

Gerência/Diretoria: GGFIS/DIFIS
Protocolo: 33902. 208 491/2015-15
Data: 13/5/15 Hora: 14:05h
Assinatura: *monica buib*



Nota nº 02/2015/GGFIS/DIFIS/ANS

Senhor Diretor Adjunto de Fiscalização

Trata-se do processo administrativo nº 33902.013642/2015-59, que tem por objeto a instauração, funcionamento e encerramento da Câmara Técnica instaurada para definir a configuração da infração tipificada no art. 82 da Resolução Normativa – RN nº 124, de 30 de março de 2006, que trata da suspensão ou rescisão unilateral de contrato individual, conforme previsto no inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, especialmente quanto à regularidade da notificação a ser enviada pela operadora de plano de assistência à saúde ao beneficiário no quinquagésimo dia de inadimplência.

2. O artigo 13 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, dispõe que:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

I - a recontagem de carências;

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

3. Esta nota técnica se concentrará em três questões centrais:

(1) qual conteúdo é necessário para promover a notificação de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998?

(2) quais formas de notificação são aceitáveis?

(3) uma vez evitado o inadimplemento por 60 dias, é necessária uma nova notificação caso se verifique novamente a iminência da soma de 60 dias?

Conteúdo da Notificação

4. O conteúdo da notificação em estudo seria claro com o seguinte conteúdo:

(1) Identificação da operadora de plano de assistência à saúde¹;

(2) Identificação do consumidor;

(3) Identificação do plano privado de assistência à saúde contratado;

(4) Valor exato e atualizado do débito;

(5) período de atraso com indicação das competências em aberto e do número de dias de inadimplemento absoluto ou relativo constatados na data de emissão da notificação;

(6) forma e prazo para regularização da situação do consumidor, indicando meio de contato para o esclarecimento de dúvidas;

(7) consequências da não regularização da situação do consumidor: rescisão ou suspensão unilateral do contrato e ainda, opcionalmente, alerta sobre as possibilidades de inscrição do devedor em cadastros restritivos de crédito, de cobrança da dívida e de exposição do consumidor inadimplente a novas contagens de carência e de cobertura parcial temporária.

¹ Observa-se que o artigo 42-A da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que “Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente”.

5. Sugere-se que só se considere eficaz a notificação que contenha os elementos previstos acima, considerando que esses elementos são necessários e suficientes para que o consumidor receba informação adequada sobre a possibilidade de estancar o inadimplemento e sobre as consequências do prolongamento do inadimplemento da prestação consistente no pagamento das contraprestações pecuniárias.

Formas de Notificação Aceitáveis

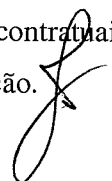
6. O inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, exige apenas que o consumidor seja “comprovadamente notificado”, sem estabelecer uma forma ou um conjunto de formas de notificação aceitáveis.

7. Não se encontrou na regulamentação editada pela ANS nenhuma norma que restrinja as formas de notificação aceitáveis.

8. A norma mais específica sobre o assunto no âmbito da ANS é o Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde constante do Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, cujo subitem “b” do item A.1 do tema XVII reproduz a dicção legal, exigindo a previsão no contrato de que o consumidor seja comprovadamente notificado, sem especificar a forma de notificação.

9. Embora o Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde não preveja as formas de notificação aceitáveis para quaisquer fins, inclusive para o fim objeto do presente estudo, observa-se que ele, implicitamente, ele supõe que a comunicação entre operadora e consumidor se dará no local de domicílio do consumidor, na medida em que exige que conste do contrato, como identificação da consumidor contratante pessoa natural, os seguintes dados: nome, filiação, data de nascimento, inscrição no Cadastro de Pessoa Física, Cédula de Identidade – Órgão Expedidor e **endereço**, como se extrai do tópico “Características Gerais dos Contratos de Planos de Saúde” constante do Anexo I referido.

10. Como o Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde estipula somente o conteúdo mínimo dos instrumentos contratuais, nada obsta a que as operadoras prevejam em seus instrumentos contratuais mais elementos do que os exigidos, desde que seu conteúdo seja conforme à legislação.



11. Um dos elementos que usualmente constam de instrumentos contratuais é uma cláusula disciplinando a forma de comunicação entre as partes, sendo a inserção dessa cláusula importante precisamente porque deixa as partes conscientes de quais meios de comunicação serão necessários e suficientes para que sejam eficazmente comunicadas de atos que produzirão repercussões em suas esferas jurídicas.

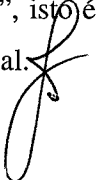
12. Sobre o ponto, a propósito, por exemplo, da importância de cláusula dispondo sobre as formas de comunicação em contratos envolvendo operações societárias, observa o professor Sérgio Botrel:

“Comunicação entre as partes

Com a finalidade de evitar que a ocultação de uma das partes possa prejudicar a execução (cumprimento) do contrato, ou mesmo para conferir-lhes segurança jurídica, devem os contratantes estabelecer que será válida e eficaz toda e qualquer comunicação realizada de acordo com as premissas fixadas no contrato.” (Fusões & aquisições. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277)

13. Diante do fato de o conteúdo obrigatório dos instrumentos contratuais de planos privados de assistência à saúde somente exigir que da qualificação do contratante pessoa natural conste o endereço e não o endereço virtual (e-mail) nem o número de telefone entende-se que no silêncio do contrato sobre as formas de notificação aceitáveis, inclusive para o fim do inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, só é possível realizar a notificação pessoalmente ou por via postal, com entrega de correspondência no endereço do contratante.

14. Cumpre observar que a entrega de notificações no endereço em que a pessoa natural tem seu domicílio não é casual. O professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama ensina que “O domicílio é o centro espacial da vida jurídica da pessoa; é sua ‘sede jurídica’” (Direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83). É pela relevância jurídica do local em que a pessoa tem seu “endereço”, isto é, seu domicílio, que se considera ser intuitiva a eficácia de notificação entregue neste local.



15. A escolha de outras formas de notificação, que se valham dos avanços tecnológicos disponíveis, é juridicamente possível face à autonomia da vontade que rege as relações jurídicas privadas, desde que as partes tenham convencionado de forma clara no instrumento contratual que tais formas de notificação são suficientes para gerar efeitos jurídicos.

16. A convenção prévia é essencial. Dispor de outras formas de notificação sem expressa previsão contratual implicaria surpresa para o contratante, que, a princípio, não vislumbra relevância jurídica na eventual informação de seu telefone e de seu endereço eletrônico em contratos de adesão, justamente porque, no silêncio do contrato, o esperado é que a parte contratante seja comunicada no local de seu domicílio.


17. Note-se que a surpresa é evento especialmente indesejado na situação jurídica em que se encontra o consumidor contratante de plano privado de assistência à saúde, o qual, por sua própria condição, é vulnerável e, no contexto do plano privado de assistência à saúde, também é, em vários momentos, hipervulnerável.

18. A especial situação jurídica do consumidor contratante de plano privado de assistência à saúde impõe à operadora de plano de assistência à saúde contratada uma incidência reforçada dos padrões de conduta impostos pela cláusula geral da boa-fé objetiva, e, mais particularmente, dos deveres anexos que dela decorrem.

19. Sobre o ponto, é conveniente, para clareza da exposição, reproduzir a lição de Teresa Negreiros, que sintetiza bem o ponto:

“A exigência de que as partes se comportem em conformidade com os ditames da boa-fé especializa-se, finalmente, na imposição de deveres laterais ou anexos), os quais ‘não interessam diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional’. Tais deveres, não abrangidos pela prestação principal que compõe o objeto do vínculo obrigacional, caracterizam a correção do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro, tendo em vista que o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo.”
(Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150)

20. Dentre os deveres anexos, destacam-se, na situação sob exame, os deveres de aviso e de esclarecimento, expressos no dever da operadora contratada de avisar ao consumidor contratante, no instrumento contratual, exatamente que meios serão considerados eficazes para criar posições jurídicas de *desvantagem* ao consumidor contratante, como é o caso da notificação de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, a qual, a par de num primeiro momento proteger o consumidor contratante convertendo uma mora *ex re* numa mora *ex persona*, num segundo momento acaba por servir como veículo para viabilizar a rescisão unilateral do contrato por parte da operadora contratada.
21. Desse modo, desde que previsto claramente no instrumento contratual, é possível promover a notificação do contratante de plano privado de assistência à saúde de contratação individual por outros meios além do pessoal e do postal, entendendo-se que a notificação pessoal pode ser promovida pela própria operadora (e executada, materialmente, por um preposto seu, evidentemente), por meio extrajudicial (Ofício de Registro de Títulos e Documentos) ou mesmo por meio judicial, cumprindo registrar que, na ausência de previsão contratual, não é possível notificar o consumidor por outro meio que não o pessoal ou por via postal, ou seja, por meios em que a notificação chegue a seu domicílio.
22. As formas de notificação propostas pelos membros da Câmara Técnica foram a postal, com aviso de recebimento (havendo divergência quanto à necessidade de entrega “em mão própria” e quanto à possibilidade de envio da notificação em meio ao boleto de cobrança); a postal, por telegrama (ressalvando parte dos membros a necessidade de recebimento pelo próprio contratante); a extrajudicial, por Ofício de Registro de Títulos e Documentos; a ligação telefônica gravada; o SMS; o Whatsapp; o e-mail; o aplicativo em smartphone e, em caso de insucesso de localização do consumidor contratante, a via editalícia, com publicação da notificação em jornal de grande circulação.
23. Embora não mencionada pelos membros da Câmara Técnica a possibilidade de entrega de notificação pessoalmente, executada por preposto da operadora contratante no endereço indicado pelo consumidor contratante como seu domicílio, cumpre registrar que nada obsta a que assim se faça.

24. A notificação por via postal pode assumir três formas: sem aviso de recebimento, com aviso de recebimento e com aviso de recebimento por mão própria.
25. A entrega de comunicação sem aviso de recebimento vem sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no caso específico da comunicação ao consumidor de seu registro em cadastros restritivos de crédito, como SPC e SERASA, para atendimento ao exigido pelo § 2º do artigo 43 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual *“A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”*.
26. Nesse sentido, confira-se os termos do verbete nº 404 da Súmula de Jurisprudência Predominante do STJ: *“É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros”*.
27. A posição do STJ evidencia que a notificação por via postal por si só não exige, o uso de aviso de recebimento.
28. Ocorre que, no caso específico sob estudo, o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, exige que o consumidor seja **“comprovadamente notificado”**. Diante da exigência particular de comprovação, e não apenas da notificação, é se mostra necessário o aviso de recebimento, que é o meio usual de comprovação do recebimento de correspondência, como reconhece o próprio STJ ao enunciar, no verbete nº 429 de sua Súmula, que *“A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento”*.
29. Note-se que o uso de aviso de recebimento é usual, tanto que foi referido tanto por representantes de operadoras quanto por representantes de consumidores na Câmara Técnica, sendo de conhecimento comum seu uso no setor de saúde suplementar.
30. Uma vez compreendido que a notificação por via postal deve ser acompanhada de aviso de recebimento, coloca-se a questão de exigir o recebimento por mão própria.
31. Não se localizaram precedentes do STJ tratando especificamente da necessidade de aviso de recebimento por mão própria na notificação prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, realizada por via postal.
- 

32. Mas se localizaram diversos precedentes do STJ tratando da notificação para fins de constituição em mora de devedores em contratos de mútuo garantidos por propriedade fiduciária (alienação fiduciária em garantia), os quais são uníssomos em dispensar a entrega em mão própria do destinatário:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROVA DA MORA. NOTIFICAÇÃO. CONTESTAÇÃO. ÂMBITO DA DEFESA. PROVA.

1. A carta com AR entregue no endereço do devedor é suficiente para comprovar a notificação, presumindo-se que o recebimento naquele lugar, por outra pessoa, tenha sido autorizado pelo notificando.

2. O réu da ação de depósito de bem alienado fiduciariamente pode alegar e requerer, na contestação, a prova de fatos que descaracterizem, desconstituam ou invalidem parcialmente o título apresentado pelo autor. A regra do art. 3, § 2º, do DL nº 911/69 tem por pressuposto título válido e legitimamente constituído.

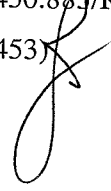
Recurso conhecido em parte e provido para permitir a produção da prova requerida.” (Recurso Especial nº 167.356/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, publicado no DJ em 13/10/1998 p. 128)

“CIVIL E PROCESSUAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR. VALIDADE. ENCARGOS EXCESSIVOS. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. CARÊNCIA DE AÇÃO.

I - Para comprovação da mora, é suficiente a notificação por carta, com aviso de recebimento, entregue no endereço do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

II - A descaracterização da mora em virtude da cobrança excessiva de encargos harmoniza-se com a orientação adotada pela colenda Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do EREsp nº 163.884/RS (DJ 24.09.2001).

Recurso especial não conhecido.” (Recurso Especial nº 450.883/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, publicado no DJ em 19/12/2003 p. 453)



“PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM DEPÓSITO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR. VALIDADE. DECRETO-LEI N. 911, ART. 2º, § 2º. EXEGESE.

I. Válida a notificação para constituição em mora do devedor efetuada em seu domicílio, ainda que não lhe entregue pessoalmente. Precedentes do STJ.

II. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a extinção do processo, determinando ao Tribunal de Alçada a apreciação das demais questões postas no agravo de instrumento.” (Recurso Especial nº 692.237/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, publicado no DJ em 11/04/2005 p. 329)

“AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DA MORA. NOTIFICAÇÃO VÁLIDA. AR. PURGAÇÃO DA MORA. SÚMULA 284 STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DEVOLUÇÃO E PARCELAS. CDC. MEIO INIDÔNEO.

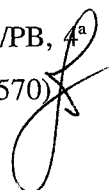
- Para a comprovação da mora é suficiente a notificação por Aviso de Recebimento (AR) entregue no endereço do devedor, não sendo exigido que a assinatura seja do próprio destinatário. Precedentes.

- Não cabe discutir, em ação de busca e apreensão do bem entregue em alienação fiduciária, a devolução ou não das parcelas pagas.” (Recurso Especial nº 343.751/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ de 01/03/2004 p. 178)

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DA MORA. NOTIFICAÇÃO. AVISO DE RECEBIMENTO. MEIO HÁBIL. PRECEDENTES.

1 - A notificação de constituição do devedor em mora, feita com aviso de recebimento pelos Correios, desde que entregue no endereço do devedor, é meio hábil a subsidiar a ação de busca e apreensão. Precedentes.

2 - Recurso especial conhecido e provido.” (Recurso Especial nº 771.368/PB, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJ em 01/02/2006 p. 570)



33. A posição do STJ sobre a notificação para fins de constituição em mora em contratos garantidos por propriedade fiduciária pode perfeitamente ser usada como parâmetro para a aceitação da carta com aviso de recebimento independente de entrega pessoalmente ao consumidor contratante, dada a identidade de razões jurídicas que incidem sobre ambas as situações, consistente na necessidade de interpelar o consumidor para que evite as consequências da mora, mora essa que já é de seu conhecimento, uma vez que o vencimento da dívida ocorre em data certa, conhecida do consumidor.
34. Ora, se a notificação por via postal é entregue no local em que o consumidor contratante fixou seu domicílio, presume-se que esse consumidor contratante autorizou o terceiro que seja encontrado nesse local a receber correspondências em seu nome, sendo essa presunção fundada numa regra de experiência, isto é, na observação do que ordinariamente ocorre, ou, para usar a expressão latina que denota a tradição dessa diretriz, *id quod prelumque accidit*.
35. Tal presunção é de caráter relativo – como são as *praesumptio homini* em geral – ou seja, admite prova em contrário, estando a cargo do consumidor contratante comprovar que, no seu caso concreto, não ocorreu o que ordinariamente ocorre.
36. Desse modo, é possível aceitar como prova da notificação de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, o aviso de recebimento entregue no local de domicílio do consumidor contratante, ainda que não a notificação não tenha sido recebida pessoalmente por ele.
37. O quanto se disse acima sobre a carta com aviso de recebimento se aplica ao telegrama e à notificação extrajudicial por Ofício de Registro de Títulos e Documentos, a qual, inclusive, pode se valer da via postal.
38. A ligação telefônica gravada, documentando diálogo com o consumidor, também se presta à notificação sob estudo, desde que o *script* do contato telefônico reproduza fielmente o conteúdo exigível para uma notificação eficaz.
39. É ônus da operadora de plano de assistência à saúde notificante guardar a gravação da ligação telefônica, observados os prazos prescricionais sobre a pretensão punitiva da ANS e sobre as pretensões do consumidor contratante.

40. Cumpre observar que a pretensão punitiva na esfera administrativa pode se estender por vários anos, considerando o prazo prescricional para que se deflagre a apuração da prática da conduta infrativa e os prazos de interrupção e de suspensão da pretensão punitiva previstos nos artigos 1º a 2º-A da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, e no § 6º do artigo 29 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

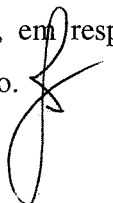
41. O uso de mensagens de texto em telefones celulares (SMS); de mensagens por Whatsapp (aplicativo de mensagens multiplataforma que usa o mesmo plano de dados da internet); do e-mail (mensagens pela internet) e de aplicativo em smartphone são, em tese, meios admissíveis de notificar o consumidor, desde que a operadora se desincumba do ônus de provar a efetiva ciência do consumidor, cumprindo observar que nenhuma das contribuições colhidas da Câmara Técnica trouxe critérios seguros para definir os meios de comprovação das notificações por esses mecanismos de comunicação.

42. Desse modo, concluir-se ser possível o uso de SMS, de Whatsapp, de e-mail e de aplicativo em smarthphone, sendo ônus da operadora comprovar no caso concreto a efetiva ciência do consumidor, não havendo como apontar parâmetros apriorísticos para definir como a notificação será comprovada.

43. Cumpre repisar o que se disse ao início desta exposição: a notificação por outro meio que não a entrega de documento no domicílio do consumidor contratante depende de expressa previsão no instrumento contratual. Desse modo, o uso de ligações telefônicas gravadas, SMS, Whatsapp, e-mail e de aplicativo em smarthphone não são admissíveis no silêncio do instrumento contratual.

44. Por fim, cumpre examinar o cabimento da notificação pela via editalícia em caso de insucesso de localização do consumidor contratante, com publicação da notificação em jornal de grande circulação.

45. É de conhecimento geral que a publicação de editais de notificação ou de citação geram uma ciência fictícia, ou seja, sabe-se de antemão que esses editais não são meios hábeis a assegurar a efetiva ciência do destinatário, constituindo-se num meio de assegurar uma remota possibilidade de ciência, em respeito ao imperativo legal de que seja colhida a ciência do destinatário da notificação.



46. O recurso ao edital, em caso de insucesso da tentativa de localização do consumidor contratante, é inexorável. Não é aceita no ordenamento jurídico brasileiro a pura e simples dispensa da notificação, mesmo que seja por edital, do ato inaugural de um procedimento tendente à interferência na esfera jurídica do destinatário da notificação.

47. É que a garantia fundamental do contraditório (inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República) impõe a participação da pessoa em procedimento tendente a interferir em sua esfera jurídica.

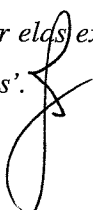
48. Com efeito, a unidade do ordenamento jurídico tem como centro de gravidade a Constituição da República, cujos preceitos se impõem diretamente não somente às relações jurídicas públicas, mas também às relações jurídicas privadas.

49. Sobre o ponto, são imprescindíveis as palavras de Pietro Perlingieri:

“Apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação.

.....
As normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e princípios constitucionais são normas.

.....
Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução ‘é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos’.



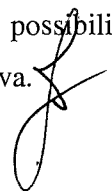
.....

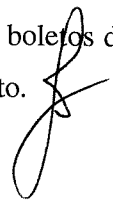
O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê a aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.” (O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 579-590, trad. Maria Cristina de Cicco)

50. Cumpre observar que a doutrina civilista vem aplicando a garantia fundamental do contraditório (e de garantias que lhe são afins, como o devido processo legal e a ampla defesa) diretamente às relações privadas, a exemplo da exigência de respeito ao direito de defesa e do contraditório para a aplicação de multa ao “condômino antissocial” pela assembleia de condôminos, como observam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (Código civil interpretado conforme a constituição da república. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 694 e 695).

51. Daí porque o respeito à garantia fundamental do contraditório, que se traduz no respeito ao direito de participação em procedimento que interfira na esfera jurídica do titular, se aplica à notificação do consumidor contratante de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998.

52. A notificação por edital se presta, nesse contexto, a respeitar o conteúdo mínimo da garantia do contraditório, consistente na asseguuração da remota possibilidade de ciência do destinatário, diante da inviabilidade de se promover sua ciência efetiva.



53. Dada a função do edital, resta claro que seu uso não pode ser dispensado nas situações em que a operadora contratada não localizou o consumidor contratante.
54. Ocorre que o consumidor contratante goza de uma especial emanção do direito fundamental à proteção da imagem, prevista no *caput* do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual *“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”*.
55. Sem dúvida, a publicação em jornal de grande circulação de uma notificação sobre a inadimplência é um tipo de constrangimento na cultura brasileira.
56. É necessário, pois, buscar conciliar a necessidade do edital, que precisa conter a identificação do consumidor contratante, a informação sobre o inadimplemento e a informação sobre as consequências do prolongamento desse inadimplemento, com a necessidade de preservar a imagem desse consumidor contratante.
57. A única forma de conciliar essas exigências é identificar o consumidor contratante por signos que lhe sejam pessoais e que não sejam de conhecimento geral: o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, com omissão dos dígitos verificadores (a omissão dos dígitos verificadores é relevante porque a referência ao número completo da inscrição no CPF possibilitaria a pessoas indiscretas revelar a identidade da pessoa, por consulta acessível no *site* da Receita Federal do Brasil) e o número da identificação do cliente perante a operadora são exemplos de dados que poderiam ser usados como identificadores, sem exposição a constrangimento do consumidor contratante.
58. A notificação a ser enviada deve ser objeto de documento próprio, não sendo suficiente a veiculação de aviso no boleto de cobrança das contraprestações pecuniárias mensais, considerando que o boleto é precipuamente um instrumento de pagamento e não de informação e considerando que, para a adequada informação do consumidor sobre uma possível situação jurídica desfavorável, é necessário que a informação lhe seja veiculada com destaque, sem mencionar o fato de que, como visto, é necessário que a notificação, se enviada por via postal, se dê com aviso de recebimento, sendo de conhecimento geral que os boletos de cobrança não são encaminhados aos consumidores por cartas com aviso de recebimento.
- 


Necessidade de Nova Notificação em face de Novo Inadimplemento

59. A última questão sobre a qual se debateu na Câmara Técnica diz respeito à necessidade de nova notificação caso o consumidor contratante, já notificado das consequências do prolongamento do inadimplemento, evite esse prolongamento num primeiro momento e, depois, incorra em novo inadimplemento.

60. Uma situação ilustra a hipótese em discussão: em 2015, o consumidor contratante paga a contraprestação pecuniária mensal com vencimento em 5 de janeiro em 30 de janeiro (inadimplemento relativo de 25 dias) e a operadora contratada constata que a contraprestação pecuniária mensal com vencimento em 5 de fevereiro não foi paga até 25 de fevereiro (inadimplemento relativo de 20 dias, com inadimplemento relativo acumulado de 45 dias), promovendo a notificação do consumidor no dia 28 de fevereiro (antes do 50º dia de inadimplemento relativo), tendo o consumidor pago a contraprestação pecuniária pendente no dia 3 de março (antes do 61º dia de inadimplemento relativo, que permitiria a rescisão unilateral do contrato). Caso esse mesmo consumidor pague a contraprestação pecuniária mensal com vencimento em 5 de abril em 30 de abril (inadimplemento relativo de 25 dias) e se constate que esse consumidor não pagou a contraprestação pecuniária mensal com vencimento em 5 de maio até 5 de julho (inadimplemento relativo de mais de 60 dias), poderia a operadora contratada rescindir unilateralmente o contrato, independente de nova notificação?

61. O elemento central para resolver a questão posta é a consideração da vulnerabilidade do consumidor contratante.

62. A premissa teórica desse elemento central é a conjugação da Lei nº 9.656, de 1998, e do Código de Defesa do Consumidor, que se impõe não somente pela singela menção ao artigo 35-G da Lei nº 9.656, de 1998 (*“Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990”*), mas, principalmente, pela necessário diálogo das fontes que decorre da conjugação entre a unidade do ordenamento jurídico e a pluralidade de fontes normativas que o caracteriza.

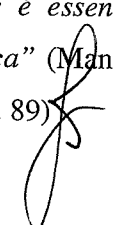


63. Diálogo das fontes, expressão criada por Erik Jayme, significa “a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não iguais”, sendo especialmente relevante o diálogo entre o marco regulatório da saúde suplementar e o Código de Defesa do Consumidor, como expressão de que “também entre leis especiais há diálogo das fontes: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade e diálogo de adaptação ou coordenação” (Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87 e 96).

64. Dado o diálogo das fontes entre a Lei n 9.656, de 1998, e o Código de Defesa do Consumidor, não se pode deixar de observar que o contratante de plano privado de assistência à saúde de tipo de contratação individual é consumidor, e, por essa condição, vulnerável – cabe registrar que um dos princípios básicos da Política Nacional das Relações de Consumo é o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, nos termos do inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor – ou seja, apresenta quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática (que se expressa, no campo processual, como hipossuficiência) e a informacional.

65. Sobre a vulnerabilidade informacional, Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa observam:

“Em resumo, na sociedade atual é na informação que está o poder, a falta esta representa intrinsecamente um minus, uma vulnerabilidade quanto mais importante for esta informação detida pelo outro. [...] Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio na relação vis-à-vis os fornecedores, os quais, muito mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física” (Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89)



66. É por força da vulnerabilidade do consumidor, especialmente da informacional, que não se pode prescindir de nova notificação a cada momento em que se configurar o fato-tipo previsto no inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, sendo cada nova notificação expressão do especial dever de informar que se impõe ao fornecedor, ou seja, à operadora contratada.

67. Durante a Câmara Técnica, chegou-se a suscitar a necessidade de ponderação do custo dessas novas notificações especialmente em relação ao tíquete médio dos planos exclusivamente odontológicos, que, como se sabe, têm valor baixo.

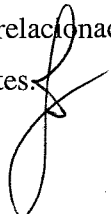
68. Se confrontado o valor do custo da notificação com o valor do tíquete médio de um plano exclusivamente odontológico o resultado da equação é expressivo.

69. Ocorre que esse custo não deve ser confrontado com o tíquete médio, uma vez que essa razão não se apresenta para todos os beneficiários (lembrando que o tíquete médio expressa o produto da divisão das receitas diretas com a operação de planos de saúde pelo número de beneficiários). Com efeito, a correta análise do impacto econômico-financeiro das notificações deve considerar o custo global dessas notificações e o faturamento bruto das operadoras. Posta a análise em seus corretos termos, não se encontrou qualquer indicativo de que as notificações representariam um ônus excessivo para as operadoras, inclusive para aquelas que operam planos exclusivamente odontológicos.

70. Desse modo, entende-se ser necessária nova notificação do consumidor contratante a cada vez que se verificar o fato-tipo previsto no inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998.

Outras Questões

71. Cumprir registrar que durante a Câmara Técnica foram apontadas três outras questões direta ou indiretamente relacionadas ao tema sob exame, que passam a ser apontadas brevemente nos parágrafos seguintes.



72. A primeira questão adicional diz respeito à possibilidade de rescindir unilateralmente o contrato durante a internação de dependente, observando que o inciso III do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, veda literalmente apenas a rescisão unilateral em caso de internação do titular do contrato².

73. A interpretação puramente literal é inaceitável. Como ensina Pietro Perlingieri, *“‘Entender’ a norma não é, e nem pode ser, o resultado da exegese puramente literal, mas é a individualização da sua lógica e da sua justificação axiológica; e isso é impossível sem levar em conta o restante do ordenamento e dos princípios que o sustentam”* (O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 629, trad. Maria Cristina de Cicco).

74. Durante a internação, não há dúvida da hipervulnerabilidade do consumidor, seja ele dependente ou titular do contrato, o que, só por si, já justificaria a interpretação extensiva do inciso III do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, em interpretação sistemática com o inciso I do artigo 4º e com o inciso I do artigo 6º, ambos do Código de Defesa do Consumidor (tratando, respectivamente, da vulnerabilidade do consumidor e do seu direito básico de proteção da vida e da saúde).

75. Mas há mais. O dependente do consumidor contratante de plano privado de assistência à saúde é, comumente, um familiar muito próximo³ (o filho do contratante, por exemplo, é expressamente reconhecido como dependente pela alínea “b” do inciso III do artigo 12 da Lei nº 9.656, de 1998). Ora, na mesma ordem de razões em que se reconhece, pacificamente, o dano moral por ricochete em caso de lesão a ente querido, é possível vislumbrar a hipervulnerabilidade do consumidor contratante (“o titular”) diante da internação de ente querido muito próximo, como o filho, nessa situação o consumidor dependente.

² Art. 13.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

³ O caput do artigo 3º da Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009, dispõe que “Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar” e o § 1º do mesmo artigo dispõe que “A extinção do vínculo do titular do plano familiar não extingue o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes”, sem especificar as pessoas que podem ser incluídas como dependentes.

76. Daí porque não existe motivo para conferir tratamento diferenciado à internação do consumidor dependente para o fim de admitir a rescisão ou suspensão unilateral do contrato, impondo-se a interpretação extensiva do inciso III do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, para reconhecer a vedação da rescisão ou da suspensão unilateral do contrato por iniciativa da operadora em caso de internação tanto de titular quanto de dependente no contrato.

77. A segunda questão adicional diz respeito à possibilidade de a operadora de plano de assistência à saúde recusar a celebração de novo contrato com consumidor cujo vínculo contratual com a mesma operadora foi rescindido por inadimplência, enquanto permanecer a inadimplência, sendo de amplo conhecimento que a ANS vem promovendo interpretação extensiva do disposto no artigo 14 da Lei nº 9.656, de 1998⁴, para vedar a recusa de contratação.

78. O exame desta questão foge ao escopo do processo administrativo de que trata a Câmara Técnica, uma vez que a questão que se coloca diz respeito à contratação e não à rescisão ou à suspensão do contrato, esses últimos componentes do objeto do processo.

79. A terceira e última questão adicional diz respeito à necessidade de regulamentação da possibilidade de rescisão unilateral do contrato por iniciativa da operadora em caso de fraude praticada pelo consumidor em casos diversos da omissão deliberada pelo consumidor, na declaração de saúde, de doença ou lesão de que saiba ser portador ou sofredor.

80. O exame desta questão foge ao escopo do processo administrativo de que trata a Câmara Técnica, cujo objeto é a fixação de entendimentos sobre as normas postas e não a discussão sobre novas normas.

Conclusão

81. Face ao exposto, sugere-se que seja proposta à Diretora de Fiscalização a avaliação da conveniência e da oportunidade de propor à Diretoria Colegiada a edição de Súmula Normativa tratando da interpretação do artigo 82 da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006, que trata da suspensão ou rescisão unilateral de contrato individual, conforme previsto no inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

⁴ Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

82. A título de contribuição no caso de eventual acolhimento da proposta, sugere-se que sejam estabelecidos os seguintes entendimentos:

1. A notificação de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, deve ter o seguinte conteúdo:

(1) Identificação da operadora de plano de assistência à saúde, contendo nome, endereço, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e número de registro perante a ANS;

(2) Identificação do consumidor;

(3) Identificação do plano privado de assistência à saúde contratado;

(4) Valor exato e atualizado do débito;


(5) período de atraso com indicação das competências em aberto e do número de dias de inadimplemento absoluto ou relativo constatados na data de emissão da notificação;

(6) forma e prazo para regularização da situação do consumidor, indicando meio de contato para o esclarecimento de dúvidas;

(7) consequências da não regularização da situação do consumidor: rescisão ou suspensão unilateral do contrato e ainda, opcionalmente, alerta sobre as possibilidades de inscrição do devedor em cadastros restritivos de crédito, de cobrança da dívida e de exposição do consumidor inadimplente a novas contagens de carência e de cobertura parcial temporária.

2. São aceitáveis a notificação pessoal, por via postal com aviso de recebimento, por SMS, por Whatsapp, por e-mail e por aplicativo em smarthphone, observado o previsto nos itens seguintes.

3. No caso de notificação por via postal com aviso de recebimento, entregue no endereço do consumidor contratante, presume-se, até prova em contrário, que o consumidor contratante foi notificado, não sendo necessária sua assinatura no aviso de recebimento.



4. A notificação por SMS, por Whatsapp, por e-mail e por aplicativo em smartphone só será admissível mediante expressa previsão no instrumento contratual de que esses meios serão considerados eficazes para comunicação entre as partes, inclusive para o fim de que trata o inciso III do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998.

5. No caso de notificação por SMS, por Whatsapp, por e-mail e por aplicativo em smartphone, a operadora tem o ônus de comprovar no caso concreto a efetiva ciência do consumidor, o que será aferido caso a caso.

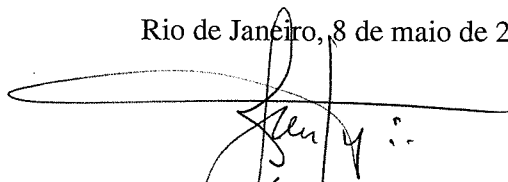
6. Caso o consumidor contratante não seja localizado, a operadora contratada deverá notificá-lo por edital, publicado em jornal de grande circulação do local do último domicílio conhecido, identificando o consumidor contratante pelo seu número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, com omissão dos dígitos de verificação, e pelo seu número de inscrição como cliente da operadora contratada, não sendo admissível o uso na publicação do nome do consumidor contratante.

7. É obrigatória a notificação do consumidor contratante, para o fim previsto no inciso III do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656, de 1998, cada vez que se verificar a situação prevista no dispositivo legal, independente de já se ter promovido notificações em situações semelhantes envolvendo o mesmo consumidor e o mesmo contrato.

8. É vedada a rescisão ou suspensão unilateral do contrato por iniciativa da operadora, qualquer que seja o motivo, durante a internação de titular ou de dependente, no caso de plano privado de assistência à saúde de contratação individual ou familiar.

83. À consideração superior.

Rio de Janeiro, 8 de maio de 2015



SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS
Gerente Geral Substituto
Gerência Geral de Fiscalização

De acordo. À Diretora de Fiscalização.

Rio de Janeiro, de de 2015

SURIÊTTE APOLINÁRIO DOS SANTOS

Diretor Adjunto
Diretoria de Fiscalização

Aprovo a Nota nº /2015/GGFIS/DIFIS/ANS, cujos fundamentos adoto como razões de decidir para propor a edição de Súmula Normativa, nos termos sugeridos. Encaminhe-se à Procuradoria Federal junto à ANS para parecer jurídico, visando a subsidiar futura deliberação da Diretoria Colegiada.

Rio de Janeiro, de de 2015

SIMONE SANCHES FREIRE

Diretora de Fiscalização