

O *whistleblower* no sistema de saúde suplementar no Brasil: Pacote anticrime e a viabilidade de incentivos financeiros.

Thiago Bueno e Bueno Funfas¹

Sara Christina Maia²

Resumo

Esse artigo analisa o instituto do *whistleblowing* no Brasil e a aplicabilidade de incentivos financeiros para evitar casos de fraude dentro do sistema suplementar de saúde. Trata-se, portanto, de análise crítica da viabilidade de implementação de um mecanismo capaz de promover o interesse dos cidadãos na defesa das relações privadas que tangenciam a saúde em nosso país.

Palavras-chave:

Whistleblowing - *whistleblower* - informante - fraude - saúde suplementar

Introdução

Previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 88, o direito à saúde é sagrado como um direito fundamental de todos e dever do Estado, cabendo aos entes federativos a promoção de políticas públicas que visem sua proteção e cuidado³. Instituído para viabilizar o acesso público e universal a este direito, o Sistema Único de Saúde foi criado pela Lei nº 8.080/1990, ao passo que observadas regulamentações próprias, é permitida a assistência à saúde pela iniciativa privada em caráter suplementar.

Considerando estas duas possibilidades de viabilização do acesso ao direito à saúde, observamos ao final da década de 90 a criação de diversas leis instituindo órgãos e mecanismos de proteção relacionados a ambos os segmentos, como a criação da Anvisa pela Lei nº 9.782/1999, autarquia de regime especial⁴ cuja finalidade é a promoção da proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e do consumo de produtos e serviços, bem como a ANS, instituída pela Lei nº 9.961/2000, também autarquia de regime especial, criada com o propósito de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando operadoras setoriais, normatizando e fiscalizando atividades que garantem a sua assistência suplementar⁵.

¹ Especialista Senior de Investigação na Bayer Brasil. Advogado. Bacharel em direito pela PUC-PR, Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

² Associate de Forensics Services da Pricewaterhousecoopers Brasil. Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/0521502799090609>

³ Sarlet, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=233>>. Acesso em 10 de setembro de 2020. p. 2/3.

⁴ Arts. 3º e 6º Lei 9782/1999.

⁵ Arts. 1º e 3º Lei 9.961/2000.

De acordo com dados levantados pela ANS de junho de 2020⁶, aproximadamente 46,7 milhões de brasileiros são beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial, correspondendo a um quantitativo aproximado de 22% da população do país⁷, cujas vidas são assistidas pela cadeia produtiva da saúde suplementar.

Para se ter uma visão de sua representatividade econômica, estima-se que apenas em 2018 o setor tenha movimentado, aproximadamente, R\$ 200 bilhões⁸.

Segundo o Instituto de Saúde Suplementar - IESS⁹, o setor é composto, fundamentalmente, por cinco principais agentes: beneficiários, prestadores de serviços, fornecedores de materiais e insumos, operadoras de saúde e órgãos reguladores. Devido à sua complexidade estrutural, a cadeia de valor da saúde suplementar é reconhecida por uma diversidade de associações comerciais e entidades que representam interesses desses agentes nas inúmeras relações travadas entre eles¹⁰. Isto posto, não raras vezes, observamos ocasiões que revelam a crueza de como a vida e a saúde humana são preteridas em prol de objetivos puramente econômicos¹¹.

Neste sentido, estudos realizados no âmbito dessas relações privadas¹² revelam um elevado nível de práticas antiéticas relacionadas à fraude, desperdício e abusos que acarretam perdas financeiras significativas para o setor como um todo que, em última análise, se desdobram em prejuízos incalculáveis a seus beneficiários finais relacionados ao bem jurídico estruturante dessa indústria: o bem estar e a saúde humana.

Nesse contexto, o presente artigo busca analisar o instituto do *whistleblowing* no Brasil e a aplicabilidade do incentivo financeiro para casos de fraude dentro do sistema suplementar de saúde como forma de promoção de *accountability* nas relações privadas que tangenciam a saúde em nosso país.

⁶ ANS. Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/227-dados-gerais>> Acesso em 11 de setembro de 2020.

⁷ IBGE. Percentual baseado na projeção populacional de 212.033.067 indivíduos. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

⁸ Scheibe, Reinaldo. O Brasil mudou e a saúde também. ABRAMGE. Associação Brasileira de Planos de Saúde. Disponível em: <<https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/abramge-na-midia/916-o-brasil-mudou-e-a-saude-tambem>> Acesso em 10 de setembro de 2020.

⁹ CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PÚBLICO E SUPLEMENTAR. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/?p=setor&grupo=Entenda>> Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹⁰ Azevedo, Paulo Furquim de. *Et al.* A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas. Insper. São Paulo. 2016. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf>> Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹¹ Grizotti, Giovani. “Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias”. Fantástico. Rio de Janeiro: Rede Globo. 4 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-protese-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>> Acesso em 10 de setembro de 2020.

¹² IESS. Textos para Discussão nº 62-2017. *Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil*. Disponível em: <https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

O instituto do *whistleblowing*

A figura do *whistleblower* surgiu nos Estados Unidos, com a criação do *False Claims Act* (FCA) em 1863 com o fim identificar fraudes em contratos governamentais e contra o governo. Atualmente, o *whistleblower* nos Estados Unidos é também regulamentado pela Lei Federal Dodd-Frank Wall Street Reform and consumer Protection Act e pelo *Whistleblowing Program* da *Securities and Exchange Commission* (SEC) que regulam o mercado financeiro. Em ambas as normas percebe-se que o principal enfoque é a proteção e imunidade do informante de boa-fé, além do pagamento de recompensa à este baseado em percentual do valor recuperado em razão de sua denúncia.

Segundo o artigo 33 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – UNCAC¹³, é considerado *whistleblower* a pessoa que, de boa-fé e com motivos razoáveis, informa à autoridade competente fato relativo a ofensas previstas na Convenção, garantindo-lhe a proteção adequada contra possíveis retaliações. O Conselho Europeu, por sua vez, entende que a figura do *whistleblower* compreende o indivíduo que em seu ambiente de trabalho relata ação ou omissão que representam dano ou ameaça ao interesse público¹⁴. Por outro lado, no Brasil, o *whistleblower* tem sido compreendido como o indivíduo que voluntariamente, tomando conhecimento de fato que entende como sendo irregular ou ilegal de uma organização, relata à autoridade competente sem a obrigação de assim o fazer¹⁵.

Atualmente, ainda não se tem uma definição universal do que se entende por *whistleblowing* no mundo. Suas definições, além das já mencionadas, perpassam pelo ato da liberdade de expressão do indivíduo, o combate à corrupção e o meio de promover *accountability* nas organizações¹⁶. Podem ser considerados como elementos centrais desse instituto (i) o ato jurídico¹⁷ essencialmente dependente da manifestação da vontade, (ii) a relevância das informações, (iii) o relato à autoridade competente, e (iv) a boa-fé subjetiva, pois o relato deve ocorrer por motivos altruístas e não vingativo ou difamatório.

Importante destacar, também, que o *whistleblower* não se confunde com a figura da testemunha e dos institutos dos acordos de leniência e delação premiada. Nesse sentido, a testemunha, é convocada

¹³ UNCAC, artigo 33: “Cada Estado-Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”.

¹⁴ Recommendation CM/REC(2014)7 and explanatory memorandum. p. 11.

¹⁵ Rocha, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de *whistleblower* no Brasil. Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. p2. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1/subsidios-para-implantacao-de-programas-de-whistleblower-no-brasil/view>. Acesso em: 12/09/2020

¹⁶ Banisar, David. Whistleblowing: International Standards and Developments. In: I. Sandoval (Org). Corruption and Transparency: Debating the frontiers between State, Market and Society. Washington. Editora: World Bank-Institute for Social Research, UNAM. 2011. p. 2-4.

¹⁷Tartuce, Flávio. Direito Civil. Lei de introdução e parte geral. 12ed. v.1. Rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro. Forense, 2016. p. 340-341.

a relatar em juízo fato controvertido e de seu conhecimento mediante compromisso legal¹⁸, ao passo que o *whistleblower* atua voluntariamente ao revelar fato inédito. Na leniência e na delação premiada, o denunciante é figura que pretende colaborar com o investigador a fim de amenizar ou extinguir sua punibilidade pelo ato praticado, diferentemente da figura aqui estudada que não possui relação direta com as alegações que informa.

Por fim, a figura do *whistleblower* pode ser concebida como uma das espécies do gênero de informante, sendo que mantém a sua identidade preservada. Pode-se dizer que o informante é pessoa juridicamente desinteressada, que, estando inserida em empresa ou Administração Pública, toma conhecimento de fraudes cometidas no ambiente de trabalho e decide, de boa-fé, reportá-la, podendo ou não ser recompensada por isso¹⁹.

A importância de implementação do incentivo financeiro para o *whistleblower* nos casos de ilícitos entre agentes privados.

Embora tal figura tenha sido estabelecida em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 15 da Lei 13.964/2019, que introduziu os artigos 4º-A, 4º-B e 4º-C na Lei 13.608/2018, observamos que o texto criado carece de regulamentação para delinear o seu fluxo, seu formato e de como serão tratadas as informações apresentadas pelo *whistleblower*²⁰.

Em análise do previsto no art. 4º, o legislador registrou a importância da aludida figura e viabilizou a criação de mecanismos de recompensa financeira pelo “oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos.”²¹

Nesse sentido, com o advento dessa lei, observamos que foi delimitado um percentual de recompensa para o informante, conforme disposto no art. 4º-C, §3º, que estabelece: “Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.”

Sobre este tema, que representa um grande avanço para o desvelamento de crimes praticados no âmbito das corporações, à luz de sua similaridade com o mecanismo presente na FCA, o legislador foi categórico em fixar o percentual da recompensa à recuperação de produto de crime contra a

¹⁸ Junior, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. v. 1. Rio de Janeiro - Ed. Forense, 2016. p. 992.

¹⁹ Aras, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Vilvana Damiani (Org.). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

²⁰ Viana, Gabriela. A Figura do Whistleblower no Novo Pacote Anticrime. Inteligência Jurídica. Publicações Machado Meyer Advogados. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/compliance-e-integridade-ij/a-figura-do-whistleblower-no-novo-pacote-anticrime>> Acesso em: 17 de setembro de 2020.

²¹ Art. 4º, caput, Lei 13.608/2018

administração pública, ao passo que não mencionou a possibilidade de tal mecanismo ser aplicado para situações envolvendo agentes privados, ainda que a prática criminosa reportada seja de interesse público.

Nesse contexto, em que pese não ser instituída a viabilidade de incentivo financeiro para o *whistleblower* no caso de ilícito entre agentes privados, em seu art. 4º-A, a Lei estabelece que os entes da federação e entidades relacionadas mantenham ouvidorias criadas para o recebimento de relatos e assegurem o “direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou **quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.**”²²(grifo nosso).

Como apresentado anteriormente, ainda que persista o caráter privado nas relações jurídicas entre os agentes da cadeia de valor da saúde suplementar, não podemos olvidar que em última análise, ainda falamos em saúde. Além disso, ainda que se possa argumentar que o interesse público não estaria configurado, uma vez que os cofres públicos não são diretamente impactados por se tratar de interações entre agentes privados, o interesse público primário da matéria - interesse da coletividade - é facilmente identificado em razão de direito social protegido constitucionalmente.

No entanto, a relevância desse mecanismo para situações entre agentes privados, além de constitucional, é econômica. Nos Estados Unidos, estima-se que o custo anual com fraudes e abusos na saúde variem entre U\$ 100 bilhões a U\$ 170 bilhões²³. Neste mesmo cenário, o *Department of Justice* norte-americano reportou no início de 2020 que o montante de U\$ 3 bilhões foi recuperado no ano fiscal de 2019, através de julgamentos e acordos pautados na FCA, dos quais cerca de U\$ 2,6 bilhões foram oriundos de casos envolvendo fraudes na indústria da saúde²⁴. No Brasil, estima-se que no ano de 2016 cerca de R\$ 11 bilhões em contas hospitalares estejam relacionados à fraudes e que R\$ 9 bilhões foram gastos para a realização de exames desnecessários ou fraudulentos, correspondendo à aproximadamente 15% de despesas assistenciais²⁵.

Ainda que se possa argumentar que recompensar aquele que age corretamente possa contrariar os princípios da ética e da cidadania²⁶, esse mecanismo, como já visto, tem sido aplicado em diversos

²² Art. 4º-A, caput, Lei 13.608/2018

²³ Rudman WJ, Eberhardt JS, Pierce W, Hart-Hester S. Healthcare fraud and abuse. Perspectives in Health Information Management/AHIMA, American Health Information Management Association. 2009. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2804462/>> acesso em: 20 de setembro de 2020.

²⁴ OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS. Justice Department Recovers Over \$3 Billion From False Claims Act Cases in Fiscal Year 2019. 09 de dezembro de 2020. Department of Justice. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-3-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2019>> Acesso em: 15 de setembro de 2020.

²⁵ Arcabouço normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil. Novembro 2018. Disponível em <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/saude/2019/arcabouco-normativo-para-prevencao-e-combate-a-fraude-na-saude-suplementar-no-brasil.html#:~:text=Um%20estudo%20in%C3%A9dito%20conduzido%20entre,para%20prevenir%20e%20combater%20fraudes>> Acesso em: 20 de setembro de 2020.

²⁶ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, ago. 2017. Disponível em

países como meio de incentivo positivo no combate à fraude. As estatísticas mencionadas demonstram a efetividade da recompensa na identificação desses crimes e seu potencial benéfico à sociedade.

Desse modo, urge a necessidade de se implementar mecanismos eficazes de combate à fraude e corrupção no setor privado de saúde. Embora a recente norma tenha apresentado grandes avanços na regulamentação da figura do *whistleblower* e na criação de programas para o recebimento das denúncias, por meio das ouvidorias, a ausência de incentivos financeiros para o informante de ilícitos entre agentes privados pode reduzir a eficácia da norma a esse respeito, seja em razão do receio do informante em manifestar conhecimento de algo que possa apresentar risco à sua integridade sem a expectativa de um retorno efetivo, seja pela simples ausência de motivação para que assim o faça.

Bibliografia

- BRASIL. ANS. **Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial**. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/227-dados-gerais>> Acesso em 11 de setembro de 2020.
- ARAS, Vladimir. **Whistleblowers, informantes e delatores anônimos**. In: ZANELATO, Vilvana Damiani (Org.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Et al. **A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas**. Insper. São Paulo. 2016. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf>> Acesso em 10 de setembro de 2020.
- BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. In: I. Sandoval (Org). *Corruption and Transparency: Debating the frontiers between State, Market and Society*. Washington. Editora: World Bank-Institute for Social Research, UNAM. 2011. p. 2-4.
- BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. **Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?**. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, ago. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200390&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 27 set. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201716>.
- GRIZOTTI, Giovanni. **“Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias”**. *Fantástico*. Rio de Janeiro: Rede Globo. 4 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>> Acesso em 10 de setembro de 2020.
- BRASIL. IBGE. **Percentual baseado na projeção populacional de 212.033.067 indivíduos**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php>. Acesso em 11 de setembro de 2020.
- BRASIL. IESS. **Características dos sistemas público e suplementar**. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/?p=setor&grupo=Entenda>> Acesso em 10 de setembro de 2020.

IESS. **Textos para Discussão nº 62-2017. Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil.** Disponível em: <https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.** v. 1. Rio de Janeiro - Ed. Forense, 2016. p. 992.

EUA. OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS. **Justice Department Recovers Over \$3 Billion From False Claims Act Cases in Fiscal Year 2019.** 09 de dezembro de 2020. Department of Justice. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-3-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2019>> Acesso em: 15 de setembro de 2020.

PwC Brasil. **Arcabouço normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil.** Novembro 2018. Disponível em <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/saude/2019/arcabouco-normativo-para-prevencao-e-combate-a-fraude-na-saude-suplementar-no-brasil.html#:~:text=Um%20estudo%20in%C3%A9dito%20conduzido%20entre,para%20prevenir%20e%20combater%20fraudes>> Acesso em: 20 de setembro de 2020.

ROCHA, Marco Antônio. **Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil.** Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. p2. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1/subsidios-para-implantacao-de-programas-de-whistleblower-no-brasil/view>. Acesso em: 12/09/2020

RUDMAN, WJ, Eberhardt JS, Pierce W, Hart-Hester S. **Healthcare fraud and abuse.** Perspectives in Health Information Management/AHIMA, American Health Information Management Association. 2009. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2804462/>> acesso em: 20 de setembro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=233>>. Acesso em 10 de setembro de 2020. p. 2/3.

SCHEIBE, Reinaldo. **O Brasil mudou e a saúde também.** ABRAMGE. Associação Brasileira de Planos de Saúde. Disponível em: <<https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/abramge-na-midia/916-o-brasil-mudou-e-a-saude-tambem>> Acesso em 10 de setembro de 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Lei de introdução e parte geral.** 12ed. v.1. Rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro. Forense, 2016. p. 340-341.

VIANA, Gabriela. **A Figura do Whistleblower no Novo Pacote Anticrime.** Inteligência Jurídica. Publicações Machado Meyer Advogados. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/compliance-e-integridade-ij/a-figura-do-whistleblower-no-novo-pacote-anticrime>> Acesso em: 17 de setembro de 2020.