

“(...) apresentar **IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO**, pelas razões adiante expostas.

I- DAS NORMAS TIDAS COMO VIOLADAS

Trata-se de edital para licitação, que visa a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de assistência à saúde, conforme página 2 do Edital:

“2.1 O presente pregão eletrônico tem por objeto a contratação de serviços, em conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis, de assistência médica, clínica e cirúrgica, hospitalar e ambulatorial, geral e especializada e atendimento de urgência, pronto-socorro, pronto-atendimento, obstétrica/maternidade, serviços de análise diagnóstica de atendimento laboratorial, métodos complementares de diagnósticos, radiodiagnóstico e tratamento, em âmbito nacional, com base no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e consoante ao que estabelece a Lei Federal nº 9.656/98 e suas alterações, aos beneficiários previstos no item 13 do Termo de Referência (Anexo I), por um período de 36 (trinta e seis) meses, de acordo com as características e especificações detalhadas e quantitativos constantes do Termo de Referência (Anexo I) e Proposta de Preços (Anexo II).”

Por óbvio que, sendo a saúde suplementar atividade econômica extremamente regulada no país, **o instrumento convocatório deve obedecer**, não apenas as normas de licitação previstas na Lei Federal nº 13.303/2016, **mas também a todo o arcabouço normativo que regula e fiscaliza o setor, previsto na Lei Federal 9.656/98 e nos atos normativos da ANS.**

Em idêntico sentido, o próprio ente licitante faz expressa menção às normas regulamentares da ANS como parte integrante da disciplina dos serviços objeto do presente certame, constante em diversas passagens do Edital.

Dispõe a redação do art. 1º e seu parágrafo 1º da Lei nº 9.656/98, in verbis:

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

(...)

§ 1º **Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente**, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:”

Pois bem. A Cláusula 6.3. do Termo de Referência prevê regras acerca do atendimento em Saúde Mental, que prevê coparticipação de 50% (cinquenta por cento) das despesas hospitalares após o 30º dia de internação.

Consoante adiante se demonstrará, referidos dispositivos afrontam a Resolução Normativa no. 465/21 e, portanto, há ilegalidade, devendo a presente Impugnação ser acolhida.

Outro ponto a ser abordado na presente impugnação, é com relação às regras de tratamento dos dados pessoais, com o objetivo de regular as obrigações parte a parte, tendo em vista a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei no. 13.709, de 14/08/2018).

A Cláusula 19ª, da Minuta Contratual prevê as obrigações as quais a licitante vencedora deverá cumprir. Ocorre que referidos dispositivos afrontam a Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018 e, portanto, há ilegalidade, devendo a presente Impugnação ser acolhida.

II- DO MÉRITO

II.1. SAÚDE MENTAL - DOS TRATAMENTOS PSQUIÁTRICOS - CLÁUSULA 6.3 DO TERMO DE REFERÊNCIA - PREVISÃO DE COPARTICIPAÇÃO - AFRONTA À RN 465/2021 DA ANS

O Termo de Referência do Edital, ao dispor sobre os serviços e coberturas contempladas no plano, **prevê a disciplina dos tratamentos psiquiátricos, conforme transcrito abaixo:**

TERMO DE REFERÊNCIA

6.3 A cobertura hospitalar garantirá ainda, obrigatoriamente, com relação às internações psiquiátricas, a cada ano de vigência do Plano:

a) 30 (trinta) dias, contínuos ou não, de internação em hospital psiquiátrico, ou em unidade de terapia ou enfermagem psiquiátrica em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos em situação de crise. A partir do 31º dia haverá coparticipação de até 50% (cinquenta por cento) do valor contratado entre a operadora de planos de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde

O Edital não prevê coparticipação para outras especialidades de internação, apenas para a internação psiquiátrica.

O tema atualmente está regulamentado pela **Resolução Normativa ANS no. 465/21**, conforme transcrição dos artigos 10 e 19 abaixo:

Art. 10. A atenção prestada aos portadores de transtornos mentais deverá priorizar o atendimento ambulatorial e em consultórios, utilizando a internação psiquiátrica apenas como último recurso terapêutico e sempre que houver indicação do médico assistente.

§1º Todos os procedimentos clínicos ou cirúrgicos previstos nesta Resolução Normativa e seus Anexos, necessários ao atendimento de portadores de transtornos mentais, inclusive para o tratamento das lesões auto infligidas e das automutilações, com ou sem intenção de suicídio, estão obrigatoriamente cobertos.

§2º Para fins de cobertura, prazos de carência e CPT, as lesões auto infligidas e as automutilações, praticadas por portadores de doenças mentais, com ou sem intenção de suicídio, são consideradas como acidente pessoal.

*Art. 19. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo e, **devendo garantir cobertura para:***

I - internação hospitalar, em todas as suas modalidades, em número ilimitado de dias;

***II - quando houver previsão contratual de mecanismos financeiros de regulação para internação hospitalar, o referido aplica-se a todas as especialidades médicas,** contudo, a coparticipação, nas hipóteses de internações psiquiátricas, somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser previstos em contrato:*

a) somente haverá fator moderador quando ultrapassados trinta dias de internação contínuos ou não, a cada ano de contrato; e

b) a coparticipação poderá ser crescente ou não, estando limitada ao máximo de cinquenta por cento do valor contratado entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde.

III - atendimento em hospital-dia para o tratamento de transtornos mentais, de acordo com o disposto nos Anexos desta Resolução Normativa;

Portanto, a coparticipação somente poderá ser aplicada quando as demais especialidades médicas de internação previrem coparticipação, nos termos do artigo 19,

inciso II, da RN 465/21. E é sobre este ponto que reside a ilegalidade na regra de coparticipação.

Pois bem: se o plano não prevê coparticipação para internações nas diversas especialidades, **não é possível aplicar, exclusivamente para as internações psiquiátricas, o instituto da coparticipação.**

Como dito, a norma determina expressamente que a previsão de mecanismos financeiros de regulação deve ser aplicada a todas as especialidades médicas, excluindo a hipótese de aplicação a apenas um tipo de internação.

Portanto, referida previsão do Edital infringe não apenas o próprio objeto do Edital, mas a legislação e o normativo regulatório supracitado, razão pela qual deve ser adaptado pelo i. Pregoeiro no instrumento convocatório.

A previsão da coparticipação apenas na internação na especialidade psiquiátrica, além de prejuízo ao beneficiário, constitui vedação imposta pelo órgão regulador, ao qual a Impugnante está subordinada, configurando risco regulatório, passível de punição.

Assim, diante da afronta normativa, requer o acolhimento da impugnação para reconhecer a **inaplicabilidade da exigência da coparticipação da forma prevista no Termo de Referência ou, alternativamente, seja adequada a disposição das regras à previsão normativa explanada nesta Impugnação.**

II.2. LGPD - DA EXIGÊNCIA QUE CONTRARIA O PAPEL DA LICITANTE - CONTROLADORA DE DADOS PESSOAIS

A Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) representa o principal marco regulatório nacional sobre o tratamento de dados pessoais, elucidando conceitos, garantindo direitos aos titulares dos dados pessoais e estipulando obrigações aos agentes de tratamento para que seja construído um sistema efetivo de proteção de dados pessoais no Brasil.

No contexto da LGPD, os agentes de tratamento (Controlador e Operador) cumprem papel fundamental. São as entidades que desempenham as atividades de tratamento de dados pessoais, conforme definido no artigo 5º da lei em comento:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

VI - **controlador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a **quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais**;

VII - **operador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que **realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador**;

IX - **agentes de tratamento**: o controlador e o operador;”

A partir da leitura do texto legal, chega-se à conclusão de que cada agente de tratamento possui responsabilidades específicas, sendo que as maiores obrigações a respeito do tratamento recaem sobre o Controlador, uma vez que ele é o agente responsável por definir a finalidade e tomar as principais decisões sobre o tratamento de dados pessoais.

Como nem sempre é o próprio controlador quem operacionalizará o tratamento, a LGPD estabeleceu que um terceiro, vinculado e subordinado às determinações do Controlador, pode realizar tais atividades em seu nome, assumindo, então a posição de Operador.

Entendimento sobre agentes de tratamento pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD possui a atribuição de regulamentar e dar diretrizes sobre a interpretação da LGPD no âmbito de sua aplicação¹. Nessa esteira, a ANPD elaborou o Guia Orientativo para a Definição dos Agentes de Tratamento e do Encarregado, documento que busca esclarecer os conceitos para atuação de organismos públicos e privados, trazendo diretrizes sobre quem pode exercer a função de Controlador e Operador do tratamento de dados pessoais.

Para além do que já foi exposto sobre as situações de Controlador e Operador, o Guia Orientativo também elucida que, dependendo do contexto fático e operacional do tratamento, dois Controladores podem figurar como agentes de tratamento. Essa situação ocorre quando não há, necessariamente a posição hierárquica entre as partes e ambas assumem responsabilidades e obrigações perante os titulares do dado pessoal.

Segundo a ANPD, as situações com pluralidade de Controladores podem tomar dois contornos diferentes, sendo possível que ambas as partes tomem decisões sobre o tratamento de forma conjunta (Controladores Conjuntos) ou possuam autonomia funcional para determinarem o objetivo do tratamento de forma distinta (Controladores Singulares).

“45. Entretanto, ainda que o mesmo conjunto de dados seja tratado, não haverá controladoria conjunta se os objetivos do tratamento forem distintos. Por exemplo, diversos controladores podem tratar dados abertos do governo, cada um para suas finalidades específicas. Se estas finalidades não forem comuns, convergentes ou complementares, ambos serão controladores singulares em relação ao tratamento de dados e a controladoria conjunta não estará estabelecida, o que afastaria a incidência do art. 42, §1º, II, da LGPD.”²

¹ Art. 55-J. Compete à ANPD:

VI - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança;

VII - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;

² Guia Orientativo para a Definição dos Agentes de Tratamento e do Encarregado, página 14, grifo nosso.

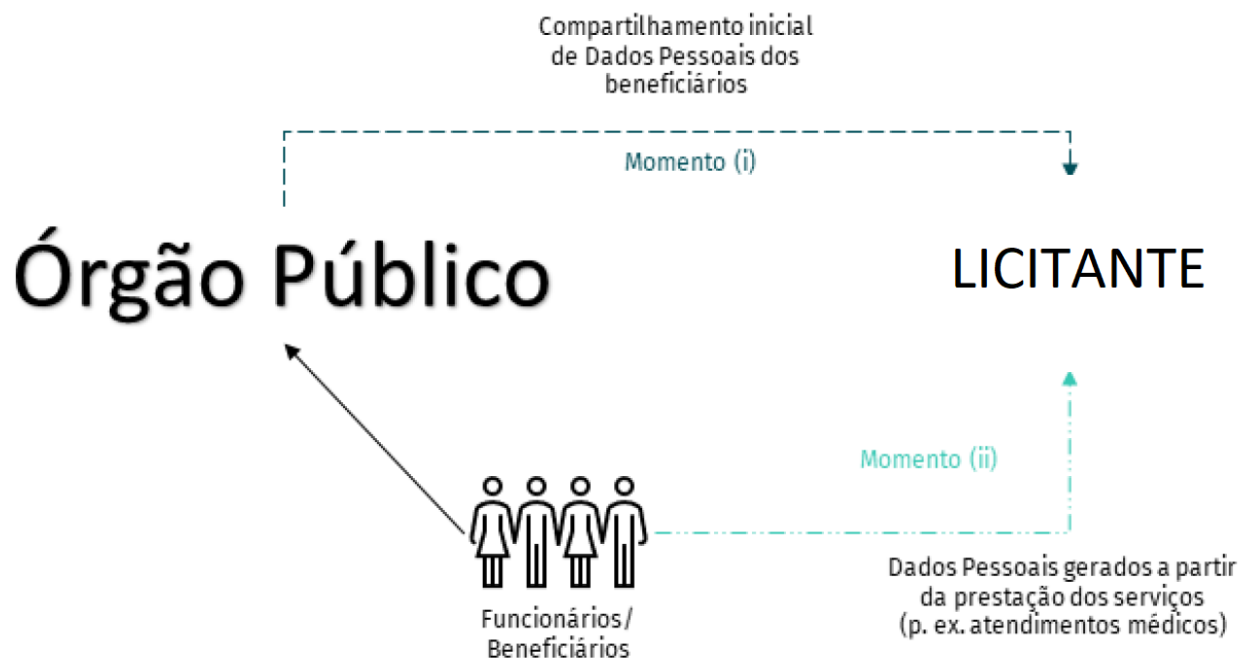
*É incontestável que, a depender das circunstâncias fáticas, mais de um Controlador pode estar envolvido no fluxo de tratamento de dados pessoais e que suas responsabilidades serão dispostas de acordo com a autonomia que possui sobre o tratamento, sendo certo que os Controladores Conjuntos serão solidariamente responsáveis por tomarem decisões conjuntas/convergentes, enquanto que **os Controladores Singulares terão poder decisório autônomo sobre os dados pessoais, respondendo cada um na medida de sua atividade.***

É sob a concepção de Controladores Singulares que o objeto da licitação deve ser examinado.

Licitante como Controladora Singular no escopo da licitação

A prestação dos serviços de assistência à saúde objeto da licitação, pela sua natureza, exige que o fluxo de dados pessoais seja observado em dois momentos:

- (i) Envio de dados pessoais cadastrais dos beneficiários, da AGERIO para a Licitante, e*
- (ii) Coleta e geração de dados pessoais durante a regular prestação dos serviços, diretamente entre a Licitante e o segurado.*



Olhando somente para o primeiro momento do tratamento, um exame desatento pode levar a crer que a AGERIO seja o Controlador do tratamento e a Licitante seja exclusivamente sua Operadora, dado que a AGERIO envia dados pessoais para que a Licitante dê início à prestação do serviço contratado.

Este entendimento, com o devido respeito, não é adequado e não segue as diretrizes estabelecidas pela ANPD, na medida em que, para estabelecer quem são os agentes de tratamento, a atividade de tratamento dos dados deve ser avaliada em sua totalidade.

A Licitante terá autonomia para tomar decisões sobre o tratamento, além de não atuar de maneira subordinada às instruções ou determinações da AGERIO quanto à prestação dos seus serviços.

Ressalta-se, também, que a Licitante desenvolverá uma relação direta com o segurado durante a vigência do contrato.

*É fundamental esclarecer que, durante curso do contrato, a Licitante estabelecerá um vínculo e poderá interagir diretamente com o segurado. Estas interações ocorridas durante a relação contratual terão a **Licitante como Controladora**, uma vez que, além de necessitar tratar os dados para cumprir seu objetivo contratual, a Licitante terá responsabilidades perante o segurado, nos termos do artigo 18 da LGPD³, e tomará decisões sobre o tratamento, por exemplo, ao regular um processo de sinistro.*

Vale dizer que estas decisões são tomadas pela Licitante sem que haja qualquer participação ou ingerência da AGERIO, o outro Controlador existente na relação.

Portanto, com entendimento baseado nos conceitos da LGPD e nas diretrizes da ANPD, a Licitante será verdadeira e factualmente Controladora Singular de dados pessoais, especialmente sobre os dados pessoais oriundos da regular prestação dos seus serviços, como as informações relacionadas ao histórico de interações com o Segurado, por exemplo.

Nesse sentido, e conforme o acima exposto, as obrigações previstas na Cláusula 19^a, da Minuta do Contrato, alíneas “a” e “c” não são passíveis de cumprimento por parte de qualquer uma das vencedoras do certame, justamente em razão da autonomia da Licitante no tratamento de dados, que é Controladora Singular.

³ Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição (...).

CLÁUSULA DÉCIMA NONA: DO MANUSEIO E TRATAMENTO DE DADOS

A CONTRATADA, por si e por quaisquer de seus empregados, prepostos, sócios, diretores, representantes ou terceiros contratados, obriga-se a atuar no presente CONTRATO em conformidade com a Legislação vigente sobre Proteção de Dados Pessoais e as determinações de órgãos reguladores/fiscalizadores sobre a matéria, em especial a Lei 13.709/2018. No manuseio dos dados a CONTRATADA deverá:

a. Tratar os dados pessoais a que tiver acesso apenas de acordo com as instruções da CONTRATANTE e em conformidade com estas cláusulas, e que, na eventualidade, de não mais poder cumprir estas obrigações, por qualquer razão, concorda em informar de modo formal este fato imediatamente à CONTRATANTE, que terá o direito de rescindir o contrato sem qualquer ônus, multa ou encargo.

b. Manter e utilizar medidas de segurança administrativas, técnicas e físicas apropriadas e suficientes para proteger a confidencialidade e integridade de todos os dados pessoais mantidos ou consultados/transmitidos eletronicamente, para garantir a proteção desses dados contra acesso não autorizado, destruição, uso, modificação, divulgação ou perda acidental ou indevida.

c. Acessar os dados dentro de seu escopo e na medida abrangida por sua permissão de acesso (autorização) e que os dados pessoais não podem ser lidos, copiados, modificados ou removidos sem autorização expressa e por escrito da CONTRATANTE.

d. Garantir, por si própria ou quaisquer de seus empregados, prepostos, sócios, diretores, representantes ou terceiros contratados, a confidencialidade dos dados processados, assegurando que todos os seus colaboradores prepostos, sócios, diretores, representantes ou terceiros contratados que lidam com os dados pessoais sob responsabilidade da CONTRATANTE assinaram Acordo de Confidencialidade com a CONTRATADA, bem como a manter quaisquer dados pessoais estritamente confidenciais e de não os utilizar para outros fins, com exceção da prestação de serviços à CONTRATANTE.

e. Treinar e orientar a sua equipe sobre as disposições legais aplicáveis em relação à proteção de dados.

Como dito, a relação ora posta é de que tanto a vencedora do certame, como a AGERIO, na qualidade de controladores independentes, deverá agir nos termos e no rigor da lei, sem que haja interferência de uma parte a outra, no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais. Conclui-se, portanto, que não há embasamento legal ou normativo, para que exigência de aprovação da AGERIO, prévia ou posterior, a respeito do tratamento dos dados pessoais.

Sendo assim, a AGERIO, ao transmitir à licitante vencedora a sua base contendo os dados pessoais dos segurados, torna a licitante vencedora a legítima Controladora Autônoma dos referidos dados pessoais, dados estes necessários para a execução do contrato, qual seja, a assistência à saúde.

Importante destacar que o compartilhamento de dados somente ocorre com a finalidade de execução do contrato, atendendo aos princípios preconizados pela própria LGPD. Assim sendo, a Licitante vencedora do certame deve, sob pena de responsabilização, tratar os dados pessoais atendidos aos princípios da finalidade, adequação, necessidade e segurança, sendo responsável, inclusive, perante terceiros envolvidos na execução e prestação dos serviços contratados, como por exemplo, a rede assistencial oferecida.

Portanto, a vencedora do certame deverá agir nos termos e no rigor da LGPD, sem que haja interferência da AGERIO, impondo-se a supressão das alíneas “a” e “c”, da Cláusula 19ª da Minuta Contratual.

III- DOS PEDIDOS

Posto isto, requer seja acolhida integralmente a presente Impugnação, para que sejam realizadas as devidas retificações no edital e no termo de referência, republicando-o, conforme fundamentação constante na presente Impugnação, possibilitando a participação da Impugnante no processo licitatório.