AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.086 - RJ (2019/0081615-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE	:	SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADO	:	RODRIGO CRUZ MONTENEGRO - RJ103400
ADVOGADOS	:	TAIANA DUARTE RIOS - RJ166808
		ELIAS ANTONIO LEAL DOS SANTOS - RJ196855
AGRAVADO	:	AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo interposto por Sul América Companhia de Seguro Saúde contra decisão que não admitiu o recurso especial com base no óbice da Súmula 7 do STJ.

Impugnada especificamente a decisão, conheço do agravo e passo à análise do recurso especial.

O apelo nobre foi manejado com amparo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 558-559):

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANS. MULTA. NEGATIVA DE COBERTURA OBRIGATÓRIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO VERIFICADA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
>
> 1. Apelação Cível interposta objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos Embargos à Execução opostos em face da execução fiscal n° 0049765-43.2015.4.02.5101, interposta pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS.
>
> 2. A Apelante foi multada em virtude da negativa de cobertura para o procedimento de "gastroplastia para tratamento de obesidade mórbida (cirurgia bariátrica)", o que configura conduta violadora do artigo 12, II, "a" da Lei n° 9.656/98 c/c artigo 77 c/c artigo 10, V c/c artigos 7° e 8º, todos da Resolução Normativa - RN n° 124/2006 da ANS, conforme apurado no processo administrativo n° 25773.003588/2010-13.
>
> 3. Deve ser afastada a preliminar, visto que não houve a paralisação do processo administrativo por lapso temporal superior a três anos, como exige o §1° do art. 1º da Lei n° 9.873/99, tendo sido praticados diversos atos ordinatórios com objetivo de impulsionar o processo administrativo, não estando configurada a prescrição intercorrente.
>
> 4. Pela leitura dos autos, verifica-se que a Apelante negou autorização para a realização do procedimento de "gastroplastia para tratamento de obesidade mórbida (cirurgia bariátrica)", sob a alegação de que a beneficiária/segurada não teria cumprido o requisito de apresentar quadro de obesidade instalado há pelo menos cinco anos, previsto na RN n° 167/08.
>
> 5. A Resolução Normativa n° 167, de 9 de janeiro de 2008, fixa as diretrizes

de Atenção à Saúde na Saúde Suplementar e traz Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, referência para a cobertura assistencial mínima obrigatória nos planos de saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999.

6. De acordo com o Anexo II da referida Resolução, que traz as Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar, é obrigatória a cobertura de "gastroplastia para obesidade mórbida", nos casos de: 1. Portadores de obesidade mórbida com IMC (índice de massa corpórea) igual ou maior do que 40 Kg/m2, sem co-morbidades e que não responderam ao tratamento conservador (dieta, psicoterapia, atividade física, etc), realizado durante pelo menos dois anos. 2. Portadores de obesidade mórbida com IMC igual ou maior do que 40 Kg/ m2 com co-morbidades que ameaçam a vida. 3. Pacientes com IMC entre 35 e 39,9 Kg/ m2 portadores de doenças crônicas desencadeadas ou agravadas pela obesidade (diabetes, apnéia do sono, hipertensão arterial, dislipidemia, doença coronariana, osteo-artrites e outras).

7. Este mesmo Anexo II da Resolução Normativa n° 167/08, prevê, ainda, cobertura obrigatória para colocação de banda gástrica para cirurgia de obesidade mórbida, listando as exigências que devem ser atendidas para que o procedimento seja coberto: 1 IMC igual ou maior do que 35 Kg/m2 com co-morbidade ou IMC igual ou maior do que 40 Kg/m2 com ou sem co-morbidade. 2. Pacientes que não necessitem de perdas acentuadas (IMC menor do que 50 Kg/m2). 3. Falha do tratamento clínico realizado por, pelo menos, dois anos. 4. Obesidade mórbida instalada há mais de cinco anos. 5. Sem uso de álcool ou outras drogas nos últimos cinco anos.

8. Percebe-se que a Apelante confunde os requisitos do procedimento de colocação de banda gástrica com aqueles do procedimento a ser realizado pela segurada, gastroplastia para obesidade mórbida, visto que neste não há exigência de obesidade mórbida instalada há mais de cinco anos.

9. Na hipótese de não concordar com a indicação do médico da segurada, caberia à Apelante obedecer ao previsto no artigo 4º, V da Resolução do Conselho de Saúde, CONSU n° 08/98, com a constituição de uma junta médica para dirimir a questão, o que não foi feito.

10. Resta claro que a Apelante negou autorização para realização de procedimento de cobertura obrigatória, não havendo qualquer ilegalidade na multa imposta.

11. Quanto à substituição da multa por advertência, observa-se ter sido a operadora de plano de saúde autuada com base no artigo 12, II, "a" da Lei n° 9.656/98 c/c artigo 77 da Resolução Normativa - RN n° 124/2006 da ANS. Havendo previsão específica para violação perpetrada (deixar de garantir ao beneficiário acesso ou cobertura previstos em lei), não há como sustentar a aplicação de advertência na forma prevista pelo art. 5º, II da referida RN, como pretende a Apelante.

12. A alegação de que a penalidade é desproporcional à conduta carece de fundamento, visto que a multa no presente caso possui nítido caráter pedagógico, não sendo possível taxá-la de desarrazoada ou desproporcional na medida em que seu objetivo é coibir repetições da mesma conduta por parte da Apelante. A autoridade administrativa aplicou, de forma correta, o valor exato previsto na legislação.

13. Apelação desprovida.

Embargos de declaração desprovidos nos termos do acórdão de e-STJ, fls. 574-579.

Em suas razões, alega a recorrente a existência de violação dos arts. 5º, LV, da CF/1988; 114 da Lei n. 8.112/1990; 53 da Lei n. 9.784/1999; e 1º, § 1º, da Lei n. 9.873/1999, bem como a ocorrência de divergência jurisprudencial entre o entendimento firmado no acórdão recorrido e a posição firmada por outro Tribunal acerca da interpretação do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.873/1999.

Requer, em suma, que seja reconhecida a ocorrência de prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal apresentada pela recorrida.

Argumenta que, "em que pese o respeitável entendimento consignado na r. sentença apelada e confirmado pelo acórdão ora recorrido, mostra-se impositivo o pronunciamento da prescrição da pretensão da Recorrida, considerando que entre os dias 22/03/2011 - data da interposição do recurso administrativo - e 28/04/2014 (data da decisão que desacolheu o referido recurso e ratificou a multa aplicada) transcorreu *in albis* o prazo prescricional trienal previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999 [...]" (e-STJ, fl. 599).

Contrarrazões às e-STJ, fls. 613-628.

É o relatório.

Registro, desde logo, que a irresignação não merece acolhida.

Quanto à norma contida no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, é vedado, no âmbito do recurso especial, examinar a existência de afronta a normativo constitucional, sob pena de usurpar-se a competência do STF.

A título ilustrativo, confira-se o seguinte aresto deste eg. Tribunal:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS/DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE MENÇÃO NO ACÓRDÃO ACERCA DA MATÉRIA CONTIDA NO DISPOSITIVO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. O Recurso especial enquadra-se na categoria dos recursos constitucionais, cuja fundamentação é vinculada ao comando haurido do artigo 105, III, alíneas a, b e c, da Constituição. Não compete a esta Corte a análise acerca de suposta violação a princípios ou dispositivos constitucionais, sob pena de configurar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição.
>
> 2. O prequestionamento, como requisito de admissibilidade para a abertura da instância especial, é admitido não só na forma explícita, mas, também, na forma implícita, o que não dispensa, no entanto, o necessário debate acerca da matéria controvertida.
>
> 3. A simples indicação de preceito legal, sem que sobre ele tenha havido a emissão de um juízo de valor no acórdão recorrido, não configura

> prequestionamento implícito apto a inaugurar a instância especial.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 456.871/SP, Rel. Min. OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/2/2016, DJe 22/2/2016)

Já no que tange à tese da ocorrência de prescrição intercorrente da execução fiscal, colhe-se do aresto recorrido os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 552-553):

> Acerca da prescrição intercorrente, que tem lugar quando houver a paralisação do processo administrativo por lapso temporal superior a três anos, por inércia da Administração Púbica, a mesma não restou configurada, como abaixo demonstrado.
> A prescrição intercorrente somente se configura com a paralisação do procedimento, sendo os despachos lançados no processo administrativo capazes de afastar a sua ocorrência.
> Da leitura das cópias do processo administrativo n° 25773.003588/2010-13, vistas às fls. 39/212 e 229/480 dos autos, infere-se que em 22/02/2011 foi proferida decisão de primeira instância, da qual a Apelante foi intimada em 10/03/2011 (fl. 340), tendo sido interposto recurso administrativo em 22/03/2011 (fls. 342/347).
> Em 01/04/2011 foi proferido despacho encaminhando os autos à Gerência Geral de Ajuste e Recurso (fl. 349). Em 14/01/2014 foi proferido despacho opinando pela manutenção da decisão (fls. 350/352).
> Em 26/02/2014, foi proferido Voto Relator (fls. 354/356) e o julgamento pela Diretoria Colegiada ocorreu em 07/03/2014 (fls. 357/358), com publicação em 30/04/2014 (fl. 359) e recebimento do AR em 14/07/2014 (fl. 362).
> O maior período que o processo ficou sem movimentação foi de 01/04/2011 a 14/01/2014, período inferior a três anos.
> Logo, verifica-se que não houve a paralisação do processo administrativo por lapso temporal superior a três anos, como exige o §1° do art. 1º da Lei n° 9.873/99, tendo sido praticados diversos atos ordinatórios com objetivo de impulsionar o processo administrativo, não estando configurada a prescrição intercorrente.

Das razões expendidas no voto condutor do acórdão, observa-se que o entendimento da Corte regional, no sentido da não configuração da prescrição intercorrente, foi firmada com base nos elementos de fato constantes dos autos, providência vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DA EXEQUENTE. CONSTATAÇÃO. SÚMULA 7 DESTA CORTE. INCIDÊNCIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "requerimentos para realização de diligências que se mostraram infrutíferas em localizar o devedor ou seus bens não suspendem nem interrompem o prazo de prescrição intercorrente." (EDcl no AgRg no AREsp 594.062/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 25/03/2015).
2. Dissentir da conclusão consignada no Tribunal de origem acerca da existência de inércia da Fazenda Pública, para fins de ocorrência de prescrição intercorrente, demanda necessário revolvimento de matéria fática, o que é vedado em sede do especial, em face do óbice da Súmula 7 desta Corte. Precedentes.
3. Recurso Especial não provido.
(REsp 1.732.716/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/5/2018, DJe 2/8/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA. REQUISITOS DA CDA. TESE RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"; "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento." (Súmulas 282 e 356/STF).
2. O recurso especial não é, em razão da Súmula 7/STJ, via processual adequada para questionar julgado que se afirmou explicitamente em contexto fático-probatório próprio da causa.
3. "Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial se a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional" (EDcl nos EDcl no REsp 1.065.691/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/6/2015).
4. Agravo interno não provido.
(AgInt no REsp 1.695.370/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/2/2018, DJe 2/3/2018)

Destaco, por oportuno, que "este Tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem" (AgRg no AREsp 485.496/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 17/11/2014).

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, c/c o art. 253,

parágrafo único, II, *a*, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019.

Ministro Og Fernandes
Relator