ausência de fundamentação no aresto a respeito de matéria da qual a Corte de origem nem sequer foi instada a se manifestar no momento processual oportuno;

(ii) a fundamentação adotada pelo Tribunal a *quo* no sentido de que a instrumentação cirúrgica está inserida no serviço da equipe médica, em razão do que dispõe o art. 12, II, 'e', da Lei n. 9.656/1998 revela como válida a multa imposta pela ANS, de modo que a recorrente deixou de contestar o fundamento autônomo da decisão, razão pela qual incide o óbice da Súmula 283 – STF neste ponto;

(iii) em relação à alegada ofensa aos arts. 1º, 3º, 4º da Lei 9.961/2000; arts. 1º, I, II, §§ 1º e 2º e 12, VI, da Lei 9.656/98; art. 2º da Lei 9.784/99, o Recurso Especial não ultrapassa a admissibilidade, ante o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'), vez que as teses recursais acerca destas matérias não foram apreciadas, nem sequer implicitamente, pelo Tribunal de origem;
(iv) os arts. 926 e 927, caput, § 4º do CPC/2015 não possuem comando normativo válido para infirmar a conclusão do aresto que consigna a conformidade do entendimento estabelecido no aresto com a atual jurisprudência da Corte regional sobre a matéria, o que atrai a aplicação da Súmula 284/STF;

Forte em tais fundamentos, a r. decisão monocrática não conheceu do Recurso Especial nos termos do art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 255, § 4º, inciso I do RISTJ. De consequência, majorou honorários sucumbenciais.

Entretanto, em que pese a r. fundamentação ostentada na decisão recorrida, e o respeito devotado ao e. Ministro Relator, a agravante entende que r. decisão monocrática deixou de considerar a orientação jurisprudencial dessa C. Corte Federal acerca da matéria, admitindo, destarte, a revisão do entendimento.

2. Da ausência da inovação recursal – Elemento essencial para apreciação do juízo de legalidade do órgão fiscalizador

De acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá o princípio da legalidade, dentre outros.

Na hipótese, o STJ não pode preterir o fato de que inexistente prova material essencial que dê suporte à penalidade aplicada à agravante, independente de arguição expressa na exordial.

De toda a sorte, não se pode olvidar os postulados do Código de Processo Civil, em especial o constante do artigo 322 e seu § 2º:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

(...) § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

É certo que a agravante buscou a tutela jurisdicional para afastar a aplicação da penalidade imposta injustamente pela ANS e todos os seus nefastos corolários.

Vale rememorar o que consta da proemial:

'(...)

c) NO MÉRITO, sejam julgados procedentes os pedidos formulados pela autora, para o fim de declarar a inexigibilidade/nulidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

multa aplicada pela ANS e da pontuação aplicada à NIP para fins de suspensão de comercialização, com a consequente decretação da nulidade do Processo Administrativo para todos os efeitos legais vigentes, inclusive para o fins do cálculo do IDSS e do Índice de Reclamações, condenando-a ao pagamento das verbas de sucumbência e honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor da condenação, mais custas e despesas processuais.'

Evidente que qualquer juízo de legalidade só pode ser exercido pelo Poder Judiciário mediante análise do conjunto probatório em que se assentou a decisão administrativa.

Note-se que não se está a infringir a Súmula 7 dessa Egrégia Corte, porquanto não se pretende que haja incursão sobre os fatos da ação em curso, mas sim, que incida a imperiosa tutela jurisdicional sob os atos da agravante que não os regeu sob o pálio da legalidade ao não compor o processo com tal prova, essencial para a definição da materialidade.

A esse respeito, confira-se a jurisprudência dessa Colenda Corte:

(...)

Reafirma-se: a agravante, que deixou de confirmar a materialidade da infração no âmbito administrativo, protesta – sem razão, impende frisar - contra o fato de o Poder Judiciário ter zelado pela observância do princípio da legalidade.

A esse respeito, confira-se a Lei nº 9.784/1999:

(...)

A agravada incorreu em descompromisso com a legalidade por não diligenciar tal prova ao tempo do processo administrativo.

A agravante violou também as suas próprias regras voltadas aos procedimentos adotados para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias, tal como se infere do artigo 19 da Resolução Normativa nº 388 de 2015:

(...)

Ainda, atropelou o contido no artigo 22 da mesma norma:

(...)

A esse respeito, invoca-se a doutrina balizada de Renato Brasileiro de Lima in 'Manual de Processo Penal' (3.ed. Salvador: Juspodvm, 2015, p.580), o qual define que a '...palavra indício é usada no Código de Processo Penal em dois sentidos, ora como prova indireta, ora como prova semiplena. No sentido de prova indireta, a palavra indício deve ser compreendida como uma das espécies do gênero prova, ao lado da prova direta, funcionando como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial.'. Ele ainda assevera que a '...palavra indício também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova semiplena, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo.'

Emprestando tal definição do Processo Penal, é fácil de ver que a agravada não diligenciou a prova direta, que é justamente o recibo/comprovante de pagamento da despesa com instrumentador cirúrgico, cuja ausência deverá ser enfrentada pelo Colendo TRF 4, o que se estima deva acontecer com o provimento do presente inconformismo.

Não se perca de vista que tal providência cabia exclusivamente à agravada, na medida em que a Unimed Curitiba evidenciou ter custeado na integralidade o procedimento médico em favor de seu beneficiário(a).

Portanto, é curial a intervenção reparadora do Poder Judiciário para afastar a ilegalidade da penalidade imposta à agravada, sem que isso configure afronta à separação dos Poderes, a qual é assegurada pela Carta Magna em seu artigo 2º.

A propósito a jurisprudência dessa Colenda Corte:

(...)

Portanto, é curial a intervenção reparadora do Poder Judiciário para afastar a ilegalidade da penalidade imposta à agravada, sem que isso configure afronta à separação dos Poderes, a qual é assegurada pela Carta Magna.

Logo, resta devidamente impugnada a inexistente inovação recursal.

3. Do efetivo prequestionamento da matéria federal aventada. Necessário conhecimento do Recurso Especial. Não incidência da Súmula 282 – STF.

A r. decisão monocrática, neste capítulo, fundamentou que a matéria recursal aventada em relação à afronta/negativa de vigência aos arts. 1º, 3º, 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000; arts. 1º, I, II, §§ 1º e 2º, 12, VI, da Lei 9.656/98; art. 2º da Lei 9.784/99 não foram objeto de enfrentamento pelo acórdão recorrido, inviabilizando o conhecimento do recurso em relação a tais temas.

Com a devida licença, merece reforma a r. decisão monocrática neste capítulo, posto que os temas relativos a tais dispositivos de lei federal constituem o cerne da discussão do processo, que tem por objeto a discussão acerca dos limites da responsabilidade das operadoras de planos privados de assistência à saúde no tocante ao custeio de despesas com instrumentador cirúrgico, buscando a recorrente, mais especificamente, o afastamento da obrigação de custeio das despesas decorrentes da atuação deste profissional, por não estar contemplada nos limites legais de cobertura obrigatória traçados pela Lei 9.656/98 e sua regulação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Com efeito, o adequado julgamento desta lide não prescinde da análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sistemática do regime jurídico da saúde suplementar, cuja matéria, além de debatida desde o início do processo, na petição inicial, recurso da ANS, no acórdão recorrido e nos embargos de declaração interpostos contra esta decisão, foram especificamente delimitados nas razões do recurso especial interposto pela ora agravante.

Note-se, a este respeito, que a matéria relacionada às competências regulatórias outorgadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961/2000, arts. 1º, 3º, 4º, XXIII), bem como no que tange aos limites das coberturas assistenciais obrigatórias pelas operadoras (Lei 9.656/98, arts. 1º, I, II, §§ 1º e 2º, 12, VI), foram objeto de debate em diversas manifestações do processo, integrando as razões do pedido inicial, réplica, apelação e contrarrazões das partes, a própria fundamentação do acórdão recorrido, e, finalmente, as razões do recurso especial.

No tocante ao acórdão recorrido, ao contrário dos fundamentos da r. decisão monocrática, houve o enfrentamento direto da matéria federal relacionada ao custeio de despesas com instrumentador cirúrgico, tendo o acórdão recorrido enfrentado expressamente o art. 12 da Lei 9.656/98, bem como os limites da atuação fiscalizatória por parte da ANS, conforme consignado na decisão do E. TRF 4:

'VOTO DIVERGENTE

Peço vênica para divergir do Relator.

Voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial, com base nos fundamentos constantes dos julgados anteriores deste Tribunal, que examinaram detidamente os pressupostos fáticos e jurídicos da controvérsia, encontrando a solução que me pareceu mais justa e jurídica.

A matéria foi amplamente discutida neste Tribunal, nas suas turmas de direito administrativo. Não vejo agora fato novo para alterar aquele entendimento que se consolidou e vinha sendo aplicado.

Embora o STJ tenha se manifestado sobre a questão do instrumentador cirúrgico (RESP 1.458.886), isso parece ter sido feito noutro contexto, discutindo as relações entre o plano de saúde e o paciente, numa típica relação privada. Não julgou o STJ as relações de direito público que decorrem do exercício de poder de polícia e de fiscalização e controle exercidos pela agência de saúde.

Também me parece que a questão litigiosa trazida pela defesa da ANS não deixou bem claro qual é o objeto do litígio, uma vez que não me parece possível decidir em tese essa questão, sem examinar como se dá a atuação do instrumentador em cada caso concreto em julgamento. Isso porque o instrumentador não é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

profissão ainda regulamentada, que tenha um conselho profissional, que tenha atribuições e código de ética definidos, que tenha honorários limitados e regulamentados, que tenha formação específica, entre outras questões. Ao contrário, a matéria acaba sendo tratada por conselhos profissionais distintos (por exemplo, Conselho de Medicina e Conselho de Enfermagem), nenhum deles podendo limitar o exercício da atividade. Então o exercício da atividade fica livre, na forma da norma constitucional do artigo 5º da CF, e não se poderia definir regras apriorísticas que impusessem genericamente o pagamento ou a dispensa do pagamento, permitindo que houvesse abusos ou excessos por alguma das partes envolvidas na formação da equipe cirúrgica.

Parece muito mais recomendável que a tese da ANS seja discutida e debatida na sala de audiência, produzindo provas concretas para dar conta da situação concreta, para mostrar que naquele caso específico tenha havido abuso ou excesso por parte do respectivo plano de saúde, que justificaria a aplicação da sanção.

Com certeza esse debate fático sobre o caso concreto irá esclarecer os julgadores e permitir que possamos julgar bem o caso concreto, limitando e regulando as relações entre ANS e os planos de saúde. Até que isso seja feito, estou optando por manter a posição jurisprudencial debatida em nosso Tribunal e consolidada nos julgados anteriores que adotamos.

Mantenho a condenação da parte ré ao pagamento dos encargos do processo, majorando os honorários para 11% do valor da causa.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.'

Inobstante o enfrentamento direto pelo acórdão recorrido em relação ao tema relacionado à cobertura das despesas com instrumentador cirúrgico (art. 12 e incisos), a ora agravante interpôs embargos de declaração em face da decisão, reiterando a necessidade de suprimento das lacunas da decisão no tocante à alteração repentina de entendimento pelo E. TRF4 acerca da matéria, e a consequente violação aos arts. 924 e 927, § 4º do Código de Processo Civil; art. 12, II, "c" da Lei 9.656/98 e ao regime jurídico de direito público que rege a relação entre a ANS e a recorrente, em ofensa ao art. 2º da Lei 9.784/99.

Conquanto rejeitados os embargos de declaração, o voto do relator fez menção ao enfrentamento dos temas no acórdão recorrido, o que afastaria a alegação de omissão da decisão, fundamentando o seguinte:

'VOTO

De pronto, tendo em vista que o julgamento nos moldes do art. 942



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CPC/15 já foi concluído, torno sem efeitos o despacho constante no Evento 20.

A retificação do acórdão por meio de embargos de declaração, a teor dos arts. 494 e 1.022 do CPC/2015, só tem cabimento na hipótese de inexatidão material, erro de cálculo, omissão, contradição ou obscuridade, e, no caso em apreço, tenho que nenhuma das situações verifica-se no julgamento.

É bem verdade que esta Corte vinha adotando entendimento no sentido de não ser possível a aplicação de penalidade à operadora de planos privados de assistência à saúde por negativa de custeio de honorários de instrumentador cirúrgico, entretanto, diante de novos precedentes e da fundamentação expendida em meu voto, a Turma Ampliada, por maioria, decidiu pelo provimento à remessa oficial e à apelação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, restando alterado o entendimento.

Acerca da modificação de jurisprudência pacificada, assim preceitua o art. 927 do CPC/15, em seu § 4º:

(...)

Analizando os autos, tenho que o acórdão embargado foi prolatado com a devida fundamentação adequada e específica, não havendo que se falar em premissas equivocadas, omissão, contradição ou obscuridade. Por oportuno registrar que a decisão hostilizada apreciou todas as questões imprescindíveis ao deslinde da controvérsia, sendo explícitas as razões de convencimento do julgador.

Assim, da leitura do acórdão embargado, resta claro que, em relação aos tópicos apresentados pelo recurso, as matérias ventiladas pelo ora embargante dizem respeito à qualidade do julgado, insurgindo-se a recorrente contra as razões adotadas no voto condutor, com a intenção de voltar a discutir questões decididas, papel ao qual não se prestam os embargos de declaração, consoante iterativa jurisprudência, da qual é exemplo a ementa que segue:

(...)

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos embargos de declaração, exclusivamente para fins de prequestionamento, mantido o resultado do julgamento.'

Vale dizer, tanto o tema relacionado aos limites das competências fiscalizatórias por parte da ANS (regime jurídico), quanto o debate acerca dos limites de cobertura obrigatória pelas operadoras, em especial no tocante ao custeio de despesas de instrumentador cirúrgico, foram expressa e taxativamente enfrentados pelo acórdão recorrido, afinal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconheceu como legítima a aplicação da penalidade.

Deste modo, em que pese a fundamentação lançada na r. decisão monocrática, observa-se que a matéria objeto do recurso especial relacionada ao comando dos arts. 1º, 3º, 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000; arts. 1º, I, II, §§ 1º e 2º, 12, VI, da Lei 9.656/98 e art. 2º da Lei 9.784/99, foi enfrentada explicitamente pelo acórdão recorrido, não se aplicando a Súmula 282 – STF como forma de obstar o regular seguimento do Recurso Especial.

Aliás, o que se divisa acerca destes temas é que houve o seu amplo prequestionamento e enfrentamento, fato constatado pela simples leitura do acórdão recorrido, dos embargos de declaração interpostos pela agravante, e também pelo acórdão que julgou os embargos, divisando-se neste ponto, data venia, que a r. decisão monocrática apresenta-se desconexa com tais arrazoados, na medida em que desconsidera por completo o enfrentamento dos temas debatidos em tais manifestações, o que se nota pela sua simples leitura.

Ainda que assim não fosse, não resta nenhuma dúvida de que, na espécie, houve certamente o prequestionamento implícito destes temas, o que já seria suficiente para o conhecimento do recurso especial neste particular, conforme admite a iterativa jurisprudência dessa C. Corte Federal:

'Para que se tenha acesso à via especial, é suficiente a ocorrência do prequestionamento implícito, ou seja, basta que o Tribunal a quo tenha se pronunciado a respeito da tese jurídica levantada, sendo desnecessária a menção expressa aos dispositivos legais tidos por violados.' (STJ, Resp. 767.584/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, Julg. 14.3.2006)

Destarte, neste aspecto, observa-se que a r. decisão monocrática assentou premissa equivocada acerca da suposta ausência de prequestionamento da matéria federal invocada no Item V do recurso especial, data venia, denotando a necessidade de reanálise do recurso especial neste ponto, para o fim de conhecer da insurgência, frente a adequado atendimento das exigências processuais quanto à sua interposição (CPC, art. 1.029 e incisos c/c art. 255 do RISTJ).

4. Da adequada impugnação aos fundamentos assentados pelo acórdão recorrido. Não incidência da Súmula 283 – STF.

Sob outro aspecto, a r. decisão monocrática fundamenta que a ora agravante teria deixado de impugnar no recurso especial os fundamentos do acórdão postos no sentido de que: 'não cabe imputar ao consumidor o ônus de uma relação contratual da qual ele sequer fez parte, já que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operadora de saúde e os prestadores de serviço é que pactuam as condições de ressarcimento' (fl. 366e), bem como que, 'embora a atividade de instrumentador cirúrgico não esteja expressamente consignada no art. 12 da Lei 9.656/98, 'foge à normalidade surpreender o usuário de plano de saúde, submetido a procedimento cirúrgico, com cobrança de honorários de instrumentador, pois tal profissional deve necessariamente estar inserido na equipe médica'.

Neste capítulo, igualmente, r. decisão recorrida foi imperfeita, data venia. A fundamentação do acórdão recorrido no sentido de que 'não cabe imputar ao consumidor o ônus de uma relação contratual da qual ele sequer fez parte ...', e que 'foge à normalidade surpreender o usuário de plano de saúde, submetido a procedimento cirúrgico, com cobrança de honorários de instrumentador...', é justamente o ponto que demonstra a negativa de vigência/afronta à lei federal no tocante ao reconhecimento das competências da ANS e ao regime jurídico da saúde suplementar, conforme abordado no tópico anterior deste Agravo, ou seja, ao adotar este entendimento, o acórdão recorrido simplesmente negou vigência, ainda que implicitamente, aos arts. 1º, 3º, 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000 e Lei 9.656/98, arts. 1º, I, II, §§ 1º e 2º, 12, VI, na medida em que tais dispositivos, em conjunto, não legitimam a cobrança das despesas com instrumentador cirúrgico da operadora.

(...)

5. Da necessária reforma da r. decisão monocrática no tocante ao arbitramento de honorários.

Neste capítulo, e. Relator, o que se pede como consequência do acolhimento do presente agravo interno, é que seja afastada a aplicação da verba honorária.

Esse pleito se apoia nos seguintes fundamentos declinados em decisão da 1ª Vara Federal de Curitiba no processo 5025765-55.2018.4.04.7000 da lavra do eminente Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap, na qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 85, § 19, do Código de Processo Civil e artigos 27 e 29 a 36 da Lei nº 13.327/2016, dada a sua incompatibilidade com as normas constitucionais veiculadas pelos art. 39, §4º e art. 135 da Legislação de Regência:

(...)

Na hipótese de não acolhimento de tal pleito, ao menos que se mantenha a verba honorária fixada pelo TRF4. De todo modo, como se constata pela fundamentação declinada, o Recurso Especial foi regularmente interposto e encontra-se formalmente adequado, merecendo, portanto, ser conhecido e provido, com o consequente afastamento da verba honorária arbitrada na r. decisão monocrática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Da não incidência da Súmula 284 do STF – Da imperiosa manutenção da jurisprudência estável, íntegra e coerente e da observância dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A Súmula 284 do STF expõe que é '...inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.'

Com a devida licença, a invocação de tal súmula malfere o debate travado nos autos e desmerece a parte que se socorre da tutela jurisdicional para poder se livrar de um ato ilegal imposto pela administração pública.

O art. 926 do CPC/2015 foi suscitado porque, conforme já transcrito acima, o r. TRF 4 não seguiu o comando de manter sua jurisprudência 'estável, íntegra e coerente' ao, de uma hora para outra, com mais de 20 decisões em casos quejandos reconhecendo a ilegalidade da autuação imposta pela agravada à agravante, passar a compreendê-la como lícita. Sem circunlóquios: o r. TRF 4, surpreendentemente, converteu em legal o que ele vinha, há muito, considerando ilegal.

Para evitar esse tipo de mal proceder é que o legislador impôs no art. 927, § 4º do mesmo código que a modificação de jurisprudência pacificada (hipótese identificada nos litígios entre a agravante e agravada envolvendo a discussão sobre a legalidade da autuação por negativa de despesas com instrumentador cirúrgico) observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Foi com base nas sucessivas decisões do E. TRF 4 que a agravante se pôs a requerer judicialmente a anulação das autuações da agravada firmadas no mesmo fundamento em outras tantas demandas, de modo que a alteração de entendimento sob fundamento modestíssimo considerou irrelevantes os referidos princípios.

O Poder Judiciário não pode decidir de soslaio tal como fizeram o E. TRF 4 e essa corte (ao não conhecer do Recurso Especial) ao não encarar o fato de que a conduta da agravante se deu exclusivamente em cima de jurisprudência pacificada alterada por meio de fundamento absolutamente impróprio (tratou questão de relação de Direito Público como se Privado fosse).

Portanto, se há algo de deficiente, com toda a licença, não é a fundamentação do Recurso Especial, o qual merece ser acolhido" (fls. 480/498e).

Por fim, requer "seja conhecido o presente Agravo Interno, e, com base na fundamentação declinada, seja o mesmo provido à luz da consentânea orientação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudencial dessa C. Corte Federal, reconsiderando e reformando o r. entendimento monocrático, com a consequente apreciação do Recurso Especial interposto, como de direito" (fl. 498e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 503/514e, pelo improvimento do recurso.
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.731 - PR (2019/0146796-9)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, Unimed Curitiba - Sociedade Cooperativa de Médicos ajuizou ação em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar, pretendendo a anulação do processo administrativo e da multa que lhe fora aplicada, em razão da negativa de reembolso dos honorários de instrumentador cirúrgico.

O Juízo de 1º Grau julgou procedente o pedido (fls. 264/268e).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao recurso de Apelação e à Remessa Oficial, **in verbis**:

"Conforme demonstrado na r. sentença, a jurisprudência das duas Turmas deste Regional que tratam da matéria em questão consolidou-se no sentido de que inexistente obrigação contratual a determinar às operadoras de plano de saúde o custeio de instrumentador cirúrgico:

'ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANS. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. SERVIÇOS GERAIS DE ENFERMAGEM. NÃO ENQUADRAMENTO. 1. A atividade de instrumentador cirúrgico não é de exercício exclusivo pelo profissional de enfermagem. 2. Não é possível a aplicação de penalidade à operadora por negativa de cobertura a serviço não expressamente previsto em lei.' (TRF4 5082147-10.2014.404.7000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 17/08/2016)

'ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE NULIDADE DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. EXERCÍCIO DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO PELA ANS. Reconhecendo-se que a atividade de instrumentador cirúrgico não é de exercício exclusivo pelo profissional de enfermagem, mantém-se o entendimento de que não é possível a aplicação de penalidade à operadora por negativa de cobertura a serviço não expressamente previsto em lei.' (TRF4, APELREEX 5034852-74.2014.404.7000, QUARTA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 01/10/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE NULIDADE DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. EXERCÍCIO DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO PELA ANS. Reconhecendo-se que a atividade de instrumentador cirúrgico não é de exercício exclusivo pelo profissional de enfermagem, mantém-se o entendimento de que não é possível a aplicação de penalidade à operadora por negativa de cobertura a serviço não expressamente previsto em lei.' (TRF4, AC 5037106-20.2014.404.7000, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 21/05/2015).

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANS. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. CATEGORIA DE SERVIÇOS GERAIS DE ENFERMAGEM. NÃO ENQUADRAMENTO. Não se incluindo a atividade de instrumentação na categoria dos serviços gerais de enfermagem previstos no artigo 12, II, alínea c, da Lei nº 9.656/1998, impõe-se o reconhecimento da procedência da demanda e a anulação do auto de infração. Reconhecendo-se que a atividade de instrumentador cirúrgico não é de exercício exclusivo pelo profissional de enfermagem, mantém-se o entendimento de que não é possível a aplicação de penalidade à operadora por negativa de cobertura a serviço não expressamente previsto em lei. Precedentes. (TRF4 5018126- 20.2017.4.04.7000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 07/12/2017)

DIREITO ADMINISTRATIVO. ANS. REEMBOLSO PELA OPERADORA A USUÁRIO DE PLANO DE SAÚDE DE DESPESA COM INSTRUMENTADOR CIRÚRGICO. MULTA. NULIDADE. 1. Não há dever de reembolso pela operadora de gasto com instrumentador cirúrgico a usuário de seu plano de saúde, em especial por conta do que dispõe o artigo 12, II, 'c', da Lei 9.656/98 e a Resolução 214/98 do Conselho Federal de Enfermagem. 2. Não havendo tal dever, há de se considerar a nulidade da multa inicialmente imposta pela ANS. 3. Sentença mantida. (TRF4, AC 5018120-13.2017.4.04.7000, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 14/12/2017)

Tal entendimento partiu da interpretação da Lei nº 9.656 de 03 de Junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, cujo artigo 12, II, alínea 'c', assim prescreve, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 12. 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:

II - quando incluir internação hospitalar:

(...)

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação.

Com efeito, a legislação de regência e a interpretação e orientação dos órgãos de fiscalização da atividade profissional de enfermagem são no sentido de não se tratar a atividade de instrumentador cirúrgico de um munus de exercício exclusivo do profissional de enfermagem, em que pese a este caber a supervisão da execução das tarefas.

Nessa senda, também cumpre destacar que a atividade não está inserta no artigo 1º do Decreto nº 94.406 de 08 de Junho de 1987, que trata do exercício da atividade de enfermagem:

Art. 1º O exercício da atividade de enfermagem, observadas as disposições da Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, e respeitados os graus de habilitação, é privativo de Enfermeiro, Técnico de Enfermagem, Auxiliar de Enfermagem e Parteiro e só será permitido ao profissional inscrito no Conselho Regional de Enfermagem da respectiva Região

Além disso, a Resolução COFEN 214/1998 traz alguns esclarecimentos que devem aqui ser mencionados. A Resolução nos informa que a instrumentação cirúrgica é matéria ministrada na grade curricular dos Cursos de Enfermagem, não havendo Lei que regule a atividade de instrumentador cirúrgico. Em seu artigo 1º, declara que 'A instrumentação cirúrgica é uma atividade de enfermagem, não sendo entretanto, ato privativo da mesma'.

Entretanto, peço vênia para alterar meu entendimento.

O fato de a atividade não ser exclusiva aos Enfermeiros não é determinante para o deslinde da questão. O que interessa saber é se, exercida ou não por Enfermeiro, tal atividade é essencial ao ato cirúrgico. E tenho que a resposta é afirmativa, estando ela abrangida pela ratio do art. 12, II, "c" da Lei nº 9.656 de 03 de Junho de 1998: "c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação". Foge à normalidade surpreender o usuário de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plano de saúde, submetido a procedimento cirúrgico, com cobrança de honorários de instrumentador, pois tal profissional deve necessariamente estar inserido na equipe médica.

Tal entendimento foi adotado pela 3ª Turma do Col. STJ, em março de 2015 (REsp 1.458.886, Rel. Min. João Otávio Noronha):

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 469 DO STJ. SISTEMA DE LIVRE ESCOLHA. DEFICIÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO QUANTO AO LIMITE DE REEMBOLSO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DESPESAS COM PERNOITE NO HOSPITAL E COM INSTRUMENTADORA. RECUSA DE REEMBOLSO. ABUSIVIDADE. 1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal a quo se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia. 2. 'Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde' (Súmula n. 469/STJ). 3. Incidem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ quando o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a interpretação de cláusulas contratuais e a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 4. A definição quanto ao tempo de internação do paciente e dos meios e recursos necessários ao seu tratamento cabe ao médico que o assiste, e não ao plano de saúde. Assim, é abusiva a recusa do reembolso do pernoite no hospital após a cirurgia, bem como da instrumentadora que acompanhou o procedimento. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte.

Saliento que tal decisão serviu para fundamentar posteriores decisões monocráticas no seio daquele Tribunal (AREsp 816392/2015; AREsp 24227/2016).

Isso posto, entendo que é legal a aplicação de penalidade à operadora por negativa de cobertura da instrumentação operada em cirurgia por ela realizada.

Modificada a solução da lide, inverte-se a sucumbência. Fixo os honorários em 11% sobre o valor a causa, já incluído a majoração em razão do recurso (art. 85, §º 11, do CPC/2015).

Ante o exposto, voto por dar provimento à remessa oficial e à apelação" (fls. 312/315e).

Opostos Embargos Declaratórios, restaram eles parcialmente acolhidos, exclusivamente para fins de prequestionamento (fls. 369/370e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta a parte agravante, nas razões de seu Recurso Especial, que houve ofensa aos arts. 489, II e IV, e 1.022, parágrafo único, II, do CPC/2015, ao argumento de que "a r. 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, já que sequer a prova de pagamento da despesa pela beneficiária do plano de saúde ofertado pela recorrente", e que, "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" (fl. 390e).

Sem razão, contudo.

De plano, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Como visto, a decisão agravada ressaltou que a tese indicada como omissa – no sentido de que não há, nos autos do processo administrativo (e tampouco nos presentes autos), recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico perante a ANS – não foi objeto da petição inicial ou das contrarrazões à Apelação, somente tendo sido suscitada nos Embargos de Declaração, em indevida inovação recursal, afastando-se, por conseguinte, a indicada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.

Assim, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do CPC/2015.

Nesse contexto, **"a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015"** (STJ, REsp 1.669.441/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

Por outro lado, não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 27/10/97).

A propósito, ainda:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ESTADO. SERVIDOR PÚBLICO. DOENÇA OCUPACIONAL. PENSÃO MENSAL AFASTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. DANO MATERIAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não há violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, parágrafo único, II, do CPC de 2015, pois há fundamentação suficiente para amparar o acórdão recorrido.

2. Firmado o acórdão recorrido em fundamentos constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente, por si só, para manter inalterada a decisão, é ônus da parte recorrente a interposição tanto do Recurso Especial quanto do Recurso Extraordinário, ocasionando a preclusão de uma das questões e o consequente não conhecimento do recurso. Aplicação da Súmula 126 do STJ.

3. O Tribunal de origem, com base nas provas existentes, entendeu não haver comprovação do dano material. A inversão do julgado nos moldes pretendidos pela recorrente demanda revolvimento das provas, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido" (STJ, REsp 1.707.574/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, §4º, DO CPC/2015. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NA ORIGEM. NÃO VERIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXCLUSÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcialmente provido" (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDE COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. MULTA AFASTADA.

1. Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irrisignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protetatório'. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiveram tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte embargante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Nas razões do Recurso Especial, a parte agravante aponta, ainda, a ofensa aos arts. 1º, 3º, 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000, 1º, I, II, §§ 1º e 2º da Lei 9.656/98, 2º da Lei 9.784/99 e 12, VI, da Lei 9.656/98. Alega, para tanto, que o acórdão recorrido analisou a questão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma a preterir a aplicação do regime de direito público ao caso, já que invocou precedentes do STJ que tratam de matéria de direito privado, e que "o dever de reembolso somente é admitido na hipótese de tratamento realizado em caráter de urgência/emergência, quando não for possível a utilização da rede credenciada, e, ainda assim, o ressarcimento não ocorre de forma integral, mas nos limites da Tabela do Plano de Saúde" (fl. 406e).

Sem razão, contudo.

Com efeito, o acórdão recorrido não expendeu juízo de valor sobre os supracitados dispositivos legais, invocados na petição do Recurso Especial.

De fato, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que, além da ausência de manifestação expressa, a tese recursal, vinculada aos citados dispositivos legais, tidos como violados, não foi apreciada, no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, e, à exceção do art. 2º da Lei 9.784/99, não foram suscitados nos Embargos de Declaração, opostos em 2º Grau, para suprir eventual omissão do julgado.

Diante desse contexto, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

Para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, em suas razões recursais. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto. A propósito:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL DO SERVIDOR. HERDEIROS DE EX-PENSIONISTAS. **PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA TESE RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. CORRETA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL.**

1. A tese jurídica debatida no recurso especial deve ter sido objeto de discussão no acórdão atacado. Inexistindo esta circunstância, desmerece ser conhecida por ausência de prequestionamento. Súmula 282 do STF (AgRg no REsp 1374369/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 26/6/2013).

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 447.352/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/02/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (...) ART. 192 DO CC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DO CREDOR. AFERIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. (...)

4. A tese da prescrição com base no art. 192 do Código Civil não comporta conhecimento, por falta de prequestionamento, visto que o acórdão abordou a questão prescricional com base nos arts. 174 do CTN e 40 da Lei n. 6.830/80, o que atrai a incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF ao ponto.

(...)

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.461.155/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/03/2015).

Com efeito, "a exigência do prequestionamento, impende salientar, não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. (...) A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exhaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação" (STJ, REsp 1.033.844/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/05/2009).

De outro lado, publicado o acórdão ora recorrido na vigência do CPC/2015, cumpre ressaltar que, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Infere-se, assim, da lei de regência, que, para a adoção do denominado prequestionamento ficto – segundo o qual a oposição dos Embargos de Declaração seria suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento – faz-se necessário, além da invocação da questão, por ocasião dos Embargos de Declaração, opostos a acórdão do Tribunal de origem, que a Corte Superior considere a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade no referido **decisum**, em razão da alegação de contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015, nas razões do Recurso Especial.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente do STJ:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. - LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS - HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO - CABIMENTO - PRESCRIÇÃO DO DIREITO - NÃO OCORRÊNCIA.

01. Inviável o recurso especial na parte em que a insurgência recursal não estiver calcada em violação a dispositivo de lei, ou em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dissídio jurisprudencial.

02. Avaliar o alcance da quitação dada pelos recorridos e o que se apurou a título de patrimônio líquido da empresa, são matérias insuscetíveis de apreciação na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração.

04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.

05. O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado.

06. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017).

No entanto, consoante enfatizado na decisão agravada, não foram suscitados os referidos dispositivos nos Embargos de Declaração, em 2º Grau, além de que, no presente Recurso Especial, não restou vinculada a alegação de omissão de tais dispositivos à suposta violação ao art. 1.022 do CPC/2015, razão pela qual não foram observados os requisitos, previstos no art. 1.025 do CPC/2015, para fins de consideração do prequestionamento ficto.

No que diz respeito ao mérito, em casos análogos aos dos autos, as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ firmaram orientação no sentido da legitimidade da multa imposta pela agência reguladora, pois, "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" (STJ, REsp 1.821.860/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/08/2019).

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489E 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MULTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 II 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. A tese de que o reembolso das despesas feitas pelo beneficiário somente é admitido em casos de urgência ou emergência, o que não teria ocorrido no caso em exame, não chegou a ser examinada pelo Tribunal de origem, tampouco foi objeto dos embargos de declaração opostos pelo Plano de Saúde recorrente. Portanto, à falta do necessário prequestionamento, incide, no ponto, o óbice da Súmula 282/STF.

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).

Por outro lado, não merece análise o pretense afastamento das Súmulas 283 e 284 do STF, eis que as razões recursais estão dissociadas dos fundamentos nos quais se pautou a decisão ora agravada.

Assim, merece ser mantida a decisão ora agravada, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0146796-9

**AgInt no AgInt no
REsp 1.815.731 / PR**

Números Origem: 50201562820174047000 50323224320174040000

PAUTA: 20/02/2020

JULGADO: 20/02/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS
ADVOGADOS : LIZETE RODRIGUES FEITOSA - PR021762
GLAUCO JOSÉ RODRIGUES - PR033361
RAFAELA TOAZZA - PR038979
RECORRIDO : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS
ADVOGADOS : LIZETE RODRIGUES FEITOSA - PR021762
GLAUCO JOSÉ RODRIGUES - PR033361
RAFAELA TOAZZA - PR038979
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.