

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.821.943 - PR (2019/0179036-7)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO : UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS
ADVOGADOS : EDUARDO BATISTEL RAMOS - PR031205
LIZETE RODRIGUES FEITOSA - PR021762
GLAUCO JOSÉ RODRIGUES - PR033361
RAFAELA TOAZZA - PR038979

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. FISCALIZAÇÃO. NEGATIVA DE RESSARCIMENTO DA DESPESA COM INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. MULTA IMPOSTA POR AGÊNCIA REGULADORA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOVAÇÃO RECURSAL. VIOLAÇÃO AOS DEMAIS DISPOSITIVOS. SÚMULA 211/STJ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 926 E 927, § 4º, DO CPC/15 PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DO INSTRUMENTADOR CIRÚRGICO. IRRELEVÂNCIA. DEVER IMPOSTO NO ART. 12, II, "C", DA LEI 9.656/98. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO INTERNO CONHECIDO PARA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, RECONSIDERAR A DECISÃO MONOCRÁTICA E, CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR interpôs agravo interno contra a decisão monocrática cuja ementa foi assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. FISCALIZAÇÃO. ANS. INSTRUMENTADOR CIRÚRGICO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO CARACTERIZADA. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

A agravante contrapõe-se, em síntese, aos fundamentos da monocrática, sustentando que não haveria, por parte da agravada, por ocasião dos embargos de declaração, a alegação de que não haveria nos autos comprovação de que teriam sido cobrados do usuário os honorários de instrumentador cirúrgico.

Ao final, requereu a reconsideração da decisão agravada e o provimento do agravo interno para o desprovimento do recurso especial.

É o relatório. Decido.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do

Superior Tribunal de Justiça

Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

As razões do agravo interno são procedentes, de sorte que, em juízo de retratação, há reconsiderar-se a decisão monocrática anteriormente lavrada.

Passo a proceder a novo exame do recurso especial.

Trata-se de recurso especial interposto por UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (e-STJ fl. 272):

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 cobertura da instrumentação operada em cirurgia por ela realizada.
2. Uma vez reconhecida como indevida a cobrança dos honorários de instrumentador cirúrgico pela operadora de plano de saúde, adequada a ação fiscalizatória da ANS no sentido de aplicar multa à operadora por não oferecer a cobertura para os referidos honorários.

Opostos embargos de declaração, parcialmente providos sem efeitos infringentes.

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente aponta violação dos seguintes artigos: a) 489, II e 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. 327 e-STJ); 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, 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. 340 e-STJ); e) 926 e 927, *caput* e §4º, do CPC/2015, sob a alegação de que "a mudança do entendimento, após quase 30 (trinta) decisões em sentido oposto 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" (fl. 343 e-STJ).

Apresentadas contrarrazões e admitido o feito no Tribunal de origem, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório. Passo a decidir.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

Na origem, trata-se de Ação de Nulidade de Ato Administrativo, ajuizada pela parte ora recorrente, com o objetivo de obter a declaração de nulidade do processo administrativo e da multa que lhe foi aplicada, e da pontuação aplicada à NIP para fins de suspensão de comercialização dos planos de saúde.

Julgada procedente a demanda, a sentença foi reformada pelo Tribunal local, sendo interposto o presente recurso especial.

A pretensão não merece acolhida.

De início, observo que o tema reputado omissso (relativo à falta de recibo), trata-se de inovação recursal, uma vez que não foi, em nenhum momento, invocado pela insurgente perante a instância *a quo*, tendo sido trazido à baila somente nas razões do recurso especial.

Com efeito, a questão da ausência de recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico, embora alegada no recurso especial, não foi suscitada na petição inicial, nas contrarrazões de apelação, muito menos trazida posteriormente em sede de embargos de declaração, o que, no ponto, configura indevida inovação recursal e impede o conhecimento da insurgência em decorrência da preclusão consumativa.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. ENUNCIADO Nº 168/STJ. REJULGAMENTO DO APELO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. VÍCIOS INEXISTENTES. RECURSO REJEITADO.

1. Não padece de omissão, tampouco dos demais vícios elencados no art. 1022 do Novo Código de Processo Civil, o acórdão que mantém a negativa de seguimento aos embargos de divergência com fundamento no enunciado nº 168 desta Corte.

2. **Inadmissível a alegação de argumentos novos em sede de aclaratórios.**

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EREsp 1.458.384/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 16/06/2016 – destaques meus).

Quanto à alegada ofensa aos demais dispositivos, melhor sorte não socorre à operadora de plano de saúde porquanto o Tribunal de origem concluiu ser obrigatória a cobertura do instrumentador cirúrgico pelo operador de saúde, mantendo a higidez do auto de infração. A propósito, os seguintes trechos do acórdão recorrido (e-STJ fls. 275/276), *verbis*:

(...)

A presente ação foi ajuizada objetivando a anulação da autuação aplicada pela ANS, a qual se fundou no fato de a parte autora não ter

Superior Tribunal de Justiça

garantido a cobertura dos honorários de instrumentador cirúrgico referente à cirurgia realizada, repassando os custos ao beneficiário do plano de saúde (evento 1, Processo Administrativo 4, fl. 56).

Cinge-se, portanto, a controvérsia nos autos a respeito da suposta inobservância da legislação aplicável aos planos de saúde privados.

Vinha adotando entendimento unânime firmado por este colegiado, no sentido de que não sendo a atividade de instrumentador cirúrgico de exercício exclusivo do profissional de enfermagem, não haveria como impor penalidade à operadora de plano de saúde por negativa de cobertura de serviço não expressamente previsto em lei.

Tal posicionamento decorria da leitura estreita do art. 12, II, c, da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

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;

Contudo, após melhor reflexão sobre o tema, passo a adotar entendimento diverso, no sentido de que a atividade em questão encontra-se prevista no art. 12, II, 'e', da Lei 9.656/98, que assim disciplina:

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro;

Ademais, cabe atentar que o STJ firmou posicionamento, na súmula 608, acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidade de autogestão (o que não é o caso dos autos, dado que a empresa em apreço possui fins lucrativos), razão pela qual, interpretando a questão à luz do CDC, revela-se abusivo pensar em uma excludente do custeio de quaisquer serviços ou materiais necessários ao desempenho do procedimento cirúrgico, tal como o é a atividade de instrumentador cirúrgico.

Neste contexto, embora tal atividade não esteja expressamente consignada no art. 12, II, c, da Lei 9.656/98, pareceu-me adequada a interpretação conferida pelo eminente Desembargador Federal Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, nos autos do processo nº 5020156-28.2017.4.04.7000, julgado por maioria, em sessão com quorum ampliado na forma do art. 942 do CPC, quando afirmou que: "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."

Desta forma, tem-se por obrigatória a cobertura do instrumentador cirúrgico pelo operador de saúde, devendo ser mantida a higidez do auto de infração, bem como seus demais efeitos legais.

Superior Tribunal de Justiça

Observa-se que, no tocante às violações dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 9.961/2000; 1º, I e II, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.656/1998; 2º da Lei n. 9.784/1999; e 12, VI, da Lei n. 9.656/1998, o Tribunal de origem não analisou, nem sequer implicitamente, a aplicação de tais dispositivos e teses correlatas. Essa circunstância impede a análise do tema por esta Corte Superior de Justiça em razão da ausência do necessário prequestionamento dos temas, atraindo assim a incidência da Súmula 211/STJ.

No que toca à propalada afronta aos arts. 926 e 927, *caput*, § 4º, do CPC/2015, esses dispositivos não possuem comando normativo apto de infirmar a conclusão do acórdão recorrido, o que atrai a aplicação da Súmula 284/STF.

Por fim, cumpre asseverar que, 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 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).

Superior Tribunal de Justiça

Diante do exposto, no exercício do juízo de retratação do agravo interno, reconsidero os termos da decisão monocrática lavrada em e-STJ fls. 381/383 e, de acordo com a fundamentação acima exposta, com fulcro no art. 932, III e IV, do CPC/2015 c/c o art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

