

REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

ANO 5 – Nº 5

QUARTIER LATIN
20 Anos

 **UNIDAS** | **20**
AUTOGESTÃO EM SAÚDE *Anos*

REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

ANO 5 – Nº 5
2021

QUARTIER LATIN

 **UNIDAS** | **20** *Anos*
AUTOGESTÃO EM SAÚDE

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR – RDSS

JOSÉ LUIZ TORO DA SILVA

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2004). Doutor em Direito pela FADISP (2015). Professor licenciado da Universidade de Guarulhos. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Saúde Suplementar. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do World Association for Medical Law. Palestrante nacional e internacional. Advogado e Professor.

MAURÍCIO TESSEROLI MIOT

Mestre em Direito Tributário pelo UNICURITIBA. Pós-graduado em Processo Tributário pela PUC/PR. Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA. Membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDT/PR. Advogado.

NILDEVAL CHIANCA JR.

Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogado e Professor com atuação especializada em Direito da Saúde Suplementar e Direito do Trabalho.

OSVALDO JOSÉ CATENA JÚNIOR

Advogado, Assessor Jurídico da CABERGS, especializado em Direito da Saúde Suplementar, pós-graduado em Business Law pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra.

WELINGTON LUIZ PAULO

Mestre em Direito Tributário pelo UNICURITIBA. Pós-graduado em Processo Tributário pela PUC/PR. Pós-graduado em Direito Aduaneiro pelo UNICURITIBA. Bacharel em Direito pela PUC/PR. Secretário da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR. Membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDT/PR. Advogado.

Organizadores:

José Luiz Toro da Silva

Maurício Tesseroli Miot

Nildeval Chianca Jr.

Oswaldo José Catena Júnior

Welington Luiz Paulo

REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

ANO 5 – Nº 5

2021

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2021
quartierlatin@quartierlatin.art.br

REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

2021

Publicação de UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde
Alameda Santos, 1.000 – 8º andar – Cerqueira César
CEP 01418-100 – São Paulo – SP
Tel: (11) 3289-0855

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL
Rua General Flores, 508 – Bom Retiro – São Paulo
Telefone: (11) 3222-2423
CEP 01129-010 – São Paulo – SP
Email: quartierlatin@globo.com

Coordenador editorial: Vinicius Vieira
Produção editorial: José Ubiratan Ferraz Bueno
Diagramação: Marcello Mendonça Cavalheiro
Revisão: Studio Quartier
Capa: Anderson Santos Pinto

Toro da Silva, José Luiz; Miot, Maurício Tesseroli; Chianca Jr., Nildeval; Catena Júnior, Osvaldo José; Paulo, Welington Luiz (Org.). Revista de Direito da Saúde Suplementar – Ano 5 – nº 5 – Anual. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

ISSN: 2595-7627

1. Direito da Saúde. 2. Saúde Suplementar. 3. Direito Regulatório

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito da Saúde
2. Brasil: Saúde Suplementar
3. Direito Regulatório

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Editorial.....7

Da Taxa Por Plano de Assistência à Saúde – TPS: Inciso I do Art. 20 da Lei Nº 9.961/00 e da Majoração da Taxa de Saúde Suplementar – TSS Por Portaria Administrativa (Portaria Interministerial Nº 700/2015 do Ministério da Fazenda).....9

LUIZA DE OLIVEIRA MELO

Reflexões Sobre o “Parecer Técnico Nº 34/Geas/Ggras/Dipro/2021 – Cobertura: Técnica Minimamente Invasiva, Laser, Navegador, Robótica, Escopias, Radiofrequência”.....23

ANA PAULA PINHEIRO

TÂMISSA DAYLA MARCENES SOARES

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Ans – Agência Nacional de Saúde Suplementar e o Recurso Especial N.º 1.733.013-Pr – Primeira Decisão em Consonância a Lei dos Planos de Saúde.....35

DANIEL CONDE FALCÃO RIBEIRO

Os Efeitos Jurídicos Decorrentes da Crise do Coronavírus no Direito Tributário do Brasil e Portugal Nas Atividades de Saúde.....57

WELINGTON LUIZ PAULO

JOSÉ LUIZ TORO DA SILVA

Só Atendo com o Consentimento de um Pai/Responsável? A LGPD na Saúde e o Dilema do Consentimento do Menor.....71

LUIZ FERNANDO PICORELLI

Por Que os Pedidos Judiciais de “Home Care” Aumentaram Consideravelmente Após a Nova Regulação do Emprego Doméstico?95

NILDEVAL CHIANCA JR.

O Compartilhamento de Gestão de Riscos Entre as Autogestões em Saúde e seus Reflexos Tributários 113

MAURÍCIO TESSEROLI MIOT

WELINGTON LUIZ PAULO

Análise de Impacto Regulatório na Regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar 125

ELAINE GONÇALVES VIANNA

Agentes de Tratamento na Saúde Suplementar 141

JOSÉ LUIZ TORO DA SILVA

RAFAEL DIAS DA CUNHA

EDITORIAL

No ano em que a UNIDAS completa duas décadas de existência, continuamos em um momento desafiador, no qual a construção coletiva é fundamental. Por meio dela é que, juntos, encontraremos soluções para enfrentar este cenário.

O quinto exemplar da Revista Jurídica da Saúde Suplementar sintetiza o DNA colaborativo de nosso segmento, trazendo um conteúdo enriquecedor não só para todas as autogestões do país, mas também para o mercado de saúde, parlamentares, poder judiciário e demais players do setor.

Nesta edição os articulistas abordaram temas como: agentes de tratamento na saúde suplementar, os efeitos jurídicos decorrentes da crise do coronavírus no direito tributário do Brasil e Portugal nas atividades de saúde, análise de impacto regulatório na regulamentação da ANS, entre outros.

Lembro que a UNIDAS veste a camisa de todas as autogestões, mas só as filiadas vestem a camisa da UNIDAS. A elas, nosso agradecimento especial.

Boa leitura!

ANDERSON MENDES

Presidente da UNIDAS – Autogestão em Saúde

Da Taxa Por Plano de Assistência à Saúde – TPS: Inciso I do Art. 20 da Lei Nº 9.961/00 e da Majoração da Taxa de Saúde Suplementar – TSS Por Portaria Administrativa (Portaria Interministerial Nº 700/2015 do Ministério da Fazenda)

LUIZA DE OLIVEIRA MELO¹

I. RESUMO

Esse artigo apresenta algumas considerações a respeito da Taxa por Plano de Assistência à Saúde – TPS, prevista no inciso I do art. 20 da Lei nº 9.961/00.

As Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde possuem a obrigação de recolherem a denominada Taxa de Saúde Suplementar – TSS, cujo fato gerador é o exercício, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído pela Lei nº 9.961/00.

Referida taxa, bem como seus fatos geradores, foram instituídos pela Lei 9.961/00, que estabeleceu seu recolhimento obrigatório para todas as pessoas jurídicas que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando à assistência médica, hospitalar ou odontológica, categoria em que se enquadram as Operadoras.

Nos termos do art. 20 da citada Lei nº 9.961/00, a Taxa de Saúde Suplementar – TSS se divide em subespécies de taxas, conforme abaixo:

¹ Advogada contratada pelo Escritório Oliveira Rodarte Advogados desde janeiro de 2012, com atuação profissional na área de saúde suplementar, coordenando o contencioso e realizando atividades relacionadas ao acompanhamento de processos judiciais e consultorias. Membro da Comissão de Saúde Suplementar da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Minas Gerais. Formação acadêmica na Faculdade de Direito Milton Campos, com pós-graduação (Master of Business Administration -MBA Pleno) em Direito Civil e Processual Civil concluída pela Fundação Getúlio Vargas e pela Fordham University School of Law.

“Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

I. por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II. por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.”

De acordo com a regulamentação da ANS que adiante será enunciada, a Autarquia conferiu às taxas acima as seguintes nomenclaturas: a taxa prevista no inciso I do art. 20 da Lei nº 9.961/00 se denomina de Taxa por Plano de Assistência à Saúde – TPS e as demais Taxas descritas no inciso II do art. 20 da mesma norma se denominam, respectivamente, de Taxa por Registro de Produto – TRP, Taxa por Alteração de Dados de Produto – TAP, Taxa por Registro de Operadora – TRO, Taxa por Alteração de Dados de Operadora – TAO e Taxa por Pedido de Reajuste de Contraprestação Pecuniária – TRC.

Atualmente, o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ reconhece a ilegalidade e inconstitucionalidade da denominada Taxa por Plano de Assistência à Saúde – TPS, visto que a mensuração de sua base de cálculo apenas se deu por força de normas da ANS e não de leis em sentido formal, sendo ainda controversa, na jurisprudência, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da majoração promovida no valor de todas as taxas periodicamente recolhidas pelas Operadoras por força da publicação da Portaria Interministerial nº 700, de 31 de agosto de 2015, do Ministério da Fazenda, publicada no Diário Oficial da União – DOU em 01.09.2015 e que atualizou monetariamente os valores da mencionada Taxa de Saúde Suplementar – TSS (gênero que abarca todas as taxas já referidas), notadamente por afronta ao disposto nos artigos 150 da Constituição Federal e art. 97, II do Código Tributário Nacional.

II. DESENVOLVIMENTO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já adiantado, a ANS denominou a Taxa descrita no inciso I do art. 20 da Lei nº 9.961/00 de Taxa por Plano de Assistência à Saúde.

Trata-se da taxa com maior periodicidade de recolhimento pelas Operadoras e seu valor, segundo consta do inciso I do art. 20 da Lei nº 9.961/00, é o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II da norma.

No caso da Taxa de Saúde Suplementar por Plano de Assistência à Saúde – TPS, embora sua criação tenha se dado pela Lei nº 9.961/00, a fixação da base de cálculo, em bases mensuráveis, somente foi promovida pela revogada Resolução da Diretoria Colegiada da ANS nº 10/2000, sendo que, atualmente, encontra-se descrita e definida no artigo 6º da Resolução Normativa nº 89 de 15 de fevereiro de 2005:

“Art 6º A TPS será devida à base de R\$ 2,00 (dois reais) por beneficiário por ano, ou R\$0,50 (cinquenta centavos de real) por beneficiário por trimestre.

§ 1º A TPS será calculada pela média aritmética do número de beneficiários no último dia do mês, considerados os 3 (três) meses que antecederem ao mês do recolhimento, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 2º Para efeito de cálculo da TPS, será considerado o total de beneficiários aferido no último dia útil de cada mês, devendo ser excluído, para fins de base de cálculo, o total de beneficiários maiores de 60 (sessenta) anos, bem como aqueles que completarem 60 (sessenta) anos no trimestre considerado.

§ 3º No cálculo da TPS, as operadoras farão jus aos descontos previstos nos incisos VII e VIII do art. 3º, conforme Tabelas I e II constantes do Anexo II desta Resolução.”

Especialmente o §1º do art. 6º da citada norma não encontra qualquer reprodução na Lei nº 9.961/00 e representa, portanto, verdadeira mensuração da forma de fixação da base de cálculo da Taxa contestada.

Segundo dispõe a CF, em seu art. 150 e, na mesma linha de entendimento, também o art. 97 do CTN:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)”

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

(...)

§ 1º. Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.”

(Grifou-se).

Dessa maneira, a originária e revogada Resolução da Diretoria Colegiada da ANS nº 10/2000, bem como a vigente Resolução Normativa nº 89/2005, também editada pela ANS, acabaram por estabelecer a própria base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar por Plano de Assistência à Saúde – TPS, que foi criada pela Lei 9.961/00, em clara afronta ao Princípio Constitucional da Legalidade e ao inciso IV do art. 97 do CTN.

Registra-se que o princípio da legalidade representa um dos pilares do estado democrático de direito. Por consequência, tal princípio se estende a todos os ramos do direito.

O artigo 5º, II da CF, conceitua-o: *“Ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão em virtude da lei”*.

No âmbito tributário, o princípio da legalidade constitui o mais importante limite imposto aos governantes na atividade da tributação, sendo informado pelos ideais de segurança jurídica e justiça. Nesse sentido, estabeleceu o legislador constituinte que o tributo, gênero no qual se incluem as taxas, só pode ser criado e majorado por lei, na forma do já citado art. 150, I da Constituição Federal de 1.988.

O princípio da legalidade no direito tributário garante ao contribuinte a existência de uma lei para criar e cobrar o tributo, pois não será imputada uma obrigação tributária ao contribuinte sem que antes sejam observadas as formalidades legais concernentes à elaboração de uma lei em sentido formal.

Trata-se, pois, de uma real e inflexível limitação constitucional ao poder de tributar, pela qual a lei deve conter, por completo, todos os elementos da hipótese de imposição.

Portanto, os limites postos ao poder de tributar devem ser observados, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, o princípio da estrita legalidade tributária se apresenta com a proibição constitucional dirigida à administração federal, estadual e municipal, de instituir ou aumentar tributos, bem como de fixar alíquota ou base de cálculo, sem que haja uma lei que assim autorize.

Nesses termos, destaca-se relevante passagem de decisão pronunciada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF 4, em referência à jurisprudência do STJ, em caso semelhante, que concluiu pela ausência de possibilidade de fixação de base de cálculo por ato infra legal:

“TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO. DEFINIÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO. RDC Nº 10. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE.

1. Pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que somente por meio da previsão do art. 3º da Resolução RDC nº 10 é que foi possível atribuir uma perspectiva objetivamente mensurável à base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar. No intuito de regulamentar o

art. 20 da Lei 9.961/2000, tal ato normativo acabou por estabelecer a própria base de cálculo da Taxa.

2. Inválida a previsão contida no mencionado dispositivo da Resolução RDC nº 10/2000, ato infralegal que, por fixar, de fato, a base de cálculo da Taxa, acabou por violar o princípio da legalidade (art. 97, inciso IV, do CTN). Conclui-se, portanto, deve ser reconhecida a inexigibilidade da Taxa de saúde Suplementar prevista no art. 20, I, da Lei nº 9.961/2000.

(TRF4, APELREEX 5001512-42.2012.404.7000/PT, data da decisão: 14/01/2015, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator Des. Jorge Antonio Maurique)“

(Grifou-se).

Não obstante a decisão citada, colacionam-se abaixo outros exemplos de posição do STJ sobre o mesmo assunto:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.661/2000. BASE DE CÁLCULO EFETIVAMENTE DEFINIDA NA RESOLUÇÃO RDC Nº 10. VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO PELA INEFICÁCIA TÉCNICO-JURÍDICA DA LEI 9.661/2000 NA SUA INSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência das Turmas que integram a Primeira Seção firmou-se no sentido de que o artigo 3º da Resolução RDC 10/00 terminou por criar a própria base de cálculo da Taxa de saúde Suplementar – instituída por meio da Lei 9.961/00. Nesse sentido, não é possível a fixação de base de cálculo por outro instrumento normativo que não lei em seu sentido formal, razão pela qual é inválida a previsão contida no referido art. 3º, por afronta ao disposto no art. 97, IV, do CTN. 2. Precedentes: REsp 728.330/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 15/04/2009; EDcl no REsp 1.075.333/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/06/2010; AgRg no REsp 1.329.782/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,

DJe 09/11/2012; AgRg no AREsp 470.021/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/05/2014; AgRg no AREsp 502.641/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 26/08/2014. Destarte merece ser mantido o acórdão recorrido, pois em sintonia com a jurisprudência do STJ. Incidindo, ao caso, o óbice da Súmula 83/STJ, aplicável, também quando o recurso especial é interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional. 3. Agravo regimental não provido.

(STJAgRg no REsp 1434606/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)”

(Grifou-se)

*“TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.661/2000. BASE DE CÁLCULO. DEFINIÇÃO NA RESOLUÇÃO RDC Nº 10. INEXIGIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. PRECEDENTES. **1. O art. 3º da Resolução RDC 10/00 acabou por estabelecer a própria base de cálculo da Taxa de saúde Suplementar, que foi criada pela Lei 9.961/00, de forma que não se pode aceitar a fixação de base de cálculo por outro instrumento normativo que não lei em seu sentido formal, razão por que inválida a previsão contida no referido art. 3º, por afronta ao disposto no art. 97, IV, do CTN.** 2. Precedentes: REsp 728.330/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 15/04/2009; EDcl no REsp 1.075.333/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/06/2010; AgRg no REsp 1.329.782/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 09/11/2012. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STJ, AgRg no AREsp 470.021/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014)”

(Grifou-se)

Importa notar que as decisões do STJ citadas fazem referência à já revogada RDC nº 10. A despeito disso, atualmente, vigora para a mes-

ma finalidade de regular o recolhimento da Taxa, a Resolução Normativa nº 89/2005 da ANS, conforme já explicado.

Para o STJ, “*somente por meio da previsão do art. 3º da Resolução RDC nº 10 é que foi possível atribuir uma perspectiva objetivamente mensurável à base de cálculo da respectiva Taxa. Assim, no intuito de apenas regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa*” (AgRg no REsp 1329782 / RS).

Referido argumento, como dito, ainda se sustenta, visto que a Resolução Normativa nº 89/2005 mantém redação semelhante.

Assim, não restam dúvidas da pertinência do reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da Taxa recolhida pelas Operadoras por conta dos desdobramentos do inciso I do art. 20 da Lei nº 9.961/00.

A Taxa de Saúde Suplementar – TSS, que abrange todas as subespécies de taxas, inclusive a TPS tratada no subitem antecedente, teve seu valor majorado pela Portaria Interministerial nº 700/2015 do Ministério da Fazenda.

Historicamente, esclarece-se que, em 21 de julho de 2015, foi instituída a Medida Provisória nº 685, que, além de criar o Programa de Redução de Litígios Tributários – PRORELIT, autorizou o Poder Executivo Federal a atualizar monetariamente o valor de diversas taxas, dentre elas, a TSS:

“Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a atualizar monetariamente, na forma do regulamento, o valor das taxas instituídas:

(...)

VI no art. 18 da Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000;”

Em decorrência da edição desta MP, em 31 de agosto de 2015, foi publicado o Decreto nº 8.510, que regulamentou a mencionada Medida Provisória, permitindo a atualização da TSS por ato conjunto do Ministério da Fazenda e do Ministro de Estado ao qual esteja vinculado o órgão ou a entidade que preste o serviço público ou exerça o poder de polícia relacionado à exigência do tributo.

Nesse sentido, a Portaria Interministerial nº 700/2015 do Ministério da Fazenda, que entrou em vigor em 09 de setembro de 2015, majorou a TPS, estabelecida pela Lei nº 9.961/00 como sendo de R\$ 2,00 (dois reais), devidos pelo número médio de usuários de cada plano de saúde, para R\$ 5,39 (cinco reais e trinta e nove centavos).

A majoração da Taxa de Saúde Suplementar – TSS, pelo meio citado, apresenta vício de ilegalidade, visto que afronta ao inciso I do art. 150 da CF e ao inciso II do art. 97 do CTN:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)”

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

.....
II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65”.

(Grifou-se).

Ora, se a própria Constituição Federal, bem como o CTN, estabelecem que somente a lei em sentido formal pode criar e majorar tributos, patente a inconstitucionalidade, não somente da Portaria Interministerial nº 700/15, mas também da MP 865/15 e do Decreto nº 8.510/15, ao pretenderem majorar o valor da TSS, além de consistir em grave ofensa ao princípio da legalidade.

Importante perceber que não se tratou de mera atualização monetária da base de cálculo da TSS, que pode se dar por ato infralegal, conforme permissivo do §2º do art. 97 do CTN, mas de verdadeira majoração do valor da taxa, que passou de R\$ 2,00 (dois reais) para R\$ 5,39 (cinco reais e trinta e nove centavos), o que consiste em um aumento de 240%.

Assim, apenas por força de Lei poder-se-ia aumentar as taxas cobradas pela ANS.

E não se diga que a edição da Medida Provisória 865 e a autorização por ela concedida ao Poder Executivo teriam o condão de modificar

o quadro de ilegalidade e inconstitucionalidade mencionado, visto que compete apenas à própria lei eventualmente majorar os tributos e não conceder a ente sem competência a incumbência de fazê-lo.

Importa ainda frisar que a Portaria menciona ter havido mera atualização monetária dos valores devidos pelas Operadoras a título de TSS. Contudo, não especifica quaisquer critérios técnicos que possam ter resultado no aumento, por exemplo, pela aplicação acumulada de um indexador financeiro.

Conforme já explicado, por exemplo, a TPS, que antes era fixada em R\$ 2,00 (dois reais), por beneficiário, passou a ser fixada em R\$ 5,39 (cinco reais e trinta e nove centavos), o que resulta em um aumento de mais de 240% (duzentos e quarenta por cento).

Cita-se, em consonância, posição da jurisprudência em caso semelhante, em que se percebe a inobservância do princípio da legalidade na majoração de taxa mediante Portaria:

“TRIBUTÁRIO. TAXA DE AUTORIZAÇÃO DE FOGO. QUEIMA CONTROLADA. PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PODER DE POLÍCIA. COMPULSORIEDADE. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA. PORTARIA 89/96 E 02/97. NULIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ARTS. 225, ‘CAPUT’, E § 1º, I C/C 150, I da CF/88 e 3º e 97, I e III do CTN. – Na medida em que a exação cobrada pela Autoridade para a utilização de Fogo, na chamada queima controlada, é um valor cobrado pelo Poder Público visando controlar o emprego de técnica e/ou método que põe em risco o meio ambiente e a qualidade de vida, decorrendo este controle do seu poder de polícia administrativa e visando resguardar o interesse público na preservação de área agropastoril, trata-se a espécie de taxa e não de preço público.

-Tratando-se de taxa, há de ser respeitado o Princípio da Legalidade, pelo que a sua majoração não poderá ser efetivada mediante Portaria. – Remessa oficial e Apelo Improvidos. Sentença mantida”
(fl. 200).”

(TRF-5 – AC: 217947 PE 2000.05.00.026861-8, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto),

Data de Julgamento: 26/10/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ DATA-26/01/2001 PÁGINA-419).

(Grifou-se).

Não obstante a afronta ao princípio da legalidade tributária, a majoração das alíquotas da TSS por Portaria Interministerial feriu também os princípios da anterioridade e da anualidade, conforme se demonstrará a seguir.

Os princípios da anterioridade tributária e da anualidade estão ligados diretamente à ideia da eficácia da lei tributária, ratificando o sobre princípio da segurança jurídica e evitando-se que o contribuinte se veja diante de inesperada cobrança tributária. Tais princípios são inequívocas garantias individuais do contribuinte, implicando que sua violação produzirá irremissível vício de inconstitucionalidade.

A partir da Emenda Constitucional nº 42/2003, passou-se a exigir a aplicação cumulativa das duas vertentes cronológicas do princípio da anterioridade, quais sejam, o período anual e o período nonagesimal.

As duas vertentes consubstanciam-se na determinação de que os entes tributantes não cobrem tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei majoradora ou instituidora do tributo, senão veja-se:

*“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:***

(...)

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

*b) **no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;***

*c) **antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”*

(Grifou-se).

Em outras palavras, o legislador constituinte sinaliza a possibilidade de se criar ou aumentar o tributo a qualquer tempo, todavia impõe que a eficácia da lei criadora ou majoradora fique suspensa até o início do ano posterior, quando deverá incidir.

Além disso, exige-se a aplicação cumulativa à anterioridade anual, da anterioridade nonagesimal, disposta na alínea c do inciso III do art. 150 da CF, transcrito acima, a qual prevê o decurso do prazo de 90 dias da publicação da lei para que se inicie a eficácia legislativa.

Sem observância dos regramentos expostos, a Portaria Interministerial nº 700/2015 do Ministério da Fazenda, que aumentou a alíquota de todas as modalidades da TSS, estabeleceu um prazo de apenas 09 (nove) dias entre a vigência e a eficácia da norma, haja vista que sua publicação se deu no dia 31 de agosto de 2015, e a vigência se iniciou em 09 de setembro de 2015, *in verbis*: “Art. 3º Esta Portaria entra em vigor em 9 de setembro de 2015.”

Confirma o imediatismo da cobrança majorada o conteúdo da Nota do site da ANS, publicada em 08 de setembro de 2015, ou seja, um dia antes do início da vigência da Portaria Interministerial nº 700, informando que o novo valor de todos os gêneros da TSS já teriam incidência no mês de setembro de 2015.

Explica-se ainda que, em julho de 2015, foi editada a Medida Provisória nº 685, convertida na Lei nº 13.202, de 08 de dezembro de 2015, cujo art. 8º, VI, autorizou o Poder Executivo a atualizar monetariamente o valor da Taxa de Saúde Suplementar instituída pelo art. 18 da Lei nº 9.961/2000.

A atualização foi autorizada desde que o seu valor não excedesse à variação do índice oficial de inflação apurado no período desde a última correção, em periodicidade não inferior a um ano.

Outrossim, restou exposto no parágrafo 1º do mencionado art. 8º, que “a primeira atualização monetária relativa às taxas previstas no caput fica limitada ao montante de 50% (cinquenta por cento) do valor total de recomposição referente à aplicação do índice oficial desde a instituição da taxa”.

Já o parágrafo 2º previu que, caso o Poder Executivo determinasse a atualização em montante superior ao previsto no §1º, poderia, o contribuinte, requerer a restituição do valor pago em excesso.

Em decorrência dos efeitos da legislação supracitada, foi editada a Portaria Interministerial MS/MF nº 700/2015, que dispôs sobre a atualização monetária dos valores da Taxa de Saúde Suplementar, instituída nos termos do art. 18 da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que passaram a vigorar na forma do anexo à referida Portaria.

Ocorre que os valores constantes do anexo da referida Portaria representam a adoção integral da recomposição executada a partir da acumulação no IPCA dos exercícios de 2000 a 2015.

Competiria à ANS, conforme determinado no parágrafo 1º do art. 8º da Lei nº 13.202/2015, porém, no primeiro ano de vigência da atualização, limitar o valor final da Taxa à aplicação máxima de 50% (cinquenta por cento) da recomposição total.

Assim, a recomposição que vigoraria para o primeiro ano civil subsequente à primeira atualização – vez que a periodicidade para as revisões é anual – deveria ocorrer mediante aplicação de, no máximo, 50% (cinquenta por cento) da recomposição total devida.

A despeito de qualquer discussão afeta à vigência da Portaria Interministerial MS/MF nº 700/2015, que deveria ter respeitado a *vacatio legis* mínima de 90 (noventa) dias, o fato é que, ao menos até setembro de 2016, a ANS não estava autorizada a cobrar a Taxa de Saúde Suplementar com recomposição integral do valor.

Por todo o exposto, a própria ANS vem reconhecendo, nos termos do §2º do art. 8 da Lei nº 13.202/2015, que devem ser restituídos os valores indevidamente cobrados das Operadoras desde a recomposição da Taxa de Saúde Suplementar, e tem promovido as devidas restituições administrativas.

REFERÊNCIAS

Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000;

Resolução Normativa nº 89/2005, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar;

Código Tributário Nacional – CTN;

Constituição Federal de 1988 – CF de 88.

Reflexões Sobre o “Parecer Técnico Nº 34/ Geas/Ggras/Dipro/2021 – Cobertura: Técnica Minimamente Invasiva, Laser, Navegador, Robótica, Escopias, Radiofrequência”

ANA PAULA PINHEIRO¹

TÂMISSA DAYLA MARCENES SOARES²

O presente artigo tem por objetivo apresentar reflexões a respeito do atual entendimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS acerca da cobertura de “técnica minimamente invasiva, laser, navegador, robótica, escopias, radiofrequência” no âmbito da saúde suplementar, contido no Parecer Técnico nº 34/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021³, apresentando os impactos identificados no setor.

No referido Parecer Técnico, a Agência evidencia a prerrogativa do profissional assistente na determinação da conduta diagnóstica e terapêutica mais adequada para os casos de sua responsabilidade, que deve, todavia, respeitar os protocolos e diretrizes publicados pela ANS para fins de obrigatoriedade da cobertura pelos planos de saúde.

Nesse sentido, em relação às intervenções realizadas por laser ou outras técnicas minimamente invasivas, há previsão de que estas so-

1 Sócia do escritório Oliveira Rodarte Advogados. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC, pós-graduada em Direito Previdenciário pelo Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos Avançados - IEJA. Possui participação em congressos e seminários sobre o mercado de saúde suplementar atuando desde 2006. Palestrante em treinamentos e workshops relacionados à regulação do setor de saúde suplementar.

2 Advogada contratada pelo escritório Oliveira Rodarte Advogados desde janeiro de 2014, com atuação profissional na área de saúde suplementar. Formada em Direito pela PUC Minas, com capacitação em Direito à Saúde baseada em Evidências pelo Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Sírio-Libanês, pós-graduada em Gestão de Saúde pela PUC Minas e em Advocacia Cível pela Universidade FUMEC.

3 Disponível em https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_34_2021_tecnica_minimamente_invasiva_laser_navegador_robotica_escopias_radiofrequencia.pdf < Acesso em 23/08/2021 > .

mente terão cobertura assegurada pelos planos de saúde quando assim especificados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS (“Rol da ANS”), respeitada a segmentação assistencial contratada, restando, nesses casos, igualmente garantidos todos os insumos necessários à execução do procedimento (taxas, materiais, contrastes, medicamentos etc), desde que regularizados e/ou registrados e suas indicações constem da bula/manual perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou disponibilizado pelo fabricante.

Na hipótese acima, com referência às escopias, foi destacada, ainda, a garantia de cobertura com dispositivos ópticos ou de vídeo para captação das imagens.

Cumprido esclarecer que as regras acerca da cobertura em relação às intervenções realizadas por laser ou outras técnicas minimamente invasivas garantidas pelo Rol da ANS decorrem de previsão expressa da regulamentação⁴:

Art. 12. Os procedimentos realizados por laser, radiofrequência, robótica, neuronavegação ou outro sistema de navegação, escopias e técnicas minimamente invasivas somente terão cobertura assegurada quando assim especificados no Anexo I.

Parágrafo único. Todas as escopias listadas nos Anexos têm igualmente assegurada a cobertura com dispositivos ópticos ou de vídeo para captação das imagens.

A partir das informações acima mencionadas, a Agência firmou o seguinte entendimento:

“(…) Portanto, caso o profissional assistente solicite um procedimento que conste no Rol vigente, mas concomitantemente solicite materiais/dispositivos utilizados exclusivamente em procedimentos cuja técnica não conste especificada no Rol de Procedimentos, a operadora não está obrigada a cobri-los, desde que isto esteja devidamente comprovado nas indicações da bula/manual/instruções de uso junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou disponibilizada pelo fabricante.

4 Resolução Normativa da ANS – RN nº 465, de 2021.

Nestes casos, a operadora de planos de saúde estará cumprindo a legislação competente ao garantir o procedimento “convencional”, assim como as taxas, materiais/dispositivos, contrastes, medicamentos, entre outros, necessários para a execução do procedimento de cobertura obrigatória, desde que estejam regularizados e registrados e suas indicações constem da bula/manual/instruções de uso, respeitados ainda os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer outro tipo de relação entre a operadora de planos de saúde e prestadores de serviço de saúde, conforme o Artigo 8º, inciso III, da RN n.º 465/2021. (...)”

Assim, no âmbito da Agência, caso se trate de procedimento coberto pelo Rol da ANS somente pela técnica convencional e a solicitação do profissional assistente envolva a realização pela técnica minimamente invasiva (inclusive pela utilização de materiais específicos), a operadora de planos de saúde estará cumprindo a regulamentação ao autorizar o procedimento pela técnica convencional e os insumos necessários à sua execução, que seriam de cobertura obrigatória pelo Rol da ANS.

Sobre a atual orientação da ANS acerca da matéria, cabe registrar que esta decorre de inovação no entendimento da Agência ocorrida em 2018 (Parecer Técnico nº 47/GEAS/GGRAS/DIPRO/2018⁵), por ocasião da atualização do Parecer Técnico que tratava da cobertura em questão (Parecer Técnico nº 32/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016⁶).

Anteriormente, em termos de garantia de cobertura, o Parecer Técnico se limitava a dizer que as intervenções realizadas com técnicas específicas minimamente invasivas somente possuíam cobertura obrigatória pelos planos de saúde quando assim especificados pelo Rol da ANS, tal como expressamente previsto na regulamentação.

5 Disponível em https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2018/parecer_47-2018_navegador-escopias-radiofrequencia-tecnica-minimamente-invasiva_verso-final_28122017.pdf <acesso em 23/08/2021>.

6 Disponível em https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2016/parecer_2016_32.pdf <acesso em 23/08/2021>.

De igual modo, a Agência se pronunciou diante do questionamento de uma operadora de plano de saúde a respeito da obrigatoriedade de cobertura das técnicas cirúrgicas do sistema minimamente invasivo:

“As técnicas cirúrgicas do ‘Sistema minimamente invasivo’ são relativamente novas e não estão contempladas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, estabelecido pela RN 262/2011. Dessa forma, os procedimentos cirúrgicos que fazem uso desta técnica não possuem cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde. Por se tratar de tecnologia recente, necessita ser avaliada com vistas a sua incorporação, de tal forma que se possa concluir se existem evidências clínicas de segurança, eficácia e efetividade da tecnologia.”

Pelo exposto, verifica-se que, apenas a partir de 2018, é que foi inserida a orientação expressa da Agência no sentido de ter que ser assegurada a cobertura “convencional” para fins de cumprimento da regulação, nos termos acima tratados.

Embora a referida orientação da ANS que consta do Parecer Técnico nº 34/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 pareça, num primeiro momento, favorecer a todos os atores do setor saúde suplementar (beneficiários, prestadores de serviços e operadoras), franqueando ao beneficiário o acesso a procedimento a ser realizado por técnica minimamente invasiva não coberta pelo plano de saúde, conforme solicitação do profissional assistente, com custeio parcial das despesas pela operadora (considerando a técnica coberta pelo Rol da ANS), verifica-se algumas distorções em virtude da aplicação desse entendimento, conforme passa-se a tratar.

A primeira questão identificada diz respeito à desconsideração das informações contidas na solicitação do profissional assistente para fins de análise pela auditoria da operadora acerca da cobertura, ou não, pelo plano de saúde, para que seja dado cumprimento às orientações contidas no referido Parecer Técnico.

Isso porque, ao receber a solicitação do profissional assistente para a cobertura de um dado procedimento, incluindo os insumos necessários, a operadora já dispõe da informação acerca da técnica a ser utilizada na realização do procedimento, contudo, deverá ignorar tal situação

fática em sua análise e se pautar no hipotético cenário em que haveria a adoção de técnica coberta pelo plano de saúde.

Registra-se que a solicitação do profissional assistente constitui o fundamento inicial para a análise pela operadora acerca da cobertura pelo plano de saúde, em conformidade com o disposto no art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998, que dispõe acerca da solicitação/prescrição do médico assistente em relação aos tratamentos e internações, dentre outros, integrantes da cobertura do plano de saúde, regulamentado pela RN nº 465, de 2021, que assim dispõe no art. 6º, §1º, inciso I, acerca da solicitação da cobertura:

Art. 6º Os procedimentos e eventos listados nesta Resolução Normativa e em seus Anexos poderão ser executados por qualquer profissional de saúde habilitado para a sua realização, conforme legislação específica sobre as profissões de saúde e regulamentação de seus respectivos conselhos profissionais, respeitados os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer outro tipo de relação entre a operadora e prestadores de serviços de saúde.

§ 1º Os procedimentos listados nesta Resolução Normativa e em seus Anexos serão de cobertura obrigatória uma vez solicitados pelo:

I – médico assistente; ou

II – cirurgião-dentista assistente, quando fizerem parte da segmentação odontológica ou estiverem vinculados ao atendimento odontológico, na forma do art. 4º, inciso I.

Assim, uma vez solicitada a cobertura assistencial, caberá à auditoria da operadora avaliar o pedido em todos os seus termos, inclusive quanto à utilização de técnica não abarcada pela regulamentação vigente, o que poderia, até mesmo, afastar a cobertura obrigatória pelo plano de saúde, em atenção às previsões contidas no art. 12 da RN nº 465, de 2021, acima referenciado.

Ainda, ao estabelecer no Parecer Técnico que a operadora deve autorizar, em caráter obrigatório, a realização de procedimentos pelo plano de saúde, que sabidamente serão realizados por técnica não coberta pelo Rol da ANS, o que se observa, na prática, é o custeio parcial das despesas

pelo plano de saúde, o que pode estar em dissonância com a sua finalidade descrita no inciso I do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998, que preceitua:

Art. 1º – Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

*I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a **finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde**, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;*

Ademais, o fato de haver a cobertura parcial pelo plano de saúde nos termos propostos no Parecer Técnico vigente da ANS não garante a plena satisfação do direito à assistência à saúde coberta, uma vez que o beneficiário recorre às instâncias cabíveis na tentativa de ver satisfeito o seu direito de forma integral.

Tal cenário é identificado nas Notificações de Investigação Preliminar – NIP instauradas no âmbito da Agência com o seguinte escopo:

“Beneficiária relata que necessita realizar o procedimento: MICRONEURÓLISE INTRANEURAL OU INTRAFASCICULAR, o mesmo foi solicitado à operadora em 16/01/2019, entretanto até a presente data 20/02/2019 o mesmo ainda não foi realizado, pois operadora ainda não autorizou os materiais. (...)”⁷

“Interlocutora, que se identifica como mãe do beneficiário, questiona a não cobertura para os materiais COBLACION PONTEIRA MAX PARA PREPARO DE ADENO AMIDALAS, para realização do

*procedimento CIRURGLA NASAL DO SEPTO E CORNETOS E AMIGDALECTOMIA COM OU SEM ADENOIDECTOMIA, (...)*⁸

Outra questão que merece destaque diz respeito ao fato de que a orientação prestada no Parecer Técnico nº 34/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 acerca da obrigatoriedade de cobertura pelo plano de saúde, ainda que seja realizada por técnica não coberta pelo Rol da ANS, acaba por propiciar a realização pelo prestador de serviços de procedimentos que não são de cobertura obrigatória, em detrimento de procedimentos que são de cobertura obrigatória e que foram contratualizados pela operadora pela técnica convencional junto ao estabelecimento de saúde.

Por sua vez, a regulamentação da ANS a respeito da contratualização com prestadores de serviços (RN nº 363, de 2014) é protetiva ao beneficiário nessa relação tripartite, na medida em que veda a cobrança de prestação pecuniária por parte do prestador diretamente ao beneficiário, por qualquer meio de pagamento, referente aos procedimentos contratados junto à operadora⁹:

Art. 10. Deve haver previsão expressa que é vedada a exigência de prestação pecuniária por parte do Prestador ao beneficiário de plano de saúde, por qualquer meio de pagamento, referente aos procedimentos contratados, excetuado os casos previstos na regulamentação da saúde suplementar de Mecanismos de Regulação Financeira.

Considerando a vedação prevista na legislação acima transcrita, eventuais discussões acerca de valores decorrentes dos serviços contratados pela operadora junto ao prestador de serviços devem ser resolvidas no âmbito do instrumento celebrado entre as partes, não podendo repercutir na esfera patrimonial do beneficiário atendido.

Tal previsão visa justamente garantir segurança para todas as partes, sobretudo para o beneficiário, posto que, se realizado o procedimento pelo plano de saúde (procedimentos contratados junto ao prestador

8 Demanda nº: 4855891

9 A única exceção admitida pela regulamentação é a cobrança de franquia, caso prevista no contrato de plano de saúde ao qual o beneficiário se vincula.

de serviços), não teria a obrigação de arcar com valores a título particular, exceto os vinculados a mecanismos financeiros de regulação eventualmente previstos em seu contrato de plano de saúde.

Não obstante, para atendimento à orientação contida no Parecer Técnico, a operadora deve autorizar o procedimento que não é propriamente o solicitado pelo médico assistente, visto que será realizado por técnica não coberta pelo Rol da ANS, o que gera uma situação híbrida, uma vez que o plano de saúde irá custear apenas parte das despesas referentes ao procedimento na forma pactuada pela operadora com o prestador de serviços, de modo que a assistência à saúde prestada é regulada de forma precária pelo contrato celebrado pela operadora junto ao prestador de serviços, podendo implicar insegurança jurídica para as partes (operadora, prestador de serviços e beneficiário).

Lado outro, a regulamentação da ANS tem avançado no sentido de conferir maior segurança jurídica no mercado de saúde suplementar ao estabelecer regras mais transparentes acerca dos limites afetos à cobertura assistencial obrigatória garantida nos planos de saúde, em consonância com as disposições contidas no art. 1º da RN nº 465, de 2021, tendo modificado a previsão até então adotada pela Agência no sentido de que o Rol da ANS constitui a referência básica para a cobertura assistencial mínima:

*Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, **que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no art. 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.***

§1º Atualiza-se também o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de Alta Complexidade – PAC, constituído pelos procedimentos assim identificados no Anexo I desta Resolução Normativa, que podem ser objeto de cobertura parcial temporária – CPT nos casos de doenças e lesões preexistentes – DLP, conforme o disposto em Resolução específica.

§2º A cobertura assistencial estabelecida por esta Resolução Normativa e seus anexos será obrigatória independente da circunstância e do local

de ocorrência do evento que ensejar o atendimento, respeitadas as segmentações, a área de atuação e de abrangência, a rede de prestadores de serviços contratada, credenciada ou referenciada da operadora, os prazos de carência e a cobertura parcial temporária – CPT.

Tal medida vai ao encontro do equilíbrio econômico-financeiro necessário no contrato de plano de saúde, cujo preço é estabelecido de acordo com as coberturas asseguradas, sendo o Rol da ANS uma relação dos procedimentos de oferta obrigatória nos planos de saúde regulamentados em conformidade com a segmentação contratada pelo beneficiário.

Nessa linha, reforça-se a ideia de que, ao contratar o plano de saúde, o beneficiário adquire determinada cobertura assistencial regulada pela Agência (consoante listagem de eventos e procedimentos definidos no Rol da ANS), que será garantida, caso haja indicação do médico assistente, tal como preconizado no §4º do art. 10 da Lei 9.656, de 1998:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

(....)

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

Também corrobora o entendimento acerca da limitação das coberturas asseguradas pelo plano de saúde a previsão contida no art. 2º da RN nº 465, de 2021, que prevê expressamente o caráter taxativo do Rol da ANS:

Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por

sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.

Posto isso, eventuais solicitações do profissional assistente que não estejam contempladas na cobertura garantida pelo contrato de plano de saúde poderão ser realizadas pelo beneficiário, no entanto, sem cobertura nessa contratação, pois não abarcada pelas regras contratuais.

O posicionamento da ANS, de forma expressa na norma que delimita a cobertura obrigatória pelo plano de saúde, é de suma importância para trazer mais segurança jurídica ao mercado e transparência acerca da exata compreensão por seus atores (operadoras, prestadores de serviços e usuários) quanto aos procedimentos de cobertura obrigatória por ocasião da contratação do plano de saúde, além de garantir a sustentabilidade econômico-financeira do sistema.

O amadurecimento do setor de saúde suplementar nesse sentido também poderá repercutir nas ações movidas junto ao Poder Judiciário e, por conseguinte, nas decisões que tratem acerca da cobertura a ser garantida pelos planos de saúde.

Como pode ser observado, já há uma tendência à consolidação de entendimentos acerca da cobertura obrigatória pelos planos de saúde no Superior Tribunal de Justiça – STJ, havendo atualmente uma divergência de posições entre a Terceira e a Quarta Turma do egrégio Tribunal acerca da taxatividade, ou não, do Rol da ANS, tendo a última firmado posição acerca da taxatividade do referido Rol¹⁰:

“(…)

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas

¹⁰ REsp 1.733.013-PR (2018/0074061-5), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 10/12/2019. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103994352&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=91&formato=PDF <acesso em 31/08/2021>.

excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

(...)

*4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é **inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.***

(...)

*6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. **Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente. (...)***

Embora não haja uma posição definida na jurisprudência, há previsão de retomada de discussão da matéria em breve, quando poderá ser pacificado o entendimento sobre a questão.

Diante das reflexões apresentadas neste artigo, verificou-se que, no Parecer Técnico nº 34/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021, que trata da cobertura de “técnica minimamente invasiva, laser, navegador, robótica,

escopias, radiofrequência” no âmbito da saúde suplementar, há orientação no sentido de que a operadora cumpre a legislação ao garantir o procedimento “convencional”, assim como os insumos necessários para a execução do procedimento de cobertura obrigatória pelo Rol da ANS, ainda que, na prática, este venha a ser realizado por técnica não prevista no referido Rol, o que pode gerar impactos no setor como tratado no presente trabalho, especialmente em virtude da ausência de transparência nessa circunstância quanto ao real alcance das coberturas asseguradas pelo plano de saúde.

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Ans – Agência Nacional de Saúde Suplementar e o Recurso Especial N.º 1.733.013-Pr – Primeira Decisão em Consonância a Lei dos Planos de Saúde

DANIEL CONDE FALCÃO RIBEIRO¹

Prescrição médica não é título executivo extrajudicial

MINISTRO VILLAS BOAS CUEVA

1. DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS

O rol de procedimentos e eventos da ANS impõe as operadoras uma cobertura mínima estabelecida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A controvérsia existente hoje nasceu da exigência dos consumidores de que as empresas de saúde suplementar fornecessem uma cobertura distinta da estabelecida pela regulamentação e pelos contratos, desvirtuado a natureza daquilo que foi contratado.

As obrigações dessas empresas são aquelas previstas expressamente na Lei dos Planos de Saúde, sendo certo que os instrumentos contratuais que o regem não são de políticas públicas, restando evidente que a função social não pode ignorar a função econômica dos contratos.

¹ Advogado, Pós Graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Membro da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguros; Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração e Membro da Comissão de Direito Securitário, ambas da OAB-PR e Superintendente Regional no Estado do Paraná da UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde.

É assente que tanto o ente regulador e, mormente o Poder Judiciário, devem reconhecer que existem diferenças entre o sistema de saúde público e privado.

Pode-se dizer que as razões acima são o fundamento legal para a completa e total aplicação do rol de procedimento e eventos nos contratos de planos de saúde e como se não bastasse isso, os argumentos técnicos abaixo demonstrarão a completa licitude do rol.

Após o surgimento da lei dos planos de saúde, o rol de procedimentos passou a ser alvo de ataques judiciais sob a alegação de que seria exemplificativo, ou seja, as coberturas ali previstas seriam as mínimas, não havendo limites para as demandas dos beneficiários dos planos de saúde.

Respeitosamente, é um argumento individual, que deixa de analisar o sistema de saúde brasileiro, em que há o entendimento de que se a operadora de planos de saúde não cobre, o SUS cobrirá, ocorrendo assim à conhecida judicialização em todos os Tribunais.

Ora, se um ente regulador, dotado de poderes concedidos pelo Estado para eventualmente limitar ou fundamentalmente aduzir o que pode ou não ser atendido, como outros entes (o SUS) poderia algo que já não tem direito.

As lições do Ministro Luis Roberto Barroso são relevantes ao deslinde desse ponto:

Com efeito, as leis que criaram as agências reguladoras – e em particular a ANS, como se verá adiante – estabelecem fins gerais e metas específicas, cuja realização deve ser buscada por elas, e parâmetros, que devem balizar a ação das agências.

[...] a legislação prevê, ademais, como se sabe, corpos técnicos e procedimentos que permitem que os interessados – empresas, consumidores, etc, – apresentem à agência suas razões sobre determinada decisão a ser tomada ou a norma a ser editada.

Ou seja: O Judiciário deve deferência aos atos das agências reguladoras porque se trata de atos da Administração Pública – Isto é: de um outro poder político – e atos praticados por entidades criadas e aparelhadas de forma específica pelo Legislativo para

a regulação de determinado setor. A mera possibilidade, em tese, da prática de atos inválidos, não tem o condão de autorizar o judiciário a subtrair das agências reguladoras o pleno exercício de atribuições e prerrogativas que lhes foram conferidas por lei e que, a rigor justificam a sua própria criação.²

Um grande exemplo ocorreu no Rio de Janeiro no início de 2002³ quando um gigantesco surto de dengue aconteceu e as operadoras de planos de saúde alegavam que houve um aumento exponencial em consultas e exames e isso exigiria um aumento nas mensalidades em razão de um aumento incerto e não previsto.

A resposta da agência reguladora⁴ foi que os cálculos das mensalidades dos planos de saúde previam cálculos atuariais para essas situações, o que não foi bem recebido, uma vez que realmente não havia critérios técnicos para isso, surgindo essa exigência das operadoras.

Somente em 2004 com o advento da Resolução Normativa n.º 75, de 10 de maio de 2004 que dispunha *sobre a provisão técnica para garantia de remissão a que estão sujeitas as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde*, sendo sua versão final a Resolução Normativa n.º393, de 09 de dezembro de 2015 criando a PEONA – Provisão para Eventos/Sinistros Ocorridos e Não Avisados, seja na rede privada, seja no ressarcimento ao SUS, previsto no artigo 32 da Lei n.º 9.656/98.

Inviável a idéia de que o rol de procedimentos e eventos da ANS é fruto de uma perversidade das operadoras de planos de saúde com o

2 BARROSO. Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). Agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

3 AUTRAN. Paula. **Planos de saúde marcam um encontro com a ANS**, Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/busca/?tipoConteudo=artigo&pagina=&ordenacaoData=relevancia&allwords=encontro+com+a+ANS&anyword=&noword=&exactword=&decadaSelecionada=2000&anoSelecionado=&mesSelecionado=&diaSelecionado=>. Acesso em 06.ago.2020.

4 CARVALHO Jailton de, BEZERRA Múcio e DE FRANÇA Mirelle. **Governo Proíbe Reajuste**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/busca/?tipoConteudo=pagina&pagina=&ordenacaoData=relevancia&allwords=hospitais+da+tijuca+ans&anyword=&noword=&exactword=&decadaSelecionada=2000&anoSelecionado=2002&mesSelecionado=&diaSelecionado=>. Acesso em 06.ago.2020.

ente regulador. Na realidade ele é fruto de estudos para que haja uma oferta de medicamentos e procedimentos de forma salutar e que principalmente não comprometa o setor público e subsidiariamente o público.

Não há como nesse artigo adentrar os aspectos médicos e fundamentos para certos e determinados tratamentos, do que estaria coberto e do que não estaria coberto, mas a premissa básica que se entende é que para toda e qualquer doença há uma cobertura mínima, que pautada nos estudos da ANS justificam certo e determinado procedimento/ medicamento.

2. BREVES APONTAMENTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

A regulamentação do sistema de saúde suplementar seria a intervenção estatal em atividade considerada de relevância pública, não podendo o Estado pender para um dos lados, devendo ele de forma proporcional e equânime amoldar os pleitos em um único interesse, o interesse público.

Leonardo Vizeu FIGUEIREDO destaca que não compete ao estado exercer nenhum poder arbitrário ou de dominação, mas atuar de forma necessária sem inviabilizar o setor:

[...] em que pese tamanho poder de dominação, isto não quer dizer que o Estado deva atuar como ente arbitrário, centralizador e planificador, alheio aos demais interesses dos segmentos que compõem o setor. Ao contrário, deve atuar de forma ponderada e parminiciosa, a fim de não viabilizar a suplementação privada dos serviços de saúde, conciliando os interesses privados e as forcas de mercado com o atendimento das necessidades coletivas e os interesses da nação.⁵

E o interesse público no caso vertente seria evitar o colapso na saúde suplementar, vez que aproximadamente ¼ da população brasileira utiliza planos de saúde e a abrupta ruptura desse setor pode implicar em um elevado incremento de pessoas na combalida rede pública de saúde.

5 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu **Curso de Direito de Saúde Suplementar, Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde**. São Paulo: MP, 2006. p. 106.

A Reportagem da revista época intitulada *Os juízes confiam demais nos médicos* foi muito elucidativa e pouco difundida uma vez que apontava nitidamente a realidade dos gestores públicos e privados que necessitam adequar suas finanças a ordens judiciais que determinam o custeio de medicamentos e tratamentos, muitas vezes sem estudos suficientes e de elevadíssimos valores que inviabilizam o atendimento de milhares de pessoas:

[...] Pressionados pelas ordens judiciais, os gestores são obrigados a comprar medicamentos (muitas vezes experimentais e sem registro no Brasil) pelo preço que a indústria quer vender.

[..].”Um exemplo do efeito nefasto desse comportamento são as decisões judiciais que comprometem o atendimento à saúde de toda a população dos **pequenos municípios** ao obrigar os prefeitos a atender a demandas individuais por medicamentos de alto custo. Pelas regras do SUS, os municípios devem ser responsáveis pelo fornecimento de remédios necessários à atenção básica. Recursos mais complexos (e caros, portanto) devem ser custeados pelos estados e pela União. Mas isso não significa que essas esferas de governo devam oferecer todo e qualquer recurso criado pela indústria farmacêutica. Nenhum país do mundo faz isso. Os sistemas públicos de saúde das nações mais civilizadas (Reino Unido, França, Canadá etc.) decidem quais medicamentos oferecer, com base em estudos que levam em consideração os custos das intervenções e os ganhos de saúde que essas intervenções são capazes de produzir em uma determinada população.

A matéria datada de 2017 apontou para um cenário cujo horizonte começa a se firmar agora, uma vez que em 11 de março de 2019 a Excelsa Corte no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 566471 decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. Segundo a informação disponível no site do STF, a corrente vencedora adotou o seguinte fundamento:

A maioria dos ministros – oito votos no total – desproveu o recurso tendo como condutor o voto do relator, ministro Marco Aurélio, proferido em setembro de 2016. A vertente vencedora

entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas à extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora. O ministro Edson Fachin abriu divergência e votou em favor do fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que, durante o trâmite do processo, ele foi registrado e incluído na política de assistência à saúde. O julgamento, na ocasião, foi interrompido por pedido de vista do ministro Teori Zavascki (falecido), sucedido pelo ministro Alexandre Moraes.

Excesso de judicialização

Na sessão de hoje, o ministro Alexandre acompanhou o relator. No seu entendimento, o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). “Não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada”, afirmou. Também votaram na sessão de hoje as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux. Todos acompanharam o entendimento do relator pelo desprovemento do recurso. Em seus votos, eles salientaram que, em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados na lista da ANVISA. Nesse sentido, fizeram a ponderação entre diversos argumentos, como as garantias constitucionais (entre elas a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana), o limite do financeiramente possível aos entes federados, tendo em vistas restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos. Todos os

ministros apontaram condicionantes em seus votos, que serão analisadas na produção da tese de repercussão geral.⁶

Note-se que a Suprema Corte deu relevância a esse tema, ou seja, a dicotomia entre o atendimento universal do SUS e respeito ao orçamento anual da saúde, considerando ainda o impacto econômico e social dessa incorporação tecnológica de modo que possa permitir atendimentos em todos os eixos de saúde no país.

Além do rol de procedimentos, a maior discussão jurídica acerca da saúde suplementar brasileira era acerca do alcance da Lei dos Planos de Saúde aos contratos firmados antes de sua promulgação.

Mais de 20 anos depois da promulgação da Lei dos Planos de Saúde, o Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) em sessão encerrada no dia 19 de outubro desse ano deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 948634, com repercussão geral (Tema 123) aduzindo que:

[..] as disposições da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998) somente se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência e aos que tenham sido adaptados ao seu regime, e não aos beneficiários que optaram por manter os planos antigos inalterados.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski apontou que o artigo 35 da Lei dos Planos de Saúde regulou e assegurou aos beneficiários que possuíam contratos anteriores a 10 de janeiro de 1999 o Direito de realizar a denominada migração desses contratos antigos para os chamados contratos novos (aqueles regulados pela lei dos planos de saúde).

Ou seja, precisou a Corte máxima brasileira decidir o que já era previsto na regulação da saúde suplementar brasileira para que haja seu cumprimento.

6 STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS.** Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095>. Acesso em 17.mar.2020

Acerca do fenômeno da Judicialização da saúde, as fortes palavras de Geraldo Luiz **VIANNA**⁷ apontam de maneira solar o seu reflexo na ANS:

Com a chamada judicialização da saúde suplementar, passam a ser encontradas, até com certa facilidade, decisões ativistas que, muitas vezes, sem uma fundamentação constitucional adequada, ignoram a existência de lei que trata especificamente do assunto e de resoluções normativas emanadas da Agência Reguladora.

A forte intervenção do Poder Judiciário nas operadoras de planos de saúde decorre possivelmente da omissão da ANS em postular a titularidade de seu Direito, uma vez que se quedou inerte por muitos anos em históricos litígios que tramitaram nas cortes superiores.

A lapidar.⁸ frase da epígrafe desse artigo foi proferida pelo Ministro Villas Bôas Cueva naquele evento que cirurgicamente apontou que o STJ exerceria papel de deferência⁹ à ANS:

Não podemos ser acusados de exercer um protagonismo ou ativismo judicial que desborde da razoabilidade e das normas técnicas que são editadas pela agência. O Judiciário muitas vezes é malcompreendido como quem invade a área da Agência Nacional de Saúde, que tem uma normatização extensa, cuidadosa e técnica. No STJ, nossa jurisprudência tem aderido quase que estritamente àquela noção que vem do Direito americano, de deferência, que estimularia o Poder Judiciário a observar quase sempre estritamente os padrões técnicos definidos pelas agências encarregadas de regular determinadas áreas. O fio condutor aqui é que temos, sim, seguido estritamente o princípio da deferência. Não tenho procuração, mas acho que posso falar em nome de todos: a ANS tem uma contribuição decisiva para compreender

7 VIANNA, Geraldo Luiz. **Normatização e Judicialização da Saúde Suplementar no Brasil: Uma análise a partir da atual regulamentação e de decisões do STJ**. Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar. Direito São Paulo: IESS 2016. p. 188.

8 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Seminário A Saúde Suplementar na Visão do STJ. Painel 01 – Regulação da Saúde Suplementar**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gYQF1Akg5tA>. Acesso em 17.mar.2020

9 VITAL, Danilo – Consultor Jurídico. **STJ exerce papel de deferência à ANS, diz ministro Villas Bôas Cueva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/stj-adotado-deferencia-regulacao-ans-ministro>. Acesso em 17.mar.2020

um setor tão complexo. O diálogo por vezes é mais tenso. Mas é sempre diálogo, nunca monólogo.

E diante de situações como essas que o Poder Judiciário profere inúmeras decisões desfavoráveis aos planos de saúde, relegando todos os aspectos técnicos elaborados pelo ente regulador que possui previsão constitucional e legal para a realização de tais atos ensejou a concepção desse artigo.

3. DA RECENTE DECISÃO STJ NO RECURSO ESPECIAL N.º 1.733.013-PR – PRIMEIRA DECISÃO EM CONSONÂNCIA A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE

O Superior Tribunal de Justiça – STJ¹⁰, tratou do tema de forma exemplar, analisando detidamente a origem do rol de procedimentos, as razões de sua existência e as razões que justificam a sua aplicação.

Esse julgado estabeleceu um divisor de águas, enfrentando todas as questões atinentes ao tema, tendo diversos *amicus curiae*, como representantes das as operadoras de planos de saúde, as entidades de defesa do consumidor, ANS e órgãos do Governo Federal.

A validade e potencialidade desse julgamento é enorme, pois diferente de outros julgados, a disponibilização e acesso das informações foi amplo, democrático, permitindo uma discussão técnico jurídico.

O julgamento desse Recurso Especial reconheceu que o rol de procedimentos e eventos da ANS não é exemplificativo, mesmo não sendo esse o entendimento no âmbito das outras turmas cíveis do Superior Tribunal de Justiça, visto que grande parte dos julgados existentes são de que o rol é exemplificativo.¹¹, consoante as decisões abaixo colacionadas:

10 Recurso Especial n.º 1.733.013-PR- 4ª Turma, julgado em 13.12.2019 de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

11 AgRg no AREsp 845.190/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLASBÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016 e (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

Ocorre que essa decisão da Quarta Turma que firmou um novo entendimento acerca do rol de procedimentos e eventos deve ser detidamente analisado, iniciando-se pela ementa:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

A Corte reconheceu que a elaboração do rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população.

Afastando por completo a tese de que o rol seria exemplificativo a ementa do acórdão é uma lição de que uma Corte Superior ao julgar a questão prestou a devida deferência ao legislador quando da criação da agência reguladora:

Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o

rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

[...] 6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico.

[...] Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.¹²

O julgado acima mencionado vai permitir discussões sérias, fundamentadas para o uso de medicamentos e novas tecnologias, afastando da discussão milhares de julgados de questões mais leves que esperam ser dirimidas com o julgamento do STJ.

Quando intimada a se manifestar nesse Recurso Especial, a ANS apresentou petição muito esclarecedora e que certamente auxiliou muito na fundamentação da decisão, uma vez que o eminente Ministro transcreveu diversos trechos em seu relatório, sendo certo, em nosso entendimento, que a referida transcrição visa aclarar a discussão, apontando os principais argumentos que ensejaram no acolhimento da tese

[...] 6. A tese que defende o caráter exemplificativo do rol de procedimentos põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, risco

12 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201733013>. Acesso em 22.mar.2020

à segurança jurídica. Antes de adentrar o tema, porém, algumas informações básicas são pertinentes.¹³:

Note-se que o principal argumento para que a ANS pudesse ter autonomia normativa para elaborar o rol de procedimentos e eventos é exatamente a evolução dos processos de incorporação que são muito dinâmicos sendo que se a Lei dos Planos de Saúde a previsse em seu bojo, certamente o processo seria muito mais demorado.

Salientou o ente regulador que a existência de milhares de procedimentos e eventos em saúde em consonância com as análises de licitude, ética, eficiência, atualidade, relação custo/efetividade e impacto financeiro dependem de conhecimentos técnicos específicos, além do fato de que tais procedimentos e eventos estão em constante processo de modificação decorrente da evolução tecnológica, correta foi a decisão do legislador de não arrolar essa normatização no corpo da Lei n.º 9.656/98.

Asseverou ainda que a partir do que consta no art. 10, § 4º da Lei n.º 9.656/98 c/c o art. 4º, III, da Lei n.º 9.961/00, pode-se deduzir com segurança que foi opção do legislador a atribuição dessa tarefa normativa e regulatória à agência setorial correspondente, qual seja, a ANS.

Com respeito, deixou claro que não se mostra salutar qualquer medida tendente a incrementar o quadro de incerteza no setor sem a devida análise do seu impacto, sendo certo que segurança jurídica e previsibilidade devem ser encarados como efetivos pilares.

Outro ponto destacado diz respeito à base de sustentação financeira da saúde suplementar no Brasil, trazendo a ANS precisa explicação sobre o conceito de mutualismo, forma de precificação dos planos de saúde, apontando a diluição do risco como fator preponderante para o equilíbrio nos planos de saúde:

[...] 22. Dito isto, faz-se imperioso assimilar também que a base do financiamento do setor de saúde suplementar é o mutualismo, um mecanismo de compartilhamento do ônus decorrente do custo do

13 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201733013>. Acesso em 19.mar.2020

serviço prestado a determinado usuário. Ou seja, o financiamento do sistema de saúde suplementar se dá com a contribuição de todos os beneficiários, por meio do pagamento das mensalidades, tornando possível a assistência para aqueles que eventualmente estejam em situação de exposição. Desta forma, viabiliza-se a diluição do risco sem comprometer desmedidamente o equilíbrio contratual.

Afastando uma possível alegação de caráter social, como equivocadamente poderia se pensar restou claro que a discussão se trata de um negócio jurídico eminentemente privado, ainda que sujeito à regulação por força da alta relevância pública do direito envolvido, e, por outro lado, cuida-se de um setor econômico cujo financiamento advém do mutualismo, ou seja, do conjunto de mensalidades pagas pelos participantes ou beneficiários.

Luiz Augusto Ferreira Carneiro é assertivo em tratar do mutualismo, afirmando ser irrelevante a natureza do contrato celebrado entre o usuário e a operadora de plano de saúde, o mutualismo será sempre a peça essencial, agindo como o fundamento técnico desses contratos e também como elemento delimitador do equilíbrio. E conclui que:

O mutualismo deverá sempre ser considerado pelo julgador, que deverá levar em conta não só a relação tópica entre usuário e a operadora de plano de saúde, mas também todos os efeitos que serão produzidos para o equilíbrio do contrato e para a coletividade como um todo.¹⁴

Relembrou a ANS que o pagamento mensal feito por cada contribuinte consubstancia uma espécie de fundo dedicado a cobrir todos os riscos da atividade, o que, na saúde, significa o custo com o tratamento de doenças, cuja formação do preço do produto ofertado depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor, bem como de todas as demais despesas relacionadas à prestação do serviço de saúde, e, noutro prisma, de uma projeção de receita que per-

14 CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde**. Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111-112.

mita a fixação de um valor em patamar adequado a representar equilíbrio atuarial. Quanto maior a estimativa de frequência de sinistro maior deve ser a projeção [...] o que, em escala, pode inclusive comprometer o próprio mercado de saúde suplementar.

Esclareceu ainda que na última incorporação tecnológica, realizada em 2017, com vigência a partir de 2018 teria uma elevação nos custos em mais de 05 bilhões de reais, ressaltando que esse valor seria o equivalente a aproximadamente 4% do total das despesas assistenciais em 2016

Em artigo publicado em revista especializada do setor de seguros e saúde, demonstrou-se que o Rol para cobertura mínima obrigatória já contemplava 91% da lista de procedimentos da Associação Médica Brasileira.¹⁵

Apontando o ponto nevrálgico da questão, o texto trouxe às claras que sempre deve ser levada em conta a atual conjuntura econômica do país, o orçamento das famílias e empresas contratantes de planos de saúde, sendo necessário questionar sobre se há capacidade de pagamento por parte da sociedade.

E esse errôneo entendimento de que os planos de saúde devem custear tudo sem qualquer critério ou fundamento levou de forma similar ao colapso dos regimes de aposentadorias no país.

Permanecendo esse entendimento de que as despesas sempre são das operadoras, esconde que na verdade, a conta é de todos os compradores – pessoas físicas e empresas

Ao final, a matéria afirma que a priorização de tecnologias em saúde ainda não é uma realidade na saúde suplementar brasileira, mas faz parte da rotina da saúde pública brasileira como demonstrado anterior-

15 SINCOR. **Novo Rol de procedimentos da ANS pode ter impacto de R\$ 5,4 bilhões.** Disponível em: <https://www.sincor.org.br/novo-rol-de-procedimentos-da-ans-pode-ter-impacto-de-r-54-bilhoes/#:~:text=%E2%80%99CHoje%2C%20o%20Rol%20para%20cobertura,pagamento%20por%20parte%20da%20sociedade>. Acesso em 16.jan.2021

mente através da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia – Conitec.¹⁶

Reiterando a mutualidade, o ente regulador demonstrou que não se poderia fazer nenhuma incorporação de forma açodada de modo a violar a sustentabilidade dos planos, sendo certo que o mote do mutualismo é o mesmo da previdência social, ou seja, os jovens contribuem para os mais idosos.

O mecanismo de financiamento do setor é o mutualismo, ou seja, todos contribuem para cobrir os gastos para recuperação da saúde de determinado membro do grupo, o preço maior das mensalidades pode afastar o indivíduo de menor risco do sistema, potencializando a espiral de seleção adversa que acaba por inviabilizar o próprio mercado, trazendo o julgado o seguinte contexto:

37. Se é certa a necessidade de atualização periódica do rol de cobertura obrigatória a cargo das operadoras de plano de saúde, para que a referência básica em saúde suplementar corresponda efetivamente à evolução da ciência médica, nos moldes do que estabelece a Lei 9656/98, não menos relevante é que tal mister seja precedido de análise criteriosa, em sintonia com a segurança jurídica e a previsibilidade a fim de evitar o próprio comprometimento da sustentabilidade do setor.

[...] 43. Trata-se, como cediço, de processo extremamente complexo, pois pressupõe criteriosa análise de: i) custo/efetividade do procedimento cuja incorporação se pretende, ocasião na qual são avaliados ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para

16 L.S. Saúde: impacto com novo Rol da ANS pode chegar a R\$ 5,4 bi. Disponível em: <https://www.revistaapolice.com.br/2017/08/saude-impacto-com-novo-rol-da-ans-pode-chegar-r-54-bi/>. Acesso em 22.mar.2020

o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) e, por fim, do efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia.¹⁷

Some-se a isso as lições do Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte Marco Aurélio **MELLO** acerca do mutualismo:

[...] deve-se preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que disciplinam as obrigações atinentes às partes.

[...] o respeito – tanto pelas operadoras quanto pelos beneficiários – às regras alusivas aos reajustes e às revisões contratuais, bem como aos limites da cobertura passíveis de negociação.¹⁸

Concluindo suas razões, o ente regulador traz a tona um tom conciliador, apontando que o paciente sempre terá a escolha para o melhor tratamento, mas que deve entender os limites contratuais ao aderir a um plano ou seguro saúde, acrescentando que essas empresas podem flexibilizar e oferecer mais coberturas daquilo que minimamente é oferecido:

[...] 60. Por óbvio, nada obsta que o paciente eleja a técnica que melhor lhe convenha para o tratamento de seu problema de saúde, sendo certo, contudo, que, tratando-se de plano de saúde, há limites a serem respeitados por ocasião da escolha. Como a base do financiamento do setor é o mutualismo, as preferências devem ser endereçadas no momento da formação do contrato. É sempre conveniente o registro de que o rol elaborado pela ANS constitui a referência básica a ser observada pelas operadoras, não havendo qualquer óbice para que eventuais acréscimos de cobertura sejam entabulados no momento da formação do contrato.¹⁹ [...]

17 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201733013>. Acesso em 22.mar.2020

18 MELLO, Marco Aurélio. **Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro**. In CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde**. Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

19 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201733013>. Acesso em 22.mar.2020

O ponto crucial da questão analisado no recurso foi assertivo quanto a impossibilidade de flexibilização do rol de procedimentos e eventos da ANS, sentenciando que o eventual entendimento é a verdadeira causa da enorme judicialização na saúde suplementar, demonstrando uma questão muito peculiar e pouco analisada que consiste nos pequenos e médios planos de saúde.

A grande quantidade de beneficiários não retrata a quantidade de planos de saúde, sendo certo que as chamadas autogestões, que são operadoras de planos de saúde focadas em atender certo e determinado grupo de pessoas, vinculadas a empresas (autogestão por R.H), associações e caixas assistenciais, que possuem na maioria das vezes uma gama elevada de idosos, mantendo-se a duras penas, sendo certo que qualquer desequilíbrio econômico-financeiro importaria em uma desestabilização no sistema em razão da elevação dos valores, afastando aqueles que não podem pagar plano de saúde;

Portanto, os relevantes argumentos da ANS, a nosso ver, foram cruciais para a tese vencida no STJ que a flexibilização do rol prejudicaria também a adequada compreensão das dificuldades que afligem o setor.

Afinal, seria uma forma de reverência e incentivo à judicialização da saúde suplementar com vistas à utilização de novas tecnologias, sem que, para tanto, haja uma reflexão a respeito dos seus impactos no plano.

O risco, portanto, é de que se verifique busca pelo uso não racional de tecnologias, à revelia de critérios técnicos, sendo certo que estes devem incentivados de forma racional, proporcionando uso de terapias e exames com evidências científicas fortes.

Asseverou ainda a ANS que não haveria como se flexibilizar o rol de cobertura obrigatória sem prejudicar uma parcela de operadoras de plano de saúde médio ou pequeno porte, já que o aumento demasiado nos custos do setor acaba por inviabilizar, num primeiro momento, os modelos de negócio de menor envergadura, do que resultaria uma acentuada concentração de mercado.²⁰

20 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoP>

Diversos *amicus curiae* se manifestaram no processo e essa pluralidade de informações permitiu que o relator proferisse um voto preciso, apresentando razões consistentes no afastamento da tese de que o rol de procedimentos e eventos da ANS seria exemplificativo:

[...] Em vista dessa atribuição legal, vê-se que a Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, no art. 2º esclarece, em linha com o determinado pelo art. 10, caput, da Lei n. 9.656/1998, que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID da Organização Mundial da Saúde, em cumprimento ao disposto na Lei n. 9.656/1998.

[...] Diante desse cenário, por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do “rol mínimo” e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população. Por outro lado, esse entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer “tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo

de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura”.²¹

Importante questão foi solucionada quando o Relator aponta que deve ser respeitado o princípio da tripartição dos Poderes e que não pode o Judiciário exercer função legislativa, uma vez que a ANS possui esse poder normativo, afastando ainda a subjetividade das decisões judiciais:

[...] Nessa perspectiva, de um lado, é importante pontuar não haver dúvida de que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo

Concluindo o voto, o Ministro relator apresenta robustos argumentos trazidos pelo *amicus curiae* FENASAÚDE – Federação Nacional de Saúde Suplementar em que as maiores potencias mundiais adotam um rol mínimo obrigatório de cobertura, sendo certo que aludidos sistemas funcionam de forma harmônica e atendendo a maioria da população, demonstrando que essa postura atende de forma democrática a grande maioria das pessoas:

Cumpre salientar que, no âmbito do direito comparado, também é comum o estabelecimento de rol mínimo obrigatório de cobertura e utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, de acordo com o art. 4º, IV, da Resolução n. 439/2018. O *amicus curiae* eFenaSaúde aponta os seguintes países que também se valem do rol mínimo obrigatório com utilização dos princípios da ATS: Inglaterra, Escócia, Itália, Alemanha, Suécia, Portugal, Espanha, Coreia do Sul, Japão, Austrália, México, Colômbia, Argentina e Estados Unidos.²²

21 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201733013>. Acesso em 22.mar.2020

22 STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta pública**. Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201733013>. Acesso em 22.mar.2020

É interessante notar que nesses últimos dois anos, o Poder Judiciário passou a analisar a questão com mais profundidade, deixando o escopo social para a apreciação técnica, fundamentada, gerando assim a decisão acima transcrita e a do Excelso STF anteriormente mencionada.

Destaque-se que tais decisões são frutos de anos e anos de trabalho das operadoras de planos de saúde e do Governo Federal, no âmbito do SUS, para demonstrar que a judicialização não pode ser levada simplesmente pelas prescrições médicas.

Vivemos em um país continental, com um enorme sistema de saúde público e um robusto sistema privado, em que os gestores têm a difícil missão de custear um gigantesco elenco de procedimentos e coberturas variando de uma simples consulta a um transplante de coração.

A matéria em que pese sua enorme relevância não é muito tratada na doutrina e jurisprudência, sendo eminentemente técnica, pautada em resoluções normativas da ANS.

Concluindo, o Ministro Marco Aurélio Mello aduz que ante a deficiência do Estado, o Plano de Saúde tornou-se condição básica para se levar uma vida tranqüila.

Ressalvou o Ministro que a Segurança Jurídica é essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde. Por isso cabe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas sobre direitos do consumidor, mas sem caminhar para o paternalismo jurídico ou a equiparação entre o SUS e a saúde suplementar, segmentos que atuam na mesma seara, mas com regimes jurídicos distintos.²³

O julgado ora analisado é o precursor desse debate que deve ser expandido e tratado com a relevância que merece, uma vez que havendo o amplo conhecimento, a análise profunda do tema é possível que em um futuro próximo se vislumbre situações que o respeito aos ditames

23 MELLO, Marco Aurélio. **Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro**. In CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 14-15

normativos poderão ensejar em um aumento de coberturas, posto que o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro se encontra estabelecido.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo fruto de uma monografia, teve como escopo demonstrar a validade e legalidade do rol de procedimentos e eventos da ANS.

Com a recentíssima decisão do STJ, as demais Cortes poderão finalmente se debruçar realmente sobre os aspectos relevantes que justificam decisões que afetam todo um sistema.

Como demonstrado, deve se analisar firmemente não só o impacto individual, mas primordialmente o coletivo, posto que a cobertura do medicamento Zolgensma, conhecido como o remédio mais caro do mundo, que no Brasil ultrapassa a casa dos milhões reais, que logicamente assegura uma vida, mas no âmbito da saúde suplementar, poderá deixar de assistir a milhares de pessoas causando prejuízos incalculáveis.²⁴

Tal debate inclusive é denominado de teoria das escolhas trágicas, que basicamente consiste na escolha do estado que com reconhecida escassez de recursos públicos precisa contemplar uma necessidade premente em detrimento de outra.

Evidente que não se pode admitir qualquer perda, escolher uma vida em prol da outra, mas o que deixa de se debater é que a adoção de medidas técnicas como o rol de procedimentos pode permitir em longo prazo economia em larga escala que permitiria a criação de reservas técnicas para garantir situações excepcionais como a do medicamento acima sem comprometer o atendimento as outras milhares de vidas.

Não se pode afastar ainda a responsabilidade de todos nesse complexo sistema, desde as indústrias que ainda que gastem volumosos recursos em pesquisas, não se justifica exorbitantes lucros em prol de vidas, bem

24 Bassette Fernanda. Anvisa reduz em R\$ 9,2 milhões preço do remédio mais caro do mundo. Disponível em <https://oglobo.globo.com/epoca/sociedade/anvisa-reduz-em-92-milhoes-preco-do-remedio-mais-car-do-mundo-1-24789281>

como dos médicos que solicitam inúmeros exames, pacientes que utilizam os planos de saúde sem qualquer acompanhamento primário das operadoras ensejando em um círculo extremamente custoso cujo resultado impacta diretamente nas mensalidades despendidas pelos usuários.²⁵

Espera-se que essa questão entre em discussão de repercussão geral de modo a desafogar o Poder Judiciário desses conflitos de interesses entre beneficiários e operadoras de planos de saúde, conflitos esses materializados em Ações Judiciais, quase sempre em virtude do rol de procedimentos e eventos da ANS.

25 Puschmann Emilio. **Por que os planos de saúde aumentam tanto de preço?** Disponível em: <https://www.pptasaude.com.br/noticias/7123/por-que-os-planos-de-saude-aumentam-tanto-de-preco/>

Os Efeitos Jurídicos Decorrentes da Crise do Coronavírus no Direito Tributário do Brasil e Portugal Nas Atividades de Saúde

THE LEGAL EFFECTS ARISING FROM THE CORONAVIRUS CRISIS IN BRAZIL AND PORTUGAL TAX LAW ON HEALTH ACTIVITIES

WELINGTON LUIZ PAULO¹

JOSÉ LUIZ TORO DA SILVA²

RESUMO

O presente estudo pretende abordar os efeitos jurídicos decorrentes da crise do coronavírus no direito tributário do Brasil e Portugal nas atividades de saúde, sobretudo, em relação às medidas que contemplam isenções ou prorrogações fiscais para esse importante segmento da sociedade. Pretende-se verificar, com a intersecção do direito comparado, se as providências tomadas até o presente momento atendem ou não atendem a função social das atividades de saúde, principalmente, àquelas relacionadas aos serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde. A partir da análise normativa, bem como da verificação de casos concretos divulgados pela mídia, pretende-se demonstrar que as referidas deliberações, embora importantes, ainda são insuficientes à preservação e sustentabilidade desse segmento da sociedade que beneficia não apenas o consumidor, mas o próprio Estado.

Palavras-Chave: Direito Tributário. Coronavírus. Atividades de Saúde. Brasil e Portugal.

1 Advogado. Mestre em Direito.

2 Advogado. Mestre e Doutor em Direito.

ABSTRACT

The present study intends to address the legal effects resulting from the coronavirus crisis in the tax / fiscal law of Brazil and Portugal in health activities, especially in relation to measures that include tax exemptions or extensions for this important segment of society. It is intended to verify, with the intersection of comparative law, if the measures taken to date meet or do not meet the social function of health activities, especially those related to hospital medical services and private health care plans. From the normative analysis, as well as the verification of concrete cases published by the media, we intend to demonstrate that the referred deliberations, although important, are still insufficient for the preservation and sustainability of this segment of society that benefits not only the consumer, but the State itself .

Keywords: Tax Law. Coronavirus. Health Activities. Brazil and Portugal.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende abordar os efeitos jurídicos decorrentes da crise do coronavírus no direito tributário do Brasil e Portugal nas atividades de saúde, sobretudo em relação às medidas que contemplam isenções ou prorrogações fiscais para esse importante segmento da sociedade.

Através da metodologia do direito comparado, o artigo procura sintetizar algumas das principais medidas adotadas até o presente momento, em decorrência da crise econômica causada pelo novo vírus, através da análise das medidas voltadas a desoneração tributária ou prorrogação do pagamento de determinados tributos.

O método adotado no trabalho é o dedutivo e, baseia-se, essencialmente em pesquisa bibliográfica. As fontes consultadas incluem publicações de organismos internacionais, legislações e reportagens recentes à temática do estudo, em razão da emergência de saúde pública de importância internacional relacionada à Covid-19.

O objetivo do trabalho é demonstrar que as principais deliberações fiscais adotadas nas atividades de saúde do Brasil, em comparação a

Portugal, principalmente, àquelas relacionadas aos serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde, embora importantes, ainda são insuficientes à preservação e sustentabilidade desse segmento da sociedade que além de possuir importante função social, beneficia não apenas o consumidor, mas o próprio Estado.

Ressalta-se que a análise considerou as informações disponíveis até a data da elaboração deste estudo.

2. DIREITO COMPARADO – BRASIL E PORTUGAL

No Direito, antes de iniciar a análise comparativa de determinado tema (no presente estudo, “os efeitos fiscais causados pela COVID-19 no Brasil e em Portugal”), é importante adequar a noção analítica do conteúdo que se pretende apresentar sob pena de comprometer de forma negativa todo o trabalho.

Em síntese, o direito comparado, nada mais é do que a comparação de direitos. Comparação que, por sua vez, significa estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças de acordo com um método adequado a um objetivo.

Neste sentido, é incorreto qualificar como direito comparado à simples sobreposição de informações sobre diferentes ordens jurídicas ou sobre o regime jurídico de institutos jurídicos afins em diferentes ordens jurídicas.

Como leciona o Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Carlos Ferreira de Almeida:

O direito comparado pressupõe o estudo de, pelo menos, uma ordem jurídica estrangeira, mas não se confunde com o simples conhecimento de direitos estrangeiros, porque dele se distingue pela utilização do *método* comparativo e pela apresentação de conclusões (*síntese comparativa*).³

3 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 10.

Desde a antiguidade a comparação tem aparecido de forma espontânea em estudos jurídicos, trabalhos acadêmicos ou até mesmo em decisões administrativas e judiciais.

Os principais precursores do estudo comparativo são: ARISTÓTELES (comparação das constituições de cidades da antiga Grécia); DUMOLIN (comparação de costumes franceses do século XVI) e MONTESQUIEU (comparação entre instituições políticas de diferentes povos).

Na história do direito português, Carlos Ferreira de Almeida, elenca⁴, como importante marco comparativo, a “Lei da Boa Razão” (1979), a qual admitiu a aplicação como direito subsidiário das “Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas” das “Nações Christãs” civilizadas.

Temos acima, alguns bons exemplos históricos de direito comparado.

Outrossim, antes de adentrar a noção analítica de direito comparado a que se pretende no artigo, é fundamental distinguir os parâmetros da pesquisa, ou seja, se partiremos do campo da *macrocomparação* ou *microcomparação*.

Na *macrocomparação*, como bem define o Professor Carlos Ferreira de Almeida⁵, “não se comparam todos os sistemas jurídicos nem todos os elementos dos sistemas jurídicos em comparação.” Nessa espécie, são realizadas as seguintes investigações: (i) comparação entre ordens jurídicas; (ii) classificação dos sistemas jurídicos em famílias ou círculos de direitos; e (iii) comparação entre famílias de direitos.

Por outro lado, na *microcomparação*⁶, “A delimitação dos institutos a comparar é variável, em conformidade com o fim em vista.” Nesta espécie, é permitido investigar/comparar, por exemplo, um contrato nos direitos português e inglês, sendo, igualmente, legítimo comparar, um contrato de compra e venda de bens móveis ou outros tipos de contratos ou situações.

4 ALMEIDA, 1994, p. 11.

5 ALMEIDA, 1994, p. 8.

6 ALMEIDA, 1994, p. 9.

Como no presente trabalho pretende-se analisar os efeitos tributários causados pela COVID-19 no Brasil e em Portugal, não havendo, portanto, um critério único pelo qual se defina a amplitude dos institutos jurídicos, que podem por isso ter entre si relações de exclusão, inclusão ou intersecção, estaremos diante de uma *microcomparação*, assim definida pelo ilustre Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Carlos Ferreira de Almeida.

Feitas as considerações preliminares acerca do estudo comparativo do direito, passa-se a análise dos aspectos gerais da tributação do segmento da saúde no Brasil e em Portugal, sobretudo, em atenção à função desempenhada por empresas e entidades relacionadas aos serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde.

3. A EXTRAFISCALIDADE NA TRIBUTAÇÃO DO SEGMENTO DA SAÚDE NO BRASIL E PORTUGAL

Em *Portugal*, inúmeras são as referências doutrinárias que se dedicam ao estudo do direito fiscal. Contudo, no presente trabalho, para nos “mantermos nos trilhos”, tomaremos por base as lições do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Casalta Nabais.

Para Casalta Nabais, em se tratando de impostos, as empresas têm um papel fundamental na sociedade e na economia. Ele elenca três características principais decorrentes desta relação:

Passando agora ao papel das empresas no domínio dos impostos, podemos afirmar que três são os papéis importantes que as empresas vêm desempenhando em matéria de impostos, a saber: 1) as empresas como contribuintes; 2) as empresas como sujeitos passivos; 3) as empresas como administradoras ou gestoras de impostos.⁷

7 NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 21.

No que tange à extrafiscalidade proveniente das relações entre os contribuintes portugueses e a administração fiscal, Casalta Nabais afirma que esse fenômeno decorre da utilização de normas jurídicas tributárias com o seguinte intuito:

A este respeito, devemos referir-nos ainda ao fenómeno da extrafiscalidade, isto é, à utilização das normas jurídicas tributárias relativas aos impostos quer no sentido da tributação, ou de uma tributação agravada, quer no sentido de uma tributação ou de uma tributação menor, estabelecendo assim benefícios fiscais, com objetivos de natureza económica e social.⁸

Assim, em Portugal, o instituto da extrafiscalidade decorre da própria estrutura do Estado Social, na qual a ação econômica e social do Estado passou a apresentar-se positivamente nas relações entre os contribuintes portugueses e a administração fiscal.

Casalta Nabais adverte que a principal função arrecadatória não deve ser esquecida, qual seja, “obtenção de receitas públicas para fazer face às correspondentes despesas.”⁹

Contudo, ele define que é plenamente admissível a utilização de instrumentos fiscais com outras finalidades, ou seja, finalidades extrafiscais, diferentemente da forma como apresentada pela doutrina clássica durante a época do Estado Liberal.

Partindo-se do pressuposto de que a extrafiscalidade é admitida em Portugal, sendo hoje um importante instrumento de direcionamento de comportamentos da sociedade, por óbvio, o destinatário protagonista dessa relação é a empresa.

No Brasil, várias são as referências acadêmicas que se dedicam ao estudo do direito tributário. Entretanto, para não “saímos dos trilhos” no estudo, tomaremos por base as lições de Luís Eduardo Shoueri, o qual se debruçou sobre a efetividade das normas tributárias indutoras e intervenção econômica.

8 NABAIS, 2018, p. 28.

9 NABAIS, 2018, p. 29.

Para Shoueri, a intervenção por indução é realizada pelo uso de normas dispositivas, de modo que o agente econômico não vê outras alternativas¹⁰. Pelo contrário, o agente econômico, nesta hipótese, recebe estímulos e desestímulos que, atuando no campo de sua formação de vontade, levam-no a decidir pelo caminho proposto pelo Estado, que, por sua vez, deve sempre contar com a possibilidade de seus incentivos/desincentivos não serem suficientes para a tomada da decisão pelo contribuinte, a quem é assegurado comportamento diverso sem que por isso lhe recaís em comportamento ilegal.

Como exemplos de normas indutoras relacionadas à regulação do mercado, tem-se, na Constituição Federal de 1988, casos em que se afasta o princípio da anterioridade (artigo 150, III, “b” e “c”, c/c 150, §1º) e se mitiga a legalidade tributária (artigo 150, I, c/c 150 §1º), para permitir que o Poder Executivo altere alíquotas dos impostos aduaneiros, visando regular a balança comercial do país e incentivar o consumo dos produtos nacionais; do Imposto sobre Produtos Industrializados, que permite incentivar determinados seguimentos econômicos; e do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguros, Títulos e Valores mobiliários, que permite regular indicadores econômicos, como inflação e taxa de juros, na medida em que onera ou desonera o crédito.

Ainda, no campo doutrinário, trazemos a proposta elaborada por Humberto Ávila, segundo a qual o princípio da dignidade da pessoa humana exige que o Estado conserve o mínimo vital à existência digna do contribuinte¹¹.

Mas afinal, levando-se em conta que tanto em Portugal como no Brasil, o instituto da extrafiscalidade é aceito e utilizado em diversas hipóteses, seria possível adequá-lo a crise econômica causada pela pandemia do coronavírus? Sobretudo, aos casos em que as empresas — carentes de normas indutoras de estímulos fiscais, não encontram outra alternativa, senão fecharem as portas e demitirem empregados?

10 SHOUERI. Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44-45.

11 ÁVILA. Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127.

Passa-se, no próximo tópico a analisar a função social das empresas e entidades que desempenham serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde, para então, responder a essas indagações.

3.1. A FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS E ENTIDADES QUE DESEMPENHAM SERVIÇOS MÉDICOS HOSPITALARES E PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Antes de investigar as possíveis políticas tributárias de implementação de incentivos fiscais voltados para as empresas e entidades que desempenham serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde, é fundamental traçar um panorama sobre a função social do segmento da saúde.

Para o jurista José Luiz Toro da Silva¹², tamanha é a importância deste segmento (atividades de saúde) que, mesmo quando exercidas por pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a um tratamento jurídico diferenciado, estabelecido por lei, tendo em vista a função social de tal atividade.

Em outra obra, a qual se tornou referência obrigatória para o estudo desse ramo do direito, José Luiz Toro da Silva leciona:

Verifica-se que a saúde é um direito social, classificado como de relevância pública mesmo naquelas atividades privadas, e isso implica um reconhecimento de relevante interesse público por detrás de tais atividades, que não podem se pautar, exclusivamente, por valores de mercado. Devem ser observados os interesses econômicos e sociais na atuação da iniciativa privada na área de saúde, (...).¹³

Independentemente, se prestados pelo Estado ou pela livre iniciativa, é fato que os serviços de saúde são considerados de relevância pública.

Para Angélica Carlini:

12 TORO. José Luiz da Silva. In: Revista de Direito da Saúde Suplementar. **Os Efeitos Jurídicos Decorrentes da Crise do Coronavírus nos Contratos de Credenciamentos Médico-Hospitalares**. Ed. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 9.

13 TORO. José Luiz da Silva. **Planos de Saúde. Limites ao poder de regular**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 53.

(...) um setor como a saúde suplementar não pode não ter conflitos solucionados apenas pelas regras de mercado. É um setor sensível que impõe a presença do Estado na medida em que a concentração de serviços de saúde é muito diferente de outros serviços, em especial pelos aspectos técnicos e científicos que compõem toda a estrutura e que, não raro, é desconhecido do usuário/consumidor.¹⁴

Para Ivo Waisberg¹⁵ “o direito não pode ser interpretado de forma a ignorar a sua relação com a economia e, mediatamente, até com as suas consequências sociais”.

E é justamente em razão da importante função social exercida pelas empresas e entidades de serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde que, neste momento crítico de pandemia, é dever do legislador se manter atento as possibilidades de implementação de medidas extrafiscais indutoras de comportamentos positivos em âmbito tributário, desde que respeitados os limites impostos pelas constituições do Brasil e de Portugal.

4. DAS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS ADOTADAS ATÉ O MOMENTO PARA CONTER O COLAPSO FISCAL EMPRESARIAL – MICROCOMPARAÇÃO

Os efeitos da pandemia do coronavírus atingem a população mundial de uma forma nunca vista. Por consequência, a economia mundial também é afetada.

Em meio à pandemia da COVID-19 e as alterações na economia do Brasil e de Portugal, ambos os governos vêm adotando medidas para minimizar os impactos nas empresas.

14 CARLINI, Angélica. **AANS e a efetividade de sua missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz de seus fornecedores.** In CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 68.

15 WAISBERG, Ivo. **Responsabilidade Civil do Estado no Exercício da Regulação da Atividade Bancária.** In: Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. Orgs. Alexandre Dartanhan de Melo Guerra e outros. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 818.

Para amenizar os impactos da pandemia, Portugal lançou mão de medidas fiscais e econômicas emergenciais, dentre as quais se destacam:

- (i) Dilação de prazos em IRC, IRS e Imposto de Selo (Despacho do SEAF n.º 104/2020.XXII, de 9 de março, e Despacho do SEAF n.º 153/2020. XXII, de 24 de abril);
- (ii) Pagamento em 3 ou 6 prestações das retenções na fonte em IRS/IRC e do IVA (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-F/2020 de 26 de março, retificado pela Declaração de Retificação n.º 13/2020, de 28 de março);
- (iii) Isenção de IVA em produtos de utilização médica e aplicação da taxa reduzida de IVA às máscaras e gel desinfetante (Lei n.º 13/2020, de 7 de maio, e Despacho n.º 5638-A/2020, de 20 de maio);
- (iv) Isenção de contribuições sociais (Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, retificado pela Declaração de Retificação n.º 14/2020, de 28 de março);
- (v) Adiamento da Declaração Mensal de Imposto de Selo para 2021 (Despacho do SEAF n.º 121/2020.XXII, de 24 de março);
- (vi) Suspensão de procedimentos e processos fiscais (artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, retificada pela Declaração de Retificação n.º 13/2020, de 28 de março, e alterada pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril);
- (vii) Resgate de Planos Poupança Reforma – PPRs (artigo 7.º da Lei n.º 7/2020, de 10 de abril);

O Brasil, por sua vez, também publicou algumas medidas tributárias emergenciais, dentre as quais se destacam:

- (i) Prorrogação do prazo para pagamento dos tributos do Simples Nacional (Resolução CGSN n.º 154/2020 do Comitê Gestor do Simples Nacional);
- (ii) Suspensão, prorrogação e adiamento de atos de cobrança da dívida ativa da União (Portaria do Ministério da Economia

- n. 103, de 17 de março de 2020, regulamentada pela Portaria PGFN n. 7.821, de 18 março de 2020);
- (iii) Adiamento do prazo de pagamento do FGTS (Medida Provisória 927/2020);
 - (iv) Redução, por três meses, de 50% das contribuições ao Sistema S (Medida Provisória nº 932/2020).
 - (v) Suspensão de prazos e atos processuais pela Receita Federal do Brasil – RFB (Portaria RFB nº 4.105, de 30 de julho de 2020).

Como se viu, partindo-se de uma análise *microcomparativa* — assim definida pelo Professor Carlos Ferreira de Almeida, em que pese o arcabouço tributário de normas brasileiras seja muito mais complexo do que as leis de Portugal, da simples análise dos casos exemplificados acima, é fato incontroverso que a Europa se preocupou muito mais em manter a sobrevivência das empresas do que o Brasil. Principalmente, em relação a medidas extrafiscais, concessão de benefícios ou isenções tributárias.

No Brasil, embora importantes, as medidas adotadas até aqui para conter o colapso econômico/fiscal causado pela pandemia da COVID-19, são extremamente tímidas. A realidade que se observa na prática, é que diversas empresas têm suas atividades prejudicadas por enfrentarem o seguinte dilema: “Devo pagar o salário de meus empregados ou tributos ao Estado?”.

Exemplo recente da ineficácia estatal brasileira em relação a medidas fiscais durante a pandemia, ocorreu no Estado de São Paulo (Brasil).

As que mais chamaram atenção da população foram: Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020; Decreto nº 65.254; e o Decreto nº 65.244, ambos de 15 de outubro de 2020.

Tais normas acabaram com as isenções fiscais do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) no Estado de São Paulo (Brasil), para os produtos, medicamentos e equipamentos médico-hospitalares.

Notadamente, tal medida mostra-se ineficaz e vai, inclusive, na contramão do que outros países, a exemplo de Portugal, vêm adotando,

sobretudo, para esse segmento da economia que, sem dúvidas, é o mais importante neste momento caótico.

A OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), entidade que representa um importante instrumento de práticas harmônicas internacionais, composta, atualmente, por 37 países¹⁶ que adotam uma economia de mercado, preocupou-se em mapear o impacto na arrecadação tributária, com reflexos para a governança dos serviços públicos e para a saúde econômica das empresas.

Por meio do seu CTPA (Centre for Tax Policy and Administration)¹⁷, a OCDE elaborou uma planilha contendo várias medidas necessárias, como por exemplo: a) melhoria do fluxo de caixa das empresas; b) apoio ao sistema de saúde; c) transferências financeiras; d) política tributária de apoio ao consumo; e) política tributária de apoio ao emprego; f) política tributária de apoio ao investimento; g) outras medida de política tributária; h) outras medidas não fiscais.

Os países que compõe a OCDE, incluindo Portugal, alinhados as necessidades da população e das empresas em geral, adequaram diversas questões, principalmente relativas a tributos e obrigações fiscais.

O Brasil não está inserido formalmente como um país membro da OCDE, mas tem participado de trabalhos em alguns comitês, como os de Agricultura, de Estatísticas, de Política Científica e Tecnológica, de Investimentos, de Comércio, dentre outros¹⁸.

Mesmo participando timidamente em alguns comitês, observou-se que, ao contrário de Portugal, a nação brasileira ainda carece de incentivos fiscais, pois as medidas adotadas até o presente momento mostram-se ineficazes perante a crise econômica decorrente da COVID-19.

16 Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia do Sul, Letônia, Lituânia (recém ingressado), Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Estados Unidos e Reino Unido.

17 OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) > <https://www.oecd.org/ctp/> Acesso em: 8 mar. 2021.

18 JOTA > <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-tributarias-para-a-crise-da-covid-19-08112020> Acesso em: 21 mar. 2021.

Assim sendo, verificou-se que, no Brasil, as providências tomadas até o momento não atendem a função social das atividades de saúde, principalmente, àquelas relacionadas aos serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde.

Referidas deliberações, embora importantes, ainda são insuficientes à preservação e sustentabilidade desse segmento da sociedade que beneficia não apenas o consumidor, mas o próprio Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verificou-se que, em meio à pandemia da COVID-19, Brasil e Portugal vêm adotando medidas fiscais para minimizar os impactos nas empresas.

Como no presente trabalho pretendeu-se analisar os efeitos tributários causados pela pandemia desses dois países, não havendo, portanto, um critério único pelo qual se defina a amplitude dos institutos jurídicos, partiu-se da metodologia científica da *microcomparação*, assim definida por Carlos Ferreira de Almeida.

Para amenizar os impactos, Portugal, assim como o Brasil lançaram mão de algumas medidas tributárias e econômicas emergenciais, algumas com viés extrafiscal.

Contudo, verificou-se que, ao contrário de Portugal, no Brasil, as providências tomadas até o momento (muitas delas na contramão da sociedade) não atendem a função social das atividades de saúde, principalmente, àquelas relacionadas aos serviços médicos hospitalares e planos privados de assistência à saúde.

Referidas deliberações, embora importantes, ainda são insuficientes à preservação e sustentabilidade desse segmento da sociedade que beneficia não apenas o consumidor, mas o próprio Estado.

Tal observação foi constatada em razão do precário incentivo fiscal nas empresas. Como exemplo ineficaz, tem-se a Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020; Decreto nº 65.254; e o Decreto nº 65.244, ambos de 15 de outubro de 2020, normas brasileiras que acabaram com as

isenções fiscais do ICMS no Estado de São Paulo (Brasil) para os produtos, medicamentos e equipamentos médico-hospitalares.

O caminho mais adequado para a preservação e sustentabilidade desse importante segmento da sociedade que desempenha verdadeira função social, seria o Brasil se alinhar as práticas internacionais já recomendadas pela OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), por intermédio de seu CTPA (Centre for Tax Policy and Administration).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARLINI, Angélica. **A ANS e a efetividade de sua missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz de seus fornecedores**. In CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- JOTA > <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-tributarias-para-a-crise-da-covid-19-08112020> Acesso em: 21 mar. 2021.
- NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito Fiscal das Empresas**. Coimbra: Almedina, 2018.
- OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) > <https://www.oecd.org/ctp/> Acesso em: 8 mar. 2021.
- SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TORO, José Luiz da Silva. In: Revista de Direito da Saúde Suplementar. **Os Efeitos Jurídicos Decorrentes da Crise do Coronavírus nos Contratos de Credenciamentos Médico-Hospitalares**. Ed. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- TORO, José Luiz da Silva. **Planos de Saúde. Limites ao poder de regular**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- WAISBERG, Ivo. **Responsabilidade Civil do Estado no Exercício da Regulação da Atividade Bancária**. In: Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. Orgs. Alexandre Dartanhan de Melo Guerra e outros. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Só Atendo com o Consentimento de um Pai/ Responsável? A LGPD na Saúde e o Dilema do Consentimento do Menor

LUIZ FERNANDO PICORELLI¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é abordar o art. 14 da LGPD e a sua aplicação na área da saúde respondendo se, de fato, o consentimento deve ser sempre coletado dos pais ou responsáveis quando tratamos dados de crianças e adolescentes. A discussão sobre a proteção dos dados pessoais se inicia com o capitalismo de vigilância, uma nova forma de capitalismo introduzida na era digital por meio do qual a riqueza é derivada da vigilância. A saúde nunca esteve alheia a este processo, e sempre houve uma preocupação específica nesta área quanto ao sigilo e a segurança. Desse modo, a LGPD surge a partir da evolução internacional e nacional sobre a proteção dos dados pessoais e influencia diretamente na área da saúde. A questão da criança e do adolescente na LGPD, bem como da necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis para ao tratamento de dados, traz uma série de discussões sobre a aplicabilidade, marcos étários, além de conflitos, inclusive com outras disposições da norma. Se adotarmos uma interpretação literal do art. 14 da área da saúde, haverá claro prejuízo não só para os próprios menores, como também para os serviços de saúde. Portanto, o artigo apresenta possíveis soluções para este imbróglio.

Palavras-Chave: Proteção de dados – Saúde – Criança – Adolescente

1 Advogado da área da saúde. Mestre em Direito Econômico pela PUC/SP. Coordenador Suplente da Subcomissão LGPD da UNIDAS. DPO certificado pela ITCERTS (Canadá).

INTRODUÇÃO

Uma criança e seus pais comparecem ao pronto socorro para tratar um quadro de febre e náuseas, possivelmente uma virose. Após a triagem, na sala de espera do pronto socorro, entregam a carteira do plano de saúde, um documento com foto. Após análise, ainda na recepção, recebem do atendente uma série de documentos para a assinar e aprovar, dentre eles um *Termo de Consentimento*.

O termo com várias caixas de marcação e um texto técnico, diz mais ou menos assim “[...] eu, pai ou responsável legal do(a) do paciente já previamente identificado neste instrumento, atualmente possuindo 12 anos incompletos, consinto de forma livre, esclarecida e inequívoca o tratamento dos dados pessoais e se sensíveis do referido menor [...]”. O termo segue dizendo que aquele consentimento valerá para o tratamento de saúde, para o acompanhamento médico, para a composição do histórico, dentre várias outras informações.

Os pais, completamente despreocupados com formalidades jurídicas, marcam a caixa autorizando o tratamento, conforme orientado pelo atendente. O tratamento segue o curso como com qualquer outra pessoa, sendo então o menor encaminhado com os seus pais para o setor competente. Um tempo depois, um dos pais, já conscientizado sobre a LGPD, resolve comparecer ao hospital para revogar o consentimento realizado.

A situação narrada é fictícia, mas o quadro é muito real. Com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, diversos estabelecimentos passaram a exigir dos pais ou responsáveis o consentimento para diversos dados que eram tratados obrigatoriamente na área da saúde com o intuito de se resguardar em relação ao art. 14, que aparentemente lhes atribuiria tal responsabilidade.

Contudo, o consentimento é uma base legal específica que demanda uma série de situações muitas vezes incompatíveis com a natureza e as demandas dos tratamentos de saúde. A utilização obrigatória de tal base legal para crianças tem provocado diversas dúvidas e posicionamentos divergentes, em especial no setor de saúde, tendo em vista que a rea-

lização de procedimentos e o diagnóstico dependem fundamentalmente da coleta de dados. O acompanhamento do paciente depende também do registro de dados.

Por isso que o objetivo deste artigo é abordar o art. 14 da LGPD e a sua aplicação na área da saúde respondendo se, de fato, o consentimento deve ser sempre coletado dos pais ou responsáveis quando tratamos de crianças e adolescentes.

Iniciaremos com a breve exposição sobre o surgimento do capitalismo de vigilância e a evolução legislativa destinada a proteger os dados pessoais a nível internacional e no Brasil, demonstrando a sua importância. Após, será feita uma análise da questão da criança e do adolescente na LGPD, oportunidade em que responderemos se a necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis se aplica apenas às crianças ou aos adolescentes. Nessa parte tentaremos responder o porquê da regra do consentimento prevista nos parágrafos do art. 14 da LGPD. Por fim, demonstraremos os problemas gerados pela aplicação literal do art. 14 na área da saúde e como os procedimentos de saúde e a coleta de dados para esta finalidade é abordada pelo direito estrangeiro, principalmente o europeu.

A hipótese enfrentada é a de que o art. 14, ao menos na área da saúde, precisa de uma leitura harmônica com os demais dispositivos da LGPD e as normas que tratam sobre a saúde (como o Código de Ética Médica). Sendo assim, tratando-se de procedimento de saúde, não se aplicaria o consentimento, mas sim, após a autorização do tratamento, a transparência sobre como os dados estão sendo coletados e utilizados.

1. LGPD E A SAÚDE

Como a discussão sobre a proteção dos dados pessoais começou efetivamente? Muito se fala no escândalo da *Cambridge Analytica* e da utilização dos dados coletados pelo *Facebook* para fins políticos², mas a

2 CONFESSORA, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. Nova York, *The New York Times*, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 26 set. 2021.

verdade é que esse debate é bem anterior. Ele começa em 2002 com o que Shoshana Zuboff chama de *Capitalismo de Vigilância*.

O *Capitalismo de Vigilância* é uma nova forma de capitalismo introduzida na era digital por meio do qual a riqueza é derivada da vigilância, ou seja, da absorção da experiência humana para fins de lucro.³ Ele foi inventado pelo Google entre 2001 e 2004 como uma solução final de uma crise financeira no Vale do Silício, quando a referida empresa decidiu aumentar as suas receitas com anúncios, analisando os dados coletados em seus mecanismos de buscas para entender o comportamento dos usuários.⁴

A percepção de que haveria enorme ganho em utilizar os dados coletados para prever e até mesmo conduzir o comportamento fez com que os usuários de plataformas deixassem de ser os sujeitos, destinatários das ferramentas digitais, para serem os objetos. Atualmente, qualquer produto que opere com a alcunha de *smart, personalizado, assistente digital*, é, na verdade, uma interface de coleta de dados comportamentais.⁵

David Lyon vai além, e com base no seu trabalho feito em conjunto com o filósofo Zygmunt Bauman, afirma que a vigilância é intrínseca à internet, ou seja, parte do que constitui a internet em todos os seus níveis. A internet é um espaço de vigilância fluido e líquido, onde muito da vida é efetivamente realizado em contato com aqueles ou — buscando saber sobre alguém — que não está de corpo presente.⁶

3 ZUBOFF, Shoshana. We Make Them Dance: Surveillance Capitalism, the Rise of Instrumentarian Power, and the Threat to Human Rights. In: RIKKE FRANK, Jørgensen (Org.). *Human Rights in the Age of Platforms*. Londres, Inglaterra: The MIT Press, 2019, p. 6 e 7.

4 ZUBOFF, Shoshana. We Make Them Dance: Surveillance Capitalism, the Rise of Instrumentarian Power, and the Threat to Human Rights. In: RIKKE FRANK, Jørgensen (Org.). *Human Rights in the Age of Platforms*. Londres, Inglaterra: The MIT Press, 2019, p. 6 e 7.

5 ZUBOFF, Shoshana. We Make Them Dance: Surveillance Capitalism, the Rise of Instrumentarian Power, and the Threat to Human Rights. In: RIKKE FRANK, Jørgensen (Org.). *Human Rights in the Age of Platforms*. Londres, Inglaterra: The MIT Press, 2019, p. 5, 9, 11.

6 LYON, David. Surveillance Capitalism, Surveillance Culture and Data Politics. In: BIGO, Didier, et. al. (Org.). *Data Politics: worlds, subjects, rights*. Londres, Inglaterra. Routledge: Taylor & Francis Group, 2019, p. 165.

Facilitou este processo o salto qualitativo e quantitativo do processamento da informação. O diagnóstico da alocação dos dados pessoais passa a ser um novo ativo econômico, que só é possível mediante o gerenciamento de bancos de dados automatizado por softwares, inclusive quando os dados não são estruturados. O *Big Data*, inclusive, revolucionou esse processamento, ao permitir a análise dos dados coletados em toda a sua extensão para uma série de finalidades, mesmo que não estejam estruturados.⁷

A saúde não está — e nunca esteve — alheia a este processo. Um estudo examinou o impacto financeiro de dispositivos de saúde portáteis, e constatou que em ambientes corporativos, empregados que participavam de um programa de saúde preventiva custavam cerca de 1,2 dólares a menos que outros que não participavam. Com base em dados de saúde, seguradoras podiam determinar não apenas quem possuía as melhores condições para receber a cobertura de saúde, mas também o candidato ideal a um emprego que fornecia como benefício a assistência à saúde.⁸

É nesse contexto que surge a expansão mundial por leis de proteção de dados. Não que não houvesse leis tratando sobre este assunto ou preocupadas com a privacidade antes do século XXI. No Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o art. 17 já previa que “[...] ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. [...]”.

A primeira lei de proteção de dados no mundo é alemã, e data de 1970, introduzindo também a primeira autoridade de proteção de dados no mundo. Em 1981, a Europa criou um Conselho relacionado à Convenção para a Proteção dos Indivíduos em Relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais, que inclusive contou com a adesão de países fora da União Europeia, como a Argentina. A diversidade de leis

7 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: GEN, 2019. E-book não paginado.

8 CHARITSIS, Vassilis. *Survival of the (Data) Fit: Self-Surveillance, Corporate Wellness, and the Platformization of Healthcare*. *Surveillance and Society*. Kingston, Canadá, vol 17, n. 1/2, p. 139-144, mar. 2019, p. 141.

sobre proteção de dados nos mais diversos países da Europa fez com que a Comissão Europeia fizesse em 1995 uma Diretiva destinada a aumentar o nível de proteção dos dados como condição *sine qua non* para a sua livre circulação.⁹

No Brasil, a Constituição de 1988 se preocupou com a privacidade e o sigilo das comunicações (art. 5º, incisos X, XII) e, por meio do remédio constitucional do *habeas data*, abordou a proteção dos dados constantes em bancos de dados públicos ou de natureza pública (art. 5º, inciso LXXII). Em relação aos dados pessoais, a Lei n. 7.232/1984, que estabeleceu a Política Nacional de Informática, já previa a necessidade de mecanismos e instrumentos legais para a proteção do sigilo dos dados armazenados. Outras menções aos dados pessoais também podem ser encontradas no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) e no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Sempre houve uma preocupação específica na área da saúde quanto ao tema dos dados pessoais, principalmente em relação ao sigilo e à segurança. A nível internacional, o Conselho da Europa expediu a Recomendação n. R (97) 5 sobre a proteção de dados médicos, definindo o que são dados pessoais, médicos e genéticos.

O Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1.931/2009), estabelece nos arts. 73, 74 e 76 o dever de sigilo no médico, salvo nos casos de consentimento, dever legal e motivo justo.¹⁰ Outras áreas da saúde também seguem essa linha, como se vê no Código de Ética Odontológica (Res. CFO 118/2012, art. 14) e o Código de Ética da Enfermagem (Res. COFEN 564/2017, art. 52).

No âmbito da saúde pública, a Portaria de Consolidação 01/2017 do Ministério da Saúde estabelece que os gestores do SUS, prestado-

9 KORFF, Douwe; GEORGES, Marie. *The DPO Handbook Guidance for data protection officers in the public and quasi-public sectors on how to ensure compliance with the European Union General Data Protection Regulation*. Roma, Itália: Fondazione Lelio e Lisli Basso, 2019, p. 14, 17, 18 e 25.

10 BARROS JÚNIOR, Edmilson Almeida. *Código de Ética Médica: comentado e interpretado*. Timburi, SP: Cia do E-book, 2019, p. 549.

res de serviços e pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde serão responsabilizados pela guarda, segurança e confidencialidade dos dados gerados e tratados (art. 283).

Na saúde suplementar, as Resoluções 255/2011, 305/2012 e 389/2015 definem não apenas o dever de respeito à privacidade e a segurança na troca de informações, como também atribuem ao responsável técnico da área da saúde a responsabilidade pelo fluxo de informações. Além disso, a Súmula Normativa n. 27 veda a prática de seleção de riscos pelas operadoras de planos de saúde na contratação de qualquer modalidade de plano de saúde.

Desse modo, em 2012, o então Deputado Federal Milton Monti apresentou o Projeto de Lei (PL) nº. 4.060, de 2012, dispondo sobre o tratamento de dados pessoais.¹¹ Ato contínuo, as discussões sobre proteção de dados se intensificam no Brasil, principalmente a partir de 2013, quando é descoberta uma espionagem internacional realizada pelos Estados Unidos.¹²

Em 2016 entrou em vigor a *General Data Protection Regulation – GDPR* (Regulamento 2016/679) no âmbito da União Europeia, legislação destinada a fortalecer e a unificar a proteção de dados na referida região, substituindo a antiga diretiva sobre o assunto. De um modo geral, ao contrário da norma anterior, a GDPR é aplicável diretamente aos países membros da União Europeia, sem a necessidade de incorporação por meio de leis internas de cada nação. A GDPR possui ainda como inovação a obrigatoriedade de demonstração de conformidade pelos controladores em relação à proteção dos dados pessoais dos titulares.¹³

11 BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Parecer ao Projeto de Lei n. 4.060/2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filename=Tramitacao-PL+4060/2012. Acesso em 18 ago. 2021.

12 PINHEIRO, Patrícia Peck. #*Direito Digital*. 6. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 481 e 482.

13 KORFF, Douwe; GEORGES, Marie. *The DPO Handbook Guidance for data protection officers in the public and quasi-public sectors on how to ensure compliance with the European Union General Data Protection Regulation*. Roma, Itália: Fondazione Lelio e Lisli Basso, 2019, p. 55, 56, 58, 102, 113.

Em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.709/2018, derivada do Projeto de Lei (PL) n.º. 4.060, de 2012. A maior parte da nova legislação entrou em vigor em 18/09/2020, conforme posição adotada expressamente pelo Senado Federal.¹⁴ Basicamente, a LGPD parte de um modelo com 3 características centrais:

- i) amplo conceito de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses.¹⁵

A lei ainda se aplica aos dados em ambiente digital e físico, tendo por objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.¹⁶ Estabelece uma série de direitos ao titular, principalmente no art. 18, que lhe confere controle sobre os seus dados, o que ultrapassa — e muito — da mera privacidade ou segurança.

Além disso, a nova legislação atribui ao controlador (que define os meios e a finalidade da coleta) a responsabilidade principal pelo seu não cumprimento. Esta responsabilidade pode ser ampliada para o operador (que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador) caso ele não cumpra LGPD ou siga as instruções do controlador.

Exemplificando, uma médica, profissional liberal, que armazena os prontuários e os demais dados pessoais de seus pacientes no seu computador localizado em seu consultório será considerada controladora.¹⁷ Os dados coletados e inseridos são decididos pela referida profissional, com

14 BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 6 fev. 2021.

15 MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasília, vol. 120, nov-dez. 2018. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

16 VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book não paginado.

17 BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo para Definição de Agentes de Tratamento e do Encarregado*. Brasília: ANPD, 2021, p. 11.

total autonomia. Nessa linha, conforme estabelece o art. 42 da LGPD, será diretamente responsável por quaisquer danos causados pela violação à referida legislação.

Por outro lado, um fornecedor de um sistema de tecnologia será considerado mero operador, pois não toma as decisões sobre os meios e a finalidade do tratamento.¹⁸ Apenas fornece o sistema a mando de um contratante. Desse modo, só será responsabilizado quando não seguir as instruções lícitas de seu contratante ou contrariar a LGPD (art. 42, §1º, inciso I).

A LGPD prevê como uma de suas bases para o tratamento de dados “[...] para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária” (art. 7, inciso VIII, e art. 11, inciso II, alínea “f”). Ainda sobre este tema, cria uma restrição maior ao compartilhamento de dados de saúde, proibindo-o para a obtenção de vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, o que inclui os serviços auxiliares de diagnose e terapia (art. 11, §4º).

Vale dizer que pela atual legislação são considerados dados sensíveis não apenas os próprios dados de saúde, assim como os dados biométricos, dados genéticos, e os dados referentes à vida sexual. Este enquadramento possui claramente como influência o GDPR (art. 4º). Os dados sensíveis são aqueles capazes de implicar riscos e vulnerabilidades mais graves aos direitos e liberdades dos titulares.¹⁹ Daí a maior restrição imposta pela legislação, que quer evitar prejuízos aos titulares de dados.

18 BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *GPs as data controllers under the General Data Protection Regulation*. Londres: British Medical Association, 2018. Disponível em: <https://www.bma.org.uk/media/1827/bma-gps-as-data-controllers-under-gdpr-november-2019.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

19 VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book não paginado.

2. A QUESTÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LGPD

O art. 14, *caput*, da LGPD dispõe que “o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”. Da mesma forma que o texto constitucional (art. 227, *caput*), há uma diferenciação entre criança e adolescente. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), criança é a pessoa de até doze anos de idade incompletos, ao passo que adolescente é aquela pessoa entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º).

Aqui já há uma nítida diferença com o *General Data Protection Regulation* – GDPR, que dispõe apenas sobre crianças, e não aborda a figura do adolescente.

Isto poderia inicialmente ser explicado pelo contexto internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 define como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, exceto se, conforme a lei aplicável, a maioridade seja alcançada antes (art. 1º). Em outras palavras, o contexto internacional divide as pessoas entre crianças e adultos, afastando em um primeiro momento a figura do adolescente.²⁰ Contudo, como se verá mais adiante o GDPR estabelece, sim, marcos etários.

O art. 14 também trata sobre a ideia de melhor interesse. O melhor interesse tem sido definido como agir de modo a promover ao máximo bem do indivíduo ou obter a maior rede de benefícios dentre as opções existentes, considerando os riscos e os custos envolvidos.²¹ Outros tra-

20 BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*. Bebedouro, SP, n. 2, vol. 8, mai.-ago. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.08.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

21 KIPPER, Délio José. Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes. *Revista de bioética*. Porto Alegre, vol. 23, n. 1, p. 40-50, jan-abr. 2015, p. 42.

balhos têm definido o melhor interesse como cumprir deveres de proteção e cuidado, observando determinados limites.²²

No Guia de Proteção de Dados Pessoais da Criança e do Adolescente elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, o melhor interesse foi identificado também no art. 100, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual afirma que o interesse superior da criança e do adolescente importa no atendimento prioritário aos seus interesses, “[...] sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto [...]”. O melhor interesse no contexto da proteção de dados, inclusive, age para proteger a privacidade e se relaciona com o princípio da necessidade da LGPD (art. 6º, III) na medida em que limita o tratamento dos dados ao mínimo necessário conforme a vulnerabilidade e a necessidade de cuidado das crianças e dos adolescentes estabelecida na Constituição (art. 227, *caput*).²³

Os parágrafos do art. 14 geram a primeira questão polêmica, com uma série de posições divergentes sobre o assunto. O primeiro parágrafo do art. 14 da LGPD diz que “[...] o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. [...]”. O parágrafo 3º afirma que o consentimento neste caso poderá ser dispensado “[...] quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro [...]”.

A primeira dúvida que tem surgido é se o dispositivo se aplica apenas à criança ou se à criança e ao adolescente. A questão é relevante, em especial na área da saúde, pois não têm sido incomuns os casos de adolescentes utilizando serviços de saúde, de compras na internet, de trans-

22 YANDRA, Bárbara Fernanda Ferreira, et. al. Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. *Internet & Sociedade*. São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 230-249, fev. 2020, p. 241.

23 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *Guia de Proteção de Dados Pessoais das Crianças e Adolescentes*. São Paulo: FGV, 2020, p. 12.

porte, dentre vários outros de forma autônoma e sem a presença de um maior de idade.

Vinicius Almada Mozetic e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresco, apesar de reconhecerem que a previsão de consentimento foi estabelecida apenas para as crianças, aplicam no decorrer do seu trabalho a ideia de que seria importante o consentimento dos pais e responsáveis também para os adolescentes, conforme a ideia de proteção integral dos dois grupos (crianças e adolescentes).²⁴

Em uma posição intermediária, o Guia de Proteção de Dados Pessoais da Criança e do Adolescente elaborado pela Fundação Getúlio Vargas defende que o consentimento deverá ser coletado obrigatoriamente no caso de crianças, isto é, pessoas de 0 a 12 anos incompletos, e adolescentes até 16 anos incompletos. A justificativa foi embasada no marco legal de capacidade civil estabelecido pelo Código Civil Brasileiro, que define a incapacidade absoluta até os 16 anos incompletos e relativa dos 16 a 18 anos. Desse modo, considerando a possibilidade de nulidade dos atos praticados, o trabalho recomenda sempre o consentimento até os 16 anos e, a partir dos 16, a utilização das outras bases legais da LGPD com a presença do pai/responsável para que se evite a anulação do ato.²⁵

Barbara Fernanda Ferreira Yandra, Amanda Cristina Alves Silva e Jéssica Guedes Santos defendem um tratamento especial dos adolescentes, mas sustentam que deveria existir o controle familiar de atos civis praticados pelo menor no âmbito da Internet, haja vista as características próprias da idade e seu desenvolvimento incompleto.²⁶

24 MOZETIC, Vinicius Almada; BABARESCO, Daniele Vedovatto Gomes da Silva. *LGPD e a obrigatoriedade do consentimento na coleta de dados de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: https://www.academia.edu/42044798/LGPD_E_A_OBRIGATORIEDADE_DO_CONSENTIMENTO_NA_COLETA_DE_DADOS_DE_CRIAN%C3%87AS_E_ADOLESCENTES_NO_BRASIL. Acesso em 19 set. 2021.

25 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. *Guia de Proteção de Dados Pessoais das Crianças e Adolescentes*. São Paulo: FGV, 2020, p. 18.

26 YANDRA, Bárbara Fernanda Ferreira, et. al. Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. *Internet & Sociedade*. São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 230-249, fev. 2020, p. 236 e 237.

Há posições ainda no sentido de dispensar o consentimento quando se tratar de adolescente a partir dos 13 anos de idade. Rony Vainzof defende a dispensa de consentimento a partir dos 13 anos de idade com base no parecer da Comissão Especial do Projeto de Lei n. 4.060/2012 da Câmara dos Deputados, que deu origem à LGPD.²⁷ O referido parecer deixa claro que a inspiração do dispositivo foi o *Children's Privacy Online Act* — COPPA dos Estados Unidos.²⁸ Contudo não foi possível localizar a referência aos 13 anos de idade, mas sim aos 12 anos de idade usados como marco na legislação brasileira.

Talvez a referência aos 13 anos de idade tenha sido extraída do GDPR, que estabelece que para a criança, a coleta de dados pessoais só será possível sem o consentimento de quem exerce a responsabilidade parental caso ela tenha 16 anos (art. 8º). Como esta regra se aplica a diversos países, o dispositivo permite que a idade para dispensa de consentimento seja reduzida para 13 anos.

Seja como for, está claro que a leitura mais apropriada da LGPD deve usar como marcos de idade as regras já estabelecidas no direito pátrio e não no estrangeiro. Considerar os 13 anos de idade para se decidir se deverá ocorrer a autorização dos pais ou responsáveis seria criar perigosa e incompatível inovação na legislação brasileira, gerando ainda mais controvérsia a um dispositivo que não é fácil de interpretar. Daí a posição defendida neste trabalho de que se em algum momento for utilizado o critério etário para a exigência da presença dos pais ou responsável para fins de tratamento dos dados de menores, que este critério seja o já definido pelo Código Civil (arts. 3º e 4º) e ECRIAD (art. 2º).

Portanto, é necessário criar maior harmonia, pois outros problemas graves são apresentados pelo referido dispositivo, conforme será demonstrado a seguir.

27 VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book não paginado.

28 BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Parecer ao Projeto de Lei n. 4.060/2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filename=Tramitacao-PL+4060/2012. Acesso em 18 ago. 2021.

3. OS PROBLEMAS TRAZIDOS PELA PROTEÇÃO DE DADOS DE MENORES NA ÁREA DA SAÚDE

A LGPD trata o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII). Ele é uma das bases legais para tratamento de dados pessoais e dados sensíveis (arts. 7º e 11). Segundo a *Guideline* sobre o consentimento elaborada pelo Grupo de Trabalho europeu WP29, o consentimento “[...] só pode ser fundamento legal adequado se, ao titular dos dados, for oferecido o controle e uma verdadeira opção de aceitar ou recusar os termos propostos ou recusá-los sem ser prejudicado. [...]”. Se o consentimento não é livre, será considerado viciado e, portanto, inválido.²⁹

Logo, quando se trata de consentimento, deve ser garantido ao titular de dados a liberdade de fornecer ou não os dados necessários para o tratamento. Inclusive, a LGPD estabelece que a base legal consentimento permite que o titular retire a sua autorização quando quiser, cabendo inclusive ao controlador de dados o dever de fornecer um procedimento gratuito e facilitado para viabilizar esta revogação (art. 8º, § 5º).

Vamos pensar então nos problemas práticos que a regra estabelecida nos parágrafos do art. 14 da LGPD apresenta, considerando as diversas faixas etárias expostas do item anterior. Uma criança de 10 anos, um adolescente de 17 anos e um adulto de 22 anos, todos chegam a um pronto socorro para atendimento de uma intoxicação alimentar. O quadro não causa risco à vida, mas leva a náuseas, diarreia, febre, e precisa ser tratado. Se adotarmos uma interpretação literal sobre a aplicação do consentimento para menores, conforme o art. 14 e os marcos temporais do Código Civil (excluindo o adolescente), os dados da criança de 10 anos serão coletados por meio da base legal consentimento, ao pas-

29 UNIÃO EUROPÉIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guideline 2017/259: Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*. Disponível: http://portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2017/12/wp29_consent-12-12-17.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

so que o adolescente de 17 anos e do adulto serão coletados com base na tutela da saúde.

Em outras palavras, para atendimento da criança, os pais terão que assinar um *Termo de Consentimento* de caráter granular, estabelecendo por categoria de dados qual a finalidade da coleta, direitos de revogação, dentre outros pontos específicos desta base legal.³⁰ O adolescente de 17 anos e o adulto, por outro lado, poderão ter os seus dados tratados com base na tutela da saúde (art. 11, II, alínea “f”), e certamente terão menos dificuldades para serem prontamente atendidos. Obviamente que em todos os casos (da criança, adolescente e do adulto) deverão ser respeitados os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade (art. 6º, I, II e III), bem como a transparência dos tratamentos (art. 9º), mas é inegável a diferença prática que a aplicação irrestrita do consentimento — com o uso técnico da palavra — iria gerar no tratamento de saúde.

O mesmo poderia ser dito para fins de autorização de procedimentos pela operadora de planos de saúde. Caso o procedimento tenha cobertura, alguns dados, como é o caso do número da carteira do plano, não seriam coletados com base na tutela da saúde, mas sim, em algumas hipóteses, com base em obrigação legal e regulatória (art. 7º, II e 11, II, alínea “a”) e, em outras, com base na execução ou exercício de direitos de um contrato (art. 7º, V, 11, II, alínea “d”).³¹ Se no caso de crianças sempre se utiliza da base legal consentimento, inclusive nas hipóteses acima, eventual recusa dos pais/responsável ou equívoco no atendimento dos requisitos necessários para um consentimento livre, específico, informado e explícito poderia causar uma série de problemas para a realização do procedimento de saúde ou a sua cobertura.

Outros problemas seriam também identificados em relação a informações que devem ser coletadas obrigatoriamente pelos profissionais de

30 UNIÃO EUROPÉIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guideline 2017/259: Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*. Disponível: http://portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2017/12/wp29_consent-12-12-17.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

31 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. *Códigos de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde*. Brasília: Confederação Nacional de Saúde, 2021, p. 90 e 93.

saúde, como é o caso das informações que vão obrigatoriamente para o prontuário médico (Resolução 1.638 do CFM).

E se os pais ou responsáveis decidissem não fornecer o consentimento para o tratamento da criança? Utilizar-se-ia do §3º, que estabelece que o tratamento poderia ser feito sem o consentimento para a proteção da criança?

Mas aí há um outro problema: o tratamento nessa hipótese (proteção da criança) impediria o compartilhamento com terceiros. Assim, se a criança está sendo atendida em um hospital, por exemplo, mas possui um serviço terceirizado de exames laboratoriais, isto impediria o compartilhamento de dados com o serviço terceirizado, ainda que isto fosse necessário. Eventual compartilhamento só poderia ser feito com expresso consentimento dos pais ou responsáveis, dificultando ainda mais o atendimento (art. 7º, § 5º).

Pois bem, o art. 14 da LGPD aparentemente possui inspiração no art. 8º do GDPR, que prevê que:

1. Quando for aplicável o artigo 6º, n.º 1, alínea *a*, no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança.

Os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.

2. Nesses casos, o responsável pelo tratamento envia todos os esforços adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança, tendo em conta a tecnologia disponível.

Note-se que o dispositivo não é voltado para as outras bases legais, mas apenas para a base legal do consentimento, que nos termos da referida norma importa em “uma manifestação de vontade [...] pela qual

o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento [...]”. É dizer: a regra que exige o consentimento dos pais ou responsáveis no GDPR não se aplica quando o tratamento é realizado para outras bases legais, como é o caso da tutela da saúde.

Está é a posição do *Information Commissioner’s Office – ICO*, que no seu Guia para a GDPR no Reino Unido, na seção específica sobre o tratamento de dados para crianças, afirma que se o tratamento é necessário para os interesses vitais de uma criança esse tratamento não demandará o consentimento e não deverá ser exigido o consentimento dos pais. Estando envolvidos dados sensíveis (como é o caso dos dados de saúde) será necessário que o agente de tratamento busque uma das bases legais do artigo 9º do GDPR, dentre elas a tutela da saúde.³² Isso demonstra de forma clara que para a legislação europeia o envolvimento dos menores no tratamento não importaria necessariamente no consentimento dos pais.

Inclusive, a ideia de consentimento dos pais ou responsáveis para as crianças no contexto europeu não foi voltada para qualquer situação, mas apenas para os serviços da sociedade da informação.³³ Os serviços da sociedade da informação são conceituados como serviços de atividades econômicas realizados de forma online, isto é, serviços realizados mediante uma remuneração à distância a pedido do solicitante.³⁴

Outra referência que reforça que a regra do consentimento do art. 8º do GDPR é voltada para os serviços da sociedade da informação é o Código de Proteção de Dados da Itália, que limita o consentimento

32 REINO UNIDO. Information Commissioner’s Office – ICO. *Guide to the UK GDPR: What should our general approach to processing children’s personal data be?* Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-uk-gdpr/what-should-our-general-approach-to-processing-children-s-personal-data-be/>. Acesso em: 26 set. 2021.

33 DONELLY, Mary; MCDONADH, Maeve. Health Research, Consent and the GDPR Exemption. *European Journal of Health*. Leiden, Países Baixos, n. 26, 2 abr. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381524. Acesso em 26 set. 2021.

34 MACMAHON, Paul. *Information Society Services*. Disponível em: <http://mcmahonsolicitors.ie/information-society-services/>. Acesso em: 26 set. 2021.

dos pais ou responsáveis da criança para os serviços da sociedade da informação (Seção 2-d). Quando trata sobre a tutela da saúde, o referido código estabelece que deverá ser observada a base legal tutela da saúde e interesse público no domínio da saúde pública, bem como as medidas de segurança da Seção 2-f.

Em relação aos pediatras, a referida norma impõe o dever de transparência previsto nos arts. 13 e 14 do GDPR (e no art. 9º da LGPD), o que envolve, por exemplo, informações sobre os dados coletados para o diagnóstico, assistência e tratamento, alerta sobre outros profissionais que terão acesso aos dados, dentre outros pontos.³⁵

Como dito acima, a inspiração dos parágrafos do art. 14 da LGPD foi o *Children's Online Privacy Protection Rule* – COPPA, uma lei dos Estados Unidos. A norma é direcionada para crianças de até 12 anos de idade, e estabelece que um website deve obter consentimento dos pais antes de coletar, usar ou revelar informações de crianças. Desse modo, os sites devem tentar ter contato direto com os pais ou responsáveis para que eles possam, se for o caso, desfazer a adesão dos seus filhos na coleta de dados.³⁶

Mas a norma acima não está no contexto do GDPR, clara inspiração para a LGPD e, como se vê, é preciso diferenciar a transparência do consentimento. Nesse ponto falha, a nosso ver, a redação do art. 14 da LGPD.

O consentimento é uma base legal que fundamenta o tratamento dos dados, utilizada em um contexto específico. A transparência, contudo, é obrigação aplicável para qualquer tratamento, independentemente da base legal, o que é claro pelo art. 13 e 14 do GDPR, como também pelos arts. 6º, VI, 9º e 18 da LGPD. A transparência, sim, aplicável a toda e qualquer situação que envolva dados pessoais, deverá ser realizada conforme a capacidade de discernimento do menor envolvido.

35 Para acesso ao referido código, basta conferir o seguinte link: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9299069>.

36 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Protecting Children's Privacy Under COPPA: A Survey on Compliance*. Washington: FTC, 2002, p. 2.

Nem sempre o melhor interesse do menor estará alinhado com a vontade dos pais ou responsáveis no que tange à tutela da saúde. O Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1.931/09), já sensível a esta realidade, prevê que é vedado ao médico “[...] revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento [...]”. A exceção a esta regra ocorrerá quando a não revelação possa causar danos ao paciente.

A doutrina especializada entende que a decisão sobre revelar o tratamento aos pais ou responsáveis, independentemente da capacidade civil, caberá ao médico, que definirá a real capacidade do paciente em comparação com a gravidade do seu problema, conforme a sua maturidade e independência, e principalmente considerando as despesas do tratamento. Deverá ainda considerar o dano decorrente da falta de revelação dos casos aos pais ou responsáveis.³⁷

Na mesma linha, os pareceres CRMPR n. 1.918/2008, CREMESP n. 34.297/1998 e n. 15.633/1994 têm defendido que o segredo profissional é um direito do paciente e não apenas uma prerrogativa dos adultos, não havendo que se confundir a capacidade civil com a escolha do tratamento ao menor que possui discernimento suficiente para decidir sobre a sua saúde. E mais: trata-se de preservar a relação entre o médico e o menor que o procura, visando o benefício da sua saúde.³⁸

A verdade é que nem sempre é o melhor interesse do menor revelar aos pais que está sendo submetido a determinada consulta médica, por exemplo. No caso da vida sexual, é de se compreender, sem maiores esforços, que o menor pode não querer que os seus pais ou responsáveis saibam da consulta, pois isto poderia revelar maiores informações sobre a intimidade.

Mais do que isso, os interesses dos pais (ou responsáveis) podem conflitar com os dos filhos quando forem clinicamente ignorantes ou

37 BARROS JÚNIOR, Edmilson Almeida. *Código de Ética Médica: comentado e interpretado*. Timburi, SP: Cia do E-book, 2019, p. 553.

38 BARROS JÚNIOR, Edmilson Almeida. *Código de Ética Médica: comentado e interpretado*. Timburi, SP: Cia do E-book, 2019, p. 554.

inexperientes ou estiverem defendendo interesses de outro filho. Além disso, podem entrar em conflito interesses religiosos ou culturais.³⁹

No Reino Unido, a Seção n. 8 do *Family Law Reform Act* de 1969 permite que menores a partir de 16 anos possam se submeter ao tratamento médico de forma livre, sem necessitar do consentimento dos pais ou responsáveis.

Neste país, para menores abaixo de 16 anos, é aplicado o teste de competência *Gillick*. Este teste surgiu a partir do caso *Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority* no contexto da prestação de serviços de saúde de contracepção para menores de 16 anos, e estabeleceu que a ciência dos pais seria dispensada se: (a) o(a) menor tivesse discernimento para entender as orientações médicas, (b) o profissional não fosse capaz de convencer o(a) menor sobre a informação aos pais; (c) o(a) menor provavelmente fosse ter relações sexuais com ou sem contraceptivos; (d) o(a) menor não recebesse tratamento e orientações sobre contraceptivos, haveria prejuízo a sua saúde mental e física; (e) o melhor interesse do(a) menor seria efetivamente receber tratamento e/ou orientações sobre contraceptivos.⁴⁰

É importante pontuar que o teste de competência *Gillick* foi feito para fins de autorização de um tratamento de saúde e não para o tratamento de dados. Existe uma importante diferença nestes conceitos. O tratamento de saúde envolve a autodeterminação do paciente e a disposição de seu corpo para fins de tutela do seu bem-estar físico, mental e social (arts. 5º, caput, 6º, da CF, 13 do CC e 3º da Lei n. 8.080/90). Uma vez definido se o tratamento de saúde do menor será feito com a presença e ciência dos pais (ou responsáveis) ou não, não há que se falar em consentimento, pois a tutela da saúde já é uma base legal prevista na LGPD (art. 7º, VIII e 11, II, f, da LGPD).

39 KIPPER, Délio José. Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes. *Revista de bioética*. Porto Alegre, vol. 23, n. 1, p. 40-50, 2015, p. 42, 43 e 44.

40 TAYLOR, Mark J; DOVE, Edward S.; LAURIE, Graeme; TOWNEND, David. When Can the Child Speak for Herself? The Limits of Parental Consent in Data Protection Law for Health Research. *Medical Law Review*. Oxford, Inglaterra, vol. 26, n. 3, pp. 369-391, nov. 2017, p. 372.

É importante diferenciar esta situação de outras em que os dados de saúde são coletados, mas não para um tratamento de saúde. Aplicativos que medem informações físicas para saber se a pessoa está com boa saúde são um ótimo exemplo. Neste caso não há um tratamento de saúde, mas sim uma ferramenta tecnológica que faz o acompanhamento da saúde do usuário, demandando o consentimento.

Como se vê, não faz sentido, seja sob a perspectiva do melhor interesse, seja sob a análise da capacidade, demandar que todo o tratamento de dados relacionado aos menores seja necessariamente pautado no consentimento, ainda que estejamos tratando de crianças. Tal leitura do art. 14 da LGPD levará não apenas ao prejuízo do tratamento de saúde de menores como à completa inviabilização do atendimento em alguns casos. Pior: pode prejudicar a própria ideia de privacidade e a confiança do menor na busca pelo tratamento perante o profissional de saúde.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto no presente artigo, está mais do que claro que é preciso uma leitura adequada e harmônica do art. 14 da LGPD com os demais dispositivos da referida norma, bem como as previsões já existentes no Código de Ética Médica, no Código Civil, dentre outras normas sobre o tratamento de saúde de menores.

O primeiro passo, portanto, é compreender o art. 14, *caput*, da LGPD, como uma norma destinada a atingir o melhor interesse dos menores (sejam crianças e adolescentes) no tratamento dos seus dados, o que envolve não apenas a situação que mais lhe beneficia, como também o respeito a sua privacidade. Logo, no contexto do tratamento, além do respeito à LGPD, é fundamental averiguar se a exposição ou exigência de presença dos pais ou responsáveis irá trazer mais benefícios ou prejuízos ao menor.

Quanto aos parágrafos, as regras que exigem o consentimento de pais ou responsáveis para a coleta de dados devem ser interpretadas como aplicáveis apenas aos casos em que a base legal seja consentimen-

to. Pensar do contrário, considerando o que foi exposto acima, seria colocar a criança em uma situação de maior burocracia e desvantagem, com nítido prejuízo ao seu tratamento se compararmos à situação dos adolescentes e adultos.

O importante no tratamento de dados de menores (crianças e adolescentes) é garantir a capacidade de discernimento e a transparência. A presença dos pais ou responsáveis possui esse intuito.

Esse processo de análise não começa com a coleta de dados, mas sim a definição, caso a caso, de situações em que o menor poderá ser tratado sem a presença dos pais ou responsáveis, e os casos em que o tratamento deverá ocorrer com a presença de adultos. Definido este ponto, a coleta e tratamento de dados no contexto da tutela da saúde é consequência automática e não demandará consentimento, mas sim transparência.

Para decidir se o menor deverá ser tratado com ou sem a presença dos pais ou responsáveis, recomenda-se primeiro a aplicação dos marcos etários internacionais ou do Código Civil como parâmetro, isto é, a presunção de discernimento a partir dos 16 anos, desde que não haja o risco de danos ao paciente.

Abaixo desta idade, deverá ser utilizado o teste de competência *Gillick*, de modo que a depender da gravidade e complexidade do quadro, do discernimento do menor, dentre outros pontos, caberá ao profissional de saúde analisar e registrar se os pais devem ser acionados ou não. De todo modo, é possível estabelecer que a idade até os 12 anos incompletos definida pelo ECRIAD consiste em um parâmetro razoável de presunção para sempre ser exigida a presença dos pais ou responsáveis.

Finalmente, em relação às hipóteses de consentimento, quando aplicável esta base legal, deverá ser aplicado o art. 14 da LGPD obrigatoriamente para o caso de crianças que, conforme o marco legal brasileiro, são pessoas até 12 anos incompletos. Acima dessa idade, poderá ser exigida a presença do pai ou responsável de acordo com ao ato de saúde a ser praticado, ou até mesmo se está sendo realizado um negócio jurídico. De se lembrar que a própria lei atribui efeitos jurídicos ao ato-fato, isto é, fatos jurídicos derivados da ação humana, e que possuem

inegáveis efeitos.⁴¹ Deverá ainda ser levado em consideração, caso a caso, a coleta mínima dos dados, o risco envolvido, em consonância com o Considerando 38 do GDPR.

REFERÊNCIAS

- BARROS JÚNIOR, Edmilson Almeida. *Código de Ética Médica*: comentado e interpretado. Timburi, SP: Cia do E-book, 2019.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: GEN, 2019. E-book não paginado.
- BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*. Bebedouro, SP, n. 2, vol. 8, mai.-ago. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.08.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.
- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Parecer ao Projeto de Lei n. 4.060/2012*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&file_name=Tramitacao-PL+4060/2012. Acesso em 18 ago. 2021.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 6 fev. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo para Definição de Agentes de Tratamento e do Encarregado*. Brasília: ANPD, 2021.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *GPs as data controllers under the General Data Protection Regulation*. Londres: British Medical Association, 2018. Disponível em: <https://www.bma.org.uk/media/1827/bma-gps-as-data-controllers-under-gdpr-november-2019.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- CHARITSIS, Vassilis. *Survival of the (Data) Fit*: Self-Surveillance, Corporate Wellness, and the Platformization of Healthcare. *Surveillance and Society*. Kingston, Canadá, vol 17, n. 1/2, p. 139-144, mar. 2019.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. *Códigos de Boas Práticas*: Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde. Brasília: Confederação Nacional de Saúde, 2021.
- CONFESSORA, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. Nova York, *The New York Times*, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 26 set. 2021.
- DONELLY, Mary; MCDONADH, Maeve. Health Research, Consent and the GDPR Exemption. *European Journal of Health*. Leiden, Países Baixos, n. 26, 2 abr. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381524. Acesso em 26 set. 2021.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *Guia de Proteção de Dados Pessoais das Crianças e Adolescentes*. São Paulo: FGV, 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Protecting Children's Privacy Under – COPPA: A Survey on Compliance*. Washington: FTC, 2002.

41 STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume 1*: parte geral. 14. São Paulo, Saraiva, 2012. E-book não paginado.

- KIPPER, Délio José. *Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes*. Revista de bioética. Porto Alegre, vol. 23, n. 1, p. 40-50, jan-abr. 2015.
- KORFF, Douwe; GEORGES, Marie. *The DPO Handbook Guidance for data protection officers in the public and quasi public sectors on how to ensure compliance with the European Union General Data Protection Regulation*. Roma, Itália: Fondazione Lelio e Lisli Basso, 2019.
- LYON, David. Surveillance Capitalism, Surveillance Culture and Data Politics. In: BIGO, Didier, et. al. (Org.). *Data Politics: worlds, subjects, rights*. Londres, Inglaterra. Routledge: Taylor & Francis Group, 2019.
- MACMAHON, Paul. *Information Society Services*. Disponível em: <http://mcmahonsolicitors.ie/information-society-services/>. Acesso em: 26 set. 2021.
- MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasília, vol. 120, nov-dez. 2018. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/>. Acesso em: 16 ago. 2021.
- MOZETIC, Vinicius Almada; BABARESCO, Daniele Vedovatto Gomes da Silva. *LGPD e a obrigatoriedade do consentimento na coleta de dados de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: https://www.academia.edu/42044798/LGPD_E_A_OBRIGATORIEDADE_DO_CONSENTIMENTO_NA_COLETA_DE_DADOS_DE_CRIAN%C3%87AS_E_ADOLESCENTES_NO_BRASIL. Acesso em 19 set. 2021.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *#Direito Digital*. 6. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REINO UNIDO. Information Commissioner's Office – ICO. *Guide to the UK GDPR: What should our general approach to processing children's personal data be?* Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-uk-gdpr/what-should-our-general-approach-to-processing-children-s-personal-data-be/>. Acesso em: 26 set. 2021.
- STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume 1: parte geral*. 14. São Paulo, Saraiva, 2012. E-book não paginado.
- TAYLOR, Mark J; DOVE, Edward S.; LAURIE, Graeme; TOWNEND, David. When Can the Child Speak for Herself? The Limits of Parental Consent in Data Protection Law for Health Research. *Medical Law Review*. Oxford, Inglaterra, vol. 26, n. 3, pp. 369–391, nov. 2017.
- UNIÃO EUROPÉIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guideline 2017/259: Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*. Disponível: http://portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2017/12/wp29_consent-12-12-17.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.
- VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book não paginado.
- YANDRA, Bárbara Fernanda Ferreira, et. al. *Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais*. Internet & Sociedade. São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 230-249, fev. 2020.
- ZUBOFF, Shoshana. We Make Them Dance: Surveillance Capitalism, the Rise of Instrumentarian Power, and the Threat to Human Rights. In: RIKKE FRANK, Jørgensen (Org.). *Human Rights in the Age of Platforms*. Londres, Inglaterra: The MIT Press, 2019.

Por Que os Pedidos Judiciais de “Home Care” Aumentaram Consideravelmente Após a Nova Regulação do Emprego Doméstico?

NILDEVAL CHIANCA JR.¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca fazer uma análise crítica da razão pela qual, a partir do ano de 2015, aumentou consideravelmente o número de ações judiciais em alguns Estados, em face das operadoras de planos de saúde, com pedido de “Home Care”.

Analisar-se-á a relação desses pedidos judiciais com a nova regulação do emprego doméstico oriunda da Lei Complementar (LC) 150/2015, fazendo uma reflexão sobre se o que se tem levado ao Poder Judiciário é de fato uma demanda de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, ou uma demanda assistencial que, na prática, transfere às operadoras de planos de saúde, por via oblíqua, a responsabilidade pelo empregado doméstico necessário aos cuidados daqueles que não conseguem mais se autogerir.

Desde já se informa que as afirmações feitas neste artigo partem primeiro de uma análise empírica do próprio autor, em observação à realidade de alguns Estados do Nordeste brasileiro. Ou seja, é possível que o que irá se afirmar neste trabalho seja uma realidade muito distante do que ocorria e ocorre em outros Estados do país.

Se para alguns Estados brasileiros a LC 150/2015 não representou, em termos práticos, grandes mudanças pelo que já se vivenciava nas relações empregatícias no âmbito doméstico, a verdade é que a revogação da Lei 5.859/1972, que antes regulava o trabalho do empregado domé-

1 Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogado e Professor com atuação especializada em Direito da Saúde Suplementar e Direito do Trabalho.

tico no país, não se deu por acaso e não se tratou de mero fim formal ao que já não existia materialmente no campo real do dia a dia.

A verdade é que em Estados do Nordeste não era incomum, até pouco tempo atrás, haver empregados domésticos que dormiam de um dia para o outro na residência dos seus empregadores e trabalhavam realmente sem uma jornada de trabalho prefixada. Dessa forma, a revogação da antiga regulação do trabalho doméstico pôs fim a uma realidade juridicamente válida e que podia ser vista como o resquício vivo da escravidão no país.

Com esses esclarecimentos e corte acima, deixando claro que a realidade a ser descrita pode não ser vista em alguns Estados brasileiros há décadas, tentar-se-á trazer alguma luz à questão dos pedidos judiciais de Home Care, pedidos esses que têm causado injustiças, estimulado a má-fé e distanciado a verdade processual da verdade real.

1. ASSISTÊNCIA DOMICILIAR EM SUBSTITUIÇÃO À NECESSIDADE FAMILIAR X ASSISTÊNCIA DOMICILIAR EM SUBSTITUIÇÃO À INTERNAÇÃO HOSPITALAR

Inicialmente, é preciso se destacar que seja qual for o quadro clínico de um idoso, o cuidado e a assistência com ele é dever primeiro da família.

O art. 230 da Constituição Federal dispõe que “*A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*”.

Ou seja, mesmo que haja corresponsáveis pelo amparo ao idoso, o cuidado e a assistência entre esses responsáveis não deixa de ser cumulativo e, prioritariamente, deve ser dado pelos familiares, não como um favor, mas como um dever legal.

Essa ótica é disciplinada inclusive no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), conforme se vê expressamente em vários de seus dispositivos, *in verbis*:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º A garantia de prioridade compreende:

(...)

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

(...)

Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

(...)

Art. 18. As instituições de saúde devem atender aos critérios mínimos para o atendimento às necessidades do idoso, promovendo o treinamento e a capacitação dos profissionais, assim como orientação a cuidadores familiares e grupos de auto-ajuda.

Logo, fica evidenciado, pelo que acima se transcreveu, que na falta dos familiares no cumprimento de suas obrigações para com os idosos, o responsável imediato por suprir essa deficiência é o Poder Público.

Ou seja, a responsabilidade, o dever legal pelo cuidado e assistência com o idoso deve sempre partir da seguinte ótica: o primeiro responsá-

vel é a família; o segundo responsável, na impossibilidade do primeiro, é o Poder Público. Essa ordem é subvertida quando se insere como primeiro responsável um ente privado que sequer está incluso na cadeia de corresponsabilidade *legal* no cuidado do idoso. Ou seja, não se pode inverter essa ordem e transferir às operadoras de planos de saúde o dever primário de assistência e cuidado que é próprio dos familiares.

Pois bem, o presente estudo traz reflexão sobre essa indevida transferência de responsabilidade e parte já de uma afirmação: é preciso que o Poder Judiciário tenha um olhar crítico aos atestados e laudos médicos apresentados em Juízo para subsidiar pedidos de tutela antecipada em face de operadoras de planos de saúde.

Isso porque, sem esse olhar crítico, termina-se por dar ao médico um “cheque em branco”, o que muitas vezes é utilizado para levar o Poder Judiciário a um entendimento equivocado do ponto de vista jurídico e do ponto de vista assistencial, distanciando o processo da verdade real.

É que, já cientes de que o que escrevem é tido como “lei absoluta” por alguns magistrados, infelizmente há médicos que se afastam um pouco dos conceitos técnicos para, inapropriadamente, fazer “justiça social” em favor dos seus assistidos, transferindo às operadoras de planos de saúde ônus financeiro que seria próprio da família, como é o caso do custeio de cuidador de idoso (muitas vezes maquiado por pedidos de “Home Care”).

Certamente uma pesquisa no acervo processual do Poder Judiciário de alguns Estados confirmará que as ações judiciais em face de operadoras de planos de saúde, requerendo serviço de “Home Care”, aumentaram consideravelmente quando a Constituição Federal (CF), e depois a legislação infraconstitucional, passou a estabelecer limites à jornada de trabalho dos empregados domésticos (e todo cuidador de idoso é, por definição legal², um empregado doméstico, independentemente de sua

2 LC 150/2015: Art. 1º. Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

formação – pode ser um médico, enfermeiro, técnico de enfermagem, ou até pessoa sem formação alguma).

Antes, os empregados domésticos não tinham limite de jornada de trabalho, de forma que as famílias muitas vezes contratavam apenas *um* cuidador de idoso para assistir aos seus idosos que precisavam de cuidados, ou seja, contratava-se apenas *um único* empregado doméstico.

Com a alteração legislativa que passou a estabelecer jornada máxima aos domésticos de 08 (oito) horas por dia, as famílias passaram a precisar, do dia para a noite, não mais um, mas de *dois* ou *três* cuidadores de idoso (a cada 08 horas um cuidador, de forma que para cobrir 12 ou 24 horas por dia, passou-se a necessitar de *dois* ou *três* empregados domésticos, caso não se quisesse pagar elevadas quantias a título de horas extras a um cuidador de idoso).

Essa conta não coube no bolso das famílias, que também tinham dificuldade de cuidar por si mesmos dos seus idosos.

A lei que estabeleceu a limitação de jornada dos domésticos foi primeiro a Emenda Constitucional nº 72/2013, que alterou o parágrafo único do art. 7º da CF, aumentando os direitos desses empregados.

Quanto à jornada de trabalho, a EC 72/2013 já era autoaplicável, mas, foi com a LC 150/2015 que se estabeleceu os detalhes da jornada de trabalho dos empregados domésticos e foi exatamente após essas alterações legislativas (em 2013 e 2015) que o número de ações judiciais em alguns Estados do país pedindo “Home Care” disparou, não por acaso.

Esse disparo se deu porque na impossibilidade financeira de arcar com os novos custos dos cuidadores de idoso, as famílias passaram a camuflar essa necessidade, maquiando a realidade e chamando a sua demanda de “Home Care”, para pedir essa assistência às operadoras de planos de saúde, mesmo que tecnicamente não se justificasse uma internação domiciliar em substituição à internação hospitalar (esse que é o conceito técnico de “Home Care”).

Nas primeiras ações judiciais após a nova realidade normativa dos domésticos, os médicos muitas vezes prescreviam o que de fato seus pa-

cientes necessitavam, sem precisar maquiagem a realidade para um falso “Home Care” em busca de “acudir” financeiramente a família, pois ainda não se sabia que o Poder Judiciário não imputaria às operadoras o ônus de custear cuidador de idoso.

Então, nesse primeiro período após a alteração legislativa, os médicos não escreviam em seus laudos e pareceres, de forma tão banalizada, a “palavra mágica” “Home Care”. E, por conta disso, o Poder Judiciário passou, com alguma frequência, a não conceder pedidos de “Home Care” com base em laudos que não se referiam expressamente a essa expressão, consignando que é ônus da família o cuidado de seus idosos por meio de cuidador de idoso.

A título de exemplo ao que se afirmou acima, o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJ-PB) reformou uma decisão de primeira instância que deferia a tutela antecipada e determinava o fornecimento de serviço de “Home Care” por operadora de planos de saúde. O Relator do citado precedente foi o Desembargador Leandro dos Santos, compondo a 1ª Câmara Cível do TJ-PB, no processo de autos nº 00009916020158150000. Veja-se a Ementa do referido precedente do TJ-PB, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO SINGULAR QUE DETERMINOU QUE O PLANO DE SAÚDE PROCEDA A COBERTURA INTEGRAL DO SERVIÇO DE HOME CARE. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO EXISTEM PROVAS DA NECESSIDADE DESTE SERVIÇO. LAUDO MÉDICO QUE NÃO SERVE, EM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, PARA COMPROVAR QUE A PACIENTE PRECISA DE ATENDIMENTO DOMICILIAR. PROVIMENTO. – Em uma análise de cognição sumária, não exauriente do mérito principal da demanda, **vislumbro que o curador da Agravada não comprovou que ela, acaso negado o home care, teria que se submeter a tratamento hospitalar.** O atendimento domiciliar evita a permanência prolongada no hospital e não serve para substituir os cuidados familiares. Seu objetivo é disponibilizar uma equipe especializada de enfermeiros, médicos, fisioterapeutas,

fonoaudiólogos, entre outros profissionais focados em um plano de atenção personalizado e integrado para a obtenção do mais alto grau de resolutividade para melhoria do quadro clínico da paciente. Não serve para substituir o cuidador ou facilitar o cotidiano de paciente que não tem necessidade de internação hospitalar. – Compulsando os autos, verifica-se que não existe nenhuma prescrição médica para esse tipo de serviço.

Comprovou o Agravante que o quadro clínico da Agravada é de “baixa complexidade”, o que por si só já descarta o “home care” requerido. (TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009916020158150000, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES LEANDRO DOS SANTOS, j. em 29-09-2015).

Em bastante lúcido e bem ponderado voto, como lhe é peculiar, o Desembargador Leandro dos Santos fundamentou sua decisão fazendo uma precisa distinção entre necessidade de cuidador de idoso (o então Autor daquela ação tinha 94 anos de idade quando interpôs a demanda e quadro estável) e a necessidade de serviço de “Home Care”, dando uma aula do que vem a ser “Home Care”. Explicou o Desembargador, na referida decisão, que o deferimento desse serviço pressupõe quadro clínico para internação hospitalar, sendo o “Home Care” um serviço de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar.

Porém, quando esse entendimento passou a se solidificar, os médicos “resolveram o problema” dos seus pacientes, utilizando-se do que foi dado a eles pelo Poder Judiciário: o “cheque em branco”. A partir daí médicos passaram a consignar com mais frequência, em seus laudos e pareceres para subsidiar ações judiciais em face das operadoras de planos de saúde, a expressão mágica “Home Care”, antes ocultada porque na verdade não havia quadro clínico para uma internação domiciliar em substituição à internação hospitalar.

Não houve uma mudança brusca no cenário fático de necessidade do serviço de “Home Care” no país, mas, foi a partir de então que em alguns Estados, nos processos judiciais, comumente os termos “Home Care” e “internação domiciliar” passaram a ser utilizadas em solicitações médicas de forma não técnica, com o nítido propósito de maquiar a ne-

cessidade real de um cuidador de idoso para aqueles pacientes que não conseguem se autogerir.

Quase que a totalidade dos pedidos judiciais de “Home Care” parte de análise subjetiva do médico sobre a necessidade de internação domiciliar, sem base em qualquer critério minimamente objetivo, e é isso que se precisa questionar para se fazer com que a verdade processual se aproxime da verdade real e com ela se concilie.

2. CRITÉRIO SUBJETIVO X CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ELEGIBILIDADE DO SERVIÇO DE HOME CARE. DA CRÍTICA AO “CHEQUE EM BRANCO”

É preciso que haja uma conscientização de que a aferição da elegibilidade e do grau de complexidade do serviço de “Home Care” (baixa, média ou alta complexidade) não deveria ser realizada de forma subjetiva ou aleatória como vem sendo feita atualmente em demandas judiciais. Antes, essa aferição deve decorrer de preenchimento de critérios objetivos, e isso pode ser alcançado por exemplo através da tabela ABMID³ da Associação Brasileira de Empresas de Medicina Domiciliar ou da tabela NEAD⁴ do Núcleo Nacional das Empresas de Assistência Domiciliar.

Eliminando a total subjetividade para as solicitações de internação domiciliar, é utilizada pelos profissionais de saúde que trabalham com assistência em domicílio a tabela ABMID ou a tabela NEAD. Essas tabelas são utilizadas em âmbito nacional e servem para se aferir a elegibilidade do “Home Care” e a complexidade do serviço⁵, baseando-se em critérios técnicos. Elas estabelecem uma pontuação que determina a necessidade ou não de internação domiciliar e o grau de complexidade do serviço, indicando ou não a necessidade de assistência de enfermagem em domicílio (e o tempo dessa assistência técnica, quando necessária).

3 <https://conexaohomecare.com/web/como%20abrir%20home%20care/ScoreAbemid.pdf>

4 <https://www.neadsaude.org.br/>

5 Se precisa ou não de enfermagem e o tempo de enfermagem necessária, como 06h, 12h ou 24h.

A título de exemplo, em uma dessas tabelas de fácil acesso na internet (ABMID), quando a pontuação alcançada de acordo com o quadro clínico do paciente é inferior a 08 pontos, o paciente é não elegível à internação domiciliar (Home Care); de 08 a 12 pontos, o paciente é elegível à internação domiciliar, mas em baixa complexidade; de 13 a 18 pontos, média complexidade; e a partir de 19 pontos, alta complexidade. Nas hipóteses de menor complexidade, o serviço de enfermagem pode variar de 0h, 6h ou 12h por dia, e nos casos de maior complexidade pode-se chegar a necessidade de enfermagem por 24h por dia, conforme critérios objetivos estabelecidos nessas tabelas.

Porém, invariavelmente, as ações judiciais com pedidos de “Home Care” não vêm lastreadas com base nessas tabelas desenvolvidas pela Associação Brasileira de Empresas de Medicina Domiciliar ou pelo Núcleo Nacional das Empresas de Assistência Domiciliar. A verdade é que as ações judiciais com pedidos de “Home Care” não vêm embasadas em qualquer parâmetro com critérios técnicos para aferir a elegibilidade ou não do paciente a um serviço de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar.

Deveria o Poder Judiciário fazer uma análise crítica da razão pela qual as solicitações judiciais com pedidos de “Home Care” não se baseiam em nenhum parâmetro minimamente técnico e objetivo. Antes, fundamentam-se apenas e exclusivamente no que o médico escreve, sendo isso um “cheque em branco” ao médico solicitante, propiciando excessos.

Até mesmos as empresas especializadas em Serviço de Assistência Domiciliar, interessadas no serviço de “Home Care”, utilizam essas tabelas (ABMID e NEAD) para aferir a elegibilidade de um paciente ao serviço e a complexidade da assistência necessária.

As operadoras de planos de saúde, em sua maioria, não têm serviço próprio de “Home Care”, sendo essa assistência terceirizada, já que em geral não se trata de uma cobertura assistencial já disponibilizada pela operadora.

Ora, até essas empresas terceirizadas, interessadas no serviço, não se baseiam na mera opinião do médico para implantar o serviço de Home

Care. A opinião do médico, para essas empresas, precisa estar fundamentada em critérios técnicos e objetivos que atestem a necessidade de internação domiciliar e a complexidade do serviço.

Na maioria das vezes, após deferida uma tutela antecipada, a operadora de planos de saúde aciona uma empresa terceirizada para cumprir a ordem judicial e, na prática, a empresa terceirizada instala um serviço aparentemente de “Home Care”, mas, na realidade, não instala a estrutura de um “Home Care” por total falta de necessidade. Termina-se por dar a aparência de “Home Care” para cumprir a ordem judicial, assistindo a família com os cuidados do idoso próprios de um cuidador de idoso.

Ou seja, o pedido de “Home Care” maquia a realidade de uma real necessidade de cuidador de idoso. Como já dito, os pedidos judiciais de “Home Care” muitas vezes não usam essa expressão de forma técnica, e isso precisa ser levado em conta pelo Poder Judiciário para que não se continue dando um “cheque em branco” àquele médico que emite laudo / parecer para subsidiar pedido de tutela antecipada em face das operadoras de planos de saúde.

Geralmente, a verdade real indica que os Autores de ação com pedido de “Home Care” não têm quadro clínico que demande, por exemplo, cuidados *especializados e contínuos de enfermagem*, podendo ser auxiliados por cuidador de idoso ou mesmo familiar, já que a necessidade de auxílio para as atividades básicas da vida diária (alimentar-se, tomar banho, trocar a fralda, etc.) não demanda assistência especializada (enfermagem).

Exatamente nesse sentido manifestou-se a Juíza de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba, Dra. Alessandra Varandas Paiva Madruga de Oliveira Lima, nos autos de nº 0800203-81.2021.8.15.0071, atestando o seguinte, *in verbis*:

(...)

Com relação à necessidade de acompanhamento, durante 24h (vinte quatro horas), por técnico de enfermagem, é de se destacar que, embora o laudo médico acima mencionado relate que o autor necessita da assistência de terceiros para realizar atividades de rotina, não explicita que tal assistência deva ser prestada por profissional da saúde, o que,

naturalmente, me leva a crer que o referido auxílio para atividades básicas, a exemplo de banho ou alimentação, pode ser prestado sem maiores problemas pelos próprios familiares do autor. (...)

Por fim, quanto ao pedido de concessão de fraldas, penso que se trata de objeto de higiene pessoal, sem relação direta com o tratamento do promovente, de modo que este deve arcar com os custos de tal material.

A decisão cujo trecho acima se transcreveu foi impugnada perante o Tribunal de Justiça da Paraíba. Em análise ao pedido de tutela antecipada recursal, o Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, nos autos do agravo de instrumento de nº 0809799-11.2021.8.15.0000, em lúcida decisão assim se manifestou, *in verbis*:

(...)

No que se refere à abrangência do serviço de home care, a interpretação a ser conferida há de, necessariamente, observar a ponderação entre o sopesamento de duas situações, de forma a garantir o efetivo direito à saúde e à modalidade de tratamento residencial. E isso porque um entendimento genérico, e sem maior estudo da diversidade de situação de custos de um paciente dentro do hospital ou fora deste, poderá resultar, num futuro próximo, numa verdadeira inviabilização da modalidade de prestação médica do home care.

(...)

Ressalte-se que o atendimento de enfermagem não deve ser utilizado de forma a meramente garantir a concessão de uma cuidadora, o que desvirtuaria a finalidade da presença de tal profissional para os cuidados essenciais com o paciente. Logo, o eventual chamado da visita de enfermeiros/técnicos, médicos e outros profissionais há de ser respaldado em uma situação extraordinária, que não decorra da simples necessidade de cuidado normal que se deve ter com um paciente idoso e que se encontra em sua residência para um melhor tratamento e conforto pessoal.

*Desse modo, em que pense a lamentável situação em que se encontra a parte recorrente, que **não possui autonomia para suas atividades diárias, entendendo que os cuidados devem ficar a cargo de seus familiares** (...).*

Ou seja, é imprescindível que Poder Judiciário avalie com desconfiança os laudos e atestados médicos que são apresentados juntamente com pedidos de tutela antecipada. Sempre que possível é importante que, em demandas com pedido de “Home Care”, seja produzida antecipadamente prova pericial, para já no início da ação haver uma opinião técnica quanto ao real quadro clínico do paciente, quanto à elegibilidade para o serviço de “Home Care” e à complexidade do serviço quando indicado, pontuando se há ou não e, se houver, o tempo necessário de assistência técnica por enfermeiro ou técnico de enfermagem.

Isso deveria ser assim porque, como se sabe, o quadro clínico de uma pessoa pode mudar rapidamente de um dia para o outro e é preciso, para se avaliar a licitude ou ilicitude da conduta ou da omissão da operadora, que a avaliação técnica seja feita em data mais próxima possível da interposição da ação.

A depender do tempo de tramitação das ações em primeira instância, sendo um Tribunal com tramitação lenta no primeiro grau, é comum que, até pela sua idade, o Autor da ação faleça, antes mesmo da fase de produção de prova, sem que tenha sido realizada uma prova pericial nos autos.

Isso termina por inviabilizar a comprovação de que a indicação de “Home Care”, feita pelo médico assistente do Autor, não tinha respaldo técnico e não se tratava na verdade de uma internação domiciliar. Termina-se por inviabilizar a comprovação de que a prescrição encobria a real necessidade de meros cuidadores de idoso.

3. DA NECESSÁRIA SIMILITUDE ENTRE UMA INTERNAÇÃO HOSPITALAR E O SERVIÇO DE “HOME CARE”

É preciso se destacar que se o “Home Care” é conceitualmente uma internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, deve-se observar a amplitude da assistência que se daria em uma internação hospitalar para que internação em domicílio, em substituição, seja concedida com similaridade ao que se fornece em ambiente hospitalar.

Nesse sentido, é correta a decisão da Juíza Alessandra Varandas Paiva Madruga de Oliveira Lima nos autos de nº 0800203-81.2021.8.15.0071, cujo trecho se transcreveu nos tópicos anteriores, ao excluir dos itens a serem disponibilizados pela operadora de planos de saúde, em serviço de “Home Care”, materiais de higiene pessoal como fraldas.

É que esses itens de higiene pessoal (como fraldas) não são fornecidos pelos hospitais sequer em internação hospitalar, sendo itens de responsabilidade da própria família até em casos de internação em nosocômio.

Ora, fraldas descartáveis e os demais materiais de higiene pessoal são necessários ao dia a dia de pessoas, mesmo que não estejam internadas. Quem já esteve em uma maternidade acompanhando um parto bem sabe que as fraldas do recém-nascido não são disponibilizadas pelo hospital, pois é material de higiene pessoal que é levado pela família, tratando-se de item de uso contínuo alheio à assistência à saúde que está sendo prestada objetivamente durante a internação. Também com adulto, quem já teve que ficar internado em hospital sabe que as fraldas e demais materiais de higiene pessoal são levados pela família.

Da mesma forma, quem já precisou ficar em hospital acompanhando algum parente durante período de internação bem sabe que, tratando-se de idoso que faz uso de fraldas geriátricas, naturalmente esse material não é disponibilizado pelo hospital, pois se trata de material de higiene pessoal que é necessário à pessoa, esteja ou não internada (esteja em hospital ou em casa).

Se os materiais de higiene pessoal não são fornecidos pelo hospital em internação hospitalar, quando se concede judicialmente um serviço de “Home Care”, internando-se o paciente em domicílio em substituição à internação no hospital, não se pode transferir à operadora de pla-

nos de saúde ônus financeiro que até no hospital seria da família, como os materiais de higiene pessoal, as fraldas.

4. DA OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA ASSISTENCIAL DE HOME CARE

O recente Parecer Técnico da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (PARECER TÉCNICO Nº 05/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021), intitulado “*COBERTURA: ATENÇÃO DOMICILIAR (HOME CARE, ASSISTÊNCIA DOMICILIAR, INTERNAÇÃO DOMICILIAR, ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA DOMICILIAR)*”, de fácil acesso em www.ans.gov.br, confirma tudo que já foi pontuado acima, afirmando, entre outros pontos, o que segue abaixo transcrito, *in verbis*:

(...)

Cumpra assinalar que **a Lei n.º 9.656/1998 não inclui a Atenção Domiciliar entre as coberturas obrigatórias**. Para uso domiciliar, a lei garante o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector (art. 10-B). Além disso, **a Lei deixa explícito que, nos casos de terapia medicamentosa, o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar não está contemplado dentre as coberturas obrigatórias (art. 10, inciso VI), exceção feita apenas para os medicamentos antineoplásicos orais**, adjuvantes e para o controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos (art. 12, inciso I, alínea “c”, e inciso II, alínea “g”). **No mesmo sentido, a RN n.º 465/20121 também não prevê cobertura obrigatória para procedimentos executados em domicílio**

(...)

Destaca-se que, **na saúde suplementar, os Serviços de Atenção Domiciliar – SAD, na modalidade de internação domiciliar podem ser oferecidos pelas operadoras como alternativa à internação hospitalar**. Somente o médico assistente do beneficiário poderá determinar se há ou não indicação de

internação domiciliar em substituição à internação hospitalar e a operadora não pode suspender uma internação hospitalar pelo simples pedido de internação domiciliar. **Caso a operadora não concorde em oferecer o serviço de internação domiciliar, deverá manter o beneficiário internado até sua alta hospitalar.**

(...)

Em resumo, **as operadoras não estão obrigadas a oferecer qualquer tipo de Atenção Domiciliar como parte da cobertura obrigatória a ser garantida pelos planos novos e pelos planos antigos adaptados** (...).

Assim, como bem pontuado pela ANS, a cobertura de assistência domiciliar em substituição à internação hospitalar (“Home Care”), não é obrigatória às operadoras de saúde.

Exatamente nesse sentido, veja-se o Enunciado de nº 64 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua III Jornada de Direito da Saúde, que diz o seguinte, *in verbis*:

ENUNCIADO Nº 64 (CNJ):

A atenção domiciliar **depende** de cobertura contratual e **indicação clínica**, podendo ser prestada nas modalidades de assistência domiciliar e internação domiciliar. **A atenção domiciliar não supre a participação da família, responsável também pelo trabalho do cuidador**, salvo cobertura contratual quanto a este último. (RDC 11/2006 – ANVISA). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).**

Ou seja, além de toda a questão técnica quanto à elegibilidade para o serviço e o grau de complexidade, mesmo que elegível o paciente a “Home Care”, essa assistência domiciliar não está inserida na cobertura assistencial obrigatória às operadoras de planos de saúde.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é preciso se compreender que o aumento do número de ações judiciais em alguns Estados com pedidos de “Home

Care”, a partir do ano de 2013 e 2015, não decorreu do aumento do número de pessoas com necessidade dessa assistência.

A LC 150/2015 impôs ônus financeiro às famílias, que antes precisavam de apenas um cuidador de idoso contratado para cuidar de seu familiar e, agora, passaram a ter que contratar pelo menos 03 (três) empregados domésticos para prestar essa mesma assistência.

Com isso, os pedidos de “Home Care” representam, em grande parte, uma assistência à família, em nítida transferência de responsabilidade às operadoras de planos de saúde. Não se trata, na maioria das vezes, de demanda de paciente com quadro clínico para internação hospitalar a justificar a substituição dessa internação por um serviço de “Home Care.

É preciso olhar com certa crítica os laudos e atestados médicos que são apresentados ao Poder Judiciário para subsidiar pedidos de tutela antecipada de “Home Care”, tendo em vista que comumente o médico usa a expressão “Home Care” de forma não técnica, sem se basear em qualquer critério técnico e minimamente objetivo para recomendar a “internação domiciliar”.

É imperativo que se utilize de parâmetros técnicos e objetivos para se aferir se há mesmo uma real necessidade de internação domiciliar, o que pode ser alcançado, por exemplo, através das tabelas ABMID e NEAD elaboradas por entidade associativa nacional que congrega empresas especializadas em Medicina Domiciliar.

Além disso, é preciso que nas ações judiciais com pedidos de “Home Care” haja a produção de prova pericial (médica), em data próxima à interposição da ação, para que possa haver uma opinião técnica imparcial que confirme ou rivalize com o laudo médico anexado aos autos pelo Autor da ação.

Não se pode, por uma questão social que é a dificuldade de se arcar com os custos de cuidadores de idoso, transferir esse ônus para quem não é o responsável pelos cuidados em domicílio daqueles que não conseguem se autogerir.

Por fim, clama-se à seguinte reflexão: toda criança precisa de cuidados especiais; muitas delas têm plano de saúde e precisam, quando recém-nascidas, de cuidados 24 (vinte e quatro) horas por dia, além de medicamentos, alimentos especiais e materiais de higiene pessoal (como fraldas); mas, esses cuidados e essa assistência estão inseridos no cuidado familiar, não sendo ônus de nenhuma operadora de plano de saúde a assunção dos cuidados das pessoas que não podem, por si só, autogerir-se.

Quando a família não tem condições de prestar a assistência necessária às suas crianças e/ou idosos, o ônus por esse suporte é do Estado e não de uma operadora de plano de saúde, isso para além da assistência médico-hospitalar que foi pactuada / contratada.

É preciso se observar que conforme a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, o primeiro responsável pelo cuidado do idoso é a família e, na sua falta, o Poder Público, não sendo correta a transferência dessa obrigação legal às operadoras de planos de saúde.

Não se pode transferir a uma operadora de planos de saúde os cuidados que devem ser dispensados, por exemplos, a idosos com idade avançada, sujeitos valetudinários cujos cuidados são próprios e de responsabilidade daqueles que já foram cuidados pelos que hoje necessitam de cuidados.

O Compartilhamento de Gestão de Riscos Entre as Autogestões em Saúde e seus Reflexos Tributários

MAURÍCIO TESSEROLI MIOT¹

WELINGTON LUIZ PAULO²

RESUMO

O presente artigo analisa os reflexos tributários decorrentes da relação jurídica que há entre a operadora que possui uma rede de prestadores de serviços e a operadora que detém vínculo contratual com os beneficiários, relação também conhecida como: Compartilhamento de Gestão de Riscos, na maioria dos casos, celebrada por meio de Contratos de Reciprocidade, com especial atenção à hipótese de incidência do ISSqn nesta relação. O caminho metodológico utilizado não pretendeu esgotar outros estudos já publicados, ao passo que se restringiu à análise normativa da taxatividade da lista anexa a Lei Complementar nº 116, de 2003, com base no recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 784.439, proferido pelo STF. Foi possível concluir que a atividade de Compartilhamento de Gestão de Riscos não está tipificada na legislação como serviço, ou seja, tal fato não encontra respaldo jurídico para incidência tributária do ISSqn.

Palavras-Chave: Compartilhamento de gestão de riscos. Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza. Não incidência.

1. INTRODUÇÃO

O movimento nacional no sentido de ampliar o acesso à saúde e tornar o sistema da saúde suplementar sustentável vem sendo, cada vez

1 Advogado. Mestre em Direito.

2 Advogado. Mestre em Direito.

mais, seguido pelas operadoras de planos de assistência à saúde que atuam na modalidade autogestão.

Na busca pela otimização financeira e contratual a implementação do compartilhamento de gestão de riscos entre operadora de planos de assistência à saúde ganha especial destaque no sistema da saúde suplementar.

O compartilhamento de gestão de riscos ocorre quando um acordo é celebrado entre operadoras de planos de assistência à saúde para promover a corresponsabilidade pelo atendimento aos beneficiários, ofertar planos em conjunto ou, ainda, criar fundos mútuos para despesas assistenciais.

Entre as razões que levam as operadoras a aderirem ao mecanismo, estão a viabilização de atendimento em local onde a operadora não possui relação contratual direta com rede e estratégia comercial com mitigação de riscos operacionais e financeiros.

Para regular essa prática cada vez mais utilizada pelas operadoras a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS regulamentou esse mecanismo por meio da Resolução Normativa nº 430/2018 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Embora possamos afirmar que o modelo de compartilhamento busca, especialmente, uma economia financeira, para implementação e manutenção desse mecanismo haverá um custo adicional. Em regra, esse dispêndio será mensurado por meio de cálculos atuariais.

Do ponto de vista tributário, sempre que há ingressos financeiros no caixa de uma pessoa jurídica, a dúvida sobre eventual tributação aparece. Por isso, algumas operadoras, interessadas nesse mecanismo de compartilhamento, já se movimentam no sentido de verificar se haverá tributação ou não quando do recebimento da taxa de administração cobrada pela operadora que disponibiliza a estrutura pessoal.

Assim, o presente artigo pretende verificar se o *fato* de uma operadora de planos de assistência à saúde que atua na modalidade autogestão compartilhar gestão de riscos guarda identidade com algum desenho

normativo tributário — *obrigação principal*, especialmente, no que diz respeito ao Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza — ISSqn.

2. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

Antes de adentrarmos na análise efetiva da pretensão deste artigo, para melhor compreensão sobre o tema, é de extrema importância que diferenciemos duas relações jurídicas — dois fatos, o que será de suma importância para as conclusões a que chegaremos ao final do presente estudo.

Partimos afirmando que pode haver uma relação jurídica entre a operadora que possui uma rede de prestadores de serviços e a operadora que detém vínculo contratual com os beneficiários.

Diferentemente da relação acima destacada, há outra relação jurídica que envolve pessoas físicas e jurídicas que prestam serviço de área de saúde e os beneficiários de planos de assistência à saúde. Essa relação, além de jurídica é tributária? Sim, e, havendo previsão de substituição tributária na legislação municipal, a operadora pode ser responsabilizada pela retenção do imposto sobre serviço³. Abaixo, segue redação que é comumente utilizada na legislação tributária municipal:

“São responsáveis, por substituição tributária, pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:”

...

as empresas prestadoras dos serviços de planos de medicina de grupo ou individual e planos de saúde, em relação aos serviços de saúde e assistência médica, descritos no item 4 da lista de serviços;”

Ainda que o contribuinte — sujeito passivo do ISSqn — seja considerado a pessoa física ou jurídica prestadora de serviços de saúde e a operadora mera responsável pela retenção, essa relação jurídica tributá-

3 Salvo quando empresa prestadora estiver enquadrada no regime de tributação do Simples Nacional ou no ISS fixo.

ria carrega consigo resultados financeiros (despesas) que podem impactar no custo final de toda operação.

Outrossim, embora possa haver eventual custo com a substituição tributária de ISS nos municípios que preveem tal hipótese de incidência, o presente estudo pretende abordar tão somente se há ou não há incidência do ISS na relação jurídica entre a *primeira operadora* (que possui uma rede de prestadores de serviços) e a *segunda operadora* (que detém vínculo contratual com os beneficiários). Relação também conhecida como: *Compartilhamento de Gestão de Riscos* e, na maioria dos casos, celebradas por meio de *Contratos de Reciprocidade* entre as operadoras.

Neste ponto, ressalta-se que a discussão sobre a incidência ou não incidência do ISS nas atividades exercidas pelas Operadoras de Planos de Saúde decorrentes do *Compartilhamento de Gestão de Riscos* é nova. Ou seja, poucas operadoras têm dado a devida atenção a esse possível fato jurídico tributário.

Por este motivo, nos próximos itens, analisar-se-á o ISS no Âmbito da CF e da Lei Complementar nº 116/2003, com a devida atenção ao atual entendimento do Poder Judiciário acerca da lista anexa presente na norma que regula tal tributo, para, ao final, traçar o panorama normativo revelando a hipótese jurídica tributária desse fato.

2.1. O ISS NO ÂMBITO DA CF E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no que tange ao ISS, a competência aos Municípios para instituí-lo, excetuados aqueles afeitos à moldura do ICMS estadual.⁴ O signo presuntivo⁵ do ISS é a prestação de serviços.

4 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]. III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (BRASIL, Constituição..., 1988).

5 Alfredo Augusto Becker chamou de fatos-signos presuntivos de riqueza, aqueles que fazem presumir que quem os realiza tem riqueza suficiente para ser alcançado pelo imposto específico. (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998).

Nesse sentido, cumpre observar que o conceito de “serviço” adotado é que definirá a natureza do objeto, ou seja, delimitará a natureza da prestação de serviço, uma vez que se refere ao termo a ser considerado para se afirmar a legitimidade de sua sujeição ou não à tributação pelo ISS. Para tanto, necessário atribua ao signo “serviço” algum significado jurídico.

Por sua vez, o ordenamento jurídico dispõe de uma definição para serviço, qual seja a prevista na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que em seu artigo 3º, § 2º, descreve que serviço é “*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”.⁶

Na doutrina, em razão das diferentes definições do conceito de serviço, destacam-se duas correntes. A primeira é a *corrente econômica*⁷, que procura o conceito de serviço na economia e a segunda é a *corrente civilista ou jurídica*⁸, que entende o termo ‘serviço’ como conceito de Direito Privado.

Sérgio Pinto Martins, adepto a *corrente econômica*, destaca que pelo fato do ISS estar previsto no capítulo referente aos impostos sobre a produção e circulação, nomenclatura estritamente econômica, a interpretação mais correta seria a econômica buscando com isto, afirmar a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva⁹.

Sacha Calmon Navarro Coelho destacando o posicionamento da doutrina que segue a “*corrente civilista*” menciona outras características acerca do imposto incidente sobre o fato de se praticar serviços de qualquer natureza:

6 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1990.

7 MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do imposto sobre serviços**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p.13.

8 Corrente majoritária seguida por Roque Antonio Carrazza, Aires F. Barreto, Geraldo Ataliba, Cléber Giardino e Sacha Calmon Navarro Coelho.

9 MARTINS, op. cit., p. 28.

A boa doutrina (como Roque Carrazza, Aires F. Barreto, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino) extraem da Constituição as seguintes características da hipótese de incidência do tributo ISS, que podemos assim resumir:

- a prestação de serviços configura uma utilidade material ou imaterial pela aplicação do trabalho humano, como execução de obrigação de fazer e não de dar coisa;
- não é contrato para prestar serviço, mas efetiva e real execução daquele contrato;
- deve ser prestada a terceiro, excluindo-se os serviços que a pessoa executa em seu próprio benefício, como o transporte de mercadoria de um estabelecimento a outro da mesma pessoa;
- executado sem vínculo de subordinação jurídica, mas em caráter independente, razão pela qual excluem-se os serviços prestados pelos empregados a seus empregadores e pelos servidores públicos;
- deve ser habitual, e não meramente eventual;
- assim como ser objeto de circulação econômica, executado com o objetivo de lucro, excetuando-se os serviços gratuitos ou de cortesia beneficentes ou a preços baixos, como alimentação, servida a empregados gratuitamente ou a preço de custo.¹⁰

Sendo assim, para haver a incidência do ISS o fato/evento praticado:

- a) deve haver circulação de riqueza, acréscimo patrimonial e remuneração pela contraprestação direta; b) deve ser prestado à terceiro, não podendo haver a incidência do imposto sobre os serviços que a pessoa executa em seu próprio benefício; c) o serviço deve estar aberto ao mercado de consumo/comercialização; e d) não deve decorrer de relação trabalhista.¹¹

Atualmente, o artigo 1º da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, estabelece normas gerais concernentes ao ISS, ratifica o conteúdo relativo ao conceito de prestação de serviços e acrescenta que

10 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 101.

11 É o que se extrai da doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho; Roque Carrazza, Aires F. Barreto, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino.

não prejudica a incidência, ainda que os serviços não constituam como preponderante do prestador, conforme transcrição do referido artigo 1º da Lei Complementar nº 116/2003.¹²

A lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003, acima destacada, enumera, detalhadamente, quais as atividades podem ou não ser submetidas à incidência do ISS.

Assim, os serviços prestados pelas empresas “em geral” encontram-se expressamente previstos no rol trazido pela legislação complementar de serviços tributáveis pelo ISS. Passa-se à análise da natureza jurídica do rol elencado na lista de serviços prevista, atualmente, na Lei Complementar nº 116/2003.

2.2. A NATUREZA JURÍDICA DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003

Tendo em vista que a lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 enumera diversas atividades que podem ser submetidas à incidência do ISS, após a publicação da referida norma, surgiram discussões no sentido de ser essa lista exemplificativa ou taxativa.

Os defensores da corrente exemplificativa¹³ sustentam tal metodologia com base no próprio texto constitucional que, em seu art. 156, III, menciona a expressão “*serviços de qualquer natureza*”. Para essa corrente, somente os serviços que o art. 155, II, da CF/88 afastou de sua competência é que não podem ser tributados pelo ISS. Ou seja, os Municípios poderiam tributar todo e qualquer serviço (exceto os do art. 155, II,

12 Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante prestador (BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 31 jul. 2003).

13 Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto. *In*: ATALIBA, Geraldo e Barreto, Aires F. **ISS na Constituição – pressupostos positivos – arquétipo do ISS**. Revista de Direito Tributário, nº 37, ano 10, junho/setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

da CF) estando ou não arrolados na lista de serviços prevista na Lei Complementar.

Já, para os defensores da corrente taxativa¹⁴, a lista de serviços jamais pode ser ampliada por analogia, sendo imperioso respeitar o princípio da legalidade estrita. Ou seja, o tributo não pode ser exigido pelas autoridades fazendárias se não estiver previsto em lei.

Em razão dos inúmeros processos com decisões controversas, algumas se manifestando pela *exemplificatividade* da referida lista de serviços e outras pela *taxatividade*, em 07/10/2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário nº 784.439/DF (Tema nº 296).

No que se refere à repercussão geral, por oportuno, cumpre salientar que a técnica processual de julgamento por meio da seleção de um caso modelo teve origem na Alemanha e foi criada pela lei que regulamenta as demandas judiciais que responsabiliza a civil no mercado de capitais (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ou *KapMug*)¹⁵. O instituto foi elaborado no ano de 2005, com o objetivo de reduzir o custo com as ações de massa e, assim, facilitar o acesso dos acionistas à Justiça alemã.

No Brasil, a repercussão geral foi sugerida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, mas com consideráveis adaptações. Uma delas é que ao contrário do modelo alemão, que cuida as demandas repetitivas desde a primeira instância, no Brasil, o modelo foi implantado tão somente na admissão de recursos especiais e extraordinários.

Selecionado o recurso representativo e publicado o despacho com a questão jurídica afetada, os tribunais inferiores deverão sobrestar todos os

14 Ives Gandra da Silva e Marilene Talarico Martins Rodrigues. *In*: Martins, Ives Gandra da Silva e RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **O ISS e a Lei Complementar nº 116/2003 – Aspectos Relevantes**. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 185-215.

15 TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos. **A repercussão geral e os recursos repetitivos em matéria tributária: a técnica do caso modelo como forma de valorização do precedente e proteção da confiança do contribuinte**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<https://catalogobiblioteca.ufmg.br>> Acesso em: 15 fev. 2019.

demais processos idênticos ao recurso representativo, conforme dispõe o art. 1.035, § 5º e art. 1.036, § 1º do Código de Processo Civil de 2015.¹⁶

No que se refere ao Recurso Extraordinário nº 784.439/DF (Tema nº 296), cuja relatora foi a Ministra Rosa Weber, em 29/06/2020, o Plenário da Suprema Corte finalizou julgamento virtual fixando a seguinte tese: *“É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISSQN a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva”*

Segundo os Ministros do STF, a jurisprudência definiu interpretação jurídica no sentido do caráter taxativo da lista de serviços referida em lei complementar de que trata o art. 156, III, da CF.

Contudo, ficou assentado que a lista de serviços, embora taxativa, pode receber interpretação extensiva ou ampliativa para tributação de serviços congêneres, de modo que excessos interpretativos, seja da parte do Fisco, seja por parte do contribuinte, sempre poderão ocorrer, mas eventuais controvérsias poderão ser resolvidas no Poder Judiciário.

Nesse sentido, é importante lembrar as lições de Aliomar Baleeiro, Ministro do STF de 1965 a 1975 e reconhecido Professor na área de Finanças e Direito Tributário, que à luz da ordem constitucional anterior, mas diante de previsão constitucional materialmente idêntica, já afirmava ser inconstitucional a taxação pelo ISS de serviço não compreendido na lista trazida no DL 406/1968. Vejamos:

15. A LISTA É TAXATIVA

O CTN, no art. 71, já revogado, depois de referir-se especialmente a algumas categorias de serviços, abrangia, de modo genérico, todos os demais, numa cláusula bastante compreensiva: “demais formas de fornecimento de trabalho com ou sem utilização de

16 Art. 1.036. [...] § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso (BRASIL, Lei nº 13.105..., loc. cit.).

máquinas, ferramentas e veículos” (art. 71, § 1º, VI). Assim, a regra geral e clara era a de que todo serviço, menos o de transporte e comunicações da União, ou os reservados por lei complementar aos Estados, poderia ser tributado pelos Municípios, desde que prestados por empresa ou trabalhador autônomo.

O art. 8º do Decreto-lei nº 406, restringindo a receita dos Municípios em favor do Estado, seguiu rumo diverso: seriam tributáveis pelo imposto municipal de serviços, e só por ele, os constantes da lista integrante desse diploma. Estes serviços constantes da lista não pagam senão o tributo municipal, “ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias”. Todavia, tolerou o ICM nos fornecimentos de alimentos, bebidas e outras mercadorias pelas casas de diversões (item X da lista), hotéis e estabelecimentos de hospedagem (item XXI) etc. Todo serviço não incluído na lista, se envolver emprego de mercadorias, será englobado no valor destas, para sofrer o ICM, e só este.

São inconstitucionais os dispositivos municipais que tributam todo e qualquer serviço não previsto na lista do Decreto-lei nº 834. Na opinião geral, a lista a que se referem o art. 24, II, da CF e o art. 8º do Decreto-lei nº 834/1969 é taxativa: tributáveis serão só os serviços nela mencionados, embora cada item dessa lista comporte interpretação ampla e analógica.¹⁷

Esboçados os aspectos gerais do ISS no âmbito da CF e da Lei Complementar nº 116/2003, sobretudo em razão da taxatividade da lista anexa a referida norma, pode-se concluir que a atividade de *Compartilhamento de Gestão de Riscos* não está tipificada na legislação como serviço, ou seja, tal fato não encontra respaldo jurídico para incidência tributária do imposto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade de “compartilhamento de gestão de riscos entre operadoras de planos de assistência à saúde” não está prevista na norma do

17 Baleeiro, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro* – CTN Comentado. 14ª edição, Forense, 2018, atualizado por Derzi, Misabel.

ISS (Lista Anexa – LC 116/2003). Assim, não há a incidência do ISS na atividade de “compartilhamento” pela ausência de previsão legal.

REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro – CTN Comentado**. 14ª edição, Forense, 2018, atualizado por Derzi, Misabel.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ATALIBA, Geraldo e BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição – pressupostos positivos – arquétipo do ISS**. Revista de Direito Tributário, nº 37, ano 10, junho/setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MARTINS, Marilene Talarico. **O ISS e a Lei Complementar nº 116/2003 – Aspectos Relevantes**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do imposto sobre serviços**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TEXEIRA, Alice Gontijo Santos. **A repercussão geral e os recursos repetitivos em matéria tributária: a técnica do caso modelo como forma de valorização do precedente e proteção da confiança do contribuinte**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2013.

Análise de Impacto Regulatório na Regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar

ELAINE GONÇALVES VIANNA¹

INTRODUÇÃO

A regulação de uma atividade econômica tem por finalidade garantir o equilíbrio e a harmonia do mercado, consideradas as necessidades de todos os atores envolvidos (ARAGÃO, 2013, p. 20-23), bem como a criação de parâmetros de eficácia, eficiência, economicidade e universalidade de serviços ditos essenciais e de especial interesse público (GONÇALVES, 2013, p. 66).

Surgiu, nos Estados Unidos, como resposta ao abuso do poder econômico de empresários (ARAGÃO, 2013, p. 20). Na Europa e no Brasil, também encontrou fundamento nas falhas na prestação de serviços essenciais à sociedade, bem como nas falhas mercadológicas ocasionadas pelo monopólio do Estado de determinadas atividades econômicas (MOREIRA, 1997, p. 6).

De toda a sorte, na decisão do Estado em regular uma determinada atividade ou setor há que se verificar os motivos desta regulação (CONFRARIA, 2011, p. 24-25), bem como as ações a serem adotadas pelo ente regulador.

Tais ações deverão ser ponderadas e razoáveis (MOREIRA NETO, 2007, p. 219-221), além de respeitarem o princípio da boa administração (FREITAS, 2015, p. 118), sobretudo no que toca à criação de regulamentos e à imposição de sanções ao operador econômico, sob pena do próprio regulador causar as falhas que busca corrigir.

¹ Advogada e gestora. Mestre em Ciência Jurídico-Política com menção em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra.

Assim, ao regular, a agência reguladora deve verificar se a medida tomada é necessária, adequada e proporcional aos fins a serem alcançados. O ato, ainda, deverá ser compatível com os valores que visa proteger.

Neste toar, diversas técnicas e estratégias regulatórias foram criadas, sendo certo que atualmente se prestigia uma atuação responsiva do regulador atrelada a participação da sociedade civil e demais envolvidos, que eventualmente sejam impactados no processo regulatório e na formulação das normas.

A base da regulação deverá ser a confiança e a cooperação entre regulador e regulado (BALDWIN, 2010, p. 9), sendo certo que apenas em último caso medidas drásticas de comando e sanção deverão ser tomadas. A regulação passa a se fundamentar em boas práticas, análises de risco e gerenciamento de risco (BALDWIN, 2010, p. 9)

Esta é a orientação de organismos internacionais, tais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), bem como a estratégia regulatória seguida por outros países no mundo.

Do mesmo modo, no Brasil, o legislador tem prestigiado estratégias responsivas e cooperativas junto ao mercado, utilizando mecanismos que propiciam maior transparência, razoabilidade e proporcionalidade no processo de elaboração de normas regulatórias.

Para se garantir tais critérios, a Lei nº 13.848/2019, a Lei nº 13.874/2019 e o Decreto Federal nº 10.411/2020 apontam a necessidade de estudos prévios que analisam o impacto e a própria necessidade da regulamentação.

No âmbito da saúde suplementar, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), atendendo ao determinado nos citados normativos, instaurou procedimento para a regulamentação do processo de criação de normas para o setor. Em tal processo, uma das ferramentas utilizadas é a Análise de Impacto Regulatório (AIR), sobre a qual trataremos no presente trabalho.

UMA REGULAÇÃO *SMART* E RESPONSIVA

Afastando-se da dicotomia entre a autorregulação do mercado e o comando e controle do regulador, a partir da década de 80 passou-se a estudar e implementar estratégias regulatórias que visam maior eficácia, eficiente e legitimidade da política regulatória. Para tanto, entendeu-se que o ente regulador não deve adotar uma abordagem unicamente dissuasiva ou unicamente cooperativa (NIELSEN, *et al*, 2009, p. 379).

Desta feita, dentre várias estratégias regulatórias, surgem as *responsive regulation* e *smart regulation*, que procuram explicar o impacto das estratégias de fiscalização na conformidade regulatória (NIELSEN, *et al*, 2009, p. 386), ponderando e combinando elementos do *compliance* e da *deterrence*, a depender das circunstâncias apresentadas ao regulador (NUNES, 2014, p. 274).

Inexiste, pois, uma dicotomia entre regular e não regular, sendo fundamental “um campo de manobra mais alargado na intervenção reguladora” (NUNES, 2014, p. 277).

A *responsive regulation* fundamenta-se no princípio de suficiência mínima no desdobramento das ações regulatórias, de maneira que quanto mais sanções puderem ser mantidas em segundo plano e quanto mais regulação puder ser transacionada por meio de persuasão moral, mais regularidade terá a situação (AYRES, *et al*, 1992, p. 19). Ou seja, maior será a regularidade quando menor for a necessidade de intervenção do Estado. Assim, a aplicação de penalidade pelo regulador é tão prejudicial ao mercado quanto à própria ação abusiva do regulado.

Isso é feito propondo que as estratégias de fiscalização devem ser organizadas em uma hierarquia ou *enforcement pyramid* ou “pirâmide regulatória” com estratégias mais cooperativas implantadas na base da pirâmide e abordagens progressivamente mais punitivas utilizadas somente se, e quando, as estratégias cooperativas falharem (NIELSEN, *et al*, 2009, p. 384).

A ideia básica da *responsive regulation* é que os governos devem ser responsáveis à conduta daqueles que eles buscam regular ao decidir se uma

resposta mais ou menos intervencionista é necessária (BRAITHWIAITE, 2002, p. 29). Regular as instituições pressupõe, portanto, uma avaliação de cada situação particular para só depois intervir com os instrumentos regulatórios adequados. Somente no caso de descumprimento que ponha em risco a *compliance* é que serão introduzidas medidas de correção, cuja intensidade aumenta sempre que se verifique a ineficácia de medidas mais leves (NUNES, 2014, p. 274-275).

Portanto, o ponto crucial é o dinamismo do modelo e não um mecanismo engessado, em que se especifica antecipadamente quais são os tipos de assuntos que devem ser tratados na base da pirâmide, quais são os mais sérios que devem estar no meio, e quais são os mais notórios para o pico da pirâmide (BRAITHEAITE, 2002, p. 30).

Diante disto, inicialmente, o ente regulador deverá sopesar a capacidade do ente regulado e do mercado como um todo para cumprir de forma eficiente as normas expedidas (MORENO, 2015, p. 135).

Esta avaliação deverá ser anterior à norma (MORENO, 2015, p. 135) e o estudo se dará por meio de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR), impondo uma análise de custo, dos benefícios a serem atingidos, da razoabilidade e da proporcionalidade da medida, das peculiaridades e individualidades dos agentes a que a norma se direciona e da sua capacidade de cumprimento (MORENO, 2015, p. 135), bem como suas alternativas e os meios mais adequados, assegurando que os benefícios superem os custos (SOUTO, 2004, p. 79).

Em complementação a este processo de análise regulatória, a *smart regulation* parte da ideia da pirâmide regulatória e acrescenta a possibilidade de regulação por outros atores além do agente público, tendo por fundamento a descentralização regulatória, combinando diversos fóruns regulatórios e explorando as suas vantagens comparativas (MORENO, 2015, p. 143), tais como a realização de grupos de trabalho, audiências públicas e consultas públicas antes da elaboração da norma.

Com isto, outros grupos teriam importante papel na construção e reforço de *standards* regulatórios, ao intensificarem e representarem os anseios e interesses da sociedade civil, realizando um comonitoramen-

to do mercado por meio de controles formais e informais, provendo informação, denúncias e contributos para a regulação (MORENO, 2015, p. 148).

Assim, o processo regulatório deverá ser acompanhado por todos os envolvidos, tanto as esferas governamentais, quanto às de defesa do consumidor, o próprio regulado e demais interessados.

Somente após tais análises é que o regulador decidirá pela implementação ou não da regulamentação, ou mesmo pela desregulamentação. Tal decisão deverá justificada e pautada racionalmente à análise das consequências sistêmicas de suas opções, sobretudo quanto ao seu custo-efetividade, enquanto materialização do princípio da boa administração (FREITAS, 2015, p. 118).

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO FERRAMENTA PARA UMA REGULAÇÃO EFICIENTE

A AIR é um dos instrumentos para embasar decisões regulatórias (PORTO, *et al*, 2019, p. 175), que tem por objetivo aperfeiçoar a governança regulatória, além de trazer maior eficiência e efetividade na regulação econômica (PORTO, *et al*, 2019, p. 181), mediante o exame e avaliação dos “prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas” (OCDE, 2008).

Portanto, realiza-se uma análise dos custos, dos benefícios a serem atingidos, de razoabilidade e proporcionalidade da medida, das peculiaridades e individualidades dos agentes a que a norma se direciona e a sua capacidade de cumprimento (MORENO, 2015, p. 135), bem como suas alternativas e os meios mais adequados, assegurando que os benefícios superem os custos (SOUTO, 2004, p. 79).

A adoção da AIR é recomendada pela OCDE desde 1995 para a formulação de novas propostas de regulação, de forma a identificar claramente os objetivos da política e avaliar se a regulação é necessária, além de verificar como ela pode ser mais efetiva e eficiente para o atendimento de suas finalidades, incluindo um *checklist* de referência (OCDE, 1995).

Em 1997, o *The OECD Report on Regulatory Reform* reforça a recomendação aos governos a incorporação da AIR no desenvolvimento, revisão e reforma de regulações (OCDE, 1997).

Além disso, por meio do “*Building a framework for conducting Regulatory Impact Analysis (RIA): Tools for Policy-Markers*”, a OCDE sugere um rol de análises que devem ser feitas pelo regulador previamente à emissão de normas, das quais destacam sobretudo critérios de legalidade, adequação, eficiência, eficácia e transparência ao atingimento dos objetivos da regulação (OCDE, 2007).

Tal análise será o subsídio para motivar a intervenção regulatória ou mesmo a sua não intervenção, trazendo um vínculo de racionalidade ao ato decisório do regulador e evitando vícios no exercício da discricionariedade administrativa (FREITAS, 2015, p. 121).

Não se pode deixar de olvidar, entretanto, que a AIR por si só não afasta eventuais vícios, em razão de ocasionais deficiências no processo de construção da análise ou mesmo desvirtuamento do instituto (PORTO *et al*, 2019, p. 181). Portanto, faz-se de suma importância a observação do princípio da boa administração, bem como a maximização do comprometimento político para o fortalecimento de tais instrumentos, tal como orientado pela OCDE (2007, p. 62-63).

No Brasil, a discussão sobre a AIR ganhou força com a publicação do relatório da OCDE denominado “Brasil – Fortalecendo a Governança para o Crescimento”, em 2007. Em tal relatório é apontada a necessidade de fortalecimento da capacidade para a qualidade da regulação brasileira, o que perpassa pela necessidade de compreender os efeitos da regulação, sendo certo que a AIR é uma importante ferramenta a ser implementada para consolidar uma abordagem regulatória abrangente (OCDE, 2007, p. 63).

No mesmo ano, o Governo Federal instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), por meio do Decreto Federal nº 6.062/2007, cuja finalidade era contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório, dos

mecanismos de prestação de contas, de participação e de monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação.

Conforme recomendações feitas pela OCDE, as ações visadas pelo programa deveriam alcançar todas as instâncias governamentais com competências regulatórias (ARAGÃO, 2012), com fito de garantir uma uniformidade procedimental e segurança jurídica.

A partir de então foram tomadas iniciativas legislativas para a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, além de orientações para a melhoria da qualidade regulatória, as quais culminaram com a promulgação da Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, e da Lei nº 13.848/2019.

Ambas as leis trouxeram a obrigatoriedade de elaboração de AIR antes da criação de propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços².

Regulamentando a AIR no âmbito da Lei nº 13.874/2019 e da Lei nº 13.848/2019, em 30 de junho de 2020, foi publicado o Decreto Federal nº 10.411/2020. Tal Decreto dispõe sobre o conteúdo da AIR, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada³, sendo certo que a sua observância passou a ser obrigatória para as agências reguladoras a partir de 15 de abril de 2021⁴.

Registre-se que o Decreto tomou por base as orientações da OCDE, tornando a AIR um instrumento a ser observado na edição alteração e revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços⁵, cujo objetivo é subsidiar a tomada de decisão do ente regulador⁶, que poderá decidir pela (i) adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório da AIR, (ii) pela necessidade de complementação da AIR, ou (iii) pela adoção de alter-

2 Art. 5º da Lei nº 13.874/2019 e Art. 6º da Lei nº 13.848/2019.

3 Art. 1º do Decreto Federal nº 10.411/2020.

4 Art. 24, I, “b”, do Decreto Federal nº 10.411/2020.

5 Art. 3º do Decreto Federal nº 10.411/2020.

6 Art. 15, §1º, do Decreto Federal nº 10.411/2020.

nativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas⁷.

Sua aplicabilidade apenas será dispensada nos casos em a sua utilização possa prejudicar de alguma forma o processo normativo, desde que devidamente fundamentado. Para tanto, a norma traz um rol de situações de inaplicabilidade⁸, cuja análise deve-se dar de forma restritiva, sob pena de afastar a efetividade da própria ferramenta.

A norma traz, ainda, as metodologias que podem ser utilizadas pelo regulador para a análise da razoabilidade do impacto econômico da medida regulatória, a saber análise multicritério, análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, análise de risco ou análise risco-risco.

A análise multicritério consiste na comparação de alternativas considerando seu desempenho à luz de diversos critérios relevantes, que recebem uma pontuação e uma ponderação de acordo com sua contribuição esperada para a obtenção dos objetivos definidos (CASA CIVIL, 2018, p. 54). Com isso permitem-se incorporar à análise, “além de aspectos técnicos e econômicos, outros aspectos sociais, políticos ou ambientais, cujos impactos podem ser de difícil mensuração, mas que têm relevância para os objetivos desejados” (CASA CIVIL, 2018, p. 54). Contudo, o nível de subjetividade utilizado para a pontuação e ponderação dos critérios pode gerar questionamentos, além de nem sempre permitir a incorporação de valor do custo-benefício no tempo (CASA CIVIL, 2018, p. 54).

A análise de custo-benefício consiste na comparação dos custos financeiros e respectivos benefícios esperados na intervenção, ambos trazidos a valor presente, trazendo uma forma objetiva de mensuração dos impactos. A intervenção será adequada sempre que os benefícios forem superiores aos custos (CASA CIVIL, 2018, p. 54). Contudo, nem todos os custos e benefícios podem ser monetizáveis ou quantificáveis, o que pode trazer prejuízo à análise e uma necessidade de complementação da metodologia (CASA CIVIL, 2018, p. 54).

7 Vide Art. 15, §2º, do Decreto Federal 10.411/2020

8 Art. 3º e 4º do Decreto Federal nº 10.411/2020.

Por sua vez, a análise de custo-efetividade considera os custos, em termos monetários, e seus resultados, em termos de benefícios gerados, os quais serão medidos em custos por êxitos (CASA CIVIL, 2018, p. 55). É recomendável quando os resultados das intervenções variam para a mesma unidade de comparação em razão da impossibilidade de monetizar determinados valores sociais (CASA CIVIL, 2018, p. 55). Entretanto, sua avaliação ainda se dá pela forma menos custosa, o que nem sempre representa, um benefício para a sociedade (CASA CIVIL, 2018, p. 55).

Já a análise de custo é uma comparação direta dos custos envolvidos para a obtenção de um determinado benefício, permitindo a demonstração do custo para cada alternativa regulatória (CASA CIVIL, 2018, p. 55). No entanto, esta análise não considera demais benefícios gerados (CASA CIVIL, 2018, p. 55).

A análise de risco consiste na análise de alternativas para a mitigação de riscos para um determinado problema regulatório (CASA CIVIL, 2018, p. 56). Contudo, nesta análise não se considera o custo ou outros impactos potenciais das alternativas (CASA CIVIL, 2018, p. 56).

A análise risco-risco, por sua vez, também analisa as alternativas para a mitigação de risco, mas considera os riscos diretos e os riscos indiretos impactados por cada alternativa regulatória, permitindo uma abordagem mais ampla em virtude das possíveis alterações no comportamento do agente em resposta a cada uma das alternativas propostas (CASA CIVIL, 2018, p. 56).

Cabe salientar que o rol de metodologias trazidas pelo Decreto é exemplificativo, podendo o ente regulador escolher outra metodologia que melhor atenda aos fins colimados para a resolução do caso concreto, desde que devidamente fundamentada⁹.

Registre-se que a norma, deixa clara a utilização de estratégias responsáveis e *smart* de regulação¹⁰, sendo certo que a AIR não é um instrumento pautado unicamente na análise técnica do órgão regulador, podendo também passar por processo de participação dos envolvidos na

9 Neste sentido, vide a redação do Art. 7º, §1º, do Decreto Federal nº 10.411/2020.
10 Art. 8º do Decreto Federal nº 10.411/2020.

regulação, realizado antes da decisão do Administrador quanto à melhor alternativa para a solução do problema regulatório identificado e antes da elaboração da minuta do ato normativo.

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O Regimento Interno da ANS, aprovado pela Resolução de nº 197/2009, menciona a AIR ao definir as competências dos órgãos da agência, nos seus artigos 7º, XXI, 7º-A, XI, alínea a e 14-A, VII.

Entretanto, apenas no início de 2019 é que a Consulta Pública nº 72, tratando sobre o “Processo Regulatório no Âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS”, trouxe expressamente uma referência processual da AIR na elaboração das normas da agência.

Antes disso via-se que a ANS adotava a ferramenta da AIR para respaldar alguns de seus atos decisórios, além de submeter algumas das resoluções normativas às audiências públicas e consultas públicas previamente à sua publicação, utilizando-se dos elementos da *responsive regulation*.

Recentemente, observamos que o Mapa Estratégico 2020-2023 da ANS aponta como um dos 4 eixos estratégicos o aperfeiçoamento do ambiente regulatório e, com isso, objetivos referentes à “promoção da sustentabilidade econômico-financeira das operadoras, o estímulo às boas práticas de comercialização, as ações de fiscalização e o fortalecimento das boas práticas regulatórias” (ANS, 2020, p. 15).

Referido Mapa Estratégico é avaliado, bem como tem o atendimento dos seus objetivos acompanhados, por meio do Programa de Qualificação Institucional. Tal programa consiste em um conjunto de ações de avaliação e melhoria contínua do desempenho institucional, inclusive no que tange seus reflexos no setor de saúde suplementar.

Registre-se que dentre os objetivos acompanhados estão (i) promover a previsibilidade regulatória e a qualificação do processo de ela-

boração do ato regulatório e (ii) aprimorar a efetividade da participação pública no processo regulatório (ANS, 2020, p. 30).

Dessa forma, é possível identificar um movimento da agência reguladora em adequar a sua atuação às orientações da OCDE, bem como ao Guia de Orientação do Governo Federal acima apontado, muito embora este tenha ganhado efetividade tão somente após a publicação do Decreto Federal 10.411/2020.

Apenas com a promulgação da Lei nº 13.848/2019 e sua regulamentação pelo Decreto Federal 10.411/2020, que, como dito, estabeleceram novas exigências no que se refere a participação social no âmbito das agências reguladoras e a obrigação de utilização da AIR, é que a ANS promoveu a revisão de seus atos normativos para contemplar a referida ferramenta.

Diante disso, a ANS lançou a Consulta Pública nº 86, cujo objeto é a normatização do processo de AIR e do processo de Participação Social no âmbito do seu Poder Regulamentar.

Segundo a Nota Técnica 8/2021¹¹, a referida minuta de resolução recebeu a participação dos representantes das diretorias e da presidência da agência que compõem o Comitê Interno de Qualidade Regulatória, em consonância com as novas determinações legais, além de observar estudos já realizados pela ANS no que tange à revisão de seus normativos e à utilização de mecanismos de boas práticas regulatórias.

A proposta de regulamentação disciplina a obrigatoriedade de elaboração de AIR previamente à edição de atos normativos, bem como os requisitos a serem observados na sua realização, dentre eles considerações referentes às informações e às manifestações recebidas em eventuais processos de participação social, o mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório e a definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo.

11 Disponível em https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/consultas-publicas/cp86/sei_ans-20341986-nota_tecnica_n_8-2021-gplan-seger-dicol.pdf

Após as contribuições na referida consulta, as alterações foram apreciadas pela 558ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, realizada em 28/09/2021, com a aprovação de nova minuta.

Nessa nova minuta, a agência observa as orientações expostas no Decreto 10.411/2020, replicando parte de suas exposições com suas respectivas adequações ao âmbito organizacional da ANS e da sua própria missão institucional.

Importantes discussões trazidas na participação da sociedade na Consulta Pública foram as hipóteses em que a AIR não seria aplicada pela agência, primando pela definição de situações que já eram expostas no Decreto, mas aplicadas ao setor de saúde suplementar, de maneira a trazer maior transparência e previsibilidade nas decisões regulatórias.

A minuta de resolução também deixa clara a metodologia a ser aplicada na análise realizada e as etapas do processo e respectivas formas, desde a identificação do problema regulatório, descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema identificado, considerações referentes às informações e às manifestações recebidas pela agência, mapeamento da experiência internacional, identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, soluções possíveis de serem aplicadas e respectivos impactos, com a conclusão por aquela considerada mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos.

A resolução aponta, por fim, a necessidade de respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade na identificação da alternativa regulatória, bem como nos esforços empregados para a utilização da ferramenta de análise, em consonância com as orientações e normativos acima apontados acerca da AIR.

CONCLUSÃO

A regulação de uma atividade econômica tem por finalidade garantir o equilíbrio e a harmonia do mercado, portanto o ente regulador não poderá ser aquele que causa o próprio desequilíbrio, agindo indis-

criminosamente, sem fundamentar suas decisões em critérios e análises objetivas e prévias quanto aos impactos de suas decisões.

Excessos ou faltas do ente regulador podem causar prejuízos tão graves quanto o próprio abuso do poder econômico pelos operadores de mercado, razão pela qual o equilíbrio, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, eficácia, custo-benefício, dentre outras observações são de suma importância para a manutenção da saúde do setor regulado. Neste toar, o regulador deve se utilizar das ferramentas postas para a consecução desses objetivos, sendo certo que a AIR é uma das ferramentas recomendadas para tanto.

Em sendo utilizada de forma correta e comprometida, a AIR é capaz de mitigar os riscos e os impactos de regulamentações excessivas e falhas, na medida em que propicia uma visão ampla das soluções regulatórias possíveis e suas respectivas consequências no mercado.

Destarte, a sua adoção pela legislação nacional e pelos normativos internos da ANS, resulta em um grande avanço não só na regulação da saúde suplementar no Brasil, mas no Direito Regulatório Brasileiro, que finalmente passa a atender às orientações da OCDE e às boas práticas adotadas e exigidas há muito por outros países.

REFERÊNCIAS

- ANS. **Relatório de Atividades**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/ acesso-a-informacao/transparencia-institucional/relatorio-de-atividades/2020_relatorio_atividades_2a_Edicao.pdf> Acesso em 01 set 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de, **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**, 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos, “Análise de Impacto Regulatório”, in **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 32, Belo Horizonte: Forum, 2010.
- AYRES, Ian, BRAITHWAITE, John, **Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate**, New York: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, Robert, “Better Regulation: The Search and the Struggle” in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin (Ed.), **The Oxford Handbook of Regulation**, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 259-278.
- BALDWIN, Robert, BLACK, Julia. “Really Responsive Regulation” in **Modern Law Review**, v. 71, n. 1, jan 2008, pp. 59-94.

- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin, “Introduction: Regulation – The Field and The Developing Agenda” in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin (Ed.), **The Oxford Handbook of Regulation**, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 3-18.
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin, **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**, Second Edition, New York: Oxford University Press, 2012.
- BLANCHET, Luiz Alberto, BUBNIAL, Priscila Lais Ton, “Análise de Impacto regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação”, in **Pensar Revista de Ciência Jurídica**, Fortaleza, v. 22, n. 3, set./dez. 2017, pp. 1-15. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4219/pdf>>. Acesso em 01 set 2021.
- BRAITHWAITE, John, **Restorative justice and Responsive Regulation**, Nova York: Oxford University Press, 2002.
- CASA CIVIL. **Relatório final do grupo de trabalho interministerial: Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília, 2003. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em 01 set 2021.
- CASA CIVIL. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília, 2018. Disponível em <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em 01 set 2021.
- COGLIANESE, Cary, MENDELSON, Evan, “Meta-Regulation and Self-Regulation”, in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin (Ed.), **The Oxford Handbook of Regulation**, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 3-18.
- CONFRARIA, João, **Regulação e Concorrência: Desafios do século XXI**, 2º ed. rev. e atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115/29443>>. Acesso em: 01 set 2021.
- GARCIA, Flavio Amaral, **Concessões, Parcerias e Regulação**, São Paulo: Malheiros, 2019.
- GONÇALVES, Pedro Costa, **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MOREIRA, Vital, **Auto-regulação profissional e administração pública**, Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Mutações do Direito Administrativo**, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MORENO, Natália de Almeida, “Defesa de Conduta Regulada em Procedimento Antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência”, in **Publicações CEDIPRE Online**, n. 15, Coimbra, Abr 2013. Disponível em <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 23 ag. 2018.
- MORENO, Natália de Almeida, “Tecnologias regulatórias piramidais: responsive regulation e smart regulation” in **Revista de Direito Econômico – RDPE**, ano 13, n. 49, Belo Horizonte, jan/mar 2015, pp. 125-158.
- NIELSEN, Vibeke Lehmann, PARKER, Christine. “Testing Responsive Regulation in Regulatory Enforcement” in **Regulation and Governance**, n. 3, 2009, pp. 379-399.
- NUNES, Rui Lopes, **Regulação da Saúde**, 3ª ed., Porto: Vida Económica, 2014.
- OECD, **Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision Making**, 9 March 1995, OECD/GD(95)95, OECD, Paris. Disponível em <<https://>

www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-internacional/2017/ocde_recommendation-of-the-council-on-improving-the-quality-of-governmen.pdf>. Acesso em 01 set 2021.

OECD, **The OECD Report on Regulatory Reform**, OECD, Paris, 1997. Disponível em <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em 01 set 2021.

OCDE. **Building a framework for conducting Regulatory Impact Analys (RIA): Tools for Policy-Markers**, Version 1.0, Paris, 2007. Disponível em <<https://www.oecd.org/mena/governance/38706266.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2019.

OCDE, **Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL Fortalecendo a governança para o crescimento**. Disponível em <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>>. Acesso em 01 set 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, **Direito Administrativo Regulatório**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Agentes de Tratamento na Saúde Suplementar

JOSÉ LUIZ TORO DA SILVA¹

RAFAEL DIAS DA CUNHA²

RESUMO

Dentre os desafios relacionados a implementação da Lei Federal nº. 13.709, de 2.018, nos mais diversos setores econômicos, entendemos que um dos aspectos mais controvertidos e complexos da legislação, é a definição e regulação dos papéis dos agentes de tratamento de dados.

Isso porque cada empresa ou entidade possui suas peculiaridades e finalidades próprias para o tratamento de dados pessoais intrinsecamente relacionadas a atividade mercantil ou profissional que exercem e que podem ou não se comunicar com as atividades exercidas por empresas ou entidades das quais mantem negócios jurídicas.

A proposta do presente artigo é apresentar critérios para definição, dentro do contexto de relações jurídicas contratuais, de agentes de tratamentos de dados pessoais, constituídos a partir da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, sem esgotar, todavia, o assunto. Queremos trazer para reflexão alguns aspectos importantes para a definição desta relação entre controlador e operador.

O presente artigo parte de um conceito de direito comparado e que, inspirado na regulação Europeia acerca da proteção de dados, propõe uma abordagem a partir das relações jurídicas existentes, tendo por

1 Mestre e Doutor em Direito. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Possui pós-graduação em Direito pelas Universidades de São Paulo, Mackenzie e Fundação Getúlio Vargas/Ohio University. Possui MBA Internacional em Direito da Economia e da Empresa. Professor convidado da Universidade de Coimbra e Sócio fundador do escritório de advocacia Toro & Advogados Associados. Consultor Jurídico da UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde.

2 Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Certificação EXIN PDPE. Formação como DPO pelo Instituto Deserv. Extensão Universitária em Direito de controle e Proteção de Dados pela PUC/SP.

foco, especificamente, as relações jurídicas dentro do contexto da saúde suplementar.

Entendemos, como restará demonstrado, que se faz mister verificar a relação subjacente existente entre quem recebe os dados do titular e as relações jurídicas que, posteriormente, são desencadeadas.

INTRODUÇÃO

Três anos após a sanção da Lei Federal nº. 13.709, de 2.018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, e que tem como o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas naturais, nitidamente, ainda há muito o que ser feito. Apesar do abundante prazo de *vacatio legis*, alguns aspectos ainda permanecem nebulosos, inclusive dependendo de regulação técnica por parte da própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD.

Dentre os pontos mais complexos no processo de adequação à LGPD, estabelecer os papéis dos agentes de tratamento nas mais diversas relações jurídicas existentes, se torna um grande desafio.

No contexto da saúde suplementar, existem diversos agentes de tratamento de dados, pois há uma imensa variedade de atividades que são desempenhadas e que precedem ao tratamento de dados pessoais, especialmente dos beneficiários deste sistema.

De tal sorte que o presente artigo pretende propor uma metodologia que pode ser utilizada para definição dos papéis de cada parte, sem esgotar o tema, especificamente no que concerne ao ambiente da Saúde Suplementar, levando em conta a finalidade do tratamento, as atividades desempenhadas por cada agente, a relação jurídica subjacente e os aspectos fáticos que deverão ser sopesados em cada caso.

AGENTES DE TRATAMENTO: CONCEITO, PAPÉIS E RESPONSABILIDADE

Inicialmente, para que seja possível analisar as consequências jurídicas da definição dos papéis de cada agente de tratamento, se faz necessário esclarecer quais os conceitos e responsabilidades apresentados pela legislação de proteção de dados com relação aos Controladores e Operadores de dados pessoais.

Nesse sentido, vale lembrar que no artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, são estabelecidos os conceitos acerca dos agentes de tratamento, a saber:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII – operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

Ainda que, em um primeiro momento, a partir da leitura dos dispositivos supracitados, a impressão que se tem é de que se trata de um conceito engessado e que possui aplicação direta para cada relação, contudo, a partir do momento em que se pretende a aplicação dos dispositivos supracitados em relações jurídicas já estruturadas, a regulação dos respectivos conceitos torna-se um grande desafio.

Porém, antes de nos debruçarmos acerca dos critérios para definição de cada agente de tratamento, vale destacar que, conceituar qual o papel de cada parte dentro do tratamento de dados realizados implica necessariamente na assunção de obrigações legais decorrentes dessa definição.

Isso porque, embora existam cenários em que a própria legislação se remeta as partes de modo conjunto³, a mencionada legislação determina

3 Não por acaso, há fixado o seguinte conceito no art. 5º., IX na norma referenciada, qual seja: “IX – agentes de tratamento: o controlador e o operador”.

que o Controlador dos dados pessoais será responsável pelas atividades especificadas, possuindo, por consequência maiores responsabilidades.

A primeira obrigação que é imposta ao Controlador e que aparece de modo subjetivo no texto da LGPD, é a de estabelecer uma base legal que fundamente o tratamento dos dados pessoais do titular. Isso porque, considerando seu papel na cadeia de tratamento, a delegação do tratamento a um Operador de dados pressupõe a existência de uma finalidade legítima que justifique a referida atividade.

Vale lembrar que compete ao Controlador, conforme estabelece o artigo 18⁴ da Lei sob comento, fornecer ao titular os requisitos necessários para que este possa exercer seus direitos voltados a autonomia informacional, a ser realizada através do rol estabelecido no mencionado artigo.

Ainda, há a obrigação do Controlador em comunicar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais no caso de incidentes de segurança, conforme reza o artigo 48 da LGPD que assim estabelece:

Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

4 Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

- I – Confirmação da existência de tratamento;
- II – Acesso aos dados;
- III – correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- IV – Anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
- V – Portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;
- VI – Eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;
- VII – informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;
- VIII – informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;
- IX – Revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

Ainda, são obrigações do Controlador indicar um Encarregado pelo tratamento de dados pessoais⁵– embora conste no texto do art. 41 que compete ao Controlador a nomeação de um encarregado, o atual entendimento estabelece que todos os agentes de tratamento deverão efetivar essa referida nomeação -, elaborar o relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados pessoais sensíveis, referente a suas operações, quando assim determinado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados⁶.

Também compete ao Controlador estabelecer as instruções a serem observadas pelo Operador de dados quando no exercício das atividades por este desempenhadas, nos moldes do artigo 39 da LGPD, que assim determina:

Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

Vale destacar que a obrigação imposta no artigo 39, também estabelece o dever do Controlador verificar o cumprimento das instruções por parte do Operador de dados, bem como, das demais normas sobre a matéria.

Veja que, há que entenda que o verbo estabelecido pela norma estabelece um dever do Controlador em auditar as atividades realizadas, na medida que determina que determina que este **verificará**, não criando uma hipótese, mas sim uma imposição da norma.

Nas palavras de STURARI ⁷

5 Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

6 Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.
Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

7 STURARI, Matheus. Noronha. *In. Afinalidade de tratamento como elemento primário e preponderante para a definição do papel de controlador. E-book*. 2021. Pág. 13.

Ora, não só o Controlador tem, portanto, a obrigação de fornecer as instruções referentes ao tratamento de dados pessoais, o que, por natureza, já decorre de fato de sua qualificação como agente responsável pela tomada de decisões, mas também, por meio da segunda parte do artigo, imprime-se ao Controlador o ônus de garantir que o Operador siga, não só suas instruções, mas também as normas sobre a matéria.

Ou seja, o Controlador não só precisa fornecer instruções coerentes ao Operador, condizentes, claro, com os ditames da legislação, mas também há de garantir que o Operador cumpra com todos os ditames de normas que tratem sobre proteção de dados – e aqui entende-se que é estendida a todas as regulamentações que se apliquem ao tratamento pretendido –, quer esses ditames estejam relacionados às instruções fornecidas ou não.

Por fim, lembremos que as responsabilidades estabelecidas na Seção III do capítulo VI da norma de proteção de dados, afetam de modo muito mais incisivo o Controlador dos dados, estabelecendo sua responsabilidade solidária perante o titular de dados pessoais⁸, em relação aos demais agentes envolvidos no tratamento, ressalvadas as hipóteses de exclusão de responsabilidade estabelecidas no artigo 43, da referida norma.

Inclusive, a própria norma estabelece um padrão diferenciado na responsabilização dos agentes na medida em que prevê a equiparação do Operador a Controlador de dados nos casos em que deixar de observar as instruções lícitas ou as obrigações da legislação de proteção de dados.⁹

8 Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

(...)

II – os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

9 Art. 42. (...)

§1º. A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I – o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador

Dessa forma, as obrigações do Operador estão vinculadas ao cumprimento das orientações estabelecidas pelo Controlador de Dados e a garantia dos requisitos mínimos inerentes a Segurança da Informação na execução de suas atividades, inclusive, adotando medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, responsabilizando-se no caso de dados decorrentes da inobservância a essas medidas que acarretem em violação a segurança dos dados pessoais.¹⁰

DEFINIÇÃO DO AGENTE DE TRATAMENTO COM BASE NA FINALIDADE

Feita essa abordagem inicial, pretende-se propor critérios a serem observados pelos agentes envolvidos nas mais diversas relações jurídicas dentro do contexto da saúde suplementar, para definição do papel de cada parte no que concerne as responsabilidades estabelecidas pela legislação de proteção de dados pessoais.

Nas palavras do Professor DONEDA¹¹,

Princípio da finalidade, pelo qual toda utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade conhecida pelo interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele, fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que pode-se, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade).

Dessa forma, compreender a finalidade do tratamento é fundamental para fins de estabelecer as métricas dessa atividade, na medida em

equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

10 Interpretação conjunta dos artigos 46 e 44, parágrafo único da Lei 13.709, de 2.018.
11 DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados. Editora THOMSON REUTERS. 2019. Pag. 182

que, a partir dessa definição é possível compreender os limites e evitar as abusividades decorrentes de eventual uso indevido das informações.

Para tal análise, entendemos, que se faz mister verificar a relação jurídica subjacente, que norteia a finalidade de entrega de dados pelo titular para a realização do negócio jurídico visado. A finalidade da obtenção dos dados é que irá definir, assim entendemos, a definição de Controlador.

Vale destacar que recentemente foi publicado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, um Guia Orientativo para definições dos Agentes de Tratamento¹² que, em síntese, traz remissões a conceitos da Legislação Europeia, a qual é fonte de aplicação na proposta de abordagem que se propõe neste artigo.

No mencionado guia orientativo, é apresentado o conceito de Controlador¹³ da seguinte maneira:

O controlador é o agente responsável por tomar as principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e por definir a finalidade deste tratamento. Entre essas decisões, incluem-se as instruções fornecidas a operadores contratados para a realização de um determinado tratamento de dados pessoais.

Importa destacar que, a ANPD define o Operador como o agente responsável por realizar o tratamento de dados em nome do Controlador e conforme a finalidade por este delimitada.¹⁴ Observando, inclusive que

O conceito e o escopo de atuação do operador indicam, também, a importância das definições contratuais para a relação entre controlador e operador. Ainda que a LGPD não determine expressamente que o controlador e o operador devam firmar um contrato sobre o tratamento de dados, tal ajuste se mostra como uma boa prática de tratamento de dados, uma vez que as cláusulas contratuais impõem limites à atuação do operador, fixam

12 Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-guia-orientativo-sobre-agentes-de-tratamento-e-encarregado> Acesso em 15 de out. 2021.

13 Op. Cit. pág. 7.

14 Op. Cit. pág. 16.

parâmetros objetivos para a alocação de responsabilidades entre as partes e reduzem os riscos e as incertezas decorrentes da operação.

De antemão, finalidade que fundamenta o tratamento de dados pessoais será o instrumento referencial para definição da função de Controlador ou Operador dos dados pessoais dentro de cada relação jurídica– conceito de relação jurídica.

Para fins de definir o conceito de Controlador de dados no âmbito da legislação europeia, o Grupo de Trabalho do artigo 29, apresenta um método que propõe uma abordagem que exige em dois pontos, o primeiro deles é a análise dos fatos postos e leva em consideração que cada relação jurídica possui peculiaridades que deverão ser consideradas na definição do papel de cada um dos agentes. Destaca-se que na *Opinion 01/2010*, o referido Grupo assim se manifestou:

Ser um controlador é principalmente a consequência da circunstância factual de uma entidade ter optado por processar dados pessoais para seus próprios fins. Na verdade, um critério meramente formal não seria suficiente, pelo menos por dois tipos de razões: em alguns casos, o formal a nomeação de um responsável pelo tratamento – prevista, por exemplo, por lei, num contrato ou numa notificação à autoridade de proteção de dados – seria simplesmente inexistente; em outros casos, pode acontecer que a nomeação formal não reflita a realidade, ao confiar formalmente a função de controlador a um órgão que, na verdade, não está em posição de “determinar”.¹⁵

Significa dizer que, os aspectos práticos da abordagem devem ser considerados e não somente os conceitos previamente delimitados, inclusive no que concerne ao tratamento de dados realizado, prevalecendo, em todo caso, a verdade real em detrimento da verdade material.

No mesmo sentido, a *Guideline* nº. 07/2020, do *European Data Protection Board*¹⁶ determina que na análise das funções de cada um dos

15 *Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 01/2010 on the concepts of “controller” and “processor”*. p.10.

16 *European Data Protection Board. Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. p.9. Disponível em: <https://edpb>.

agentes de tratamento de dados deverão ser observados aspectos práticos e os fatos existentes, consistindo em características indispensáveis. Como se observa:

Isso significa que a atribuição das funções geralmente deve resultar de uma análise dos elementos factuais ou circunstâncias do caso e como tal, não é negociável.

Vale lembrar que a própria ANPD, no Guia disponibilizado, demonstra a importância de se observar as circunstâncias do caso concreto, pois tem o condão de afetar o papel dos agentes envolvidos no tratamento de dados pessoais. Inclusive, é apresentado o seguinte caso exemplificativo:¹⁷

“37. A seguir, alguns exemplos que demonstram quem pode assumir o papel de controlador a depender do cenário.

Exemplo 1 – Médica profissional liberal

Uma médica, profissional liberal, armazena os prontuários e os demais dados pessoais de seus pacientes no computador de seu consultório. A médica, pessoa natural, é a controladora dos dados pessoais.

Exemplo 2 – Médica empregada de um hospital

Uma médica é empregada de um hospital, constituído sob a forma de associação civil sem fins lucrativos. Nessa condição, atua como principal representante do hospital junto a um serviço de armazenamento de dados de pacientes em nuvem, inclusive assinando os contratos correspondentes. O hospital, isto é, a associação civil, pessoa jurídica de direito privado, é o controlador na hipótese. A médica, por atuar sob o poder diretivo da organização, não se caracteriza como agente de tratamento.”

O exemplo acima colacionado demonstra como a situação fáctica possui a capacidade de influenciar de modo direto o papel dos agentes envolvidos no tratamento de dados, não podendo, portanto, ser desconsiderada.

europa.eu/our-worktools/documents/public-consultations/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and_en

De modo geral, dentro do contexto da saúde suplementar, temos três principais agentes envolvidos no tratamento de dados pessoais, quais sejam: (i) as Operadoras de Planos de Saúde, (ii) a rede contratada para prestação dos serviços médico-odontológicos-hospitalares, e (iii) e a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, que também tem acesso aos dados dos beneficiários dos planos de saúde, por força de seu dever legal.

O presente artigo não irá analisar a relação com a ANS, mas somente entre os planos de saúde e sua rede de prestadores de serviços de saúde.

Dito isso, é importante destacar que, os agentes mencionados têm por objeto, essencialmente, o tratamento de dados de uma categoria de titular, qual seja, o beneficiário.

A partir disso, o segundo aspecto a ser considerado na análise proposta, pretende que seja considerada a finalidade do tratamento de dados realizado e a margem de tomada de decisões concedida a cada uma das partes dentro da relação jurídica existente. De modo que:

É necessária uma abordagem pragmática que privilegie a discricionariedade na determinação das finalidades e a margem de manobra na tomada de decisões. Nestes casos, a questão consiste em determinar a razão do tratamento dos dados e o papel desempenhado por possíveis intervenientes, tais como as empresas subcontratadas: a empresa subcontratada teria tratado os dados se o responsável pelo tratamento não lhe tivesse solicitado para o fazer e em que condições? Um subcontratante poderia agir em conformidade com instruções gerais relacionadas essencialmente com as finalidades do tratamento que não entrassem em grandes pormenores no que respeita aos meios.¹⁸

Isso significa que, trazendo o titular dos dados para o centro da relação de tratamento de dados pessoais realizada pelos mais diversos agentes setoriais dentro da saúde suplementar, é possível estabelecer um recorte de finalidade, qual seja, a assistência à saúde do titular dos dados.

18 *Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 01/2010 on the concepts of "controller" and "processor".* p.17.

Dentro dessa perspectiva, o tratamento de dados pessoais, observará sempre – ou na maior parte dos casos –, em menor ou maior grau, essa finalidade, sendo que, as relações jurídicas construídas entre os demais agentes setoriais, e conseqüentemente, agentes de tratamento – para fins de aplicação da Lei nº. 13.709, de 2.018 – terá como enfoque essa premissa.

Dito isso, vale ressaltar que, acerca do tratamento de dados pessoais dentro do setor da saúde suplementar, se extrai do Código de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde – elaborado pela Confederação Nacional de Saúde – CNSaúde – que, *considerando que a maioria dos modelos de remuneração na saúde suplementar se estruturam no modelo “fee for service”, em geral, os operadores de serviços de saúde podem ser, em diversas hipóteses e conforme o contexto, considerados os controladores dos dados, e os prestadores de serviços de saúde os operadores de dados nos contratos de credenciamento.*¹⁹

Evidencia-se que a operadora de plano privado de assistência à saúde exercerá o papel de Controlador de dados em face dos prestadores de serviço, pois dentro da relação jurídica posta, são responsáveis pelo atendimento dos beneficiários do Plano de Saúde, dentro dos limites e moldes estabelecidos pela mesma através do instrumento contratual e que, só executam suas atividades em razão da relação principal do Plano de Saúde com o beneficiário.

Convém esclarecer que para a Autoridade Nacional de Proteção de Dados existem pontos a serem considerados quando analisamos uma relação jurídica para definição de Controlador e Operador de dados pessoais, quais sejam:

Extrai-se dessa disposição legal que o tratamento não precisa ser realizado diretamente pelo controlador. Muito embora o controlador também trate dados pessoais, o elemento distintivo é o **poder de decisão**, admitindo-se que o controlador forneça

19 Disponível em: <http://cnsaude.org.br/baixar-aqui-o-codigo-de-boas-praticas-protecao-de-dados-para-prestadores-privados-de-saude/> Acesso em 15 de out. de 2021. Pag. 95.

instruções para que um terceiro (“operador”) realize o tratamento em seu nome (art. 5º, VII; art. 39).

O segundo ponto relevante é a **desnecessidade de que todas as decisões sejam tomadas pelo controlador**, bastando apenas que este mantenha sob sua influência e controle as principais decisões, isto é, aquelas relativas aos **elementos essenciais para o cumprimento da finalidade do tratamento**. De fato, especialmente quando há a contratação de um operador, é usual e legítimo que parte das decisões a respeito do tratamento, limitadas aos seus elementos não essenciais, fique sob a alçada do operador. A título de exemplo, podem ser mencionados a escolha dos *softwares* e equipamentos que serão utilizados e o detalhamento de medidas de prevenção e segurança.

O terceiro ponto a ser considerado diz respeito à definição dos elementos decisórios que se caracterizam como “principais” ou “essenciais” e que, por isso, devem permanecer sob o domínio do controlador. Dentre esses elementos decisórios principais, destaca-se a definição da **finalidade do tratamento**, que será sempre estabelecida pelo controlador, a quem compete, em conformidade com as disposições da LGPD, estipular os objetivos que justificam a realização do tratamento, bem como a sua respectiva base legal. Considere os seguintes exemplos de decisões do controlador, segundo a finalidade do tratamento: utilização de dados pessoais para o pagamento de empregados, a realização de uma pesquisa com clientes, a promoção de uma campanha de marketing, o armazenamento seguro de informações ou a emissão de passagens aéreas.

Vale destacar que, a referida abordagem apresenta um recorte que observa o contexto jurídico-factual pautado na finalidade como ponto central, de tal modo que, ainda que na relação jurídica existente entre plano de saúde e um hospital, por exemplo, sejam definidos os papéis de Controlador (plano de saúde) e Operador(hospital), nada impede de que, em relações jurídicas diversas, o Hospital seja considerado Controlador para outros fins de aplicação da LGPD, como por exemplo, para cum-

primento de suas obrigações perante Órgãos reguladores, ainda que, para tanto, trate dados pessoais dos beneficiários do Plano de Saúde.

Porém, na relação jurídica existente entre o Plano de Saúde e o Hospital credenciado, por exemplo, o primeiro sempre será considerado Controlador, pois a ele o titular confiou os seus dados, dentro do princípio da finalidade, que norteia o negócio jurídico firmado entre as partes.

Lembremos que a LGPD não protege os dados, mas sim os seus titulares, sendo que o negócio jurídico visado é a contratação de um plano privado de assistência à saúde, nos termos da Lei n. 9.656, de 1998, confiando o beneficiário seus dados à operadora de plano de saúde, que poderá, inclusive, compartilhar os dados de saúde com os seus prestadores de serviços, nos termos do parágrafo 4º. do artigo 11 da citada norma.

Ademais, conforme o Guia de Agentes de tratamento disponibilizado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, além da finalidade, compete ao Controlador estabelecer os elementos essenciais relativos ao tratamento, senão, vejamos:

Por fim, além da finalidade, o controlador é o responsável por estabelecer outros elementos essenciais relativos ao tratamento. É o caso da definição da natureza dos dados pessoais tratados (por exemplo, dados de beneficiários de plano de saúde ou de pessoas cadastradas em banco de dados oficial) e da duração do tratamento, isto é, do período durante o qual será realizada a operação, incluindo o estabelecimento de prazo para a eliminação dos dados. 15 Vale ressaltar que outros elementos podem ser considerados essenciais a depender do contexto e das peculiaridades do caso concreto.²⁰

Até mesmo sob o aspecto consumerista, quando aplicável, cabe a operadora de plano de saúde a responsabilidade com referência aos dados pessoais, inclusive sensíveis, que lhes foram confiados.

Isso porque as atividades contratuais são realizadas para fins de atendimento de um público específico e determinado – os beneficiários do plano da Operadora – e nos limites e moldes por esta estabelecidos

20 Op. Cit. pag. 11.

pelo Plano de Saúde – que dependerá da cobertura contratual definida junto ao beneficiário e da regulação exercida pela ANS. Nesse sentido, acerca das relações jurídicas, Perlingieri²¹ afirma que

Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações.

Razão pela qual, é possível concluir que na maioria das relações jurídicas existentes entre planos de saúde e sua rede, haverá estabelecida uma relação jurídica de Controlador (Plano de Saúde) e Operador (Prestador de serviço), sem prejuízo de que outras relações jurídicas adjacentes existam, até mesmo para o cumprimento de deveres legais, pois existirão situações que o Operador deverá tratar dados que não lhes foram confiados pelo Controlador, mas que são decorrentes da citada relação jurídica inicial. Tal fato, ao nosso ver, não altera a relação jurídica existente entre o plano de saúde e sua rede de prestadores de serviços de saúde, para os efeitos da Lei n. 13.709, de 2018, tendo em vista a observância do princípio da finalidade.

Não descartamos, contudo, a figura do Co-Controlador dentro do contexto de aplicação a Lei Geral de Proteção de Dados, porém, dentro do contexto sob análise, especialmente no que concerne as relações pactuadas entre planos de saúde e sua rede credenciada, entendemos que mencionada figura jurídica se apresentará em caráter de exceção.

Neste sentido, vale destacar que a *Guidelines 07/2020*:

50. Nem todas as operações de processamento envolvendo várias entidades dão origem a controladoria conjunta. O abrangente critério de existência de controladoria conjunta é a participação conjunta de duas ou mais entidades na determinação das finalidades e meios de uma operação de processamento. Mais especificamente, a participação deve incluir a determinação dos propósitos, por um lado, e a determinação dos meios, por outro. Se cada um desses elementos for determinado por todas as entidades

21 Op. Cit. pág. 25.

envolvidas, eles devem ser considerados co-controladores do processamento em questão.

Como já mencionado, quem definirá as finalidades e meios para o tratamento de dados será a Operadora de Planos de Saúde, competindo ao prestador de serviços realizar o atendimento aos beneficiários, nos limites por aquela definidos, sendo autorizado, inclusive o compartilhamento de dados de saúde, por força do parágrafo 4º. do artigo 11 da LGPD.

Portanto, para nós, neste momento do conhecimento sobre a LGPD, raras serão as situações em que haverá um cenário de Co-Controladores, pois o Controlador será sempre aquele que receber os dados para uma finalidade específica, decorrente da relação jurídica subjacente entre o Titular de Dados e, dentro do contexto sob análise, este é o papel da Operadora de Plano Privado de Assistência à Saúde, independentemente da forma de remuneração que for estabelecida entre a Operadora de Plano de Saúde e o seu prestador de serviço credenciado.

Isso porque, ainda que se reconheça que os prestadores de serviços de saúde, como hospitais e clínicas estejam submetidos a regulações que estabeleçam tratamento de dados pessoais de modo paralelo as obrigações contratuais pactuadas junto as Operadoras de Plano de Saúde, não é possível uma análise limitada das obrigações individuais de cada parte, desconsiderando a principal finalidade que vincula as partes – o tratamento de dados pessoais – que é o atendimento ao beneficiário.

Reitera-se que a LGPD visa a proteção do titular dos dados pessoais e não os dados em si, lembrando que o contrato de plano privado de assistência à saúde é regulado pela Lei n. 9.656, de 1998, e a relação jurídica existente entre as Operadoras de Planos de Saúde e a sua rede de prestadores de serviços pela Lei n. 13.003, de 2014, e a Resolução Normativa – RN n. 363, de 2014, que em seu artigo 3º. deixa expresso que “As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulados entre a Operadora e o Prestador.”

Por fim, lembramos que nos contratos firmados sob a égide da Resolução Normativa – RN n. 363, de 2014, além daquelas cláusulas mínimas obrigatórias que são mencionadas, se faz mister deixar claro no contrato de credenciamento as questões pertinentes a proteção de dados e segurança da informação, com a precisa definição das condições de Controlador e Operador, a fim de se evitar problemas futuros.

CONCLUSÃO

Urge que aludido assunto seja esclarecido pela ANPD, até mesmo com amparo da ANS, pois existe uma regulação específica para este setor.

Verifica-se que o titular de dados confiou seus dados à operadora de planos privados de assistência à saúde, cabendo a esta contratar e compartilhar dados com a rede de prestadores de serviços de saúde, que irá dar o atendimento visado, observada a finalidade da contratação.

Portanto, para a definição do Controlador na relação jurídica existente entre a Operadora de Plano Privado de Assistência à Saúde e a sua rede de prestadores de serviços, se faz mister verificar o negócio jurídico subjacente que norteia a relação jurídica entre o titular de dados e a Operadora dos Planos de Saúde.

Para o momento, na falta de maiores esclarecimentos dos órgãos reguladores, é este o nosso posicionamento, que visa, principalmente, fomentar o debate sobre este importante assunto, sem ter a pretensão de esgotar o assunto.

BIBLIOGRAFIA

- Lei nº. 13.709 de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm Acesso em 26 de out. de 2021.
- Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 01/20100 on the concepts of “controller” and “processor”. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommandation/files/2010/wp169_en.pdf Acesso em 26 de out. de 2021.
- Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. Guia orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Disponível em https://www.gov.br/anpd/ptbr/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-detratamento_final.pdf Acesso em 26 de out. de 2021.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados. Editora THOMSON REUTERS. 2019.

European Data Protection Board. *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/publicconsultations/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and_en Acesso em 26 de out. de 2021.

PERLINGIERI, P. Perfis do Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STURARI, Matheus. Noronha. *A finalidade de tratamento como elemento primário e preponderante para a definição do papel de controlador*. E-book. 2021.

Este livro foi composto em fonte A Caslon Pro regular
12/16 e impresso em papel pólen 80 g/m² nas oficinas da
Renovagraf.

REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

ANO 5 – Nº 5

No ano em que a UNIDAS completa duas décadas de existência, continuamos em um momento desafiador, no qual a construção coletiva é fundamental. Por meio dela é que, juntos, encontraremos soluções para enfrentar este cenário.

O quinto exemplar da Revista Jurídica da Saúde Suplementar sintetiza o DNA colaborativo de nosso segmento, trazendo um conteúdo enriquecedor não só para todas as autogestões do país, mas também para o mercado de saúde, parlamentares, poder judiciário e demais players do setor.

Nesta edição os articulistas abordaram temas como: agentes de tratamento na saúde suplementar, os efeitos jurídicos decorrentes da crise do coronavírus no direito tributário do Brasil e Portugal nas atividades de saúde, análise de impacto regulatório na regulamentação da ANS, entre outros.

Lembro que a UNIDAS veste a camisa de todas as autogestões, mas só as filiadas vestem a camisa da UNIDAS. A elas, nosso agradecimento especial.

Boa leitura!

ANDERSON MENDES
Presidente da UNIDAS – Autogestão em Saúde

WWW.UNIDAS.ORG.BR

