

---

## A TROCA DE INFORMAÇÕES NA SAÚDE SUPLEMENTAR E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

---

*Felipe Germano Cacicedo Cidat*  
*Procurador Federal*  
*Especialista em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Troca de Informações em Saúde Suplementar: conceito e finalidade; 2.1 Os procedimentos de troca de informações antes do padrão TISS; 2.2 O universo de informações: agentes e dados; 2.3 A natureza do TISS; 2.4 A finalidade do TISS; 3 O “novo” direito à intimidade; 3.1 O desenvolvimento do conceito; 3.2 A configuração jurídica da privacidade; 3.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 4 A colisão de direitos fundamentais; 4.1 Noções gerais; 4.2 A função protetiva do estado; 4.3 O Código de Ética Médica e o sigilo profissional; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A finalidade deste trabalho é apresentar os principais conflitos relacionados à implementação do padrão de Troca de Informações em Saúde Suplementar (TISS), da Agência Nacional de Saúde Suplementar, no que tange à livre iniciativa das operadoras de planos de saúde em obter dados sobre a doença que acomete o segurado e o direito à intimidade deste, consagrado na fórmula do sigilo médico-paciente. Na outra ponta, analisam-se os limites do Poder Público em seu dever de controlar epidemias e promover melhora na saúde da população com o acesso monopolizado a estes dados. Também pontuam-se algumas consequências que a circulação mal protegida de dados de usuários de planos de saúde pode acarretar à ordem econômica, como a rotulação de grupos indesejáveis de consumidores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação Econômica. Saúde Suplementar. Padrão TISS. Sigilo Médico-Paciente.

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to present the main conflict related to the implementation of Private Health Insurance and Plans Information Exchange Standard (TISS) from the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans with respect to the free enterprise of the private health insurers to obtain data on any disease that affects the insured and the right to privacy of those, perceived as the legal concept of doctor-patient confidentiality. At the other end, the limits of the law enforcement are analyzed in terms of the government's duty to monitor epidemics and improve health standards of the population, with monopolized access to that kind of information. Furthermore, we describe some consequences that poorly protected data exchange can cause on economic order, like the labeling of unwanted beneficiaries.

**KEYWORDS:** Economic Regulation. Private Health Insurance. Private Health Insurance and Plans Information Exchange Standard. Doctor Patient-Confidentiality

## INTRODUÇÃO

O mandado de eficiência e a necessidade de mapeamento do setor regulado levaram a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a disponibilizar um padrão para troca de informações entre os prestadores privados de serviços em saúde e as operadoras de planos de saúde no país<sup>1</sup>.

Nasce o padrão da Troca de Informações na Saúde Suplementar (TISS), que procurou criar modelos para as principais transações sobre eventos em saúde, desde a nomenclatura científica das enfermidades até a forma de guias de preenchimento e a segurança dos dados nelas contidos.

Nesse último item, a ANS deparou-se com a tarefa hercúlea de incentivar a intercomunicação ágil e fácil entre prestadores e operadoras e, ao mesmo tempo, impedir que informações que exigem alto grau de confidencialidade tivessem contato com terceiros não autorizados a obtê-las.

Ao mesmo tempo, vê-se que o manejo de dados sensíveis e a proteção do direito fundamental à intimidade passam por agentes privados e órgãos públicos que fogem à regulação direta da ANS, mas que sem a cooperação deles a própria idéia do TISS seria inócua.

A crescente automatização das informações em saúde, assim como o faturamento eletrônico e demais dados contábeis relativos às operações realizadas dentro do padrão TISS reclamam vigilância constante dos órgãos estatais competentes e da sociedade civil sobre essas atividades. A tensão entre a vida privada e as informações relativas à saúde parecem aumentar exponencialmente, já que os mecanismos de obtenção e tratamento de dados só se aprimoram.

O aumento do valor econômico agregado à informação pessoal de saúde também contribui para sua necessidade de padronização e resguardo<sup>2</sup>. O comércio eletrônico ilícito *intra* operadoras e o escambo com terceiros interessados naquele conhecimento pode apresentar-se como futuro sombrio que corre à revelia do Poder Público e passa a corroer a força normativa da Constituição.

O mercado interessa-se em conhecer e cativar seus potenciais consumidores através de processos como o *data mining*, que, com serviços de captação de dados, gera categorias de pessoas e ajuda na disseminação de propaganda, venda de produtos, pesquisa de reações medicamentosas adversas na população, além de auxiliar no combate a fraudes do sistema

1 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Manual TISS*. p. 1. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual\\_TISS\\_2\\_1\\_03.pdf](http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual_TISS_2_1_03.pdf)>. Acesso em: 06.out.2013.

2 Cf. GROVES, Peter et al. *The big-data revolution in US health care: Accelerating value and innovation* Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.mckinsey.com/insights/health\\_systems\\_and\\_services/the\\_big-data\\_revolution\\_in\\_us\\_health\\_care](http://www.mckinsey.com/insights/health_systems_and_services/the_big-data_revolution_in_us_health_care)>. Acesso em: 24.out.2013.

de seguro saúde<sup>3</sup>. Outro lado desse processo é a categorização de indivíduos em listas negras (*blacklists*) que, no caso do presente estudo, podem ser rotulados como doentes e prejudiciais a planos de saúde e empresas pelos custos diretos que podem gerar<sup>4</sup>.

O padrão TISS veio normatizar o tratamento de dados já feito de forma incipiente pelo mercado, de forma a impedir as intrusões ilícitas nos direitos da personalidade assim como promover as transações lícitas para o desenvolvimento da saúde pública e a melhoria da qualidade de serviço prestada ao consumidor do plano. O escopo deste estudo é apresentar os principais conflitos que a implantação do padrão TISS pode gerar no que se refere à livre iniciativa das operadoras de planos de saúde e o direito à intimidade dos segurados ao lado do sigilo médico-paciente. Na outra ponta, pretende-se analisar os limites do Poder Público em seu dever de controlar epidemias e promover melhora na saúde da população com o acesso monopolizado a estes dados. Por último, faz-se necessário pontuar algumas consequências que a circulação mal protegida de dados de usuários de planos de saúde pode acarretar à ordem econômica, como a rotulação de grupos indesejáveis de consumidores.

Para tanto, inicia-se com breves definições de conceitos chave relacionados ao padrão TISS e aos modelos que o precederam. Em seguida, situa-se o tratamento jurídico concedido aos dados no mercado de saúde suplementar, seguidos da natureza e finalidade do TISS. Após, inicia-se o debate sobre um direito à intimidade em um mundo digital, com seus aspectos jurídicos basais e breves apontamentos sobre a questão da eficácia horizontal desse direito fundamental. Ao final, há propostas e soluções de possíveis conflitos relacionados a esses temas, principalmente no que tange ao sigilo médico-paciente e o tráfego monitorado de informações.

## **2 A TROCA DE INFORMAÇÕES EM SAÚDE SUPLEMENTAR: CONCEITO E FINALIDADE**

### **2.1 Os procedimentos de troca de informações antes do padrão TISS**

A padronização dos dados em saúde suplementar já era estudada por segmentos do mercado para evitar alguns transtornos como a demora no atendimento do beneficiário, complicações para autorização de procedimentos, fraudes ou dificuldades na obtenção de dados

3 DOYLE, Kathryn. *5 Ways Big Data Helps Save Lives*. Obtido pela internet. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/xerox/2013/09/03/5-ways-data-mining-can-improve-healthcare/>>. Acesso em 24.out.2013.

4 DORSCHNER, John. Obtido pela internet. How insurers secretly blacklist millions with common ailments. Disponível em: <<http://www.mcclatchydc.com/2009/03/29/65010/how-insurers-secretly-blacklist.html>>. Acesso em: 24.out.2013.

estatísticos. Nesse momento, cada operadora desenhava suas guias, escolhia as denominações de eventos indenizáveis e a melhor forma de fazer o prestador comunicá-los. A grande quantidade de papel envolvida nesse processo e a desconexão e perda da informação transmitida traziam incrível prejuízo ao setor<sup>5</sup>.

Nesse esteio, a ANS promoveu uma série de estudos e, tomando por base guias e procedimentos de transação já adotados por alguns agentes públicos e privados – além de outros modelos internacionais<sup>6</sup> – editou a Resolução Normativa 114, de 26 de outubro de 2005, que tratou de regular o mercado com objetivo de dar maior presteza e acuidade nas informações em saúde tratadas pelos prestadores e operadoras.

A partir dela, a ANS padronizou dois conjuntos de signos informativos em saúde suplementar: o conteúdo e a estrutura dos modelos de apresentação dos eventos em saúde (guias, demonstrativos de pagamento e seus resumos) e a representação de conceitos em saúde (terminologia, códigos e descrições definidos pelo programa). Ademais, a citada resolução procurou pontuar métodos de comunicação entre os sistemas de informação das operadoras e dos prestadores e as respectivas transações eletrônicas<sup>7</sup>.

Essa normatização dos modelos, porém, exibia duas faces para o consumidor. De fato veio facilitar transações em seu benefício e tornar rápidas, por exemplo, autorizações de procedimentos cirúrgicos. Por outro lado, incentivou que seus dados particulares pudessem ser trocados entre as próprias operadoras, já que facilmente legíveis através da linguagem comum. Então, aditando a estrutura anterior, as Resoluções Normativas 153, de 28 de maio de 2007, e 305, de 09 de outubro de 2012, vieram determinar a padronização também da segurança conferida ao sigilo das informações em saúde, através de requisitos mínimos de proteções administrativas, técnicas e físicas<sup>8</sup>. Com isso, configurou-se o modelo hoje adotado pelo setor para intercâmbio e sigilo de dados em saúde suplementar.

## 2.2 O universo de informações: agentes e dados

Alguns autores costumam discernir dado de informação. Victor Drummond, por exemplo, assevera que o primeiro seria uma informação isolada, destacada<sup>9</sup>, sem valor individualizado. A dita “informação”, por

5 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Manual TISS*, p. 5. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual\\_TISS\\_2\\_1\\_03.pdf](http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual_TISS_2_1_03.pdf)> Acesso em: 06.out.2013.

6 HIPAA ACT-1996, HLV-3, OpenEHR, ISO-TC215, entre outras.

7 Art 2o., RN114/05

8 Art.2o., §4o da RN 153/2007 e art. 2º. da RN 305/2012.

9 Internet, Privacidade e Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 30.

sua vez, seria uma espécie de dado minimamente interpretado, alocado em um certo contexto. No terreno da gramática, o dado seria o significante e a informação seu significado. Danilo Doneda, no entanto, explica que a doutrina não raro trata os termos sem distinção, pois, na prática, é ínsita à natureza de ambos “a característica de ser comunicada ou, ao menos, de ser comunicável<sup>10</sup>”. Neste estudo, que tem por objeto a troca de informações ou de dados, tal diferença semântica é irrelevante, pois sempre que os dados são transmitidos e cruzados, geram informação.

Outra divisão sobre a qual se deve debruçar é a das informações pessoais em relação às informações pessoais em saúde. As informações pessoais num sentido lato são “quaisquer informações relacionadas a um indivíduo identificado ou identificável”, como definiu o art. 2º, “a”, da *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* (Estrasburgo, 1981)<sup>11</sup>. Essas, a seu turno, podem ser qualificadas e separadas de acordo com o setor onde circulem ou sejam armazenadas. Por isso, fala-se em sigilo bancário ou médico de informações guardadas por esse ou aquele agente. Em geral, as informações em saúde fazem parte de um campo qualificado que pode ser genericamente denominado de *dados sensíveis*. Pode-se definir dado sensível como aquele que, caso seja conhecido ou processado, podem ser gerar potencial utilização discriminatória ou lesiva para a pessoa detentora daquelas informações, e não para a coletividade<sup>12</sup>. Na área de saúde, pública ou privada, todas as informações que podem ligar um procedimento de atenção à saúde a um indivíduo são dados sensíveis, informações pessoais que exigem cuidado especial dos seus detentores, assim como regulamentação específica pelo Estado<sup>13</sup>.

10 Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154 e segs. O Dicionário Aurélio em si não registra distinção pontual (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1109)

11 UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. Obtido via internet. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>. Acesso em: 24.out.2013.

12 DONEDA, Danilo. op. cit., p. 160. Para Victor Drummond, os dados sensíveis são os relacionados à situação patrimonial e financeira, seja do próprio e de seu agregado familiar, estado de saúde, convicções políticas ou filosóficas, filiação partidária, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde, à vida sexual e genéticos (op. cit., p. 33). O tratamento de dados pode ser entendido como “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como recolhimento, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição” (definição dada pela Diretiva 95/46/CE, art. 2o, b).

13 Cabe aqui anotar a crítica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior à constitucionalização do termo “dado”: “o sigilo de dados é uma hipótese nova, colocada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5o, XII). A inovação trouxe comigo dúvidas interpretativas que merecem, por isso mesmo, uma reflexão mais detida. Em primeiro lugar, a expressão “dados”, constante no inciso XII, manifesta uma certa impropriedade (Bastos, Martins, 1993, p. 73). Os citados autores reconhecem que por “dados” não se entende o objeto da comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1986. p. 38): ‘Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são dados informáticos (v. incs. XII e LXXII)’. A interpretação faz sentido. [...] Obviamente, o que se regula é a comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados

Esses tipos de dados são comumente agrupados no universo do “big data”, conceito guarda-chuva que normalmente abriga a ideia de um conjunto de dados tão grande e complexo que extrapola a capacidade para softwares estatísticos normais processá-los<sup>14</sup>. Com esse avanço tecnológico que criou softwares altamente potentes, o comércio de dados nunca foi tão intenso<sup>15</sup>.

Uma prática deles derivada, a princípio lícita, pode fugir do controle estatal e deixar as informações pessoais em saúde vulneráveis a terceiros fora da relação de confiança estipulada pela RN305/2012. É o *data mining*.

Segundo o United States General Accounting Office (GAO), o *data mining*, ou mineração de dados, é a aplicação da tecnologia de base de dados para desvelar padrões ocultos e relações sutis em informações para inferir regras que permitem a predição de resultados futuros<sup>16</sup>. No ramo da saúde suplementar, essa prática é altamente profícua, visto que permite, por exemplo, verificar quais tratamentos são mais efetivos para determinadas doenças, identificar padrões relativos a efeitos colaterais de certos medicamentos ou sobre causas de internações repetidas<sup>17</sup>.

A mineração de dados pode ser realizada por todo tipo de órgão privado ou estatal. Um banco, por exemplo, pode retirar dados do cartão de crédito de seus correntistas para identificar seu perfil de consumo. Da mesma forma, um banco ligado a uma seguradora de planos de saúde pode, por exemplo, monitorar as compras de medicamentos de um consumidor ou mesmo verificar seu perfil em mídias sociais para colher informações sobre sua condição de saúde. Esses fatos podem extrapolar os limites da privacidade, tornando os conglomerados de que fazem parte as operadoras verdadeiros *big brothers*<sup>18</sup>.

No Brasil, os dados alvo da troca de informações em saúde suplementar são de naturezas distintas. De um lado, o padrão propõe a unificação de transações contábeis; de outro, a organização de verbetes

---

e telefonia. O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com o que deveria ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passar ilegitimamente ao domínio de um terceiro. (Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. p. 168).

14 SNIJDERS, Chris. “Big Data: Big Gaps of Knowledge in the Field of Internet Science”. Obtido via internet. Disponível em: <[http://www.ijis.net/ijis7\\_1/ijis7\\_1\\_editorial.pdf](http://www.ijis.net/ijis7_1/ijis7_1_editorial.pdf)>. Acesso em: 24/10/2013.

15 Cf. GROVES, Peter et al. The big-data [...], p.1

16 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States General Accounting Office. DATA MINING: Federal Efforts Cover a Wide Range of Uses. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.gao.gov/new.items/d04548.pdf>>. Acesso em: 29/10/2013.

17 Cf. GROVES, Peter et al. The big-data [...], p.1 .

18 GITTLESON, Kim. How big data is changing the cost of insurance. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-24941415>>. Acesso em: 25/11/2013. O artigo comenta o caso de uma mulher canadense que teve seu plano de saúde cortado por postar fotos sorrindo numa rede social enquanto estava afastada do emprego por depressão. Também comenta o quanto as big data podem ser valiosas na determinação do preço do seguro a ser cobrado, a exemplo do seguro de automóvel, que é avaliado através de diversas características do motorista.

relativos à atenção à saúde. Nesse mercado, porém, as informações a princípio independentes podem entrelaçar-se, já que cada evento em saúde corresponde a um custo específico. O conteúdo dos dados em determinadas transações pode apresentar o caráter dúplice, sendo objeto também de proteção da intimidade do paciente.

Um problema maior reside nos agentes responsáveis pela manipulação e guarda da informação em saúde suplementar. A legislação pátria não define especificamente os legítimos detentores de informações confidenciais de pacientes, mas sugere uma solução genérica para o caso.

Na letra original da Lei 9656/98, o tema não fora sequer abordado. Essa omissão também não havia causado grandes transtornos ao órgão regulador, pois não estipulou qualquer infração para a violação à privacidade de dados de beneficiários de planos de saúde no campo da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 24, de 13 de junho de 2000. No ano seguinte, porém, surgiu a RDC 64 para tentar sanar essa lacuna. Determinou a necessidade de designação de profissional médico responsável pelo fluxo de informações médicas relativas à assistência prestada aos consumidores (art.1º). Ao lado, manteve a responsabilidade das operadoras em relação à omissão ou incorreção de dados relativos a beneficiários.

Mas a proteção específica da privacidade de dados de eventos em saúde chega apenas com a RDC 21, de 12 de dezembro de 2002, que faz incluir na RDC 24/2000 as penalidades para a divulgação ou fornecimento “a terceiros não envolvidos na prestação de serviços assistenciais, informação sobre as condições de saúde dos consumidores, contendo dados de identificação, sem a anuência expressa dos mesmos, salvo em casos autorizados pela legislação<sup>19</sup>” ou “informações contidas na declaração de saúde preenchida pelo consumidor por ocasião da contratação de plano de assistência à saúde<sup>20</sup>”.

Pode-se tentar desenhar a figura do guardião das informações em saúde pela expressão negativa “terceiros não envolvidos”. O acesso, *a contratio sensu*, restringe-se aos envolvidos com a prestação de serviços assistenciais, ou seja, aos indicados para promover serviços referentes ao rol de procedimentos e atenção à saúde em geral. Mas, logo em seguida, vemos que também o corretor de planos de saúde pode ter acesso a essas informações, dado que ele é responsável pelo envio das mesmas na proposta do contrato de adesão do plano de saúde. E não apenas ele, mas a pessoa jurídica que o mesmo representa, inclusive quando faz parte de um conglomerado de outras sociedades que nada se ligam à assistência à saúde. A solução dada pela RDC 21/2002 foi demasiadamente genérica.

19 Art 5o, XIV, RDC 24.

20 Art. 5o, XV, RDC 24.

O *Personal Health Information Protection Act (PHIPA, 2004)*, do Estado canadense de Ontário, trouxe uma disciplina diversa. Enumerou um extenso rol de personagens atuantes no intercâmbio de informações em saúde, fechando o ciclo de transmissão de dados nesses. Para a lei, uma das figuras centrais é o guardião de informações em saúde (*health information custodian*), que é a pessoa ou organização que tem a tutela ou controle de informações pessoais em saúde em razão de seu ofício<sup>21</sup>. Em seguida a essa definição genérica, enumerou pessoas que também podem entrar em contato com esse tipo de dado, como, por exemplo, o diretor médico de uma operadora, diretores de hospitais, asilos, farmacêuticos, responsáveis por laboratórios, grupo de paramédicos numa ambulância, entre outros.

O problema da expressão “não envolvidos” reside no fato de que, ao invés de fechar o ciclo de troca de informações, abre-se um leque interpretativo daqueles que têm maior ou menor envolvimento no cuidado à saúde. Para efeitos práticos desse trabalho, o TISS aplica-se às operadoras e, atualmente, a todos os profissionais de saúde habilitados para realização dos procedimentos previstos no rol da RN 338, de 21 de outubro de 2013.

### 2.3 A natureza do TISS

A Troca de Informações em Saúde Suplementar é um padrão. O ente regulador entendeu que as relações privadas entre prestadores de serviços em saúde e operadoras de planos devem ser otimizadas por um fator cogente que conformasse as informações transmitidas entre eles, assim como o modo como essa transmissão e guarda de dados é feita. A opção de uma regulação através de obrigação jurídica com multa administrativa<sup>22</sup> pelo não-cumprimento foi eficaz. Por um lado, propiciou a adoção paulatina pelos destinatários da norma para não gerar impacto financeiro negativo imediato, mas também não se utilizou de uma regulação mais branda, próxima do incentivo, que poderia ser ineficaz frente às pequenas operadoras do país<sup>23</sup>.

21 Art. 3.1

22 Arts. 15 e 16 da RN153/07 c/c arts. 34 e 44 da RN124/06

23 Diante das grandes demandas postas pelo Estado Democrático de Direito e pelo dinamismo da realidade sócio-econômica, o Direito Administrativo Econômico tem se guiado preponderantemente por princípios, programas e objetivos genéricos a serem realizados (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85). Nessa perspectiva, as normas se tornaram um dos meios necessários para que finalidades públicas sejam alcançadas, em relação às quais são instrumentais. A ANS utiliza-se de normas coercitivas e impõe multas para determinadas infrações nas quais o interesse público impede qualquer consensualidade e ajuste de mercado (v.g., negativa de cobertura para situações previstas em contrato). Em contrapartida, é concedido um tempo de adaptação maior e flexibilidade em outras normas que procuram adequar o mercado às novas condições de fiscalização e padronização (como no caso do TISS), assim como atenção à saúde (no rol de procedimentos ou o padrão de certificação de prestadores). Isto não quer dizer que o modelo tradicional de normas jurídicas, linear e

Essa norma que institui o padrão TISS não permite que o agente regulador do mercado de saúde suplementar seja responsável pela guarda dos dados trocados entre prestadores e operadoras de planos de saúde. O padrão refere-se unicamente à busca de *standards* entre seus destinatários. Traz seu fundamento constitucional na proteção ao consumidor (arts. 5º, XXXII, 170, V), na atuação do Estado Regulador (art. 174, *caput*) e promoção da saúde pública (196, 197 e 200, II).

Em relação à atuação regulatória do Estado, destaca Carlos Ari Sunfeld<sup>24</sup> que

[...] nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso editar normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja perseguição exigimos do Estado. Isso justificou a atribuição do poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado [...].

Como agente normativo, o Estado cria as regras jurídicas que se destinam à regulação da ordem econômica. Cabem-lhe três formas de atuar: a de fiscalização, de incentivo e a de planejamento. A de fiscalização implica a verificação dos setores econômicos para o fim de serem evitadas formas abusivas de comportamento de alguns particulares, causando gravames a setores menos favorecidos, como, no caso, os consumidores de planos de saúde. O incentivo representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para o setor produtivo agrícola e outras do gênero. Por fim, o planejamento, que mais nos interessa aqui, “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos<sup>25</sup>”. De fato, planejar no texto constitucional significa estabelecer metas a serem alcançadas pelo governo no ramo da economia de determinado período futuro. A

---

substantivo, tenha sido ultrapassado. Continua existindo com grande intensidade, mas é permeado pelas normas fluidas das políticas públicas, acarretando uma reestruturação do sistema jurídico, que agora se volta menos para operações substantivas e mais para a realização de objetivos.

24 Introdução às Agências Reguladoras *in*: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27

25 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 809.

transformação não é instantânea; ao contrário, é gradativa e realizada através de um processo dirigido para as metas planejadas.

Por mais que a voz da Carta Maior indique que os planejamentos corram no campo macroeconômico e que sejam apenas indicativos para o setor privado<sup>26</sup>, a atividade da ANS ao proporcionar o padrão TISS não é outra que planejar a atuação de agentes privados para melhorar a eficiência de seus serviços.

O crescimento do mercado de saúde suplementar e da troca de informações correspondente conclamou uma intervenção nesse sentido. No Brasil, são em média 47,9 milhões de vínculos a planos de assistência médica e 18,6 milhões a planos exclusivamente odontológicos. São mais de 1.500 operadoras de planos de saúde ativas<sup>27</sup>. As transações de dados dos beneficiários, se realizadas ainda por papel e sem padrão, demandariam imenso esforço em recursos humanos para decodificação, além de prejuízo ecológico.

Se o mercado por si já sinalizava mudança no envio e tratamento dos dados em atenção à saúde, em poucos anos terá em mãos mecanismos de receber, enviar e processar todo tipo de conhecimento relativo aos usuários de planos de saúde no país, com alto perigo à intimidade e com propensões a atos discriminatórios. O crescimento do setor deve ser dirigido e incentivado pela agência reguladora responsável, com monitoramento dos bancos de dados de informações em saúde e constante revisão dos padrões de qualidade em segurança de dados.

## 2.4 A finalidade do TISS

Segundo a atual Resolução Normativa que cuida do padrão TISS<sup>28</sup>, são diversas as finalidades do programa. Primeiramente, busca padronizar as ações administrativas de verificação, solicitação, autorização, cobrança, demonstrativos de pagamento e recursos de glosas entre operadoras. Também tem por objetivo subsidiar as ações da ANS de avaliação e acompanhamento econômico, financeiro e assistencial das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Por último, compõe o registro eletrônico dos dados de atenção à saúde dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Além dessas finalidades declaradas em lei, pode-se entender que o TISS aprimora a comunicação entre agentes do setor, reduz o uso do papel e custos administrativos gerais, possibilita comparações e análises

26 SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, 810.

27 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Caderno de Informação da Saúde Suplementar. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/2013\\_mes03\\_caderno\\_informacao.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf)>. Acesso em: 24.out.2013.

28 Art. 3º, RN 305, de 09 de outubro de 2012.

de desempenho institucional, o que gera a otimização de recursos e aumento da qualidade de gestão, favorece a realização de análise de custos e benefícios de investimentos na área de saúde, além de facilitar a obtenção de informações para estudos epidemiológicos e definição de políticas em saúde.

De pronto, pode-se observar duas vertentes nos benefícios almeçados pela implantação do padrão nas trocas de informações do setor. Uma trata do desenvolvimento setorial e a otimização das transações de dados, que, indiretamente, refletirão na diminuição de custos para prestadores e operadoras, e melhorarão a resposta destes aos beneficiários quando da autorização de procedimentos<sup>29</sup>.

O art. 3º, inciso II, da Carta Magna, assinala o princípio do desenvolvimento nacional. Segundo José Afonso da Silva<sup>30</sup>, esse é um típico princípio político-constitucional, ou seja, constitui a decisão política fundamental concretizada numa norma conformadora do sistema constitucional positivo. É um princípio que dá fundamento às prestações positivas estatais, como a implantação de escolas ou criação de órgãos reguladores.

O desenvolvimento nacional compreende duas direções: o desenvolvimento humano e o econômico. O desenvolvimento humano se junte ao desenvolvimento da personalidade no âmbito coletivo. Como bem definiu Amartya Sen:

O Desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento. [...] O desenvolvimento requer se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos [...] Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. [...] Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo<sup>31</sup>.

29 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Manual TISS, p. 4.

30 op. cit., p. 93.

31 Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18 e 29.

O desenvolvimento tecnológico para fins juridicamente aceitáveis é não só opção do legislador, como mandamento constitucional. O aperfeiçoamento do sistema de trocas de informações em saúde suplementar não é apenas um capricho regulatório, mas uma necessidade constitucional. Convém, no entanto, fixar limites a essa determinação administrativa, de modo que possa conformar-se com os ditames do texto da Constituição Federal e siga o prumo do desenvolvimento da saúde pública.

O dever fundamental de tutela da saúde pública, como bem coletivo, decorre, na ordem constitucional brasileira, do art. 196, CF88. Apesar de este último referir-se à saúde como direito de todos e dever apenas do Estado, não se deve limitar a análise à dimensão literal do dispositivo<sup>32</sup>. Isso porque há deveres implícitos que devem, porém, ser fundados ainda que indiretamente na Constituição. Se a Carta brasileira consagra o direito à saúde, vinculado claramente à chamada segunda geração de direitos fundamentais, e se o país tem como objetivo a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I), não faria sentido que se imputassem apenas ao Estado deveres de promoção e defesa de referido bem. A saúde pode ser lesada por atos particulares, instaurando a referida dimensão de solidariedade um imperativo para todas as pessoas no sentido de protegê-la.

Por outro lado, o art. 5º, §1º da Constituição, dedica-se não apenas aos direitos, mas também aos deveres fundamentais e coletivos<sup>33</sup>. Prevê a aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. E também não se restringe aos direitos fundamentais tratados no art. 5º, alcançando os direitos sociais e não apenas o Estado mas também os particulares.

A despeito das falhas da referida previsão constitucional, a identificação de um dever fundamental de defender a saúde dos outros e da própria, pelo menos como condição da saúde dos demais, afirma-se como indispensável para um equacionamento adequado da pessoa na comunidade<sup>34</sup>.

Nesse sentido, o livre desenvolvimento da personalidade é o mesmo supedâneo tanto para a tutela da saúde pública (finalidade do TISS), quanto o direito fundamental à intimidade, cujo o conteúdo será exposto a seguir e poderá entrar em conflito com o primeiro.

32 Nesse sentido, NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 63.

33 DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 308.

34 DIAS, Eduardo Rocha. op. cit., p. 309.

### 3 O “NOVO” DIREITO À INTIMIDADE

#### 3.1 O desenvolvimento do conceito

Para os pensadores liberais, a noção de vida privada passa a ser considerada aquele espaço onde o indivíduo exerce aspectos concernentes ao pensamento e à consciência, enquanto que a esfera pública é o lugar onde se move o próximo, a coletividade e os governos. Com efeito, há uma evidente conexão entre os ataques à intimidade e os atentados à liberdade. Uma vida privada que é objeto de investigações e divulgações não é verdadeiramente livre, estando limitada pela possibilidade de conhecimento dela por parte das autoridades e mesmo pelos particulares.

A primeira manifestação doutrinária do direito à intimidade resultou da tentativa de traçar limites jurídicos às intromissões da imprensa americana na vida privada e deve-se aos advogados americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em artigo que veio a tornar-se um clássico da literatura jurídica moderna<sup>35</sup>.

Os autores demonstraram que o direito à intimidade deriva da proteção mais genérica da inviolabilidade da pessoa, ou seja, do direito da própria personalidade. Afirmam que o princípio que protege os escritos pessoais e qualquer obra produto do espírito ou das emoções é o direito à intimidade, acrescentando mais que o direito não necessita formular nenhum princípio novo quando estende a sua proteção à aparência pessoal, aos ditos, aos fatos e às relações pessoais, domésticas ou de qualquer outra classe. Esse é o preâmbulo conceitual para considerar o direito à intimidade e à vida privada como um princípio de inúmeras aplicações e interpretações, abarcando até a moderna proteção de dados eletrônicos.

Sem embargo, a jurisprudência norte-americana entre as décadas de 1890 e 1950 não reconheceu de imediato e de modo continuado as idéias dos articulistas Warren e Brandeis<sup>36</sup>. Tal dispersão e consolidação do direito à intimidade só ocorreria no pós-guerra, com a Declaração de Direitos do Homem de 1948 e sua previsão explícita no art. 12.1<sup>37</sup>.

35 The Right to Privacy. Harvard Law Review. Vol IV, 1890. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)>. Acesso em: 26.out.2013.

36 SAMPAIO, José Adécio Leite. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 64. O autor comenta alguns julgados importantes nesse período, mas que não geraram a guinada absoluta nas cortes do país para o reconhecimento do right to privacy. Em especial, deve-se anotar o caso Pavesich v. New England Life Insurance Company (50 S.E. 68, Ga 1905), em que se reconhece violado o direito à intimidade do ator Paolo Pavesich pela companhia de seguros ré no processo quando esta publicou sua foto em um anúncio sem a respectiva autorização.

37 “1.Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem ataques a sua honra ou a sua reputação.2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

A mudança de entendimento começa com o caso *New York Times v. Sullivan*<sup>38</sup>, de 1964. Sullivan, funcionário público, fora citado em uma reportagem do *New York Times*, imputando-lhe alguns fatos comprometedores que, no curso do processo por ele então ajuizado, vieram a se mostrar infundados. A Suprema Corte, no entanto, procurou ampliar o conceito de um comentário incorreto por parte da imprensa acerca de um funcionário público, insistindo que a reparação de danos por violação à sua reputação dependia de algo mais do que a simples demonstração da inexatidão das informações publicadas. Ao contrário, aquele pretório sinalizou que seria necessário o dolo real (*actual malice*) do agente de imprensa a ser provado pelo supostamente ofendido para que houvesse reconhecimento do direito lesado.

Em decisões seguintes, a Corte ampliou a imunidade da imprensa, desenvolvendo o conceito de funcionário público, de modo a incluir as figuras públicas, que estivessem implicadas em questões a respeito das quais o público tivesse justificado interesse<sup>39</sup>. No caso *Time Inc. v. Hill*<sup>40</sup>, o sr. e a sra. Hill ingressaram contra a revista *Life* por apresentar fotos da antiga residência do casal, onde haviam sido reféns de três criminosos, e também o elenco de uma novela baseada na história. Apesar de negar direito aos autores, a corte acabou por diferenciar o dolo relativo aos casos que envolviam funcionários públicos, do dolo do direito comum, sob a fórmula da “falsa luz” (*false light*). Esse *standard* determina que o dolo do *common law* se refere a uma má vontade pessoal ou menosprezo temerário ou irresponsável, por parte do editor, relativamente aos direitos das pessoas noticiadas. Aqui, a verdade ou falsidade do assunto publicado é irrelevante. O dolo real revelar-se-ia no menosprezo pela verdade da notícia, enquanto que o dolo comum descuidaria do respeito à intimidade pessoal.

Depois dessa primeira leva de decisões, a Suprema Corte daquele país revolveu-se para ampliar os direitos fundamentais de forma grandiosa. O *right to privacy* fora estendido ao direito à solidão, à proteção do lar, chegando até o segredo de comunicações telefônicas<sup>41</sup>.

O direito à privacidade começa a transformar-se novamente com a evolução da sociedade de massa no pós-guerra. Começam os questionamentos judiciais de ilegalidades praticadas pelas polícias do mundo todo no tocante aos arquivos que essas instituições guardavam de certos indivíduos. Nesse sentido, decidiu-se que a conservação, prevista em lei, de dossiês contendo documentos, fotografias e impressões digitais,

38 376 US 254(1964).

39 SAMPAIO, José Adércio Leite. op. cit., p. 99

40 385 US 374(1967)

41 Reconhecido no caso *Katz v. United States* [389 US 347(1967)], depois de dramática superação do precedente *Olmstead v. United States* [277 US 438 (1928)].

relativos a infrações criminais, seria justificável, porquanto necessária, em uma sociedade democrática moderna, à prevenção da criminalidade e, portanto, à segurança pública<sup>42</sup>.

Na Alemanha, delineou-se a teoria das três esferas de proteção da privacidade<sup>43</sup>. Estas comporiam círculos concêntricos, a saber, a esfera íntima, menor, a esfera privada e a esfera pública, maior. Nesta doutrina, a esfera íntima corresponde ao campo pessoal, que geralmente permanece inacessível mesmo para conhecidos e amigos, correspondendo a um espaço de tranqüilidade onde somente podem desenvolver-se a vida individual e a ação criadora. A segunda esfera oferece maiores dificuldades e é onde está localizada a informação em saúde, seja dados de prontuário, seja as confissões de consultório médico. Está na linha de separação decisiva da esfera pública.

De maneira concomitante, entende-se naquele país que o direito a privacidade tem a perspectiva de controle pessoal sobre as situações que o titular deseja manter em reserva<sup>44</sup>. A noção repousa sobre a idéia de que não são todas as situações de retiro ou isolamento que constituem objeto do direito à intimidade, mas apenas aquelas que estejam sob o controle de quem as desfruta. De fato, o direito à intimidade refere-se a zonas ou situações de retiro ou segredo voluntariamente escolhidas e que são sempre possíveis de abandonar-se, ou seja, são situações essencialmente reversíveis.

Assim, a intimidade encontra-se naquelas zonas de segredo e retiro voluntários e reversíveis, e o seu gozo consiste no direito de desfrutar a intimidade controlando voluntariamente tais situações. Essa noção de intimidade, útil ao caso em estudo, foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão sob a fórmula da “autodeterminação das zonas de segredos pessoais” (*Selbstbestimmungsrecht*)<sup>45</sup>.

### 3.2 A configuração jurídica da privacidade

Há certas informações, situações, vivências, sentimentos, que o indivíduo faz privativos, só seus, excluindo outros do acesso a eles. A Constituição Federal diz que são invioláveis. Trata-se do direito fundamental à privacidade (art. 5º, X). Em questão está o direito de um indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito a seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada.

42 SAMPAIO, José Adércio Leite. op. cit., p. 126.

43 FONTES JUNIOR, João Bosco Araújo. op. cit., p. 122.

44 FONTES JUNIOR, João Bosco Araújo. op. cit., p. 123.

45 FONTES JUNIOR. João Bosco. op. cit., p. 121.

Trata-se de um direito subjetivo fundamental<sup>46</sup>. Como direito subjetivo, manifesta-se uma estrutura básica, cujos elementos são o sujeito, o conteúdo e o objeto. O sujeito é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente no país (art. 5º, *caput*).

O conteúdo é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais). Ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de um indivíduo constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio. Isto é, das situações vitais, por dizerem respeito àquele sujeito, ele deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão.

O objeto é o bem protegido, que pode ser uma coisa (não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito<sup>47</sup>.

No recôndito da privacidade se esconde, em primeiro lugar, a intimidade<sup>48</sup>. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direito de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos direitos.

No que tange à intimidade, trata-se da informação daqueles dados que a pessoa trata para si e que dão consistência à sua personalidade, dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, relatos internos de um consultório médico, enfim, dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade do emissor, quebrariam a consistência psíquica e destruiriam sua integridade moral.

Por isso, em processos que versem sobre situações íntimas, como é o caso das informações transmitidas pelo padrão TISS, a lei garante sigilo. A inexigibilidade desses dados, salvo quando alguém se vê ferido na sua própria intimidade, faz deles um limite ao direito de acesso à informação (CF88, art. 5, XIV).

46 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 173.

47 Não é pacífico esse entendimento na doutrina. Uma das primeiras questões que se puseram no que se refere aos direitos da personalidade, aqui considerados sinônimos tanto para o direito público como para o privado, já que a intimidade figura em ambos, diz respeito à dificuldade que alguns enfrentaram de colocar no posto de objeto da relação jurídica um bem que se confunde com o próprio sujeito, em uma relação de direito subjetivo (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Direito Civil: parte geral. São Paulo; Atlas, 2006. p. 30). Segundo Pietro Perlingieri, “a esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. na categoria do ‘ser’ não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto objetivo de relação” (Perfis de Direito Civil. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155).

48 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 174.

### 3.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Na concepção liberal clássica, os direitos fundamentais são direitos eminentemente de defesa<sup>49</sup>, destinados a proteger o indivíduo contra a intervenção do Poder Público. Para os pensadores do século XIX, haveria uma área restrita de ingerência estatal, assegurando a esfera de liberdade daquele indivíduo contra interferências ilegítimas<sup>50</sup>.

No âmbito de aplicação desses direitos fundamentais, sempre se entendeu que os mesmos limitavam-se à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um de seus pólos, não se projetando no cenário das relações jurídicas privadas<sup>51</sup>.

Atualmente, no entanto, os direitos fundamentais, ainda que vistos sob o prisma de direito de defesa, não se limitam às liberdades e igualdades, como ensina Ingo Sarlet, “abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos”<sup>52</sup>.

É inegável que a opressão e a violência contra a pessoa humana advêm não apenas do Estado, mas de uma variedade de atores privados, como ensina Daniel Sarmento, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa<sup>53</sup>. Num mundo onde algumas corporações produzem mais riquezas que certos países e que determinadas decisões suas podem ser mais nocivas à população que certas ilegalidades estatais, a projeção dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares é premente.

No cenário do direito à intimidade no Brasil, o perigo de lesão parece ser muito mais ocasionado pelos poderes das sociedades empresárias que propriamente pelo Estado, já que essas têm amplo acesso a sistemas informatizados de busca de dados e contam com a falta de legislação específica sobre o tráfego e comércio de informações pessoais.

Nesse estudo sobre o sujeito passivo dos direitos fundamentais, ensina José Carlos Vieira de Andrade que há dois aspectos principais da vinculação dos particulares. O primeiro é a constatação de que os direitos fundamentais, por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, são aplicáveis a todas as pessoas na ordem jurídica vigente, seja pública ou privada. O segundo aspecto trata da necessidade de os

49 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 548. 2003. p. 169.

50 MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3

51 SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193

52 *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7.ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 169.

53 SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* p. 193-194.

particulares serem protegidos de atos que atentem contra seus direitos fundamentais que se originem de outros particulares<sup>54</sup>.

Essa doutrina, todavia, não é pacífica no direito comparado. No direito norte-americano foi criada a doutrina do *State Action*, segundo a qual não há a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição<sup>55</sup>.

Assim, os direitos fundamentais previstos na Constituição norte-americana (Bill of Rights) impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não dão aos particulares direitos frente a outros particulares (com exceção apenas da 13<sup>a</sup>. Emenda que proibiu a escravidão).

Para justificar esta posição, a doutrina usa como fundamento a literalidade do texto constitucional que se refere apenas aos Poderes Públicos como sujeito passivo da maioria das cláusulas que prevêm direitos fundamentais, invocando, também, outros argumentos teóricos, tendo como principal a preocupação com a autonomia privada, que seria fulminada caso fosse admitida tal vinculação entre particulares<sup>56</sup>.

Ocorre que a partir dos anos 40, a Suprema Corte americana começou a demonstrar atenuações à doutrina do *State Action* em seus julgados e passou a adotar paulatinamente a chamada *Public Function Theory* (teoria da função pública), segundo a qual os particulares que agissem no exercício de atividade de natureza estatal, estariam também sujeitos aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos<sup>57</sup>.

Na Alemanha, consagrou-se a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais. Os defensores dessa teoria sustentam que esses não ingressam nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados por um particular frente ao outro<sup>58</sup>.

Segundo eles, os direitos fundamentais consistiriam numa ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o Direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz, ou seja, os direitos fundamentais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, como os *bons costumes*, *v.g.*, mas jamais como normas diretamente aplicáveis da Constituição a outro particular.<sup>59</sup>

54 *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 273-274.  
Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...* p. 401

55 SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* p. 198-199.

56 SARMENTO, Daniel. *Vinculação...* p. 199.

57 *Idem*.

58 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...* p. 398.

59 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 228.

No caso brasileiro, dentre os poucos autores que já se manifestaram sobre o presente tema, a maioria sustentou que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas direta e imediata<sup>60</sup>.

A assertiva decorre tanto da característica intervencionista e social da nossa Carta Magna, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), bem como da previsão de inúmeros direitos voltados especialmente contra particulares, como os direitos trabalhistas do art. 7º.

Além disso, trata-se de uma Constituição que indica como primeiro objetivo fundamental da nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), indicando todos os esses fatores que o modelo constitucional brasileiro se afastou daquela visão liberal de que o Estado é o único violador dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a existência de desigualdade entre as partes na relação privada é inerente à sociedade civil, ou seja, o campo das relações privadas também se verifica a existência do binômio poder-sujeição, justificando a proteção dos direitos fundamentais nessa esfera, já que tal assimetria de poder prejudica, em muitas das vezes, o exercício da autonomia privada pela parte mais fraca.

No caso das relações de sujeição de operadoras de planos de saúde e beneficiários, a assimetria de informações<sup>61</sup> e o objeto da relação contratual corrente (prestação de assistência à saúde) contribuem para a desigualdade de posições e a maior fragilidade do consumidor no mercado.

---

60 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro só se manifestaria de forma detalhada sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, de 2005.

61 A questão da informação foi negligenciada pelos economistas durante muito tempo, estabelecendo um distanciamento entre teoria e realidade. Contudo, com a publicação do artigo “The market for lemons”, George A. Akerloff (1970, obtido via internet, disponível em: <<http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>>. Acesso em: 28/10/2013) fundou um novo ramo de estudo em economia, o qual investiga as implicações da assimetria de informação que os agentes econômicos enfrentam ao efetuar trocas. Neste artigo seminal, foi analisado o mercado de carros usados, mas devido sua contribuição para a Teoria Econômica foi possível estender a lógica para outros bens e mercados, tal como o mercado de seguros. Assim, se uma seguradora cobrasse um preço médio de apólice para todos os seus clientes, isto traria ganhos para aqueles que fossem mais propensos ao risco de adoecer. Os mais saudáveis achariam a apólice cara demais e não a comprariam. Por mais cara que se tornasse a apólice, sempre haveria compradores para ela, porém sempre pessoas que tivessem um gasto esperado superior ao valor da apólice. Desse modo, o único meio de fazer uma companhia de seguros não ir à falência seria fazer com que cada consumidor comprasse uma apólice que revelasse o seu custo esperado. Em cuidados de saúde frequentemente as decisões de compra envolvem o benefício esperado e os custos envolvidos. Quando um indivíduo adquire um plano de saúde, seu objetivo é se proteger financeiramente contra perdas decorrentes de uma eventual possibilidade de adoecimento, ou seja, ele avalia o benefício esperado e os custos incorridos. Assim, podem ocorrer algumas situações tais como: os benefícios e custos são altos ou ainda benefício baixo e custo alto (VARIAN, Hal R., *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 719) as situações onde o custo é alto e o benefício é médio e/ou baixo, ocorre a rejeição por parte do consumidor. Este pode ser um resultado gerado pela assimetria de informação, pois o mercado pode ser dominado por indivíduos de alto custo, isto é, que possuem uma alta probabilidade de utilizarem os serviços de saúde, enquanto que os indivíduos de baixo risco são expulsos do mercado.

## 4 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 Noções gerais

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos. Seu conteúdo é, muitas vezes, aberto e variável, sendo apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas *prima facie*)<sup>62</sup>. Assim, é freqüente o choque entre esses direitos ou com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão ou conflito de direitos fundamentais.

Para J.J. Gomes Canotilho<sup>63</sup>, a colisão de direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras. Ou o exercício de um direito dessa natureza colide com outro da mesma (colisão entre os próprios direitos fundamentais), ou o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e valores constitucionais).

As finalidades expostas do padrão TISS (2.4, *supra*) colidem diretamente com o direito fundamental à intimidade no seu aspecto da proteção de dados sensíveis em saúde. O Estado não pode violar características essenciais da personalidade em prol de pesquisas epidemiológicas ou uma suposta melhoria na prestação de serviços de atenção à saúde por parte das operadoras. Da mesma forma, não é possível ao indivíduo opor-se a ações estatais que visam à melhoria das condições de vida da coletividade, sob pena de, em nome de um individualismo irrazoável, comprometer o desenvolvimento de toda a sociedade. Faz-se necessário o balanceamento dos dois direitos, conformando-os aos ditames constitucionais<sup>64</sup>. O legislador não pode dispor dos direitos fundamentais.

Esse balanceamento pode dar-se através de normas configurativas (ou conformadoras) e restritivas de direitos fundamentais<sup>65</sup>. As normas de

62 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.p. 116.

63 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 135.

64 Para Humberto Ávila, a colisão de direitos que não suportam a densidade normativa das regras deve ser resolvida por postulados normativos. O primeiro postulado seria a ponderação de bens, segundo a qual se deve atribuir pesos, sem qualquer referência material a elementos que se entrelaçam nos direitos em conflito. Comenta o jurista que esse postulado, em si, não é de grande valia para o Direito se não forem criados parâmetros para sua aplicação prática em casa conflito. O outro postulado possível seria o da concordância prática, que invoca a necessária otimização da eficácia dos direitos em jogo; cada qual deve intentar ser aproveitado ao máximo em seu conteúdo, restringindo-se apenas o necessário. A vedação do excesso, terceiro postulado, dança com o anterior: grandes restrições dos direitos imbricados ou soluções que limitem seu exercício mínimo devem ser descartadas (Teoria dos princípios. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143).

65 FARIAS, Edilson Pereira de. Op. Cit.p. 88.

configuração ou conformação de direitos fundamentais são aquelas que completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental.

Segundo Robert Alexy<sup>66</sup>, o conceito de configuração é utilizado tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Na primeira acepção, esse conceito é manuseado para indicar qualquer forma de intervenção normativa no âmbito dos direitos fundamentais, independentemente de a intervenção afetar ou não o conteúdo do direito fundamental. Na segunda acepção, o conceito refere-se àquelas hipóteses que o legislador deixa imperturbado o âmbito de proteção do direito fundamental. Dessa forma, para este estudo, somente uma concepção restrita de configuração responderia melhor às exigências de racionalidade de fundamentação jurídica, vez que permite a distinção clara entre normas conformativas e normas restritivas<sup>67</sup>.

As normas restritivas de direito fundamental são aquelas que atingem ou afetam o conteúdo do direito fundamental, isto é, limitam ou comprimem posições que, à primeira vista, estão incluídas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Para comprovar se uma lei é restritiva, é necessário determinar o âmbito de proteção do direito a ser comprimido, averiguar a finalidade, tipo e natureza da restrição e observar se a lei restritiva em exame respeita os limites a ela impostos pela Constituição Federal.

Comumente faz-se referência às seguintes restrições<sup>68</sup>: as estabelecidas diretamente pela constituição, as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e as estabelecidas tacitamente pela constituição (implícitas)<sup>69</sup>. As primeiras referem-se aos incisos XI, XIV e XVII do art. 5º do texto da Carta Magna. As restrições por lei qualificada são o caso do art. 5º, XXIV. O último tipo, por sua vez, refere-se àquele que, embora não expressamente previsto no texto constitucional, admite-se que, implicitamente, possa ser albergada a fim de salvaguardar direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

A restrição ao direito à intimidade formulada pela instituição do padrão TISS é implícita, já que quando a Resolução Normativa 305/2012 estabelece os critérios e *standards* de nomenclatura e segurança na transmissão de dados sensíveis, tange os limites do conteúdo do direito à intimidade.

66 *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 324.

67 ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 329.

68 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 614.

69 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*.; Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000. p. 251-255

Levando em consideração que os atos da Diretoria Colegiada de uma agência reguladora têm poder normativo, faz-se necessário definir até que ponto o núcleo essencial do direito fundamental à privacidade, relativamente à autodeterminação de informações pessoais em saúde, pode ser afetado. De igual modo, qual o limite do dever estatal de angariar dados coletivos sobre a condição de saúde dos beneficiários para estudos epidemiológicos e protegê-los da criação de listas de usuários indesejáveis entre operadoras.

#### 4.2 A função protetiva do Estado

A questão sobre se um Estado deve apenas respeitar os direitos fundamentais ou também protegê-los ainda divide a prática e a teoria constitucionais. No “Primeiro Caso do Aborto”, de 1975, a Corte Constitucional Alemã explicitamente reconheceu que a Lei Fundamental impõe ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra violações praticadas por terceiros<sup>70</sup>. A Corte argumentou: “a obrigação do Estado de fornecer proteção é abrangente. Ela proíbe não apenas ataques estatais diretos à vida em desenvolvimento mas também exige que o Estado assuma posição ativa na proteção e promoção dessa vida, isto é, ele deve, acima de tudo, preservá-la contra ataques ilegais de terceiros<sup>71</sup>”.

Em sentido diametralmente oposto foi a decisão da Suprema Corte Americana no caso *DeShaney v. Winnebago County*<sup>72</sup>, em que se determinou que nada exige do Estado que proteja a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos contra invasões praticadas por agentes privados. O propósito da cláusula do devido processo legal é apenas proteger as pessoas contra o Estado, não assegurar que o Estado proteja umas das outras. Os constituintes contentaram-se em reservar aos processos democráticos a tarefa de definir a extensão da obrigação estatal nessa seara.

Na Alemanha, a Corte Constitucional pode declarar uma lei nula não apenas quando o legislador tenha ido longe demais na limitação a um direito fundamental, mas também quando tenha feito muito pouco no sentido de protegê-lo contra ofensas provocadas por agentes privados. A Suprema Corte norte-americana, ao contrário, recusa-se a reconhecer a si mesma tal poder<sup>73</sup>.

70 GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 102.

71 BverfGE 39,1. KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2.ed. Ed. Durham, p. 336 e segs., apud GRIMM, Dieter. Op. Cit., p. 102.

72 489 US189 (1989).

73 GRIMM, Dieter. Op. Cit., p. 103.

Por razões históricas, cada movimento constitucional tratou do tema sob diferentes aspectos. Na Alemanha, a decisão paradigmática para a fixação das características desse dever de proteção foi o caso *Lüth*, decidido em 1958<sup>74</sup>. O caso se originou nas cortes ordinárias, com base no Código Civil. Veit Harlan, diretor de cinema do período nazista, conhecido por seus filmes anti-semitas, reapareceu no panorama cinematográfico do pós-guerra com certo filme, o que gerou protestos por parte de Erich Lüth, ativista engajado no esforço de reconciliação entre alemães e judeus. Este incitou donos de cinema a não exibir o filme de Harlan e os alemães a não o assistir. As companhias cinematográficas intentaram uma medida judicial para impedir Lüth de repetir seu chamamento a um boicote. A ordem foi concedida pelas cortes civis com base em um dispositivo do Código Civil alemão, que estabelece responsabilidade pelos danos causados por atos que ofendam os bons costumes.

A questão apresentada à Corte Constitucional dizia respeito à aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Para respondê-la, o Tribunal começou por afirmar que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas também expressões de valores objetivos.

No caso *Lüth*, a Corte Constitucional precisou da noção de valores objetivos a fim de demonstrar que os direitos fundamentais não estavam confinados à aplicação vertical. Nos anos seguintes, a concepção dos valores objetivos serviu de base para determinados efeitos atribuídos aos direitos fundamentais, dos quais o dever de proteção logo se tornou o mais importante.

Enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados ou mesmo organismos sociais controláveis pela ação estatal<sup>75</sup>.

Assim, se a saúde é um direito fundamental e fora possibilitada sua exploração econômica por hospitais privados e operadoras de planos de saúde (arts. 196 e 199, CF88), é perfeitamente cabível que sejam receptores dos mandamentos constitucionais das normas de direitos humanos.

O dever de proteção da Agência Nacional de Saúde Suplementar na garantia de sigilo das informações trocadas pelo padrão TISS decorre desses fatores. Ao propiciar e incentivar a melhoria dos meios e facilidade de troca de dados sensíveis da saúde de beneficiários, o órgão regulador

74 BverfGE 7, 198.

75 SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia... p. 391.

obriga-se a criar padrões de qualidade para a segurança das informações de forma mais pujante possível.

Determinava a RN153/2007, art. 8º, que “as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços de saúde devem constituir proteções administrativas, técnicas e físicas para impedir o acesso eletrônico ou manual impróprio à informação de saúde, em especial a toda informação identificada individualmente, conforme normas técnicas estabelecidas na Resolução CFM nº 1639 de 10 de julho de 2002, e na RN nº 21 de 12 de dezembro de 2002, e na RDC nº 64 de 10 de abril de 2001 ambas da ANS”. Em seguida, no art 9º., determinava-se que, “para as transmissões remotas de dados identificados, os sistemas deverão possuir um certificado digital de aplicação única emitido por uma Autoridade Certificadora (AC) credenciada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, responsável pela AC Raiz da estrutura da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, a fim de garantir a identidade do sistema”. A atual RN 305, de 09 de outubro de 2012, em seu art. 21, fixa que “as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão manter protegidas as informações assistenciais oriundas do Padrão TISS, quando acompanhadas de dados que possibilitem a sua individualização, não podendo as mesmas ser divulgadas ou fornecidas a terceiros”.

Essas disposições impõem às operadoras a adoção dos padrões restritos para impedir o acesso, troca indevida ou venda de dados transmitidos entre elas e os prestadores. Essa norma tenta impedir qualquer intromissão de terceiros na leitura ou cooptação de dados sensíveis transmitidos ou guardados segundo certificados de autoridades certificadoras. Nesse caso, o papel do ICP e do ITI são imprescindíveis. Entretanto, a Resolução vai aquém do papel protetivo exigido do Estado nesse caso. Primeiramente, porque não regula de forma percutiente a possível quebra dos dados entre as próprias operadoras, ou seja, ao migrar o beneficiário individualmente ou ao alienar-se uma carteira, nada impede que a operadora que recebe a proposta de adesão a um de seus planos referenciados tenha em mãos informações pessoais sobre o estado de saúde do beneficiário. Essa medida atenuaria a assimetria informativa própria desse mercado e cortaria custos desnecessários com indivíduos muito doentes. Da mesma sorte, a RN 305/2012 nada prevê sobre a atuação de terceiros indiretamente interessados em dados da saúde de beneficiários, nem evita a categorização dos mesmos através de banco de dados ilícitos<sup>76</sup>, como se verá a seguir.

76 O art. 14 da RN 305/2012 trata do componente de segurança e privacidade do padrão TISS, que estabelece os requisitos de proteção dos dados de atenção à saúde. Esse componente é um padrão detalhado em documento fornecido pela ANS (obtido via internet. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano\\_de\\_saude\\_e\\_Operadoras/tiss/Padrao\\_tiss/tiss3/padrao\\_tiss\\_seguranca3.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/tiss/Padrao_tiss/tiss3/padrao_tiss_seguranca3.pdf)>. Acesso em: 28/10/2013). Cuida de procedimentos de segurança de rede, para que invasores externos não tenham

### 4.3 O Código de Ética Médica e o sigilo profissional

Num suposto conflito de atribuições, o Conselho Federal de Medicina também regulamentou a privacidade de informações em saúde, ao menos na área da prática médica. O Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução 1931/2009, disciplina, em inúmeros dispositivos, o sigilo profissional do médico. O art. 73 dita que é vedado ao médico “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”. Já o art. 77 é mais específico. Prescreve que é proibido “prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito”. Esse dispositivo atinge diretamente as seguradoras que operam plano de saúde, já que não faz distinção sobre o tipo de pessoa jurídica que contrata seguros.

O art. 77 teve sua redação alterada pela Resolução 1997, de 16 de agosto de 2012. Esta resolução é mais contundente em relação ao sigilo profissional. Ela cita, em sua exposição de motivos, a preservação do sigilo médico-paciente como corolário dos arts. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, o art. 11 do Código Civil bem como aos princípios da intimidade e intransmissibilidade dos direitos personalíssimos.

Esse conflito normativo que, em tese, impediria a troca de informações na saúde suplementar, deu origem à ação civil pública 0021345-89.2007.403.6100, que tramita perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Em recente sentença no caso (publicada em 07.02.2013<sup>77</sup>), o juiz de primeiro grau condenou “a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS em abster-se, permanentemente, de exigir a inclusão de dados confidenciais e íntimos dos pacientes acerca do seu estado de saúde, em especial a indicação do CID (Classificação Internacional da Doença), em qualquer documento ou formulário do SISTEMA DE TROCA DE INFORMAÇÕES EM SAÚDE SUPLEMENTAR - TISS, que condicione a prestação de serviço contratado e o pagamento dos custos decorrentes de serviços médicos, assim como, de proibir a troca de informações entre as operadoras de plano de saúde a ela vinculados, evitando qualquer tentativa de criação de listas negras dos usuários”.

A delimitação da lide, coincidente majoritariamente com o objeto deste estudo, está clara. O magistrado entende que o problema levado ao Poder Judiciário reside em estabelecer se a exigência de que prestadores

---

acesso aos dados de beneficiários de determinado plano ou pacientes de prestador. Entretanto, o envio de informações dentro de um conglomerado que abarque prestadores, operadoras e outros agentes não está contemplado pela norma.

77 BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, 24ª. Vara Cível de São Paulo. Publicado em 07/02/2013. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 27.out.2013.

informem o CID de seus pacientes como condição para recebimento de atendimento constitui ou não agressão ao direito à intimidade garantido na Constituição Federal e se tal envio de informação fere o código de ética médica.

Na fundamentação, recorre o magistrado primeiramente ao modelo de Alexy para resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Entende que os mesmos são princípios e que devem ser efetivados ao máximo, ainda que sejam relativos diante da própria ordem jurídica que os vê irremediavelmente em rota de colisão. Logo, solução para resolver esse impasse é a técnica da proporcionalidade em sentido estrito, em que se sopesam valores preponderantes para o Direito. Em seguida, discorre sobre a natureza jurídica do interesse público. De início, atenta que

o interesse público não é o interesse do Estado ou de um de seus órgãos, não é o interesse momentâneo do aparato administrativo e não é o interesse da agência estatal. [...], a existência de inúmeros interesses em uma sociedade plural reafirma uma das características do Estado contemporâneo que é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjugada de posições subjetivas objetadas e a variação os arranjos entre diferentes grupos. A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, constitui um vetor anterior à supremacia do interesse público, [...], razão pela qual não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Somente será possível compreender que uma decisão foi produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e a interesses legítimos se puder ser reputada como tradução fiel do interesse público, todavia ela não se legitimará mediante a invocação a esse 'interesse público', mas sim porque compatível com os direitos fundamentais.

Após, desqualifica o interesse do órgão regulador como legítimo ao implementar o TISS, ainda que fundado em suposta melhoria da eficiência do mercado regulado e em outras medidas de promoção da saúde. Isso porque, a pretexto de proteger os consumidores em situação de hipossuficiência, a ANS acabaria por deixá-los ainda mais vulneráveis ao armar o mercado com um código comum de rastreamento de doenças. O TISS permitiria, em última análise, que dados vazassem da operadora a que está vinculado o paciente a terceira estranha à relação de consumo, se houvesse uma troca disciplinada de informações.

Tal assertiva corrobora com o desenvolvido no capítulo 3.2 *supra*, em relação ao componente de segurança e privacidade do TISS. Há extensas obrigações e recomendações para que as operadoras implementem sistemas de segurança contra invasores externos, mas não

há norma que preveja qualquer punição específica ou que as impeça de transmitir dados sensíveis umas às outras.

O magistrado continua na mesma linha e elucubra que tais dados podem servir de moeda de troca entre operadoras<sup>78</sup>. Além disso, a ANS impôs que as operadoras fossem responsáveis pelo sistema de segurança e confiabilidade das informações em saúde. No problema específico deste estudo, seria permitir uma autorregulação dos entes privados em relação a bem jurídico de terceiros (consumidores).

Aponta o juiz do citado processo que a resolução que cria e determina a implementação do padrão TISS<sup>79</sup> deveria permitir que as entidades do sistema de saúde impeçam a liberação indevida de suas informações e acompanhem a coleta, uso e disseminação de dados que possam afetar sua reputação. Além disso, os pacientes deveriam consentir sobre o uso de suas informações em saúde e ser avisados sobre eventual transmissão.

Anota o magistrado que a questão não circunda o problema da melhoria das transações eletrônicas entre prestadores e operadoras, mas sobre a obrigatoriedade da inserção do código da CID-10 para o atendimento do paciente, o que entendeu ser ilegal.

## CONCLUSÃO

O mercado de saúde suplementar gerou a necessidade de regulamentação estatal para promover a eficiência na troca de informações contábeis e em atenção à saúde. No entanto, esse ato regulatório carece de intensa renovação e complemento, visto que deixa à revelia do mercado regulado certas práticas que podem ser severamente prejudiciais aos beneficiários.

A unificação da linguagem dos dados de atenção à saúde já vinha sendo praticada pelas operadoras mesmo antes do padrão TISS e é de alto interesse público. Primeiramente porque promove informações

78 A alienação de carteira de beneficiários de planos de saúde é um elemento complexo dentre os objetos de regulação da ANS e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em outubro de 2013, a Unimed-Rio e a GoldenCross foram notificadas pelo Ministério da Justiça e pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas a prestar esclarecimentos sobre a venda da carteira de uma para a outra, com fins de assegurar os direitos dos consumidores (cf. BRASIL, Ministério da Justiça. MJ notifica Unimed e Golden Cross por alienação da carteira do plano de saúde. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica/banner-de-destaque/mj-notifica-unimed-rio-e-golden-cross-portalienacao-da-carteira-do-plano-de-saude.htm>>. Acesso em: 28.out.2013 . cf. BRASIL, Estado de Alagoas. Defensoria Pública notifica plano de saúde Golden Cross para prestar informações sobre venda de carteira de clientes. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.defensoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias2/defensoria-publica-notifica-plano-de-saude-golden-cross-para-prestar-informacoes-sobre-venda-de-carteira-de-clientes>>. Acesso em: 28/10/2013). Ainda que houvesse garantia do atendimento dos beneficiários de ambas as operadoras, não é possível para o órgão regulador saber se houve escambo ilícito de dados sigilosos para uma análise de risco de sinistro entre a Unimed-Rio e a GoldenCross.

79 153/2007, à época do ajuizamento.

para fins de estudos epidemiológicos. Em segundo lugar, porque toca diretamente o conteúdo do direito à intimidade, revelada através do sigilo entre médico e paciente.

A regulação pelo padrão TISS apresenta-se idônea para atingir seus objetivos principais, já que apresenta a Agência Nacional de Saúde Suplementar como armazenadora dos dados que revelam a situação econômico-financeira e assistencial das operadoras. Além disso, permite a interoperabilidade com os sistemas de informação em saúde do Ministério da Saúde brasileiro, o que cerca todos os campos assistenciais, público e privado.

A intervenção estatal através de padrões é necessária na medida em que o mercado não poderia gerar dados centralizados de atenção à saúde ou confrontá-los com o Sistema Único de Saúde de modo eficiente. Da mesma forma, o intercâmbio de informações sem controle poderia gerar a criação de listas negras de usuários indesejáveis.

O TISS, dessa forma, apresenta-se como modalidade de melhor custo-benefício para o tratamento de dados de atenção à saúde. Não gera um custo financeiro muito grande às operadoras para que se adaptem ao projeto; ao contrário, em longo prazo, aumenta sua eficiência administrativa. Em relação aos consumidores, protege-os contra o uso indevido de informações sensíveis que tocam o sigilo médico-paciente, ainda que de forma não totalmente segura.

Em uma primeira análise, a ferramenta regulatória em comento é constitucional, eis que atravessa sem falhas os testes do princípio da proporcionalidade. É idônea para atingir os fins elencados pela Constituição Federal no tocante à ordem econômica, bem como os parâmetros da Lei 9.656/98 especificamente em relação aos direitos dos consumidores de planos de saúde. É necessária na medida em que eventual inércia do órgão estatal nesse sentido poderia gerar um descontrole sobre o tráfego de informações sensíveis entre operadoras, minando, por via transversa, o sigilo médico-paciente. É proporcional em sentido estrito pois não se vislumbra meio menos gravoso para atingir o fim desejado, que é permitir o uso seletivo das informações de atenção em saúde, mormente para estudos em saúde pública, e ainda sim proteger o direito à intimidade do usuário do plano.

No entanto, em estudo mais profundo, nota-se que a função protetiva desse padrão carece de alguns ajustes a fim de que se otimize o exercício desse direito à intimidade. O padrão TISS determina eficientes códigos para intercomunicabilidade entre os diversos agentes de mercado e a própria ANS, mas falha ao promover pouco controle sobre a efetiva troca de conteúdo entre esses atores. A segurança da informação é um dos pilares para a manutenção da legalidade do padrão.

A ponderação entre os interesses dos diversos agentes do mercado de saúde suplementar deve passar por critérios jurídicos, políticos e econômicos. A obrigatoriedade de adoção do padrão em prazos razoáveis é o meio menos gravoso que a ANS pôde utilizar-se para evitar mudanças bruscas no padrão regulatório para operadoras e prestadores. Da mesma forma, pôde colher paulatinamente os dados referentes à atenção à saúde, seja para complementar informações já obtidas junto ao Ministério da Saúde, seja para evitar que operadoras quebrem repentinamente e deixem seus usuários a descoberto. Em relação aos consumidores, porém, a proteção dada pelo padrão fica aquém da necessária.

A obrigatoriedade de apresentação do CID-10 para receber atendimento, por sua vez, não é inconstitucional, desde que haja uma rede eficientemente segura para proteger essa informação de qualquer agente externo à relação médico-paciente. Caso contrário, a equação entre os interesses fica desequilibrada em prol das operadoras de planos de saúde. Não se trata, assim, de inconstitucionalidade por falta de proporcionalidade em sentido estrito no padrão TISS. Ao contrário, a remoção do padrão por completo seria inconstitucional pelo princípio da vedação ao retrocesso. A inexistência de um modelo desse tipo ou a determinação da exclusão do campo destinado à CID nos formulários de atendimento, como fez o magistrado da ação civil pública supracitada, não protege mais os usuários de planos de saúde. Além de impedir avanços no próprio campo da atenção à saúde e a melhoria gerencial das operadoras, retira qualquer possibilidade de fiscalização por parte do ente regulador sobre a existência de possíveis escambos ilegais de informações sensíveis, já que essas passariam diretamente de um ator privado a outro.

A fixação da ANS como guardião dessas informações é o primeiro passo, já dado, para concretizar os objetivos do TISS. Há um problema, no entanto, em relação aos padrões estipulados para segurança, já que não contempla o vazamento de dados entre terceiros que também são atores do mercado de saúde suplementar.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE. José Carlo Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. *Apud* SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

AKERLOFF. George A. *The market for lemons*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>>. Acesso em: 28.out.2013

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/2013\\_mes03\\_caderno\\_informacao.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf)>. Acesso em: 24.out.2013

BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Manual TISS*. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual\\_TISS\\_2\\_1\\_03.pdf](http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual_TISS_2_1_03.pdf)>. Acesso em 06.out.2013

BRASIL, Estado de Alagoas. *Defensoria Pública notifica plano de saúde Golden Cross para prestar informações sobre venda de carteira de clientes*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.defensoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias2/defensoria-publica-notifica-plano-de-saude-golden-cross-para-prestar-informacoes-sobre-venda-de-carteira-de-clientes>>. Acesso em: 28.out.2013

BRASIL, Ministério da Justiça. *MJ notifica Unimed e Golden Cross por alienação da carteira do plano de saúde*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica/banner-de-destaque/mj-notifica-unimed-rio-e-golden-cross-por-alienacao-da-carteira-do-plano-de-saude.htm>>. Acesso em: 28.out.2013

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, 24ª. Vara Cível de São Paulo. Publicado em 07/02/2013. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 27.out.2013

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p.548. 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

DORSCHNER, John. Obtido pela internet. *How insurers secretly blacklist millions with common ailments*. Disponível em: <<http://www.mcclatchydc.com/2009/03/29/65010/how-insurers-secretly-blacklist.html>>. Acesso em 24.out.2013

DOYLE, Kathryn. *5 Ways Big Data Helps Save Lives*. Obtido pela internet. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/xerox/2013/09/03/5-ways-data-mining-can-improve-healthcare/>>. Acesso em 24.out.2013

DRUMMOND, Victor. *Internet, Privacidade e Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States General Accounting Office. *DATA MINING*:

*Federal Efforts Cover a Wide Range of Uses*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.gao.gov/new.items/d04548.pdf>>. Acesso em: 29.out.2013

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006

GITTLESON, Kim. *How big data is changing the cost of insurance*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-24941415>>. Acesso em: 25.nov.2013

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

GROVES, Peter et al. *The big-data revolution in US health care: Accelerating value and innovation*. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.mckinsey.com/insights/health\\_systems\\_and\\_services/the\\_big-data\\_revolution\\_in\\_us\\_health\\_care](http://www.mckinsey.com/insights/health_systems_and_services/the_big-data_revolution_in_us_health_care)>. Acesso em 24.out.2013

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*.; Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2a. edição. Ed. Durham *apud* GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- SAMPAIO, José Adécio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000
- SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris
- SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006
- SNIJDERS, Chris. “*Big Data: Big Gaps of Knowledge in the Field of Internet Science*”. Obtido via internet. Disponível em: <[http://www.ijis.net/ijis7\\_1/ijis7\\_1\\_editorial.pdf](http://www.ijis.net/ijis7_1/ijis7_1_editorial.pdf)>. Acesso em: 24.out.2013
- SUNFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras in: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000
- UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. Obtido via internet. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>>. Acesso em: 24.out.2013
- VARIAN, Hal R., *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003
- WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*. Vol IV, 1890. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)>. Acesso em: 26.out.2013.

