

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.823.084 - PR (2019/0185461-0)**

**RELATORA** : MINISTRA REGINA HELENA COSTA  
**RECORRENTE** : UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS  
**ADVOGADOS** : EDUARDO BATISTEL RAMOS - PR031205  
LIZETE RODRIGUES FEITOSA - PR021762  
GLAUCO JOSÉ RODRIGUES - PR033361  
RAFAELA TOAZZA - PR038979  
**RECORRIDO** : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

**DECISÃO**

**Vistos.**

Trata-se de Recurso Especial interposto por **UNIMED CURITIBA – SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS** contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 289e):

**ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. EXERCÍCIO DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO PELA ANS. SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO.**

*I. Embora a atividade de instrumentador cirúrgico não esteja expressamente consignada no art. 12 da Lei nº 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.*

*II. 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 por não oferecer a cobertura para os referidos honorários.*

*III. Invertidos os ônus de sucumbência.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 317/324e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Arts. 489, II, IV e 1.022 do Código de Processo Civil – o tribunal de

origem incorreu em omissão ao deixar de analisar 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, também sob o aspecto fático” (fl. 344e); e

ii) art. 2º do Lei 9.784/1999 – “(...) era necessário que o acórdão enfrentasse o aspecto da legalidade da autuação com base nas leis e normas reguladoras de natureza especial que, de forma específica, regulamentam a aplicação de sanções no âmbito do processo fiscalizatório, e que tratam da relação entre “operadora/agente fiscalizador” e não de relação jurídica envolvendo “operadora/consumidor”. Entretanto, Ministro, o acórdão recorrido tangenciou o foco do debate, para buscar solução calcada em suposta afronta a direito do consumidor” (fl. 349e);

iii) art. 12, II, c da Lei n. 9.656/1998 – “inexiste obrigatoriedade de custeio pela operadora, de despesas contraídas pelo beneficiário com “instrumentador cirúrgico” (fl. 345e) [...] Ainda, “não se divisa razoabilidade em compelir a operadora a promover a cobertura/ressarcimento de valores de honorários de indivíduo que não é profissional de saúde, cuja atuação não é regulamentada como profissão, tampouco como profissão de saúde, em flagrante contrariedade à expressa previsão legal” (fl. 356e);

iv) art. 12, VI, da Lei n. 9.656/1998 – “além de não ser devido qualquer reembolso de despesas com instrumentador cirúrgico ao beneficiário do plano de saúde, por ausência de previsão legal, fato é que a cirurgia realizada era eletiva, ou seja, não se tratava de hipótese de urgência/emergência, fato que, ainda que indiretamente, ensejaria o reconhecimento da nulidade do auto de infração lavrado pela ANS” (fl. 358e);

v) arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil – “(...) em 27 acórdãos publicados entre 2014 e abril de 2018, todos unânimes, esse E. TRF da 4ª Região consagrou o entendimento de que não é possível a aplicação de penalidade à operadora de planos privados de assistência à saúde por negativa de custeio de honorários de instrumentador cirúrgico por se tratar cobertura de serviço não expressamente previsto em lei” (fl. 359e).

Com contrarrazões (fls. 368/382e), o recurso foi admitido (fls. 385e).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 409/415e.

**Feito breve relato, decido.**

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, III e IV, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *a e b*, e 255, I e II, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, respectivamente, a não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, bem como a negar provimento a recurso ou a pedido contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral (arts. 1.036 a 1.041), a entendimento firmado em incidente de assunção de competência (art. 947), à súmula do Supremo Tribunal Federal ou desta Corte ou, ainda, à jurisprudência dominante acerca do tema, consoante Enunciado da Súmula n. 568/STJ:

*O Relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*

A Recorrente sustenta a existência de omissão no acórdão recorrido, não sanada no julgamento dos embargos de declaração, porquanto "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" (fl. 407e).

Consoante o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O Código de Processo Civil considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas em seu art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, *vi)* deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Esposando tal entendimento, o precedente da Primeira Seção desta Corte:

***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.***

*1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.*

*2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art.*

489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI – DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

No caso, não verifico omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outro vício a impor a revisão do julgado.

Com efeito, a questão da ausência de recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico, embora alegada na petição inicial, não foi suscitada nas contrarrazões de apelação, sendo 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.

Nesse sentido:

**PROCESSUAL CIVIL. TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SUPERVENIÊNCIA. INOVAÇÃO DE TESES RECURSAIS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA.**

(...)

8. A tese, suscitada somente nos segundos embargos de declaração, configura inequívoca inovação recursal, tanto aos primeiros aclaratórios

*quanto aos próprios embargos de divergência, e seu acolhimento acarretaria o reconhecimento de uma omissão inexistente - tanto no acórdão que julgou o agravo interno, quanto no acórdão que apreciou os primeiros embargos de declaração - e o mero re julgamento do recurso especial, fase há muito ultrapassada.*

*9. Terceiros embargos de declaração rejeitados.*

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.019.717/RS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/09/2017, DJe 27/11/2017).

***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).

***TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOVAÇÃO DE TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INFRINGENTE E PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.026, § 2º, DO CPC/2015.***

*1. De acordo com a norma prevista no artigo 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão da decisão recorrida ou erro material.*

*2. No caso, não se verifica a existência de quaisquer das deficiências em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia posta no recurso.*

*3. Os embargos de declaração não se prestam ao exame de questões inéditas não suscitadas oportunamente pela parte embargante, restando caracterizada a existência de inovação recursal. Precedentes: AgInt no AREsp 995.381/BA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira*

*Turma, DJe 2/5/2017; EDcl no REsp 1.643.250/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/10/2017.*

*4. Tendo em vista que os presentes aclaratórios desafiam acórdão que aplicou firme entendimento jurisprudencial de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção, é de se reconhecer o caráter manifestamente protelatório do recurso, o que enseja a aplicação da multa do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.*

*5. Embargos de declaração da Fazenda Nacional rejeitados, com imposição de multa.*

*(EDcl no AgInt no REsp 1.690.612/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 08/08/2018 – destaques meus).*

No que se refere à questão violação do princípio da legalidade e da tese 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" (fl. 420e), verifico que as insurgências carecem de prequestionamento, uma vez que não foram analisadas pelo tribunal de origem.

Com efeito, o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

No caso, malgrado a oposição de embargos declaratórios, o tribunal de origem não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação dos suscitados arts. 2º da Lei n. 9.784/199 e 12, VI, da Lei n. 9.656/1998.

Desse modo, não tendo sido apreciada tal questão pelo tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, aplicável, à espécie, o teor da Súmula n. 211/STJ, *in verbis*: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Nesse sentido:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. BENS PÚBLICOS. TERRENO DE MARINHA. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211 DESTA CORTE SUPERIOR. REGISTRO IMOBILIÁRIO. CARACTERIZAÇÃO DO BEM COMO TERRENO**

**DE MARINHA. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ADEQUADA. QUESTÃO MERAMENTE DE DIREITO. Oponibilidade em face da União. Caracterização do bem como propriedade particular. Impossibilidade. Propriedade pública constitucionalmente assegurada (CR/88, art. 20, inc. VII).**

(...)

2. A controvérsia acerca da ilegalidade do procedimento demarcatório na espécie, pela desobediência do rito específico previsto no Decreto-lei n. 9.760/46 - vale dizer: ausência de notificação pessoal dos recorrentes - não foi objeto de análise pela instância ordinária, mesmo após a oposição de embargos de declaração, razão pela qual aplica-se, no ponto, a Súmula n. 211 desta Corte Superior.

(...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e à Resolução n. 8/2008.

(REsp 1183546/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010, destaque meu).

Por outro lado, nas razões recursais, a parte recorrente sustenta a alteração de entendimento já pacificado pela Corte Regional, sem a observância dos pressupostos processuais, sendo tal alegação inidônea a infirmar os fundamentos adotados pela Corte de origem, que transcrevo a seguir (fl. 322e):

*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.*

No caso, portanto, ausente comando suficiente nos dispositivos apontados para alterar a mencionada conclusão, razão pela qual o recurso não merece prosperar nesse ponto.

Com efeito, incide, por analogia, a orientação contida na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal segundo a qual: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a



deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA E LAVRA DE MINÉRIOS. PEDIDO PROTOCOLADO NO ÚLTIMO DIA DA LICENÇA ANTERIOR. ACÓRDÃO A QUO QUE CONCLUI, COM BASE NOS FATOS E PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, SER DESARRAZOADO O INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. ARTIGO 18, INCISO I, DO CÓDIGO DE MINERAÇÃO. DISPOSITIVO LEGAL QUE NÃO CONTEM COMANDO CAPAZ DE SUSTENTAR A TESE RECURSAL E INFIRMAR O JUÍZO FORMULADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO STF.**

(...)

2. Não pode ser conhecido o recurso especial se o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de sustentar a tese recursal e infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, da orientação posta na Súmula 284/STF.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 385.170/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 08/08/2014).

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO ESPECIAL. SÚMULAS 282, 284, 356/STF E 7/STJ.**

(...)

3. O fato de constar na Lei de Licitações a previsão de empreitada integral não infirma, de plano, os dizeres do acórdão no sentido de que não há empecilho à inclusão do fornecimento de imóvel. O conteúdo dos dispositivos mencionados no Especial não tem comando suficiente para alterar o acórdão. Incidência da Súmula 284/STF.

4. Em relação ao índice de reajuste utilizado e à caracterização do ato ímprobo, o acórdão se amparou nas conclusões de laudo pericial e afastou o prejuízo ao Erário. Aplica-se a Súmula 7/STJ à espécie.

Ressalto que o art. 11 da LIA nem sequer foi prequestionado, o que também sugere o óbice das Súmulas 282 e 356/STF.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 229.402/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 08/05/2013 –destaques meus).

Por derradeiro, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, a Lei n. 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.

Nesse sentido:

**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.

(REsp 1821860/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 30/08/2019).

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS**

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

1. Ao fundamentar o pedido de reconhecimento de violação dos arts.

489 e 1.022 do CPC/2015, a recorrente alega: "A propósito, observa-se que a fundamentação apresentada no voto que conduziu a definição espelhada no acórdão recorrido, não analisou com a merecida atenção a questão de fato em que se assentou a autuação da ANS, tal como arguido pela recorrente, já na petição inicial (item 2.3 - Da inexistência de prova do desembolso). No caso concreto, não há nos autos do referido processo administrativo (e tampouco nos presentes autos), recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico reclamada pela beneficiária perante a ANS, o que torna equivocada a autuação da ANS, também sob o aspecto fático. Esta matéria, de absoluto relevo para o desate da discussão, não foi apreciada pelo acórdão recorrido, mesmo provocado em sede de embargos de declaração" (fls. 512-513, e-STJ).

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

3. Quanto à alegação de ofensa dos arts. 1º, 3º e 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000; 1º, I e I e §§ 1º e 2º, da Lei 9.656/1998; 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999; e 926 e 927, caput e § 4º, do CPC/2015, ela não merece prosperar, uma vez que o debate proposto no Recurso Especial não foi apreciado pelo Tribunal de origem. É necessária a efetiva discussão do tema pelo Tribunal a quo para que se tenha cumprido o requisito do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Incidência da Súmula 211 do STJ. 4. No mérito, cinge-se a controvérsia em definir a obrigatoriedade de cobertura, por parte das operadoras de plano de saúde, da despesa relacionada aos honorários do instrumentador cirúrgico em caso de intervenção cirúrgica. 5. O art. 12, II, "c", da Lei 9.656/1998 prevê que, em caso de internação hospitalar, cumpre ao plano de saúde cobrir despesas relacionadas à alimentação, honorários médicos e serviços gerais de enfermagem, o que inclui as despesas relacionadas à atividade de instrumentação cirúrgica, pois intrínseco ao procedimento realizado.

Precedente: REsp 1.821.860/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 30/8/2019.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1822089/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 05/11/2019).

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais em favor do patrono da parte recorrida está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou de improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais, deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10 do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (v.g. STF, Pleno, AO 2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

Assim, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, de rigor a majoração dos honorários anteriormente fixados de 10% – fl. 296e) para **12%** do valor da causa.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, III e IV, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a* e *b*, e 255, I e II, do RISTJ, **CONHEÇO EM PARTE** do Recurso Especial, e, nessa extensão, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

Publique-se e intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora