



El uso de datos personales y la elaboración de propuestas comerciales para la contratación de planes de salud

O uso de dados pessoais e a elaboração de propostas comerciais para a contratação de planos de saúde

Edgard Gonçalves da Costa

RESUMEN

Este trabajo investiga las hipótesis de tratamiento de datos personales relacionados con el proceso de contratación de planes de salud, analizando la necesidad o no del consentimiento de los interesados o sus representantes para la contratación de planes de salud. El estudio es descriptivo, con enfoque cualitativo y el eje temático son los Derechos Humanos y Constitucionales. Metodológicamente, se realizó una exploración teórica, bibliográfica y normativa del tema. Siguiendo el contexto mundial, Brasil editó su Ley General de Protección de Datos (LGPD), con el objetivo de proteger la privacidad, el honor y la imagen de las personas. Mediante la Reforma Constitucional (CE) nº 115, del 10.02.2022, la protección de datos personales fue elevada a la categoría de derechos y garantías fundamentales, con la inclusión del inciso LXXIX al artículo 5 de la Constitución Federal. A partir de estas notas, se cuestiona si existe la necesidad del consentimiento para posibilitar la contratación de planes de salud por parte de los titulares de los datos personales. Concluye que no es necesario el consentimiento para que los datos personales sean tratados por los empresarios y aseguradores cuando la previsión de contratación está prevista en la normativa y/o en los Convenios y Convenios Colectivos de Trabajo. Por otra parte, dado que la relación contractual se establece directamente entre el contratante (persona física) y el asegurador, será necesaria la autorización del interesado o de sus representantes.

Palabras clave: consentimiento, empleador, aseguradoras de planes de salud, Derechos humanos, LGPD, protección de datos personales.

1 INTRODUCCIÓN

La idea de privacidad no es nueva, sin embargo, la preocupación por la protección de datos personales es más reciente, con Estados Unidos y Europa a partir de la década de 1960, los primeros proyectos relacionados con el procesamiento de datos, que se preocupaban por la protección de datos personales (ROCHA et al., 2019). Después de la Segunda Guerra Mundial, las naciones, actuando en un entorno más globalizado e involucradas por la tecnología de la información, se preocuparon por fortalecer y ampliar los derechos humanos y fundamentales, promoviendo la protección de datos personales (RAPÔSO et al., 2019).

Se planteó la pregunta: ¿Existe la necesidad de consentimiento de los empleadores y aseguradoras de salud para tratar datos personales en el proceso de

contratación de planes de salud? Como objetivo general, se buscó investigar la necesidad del consentimiento del titular o de sus representantes para que los empleadores y aseguradores traten datos personales con el fin de viabilizar la contratación, inclusión/exclusión de beneficiarios en planes de salud.

2 METODOLOGÍA

Metodológicamente, se realizó una exploración teórica, bibliográfica y normativa, con el objetivo de construir la comprensión relacionada con el tema propuesto, que es investigar la necesidad o no del consentimiento del titular o su representante durante el proceso de contratación de planes de salud realizados por un empleador o de una manera particular. El estudio es descriptivo, con enfoque cualitativo y el eje temático son los Derechos Humanos y Constitucionales, en particular, la protección de la dignidad e intimidad de la persona.

3 RESULTADOS Y DISCUSIONES

Concepto y contexto de surgimiento de la LGPD

Canadá (PIPEDA) y Argentina (PDPA) redactaron su legislación con preocupación por la protección de datos personales en el año 2000, mientras que Europa (GDPR) lo hizo en 2016/2018. Influenciado por el contexto mundial y con el objetivo de ser parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Brasil redactó el 14.08.2018 la Ley General de Protección de Datos (LGPD), cuyos artículos entraron en vigor en su mayoría el 18.09.2019 (COSTA , 2022).

La LGPD se caracteriza por ser una ley que presenta lineamientos generales relacionados con la protección de datos personales, incluso en medios digitales, de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado (Art. 1), siendo competencia de la Dirección Nacional de Protección de Datos. Nacional (ANPD), organismo del Gobierno Federal, dictar aclaraciones y normas adicionales relacionadas con la materia (Art. 55-J, III y XIII).

La Enmienda Constitucional N° 115, de 10 de febrero de 2022, elevó la protección de datos personales, incluso en medios digitales, a la categoría de derechos y garantías fundamentales, incluyendo el inciso LXXIX al artículo 5 de la Constitución Federal.

Las empresas están obligadas a proteger los datos personales tratados, so pena de sanciones administrativas aplicables por la autoridad nacional (Art. 52), así como

sanciones judiciales, según el caso específico, ya que la LGPD debe ser analizada junto con otras normas.

Inaplicabilidad de la LGPD

El artículo 4 de la LGPD prevé la inaplicabilidad de la norma en los siguientes supuestos: tratamiento de datos personales realizado por una persona física con fines exclusivamente privados y no económicos (I); realizadas exclusivamente con (II y III) fines periodísticos; artístico; académica; la seguridad pública, la defensa nacional, la seguridad del Estado o la investigación y persecución de infracciones penales; (IV) los casos de tratamiento de datos desde fuera del territorio nacional y que no sean comunicados; uso compartido de datos con agentes de procesamiento brasileños u objeto de transferencia internacional de datos con un país diferente al país de origen, siempre que el país de origen proporcione un grado de protección de datos personales adecuado a la LGPD.

Según el artículo 12 de la LGPD, por regla general, los datos anonimizados (artículo 5 de la LGPD) no serán considerados datos de carácter personal, no siendo de aplicación la ley.

El consentimiento como regla básica

El consentimiento del titular de los datos personales es la regla básica que trae la LGPD, según lo previsto en el artículo 7, I (datos no sensibles), el artículo 11, I (datos sensibles) y el artículo 14, párrafo 1 (niños y adolescentes). . El artículo 7, § 4, establece que se renuncia al requisito de consentimiento para el tratamiento de datos previsto en el caput de este artículo cuando éstos sean hechos manifiestamente públicos por el interesado.

El artículo 5 de la LGPD presenta los conceptos relacionados con la protección de datos personales, con énfasis en los siguientes: a) dato personal (I) es la información relativa a una persona física identificada o identificable; b) datos personales sensibles (II) son aquellos relacionados con el origen racial o étnico, convicción religiosa, opinión política, afiliación sindical u organización de carácter religioso, filosófico o político, datos referentes a la salud o vida sexual, datos genéticos o biométricos; c) titular (V) es la persona natural o física a quien se refieren los datos personales que son objeto de tratamiento; controlador (VI) es la persona física o jurídica, pública o privada, que es

responsable de las decisiones relativas al tratamiento de datos personales; y operador (VII) es la persona física o jurídica, pública o privada, que trata datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

La legitimidad del tratamiento de datos personales no sensibles

A falta de consentimiento, el uso de datos personales no sensibles deberá basarse en las hipótesis de tratamiento previstas en el artículo 7 de la Ley:

- I - previa prestación del consentimiento del titular;
- II - por el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del accionista controlador;
- III - por la administración pública, para el tratamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas previstas en leyes y reglamentos o respaldadas por contratos, convenios o instrumentos similares, con sujeción a lo dispuesto en el Capítulo IV de esta Ley;
- IV - para la realización de estudios por organismo de investigación, asegurando, siempre que sea posible, la anonimización de los datos personales;
- V - cuando sea necesario para la ejecución de un contrato o procedimientos preliminares relacionados con un contrato en el que el titular de los datos sea parte, a solicitud del titular de los datos;
- VI - para el ejercicio ordinario de derechos en procesos judiciales, administrativos o arbitrales, estos últimos en los términos de la Ley nº 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje);
- VII - para la protección de la vida o integridad física del titular o de un tercero;
- VIII - para la protección de la salud, exclusivamente, en procedimiento realizado por profesionales de la salud, servicios de salud o autoridades sanitarias;
- IX - cuando sea necesario para atender intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero, salvo que prevalezcan derechos y libertades fundamentales del titular que requieran la protección de datos personales; o
- X - para la protección del crédito, incluidas las disposiciones de la legislación pertinente.

En principio, la legitimidad del tratamiento por parte de las empresas y del potencial asegurador del plan de salud podría basarse en las hipótesis de los incisos II (para el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento), V (cuando sea necesario para la ejecución de un contrato o procedimientos preliminares relacionados con un contrato en el que el titular sea parte y a petición de éste) y IX (cuando sea necesario para atender intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero). Sin embargo, la falta de consentimiento sólo estaría prevista en los incisos II y IX.

Existe la posibilidad de que los datos personales sean tratados por el empleador para el cumplimiento de obligaciones legales o reglamentarias, incluidas las de seguridad social, tributarias, laborales y la celebración de Acuerdos y Convenios Laborales.

La legitimidad del tratamiento de datos personales sensibles

En cuanto a los datos sensibles, la posibilidad de tratarlos está prevista en el artículo 11 de la LGPD. Asimismo, la regla básica incluida en el inciso I de ese mismo artículo es el consentimiento del titular o de su tutor legal, de manera expresa y destacada, para fines específicos.

Las hipótesis de tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento del titular están expresadas en la fracción II, artículo 11, de la LGPD:

II - sin el consentimiento del titular, en los casos en que sea indispensable para:

- a) el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento;
- b) tratamiento compartido de datos necesarios para la ejecución, por parte de la administración pública, de políticas públicas previstas en leyes o reglamentos;
- c) realizar estudios por un organismo de investigación, asegurando, siempre que sea posible, la anonimización de los datos personales sensibles;
- d) el ejercicio regular de los derechos, incluso en los contratos y en los procesos judiciales, administrativos y arbitrales, estos últimos de conformidad con la Ley N° 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje);
- e) protección de la vida o integridad física del titular o de terceros;
- f) la protección de la salud, exclusivamente, en procedimientos realizados por profesionales de la salud, servicios de salud o autoridades sanitarias;
- g) garantía de prevención del fraude y la seguridad del titular, en los procesos de identificación y autenticación de registro en sistemas electrónicos, salvaguardando los derechos mencionados en el art. 9 de esta Ley y salvo que prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del titular que requieran la protección de datos personales.

(...)

§ 2º En los casos de aplicación de lo dispuesto en los incisos “a” y “b” del inciso II del caput de este artículo por órganos y entidades públicas, dicha renuncia al consentimiento será publicada, en los términos del inciso I del caput del arte. 23 de esta Ley.

§ 4º Está prohibida la comunicación o el uso compartido entre responsables del tratamiento de datos personales sensibles relativos a la salud con el fin de obtener una ventaja económica, excepto en los casos relacionados con la prestación de servicios de salud, asistencia farmacéutica y asistencia sanitaria, siempre que el § 5º de este artículo, incluidos los servicios auxiliares de diagnóstico y terapia, en beneficio de los intereses de los interesados, y para permitir:

I - portabilidad de los datos cuando lo solicite el titular
(...)

Tratándose de datos sensibles, en principio, la legitimidad del tratamiento por parte del empleador y del potencial asegurador del plan de salud podría estar anclada en las hipótesis de los incisos II, incisos a (cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento) y d (ejercicio regular de derechos).

Sin perjuicio de que el tratamiento de datos sensibles relacionados con la salud sea fundamental para la correcta ejecución del contrato de seguro de salud, la LGPD en su artículo 11, apartado 5, prohíbe a los operadores de planes de salud privados tratar datos de salud para la selección de riesgos, inclusión o exclusión. de los beneficiarios al contratar.

§ 5º Se prohíbe a los operadores de planes privados de salud tratar datos de salud para la práctica de selección de riesgo en la contratación de cualquier modalidad, así como en la contratación y exclusión de beneficiarios.

La prohibición en cuestión se sustenta en los principios recogidos en el artículo 6 de la LGPD, más precisamente, en el principio de no discriminación (IX).

Por otra parte, una vez que el plan de salud haya sido contratado por el empleador, o cuando el inicio de este proceso de contratación no implique, de manera discriminatoria, la selección de riesgos, la inclusión o exclusión de beneficiarios, el controlador (empleador) y los aseguradores (cuando actúen como operadores por cuenta del responsable del tratamiento – artículo 5, VII) podrán tratar los datos, sin necesidad del consentimiento del titular, en vista de la autorización legal otorgada por la LGPD, en el artículo 7, inciso II y en el artículo 11, fracción II, a, con base en el supuesto de cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria.

Sin embargo, cuando el contrato es privado y afecta directamente al asegurador y al contratista individual, la regla a seguir es el consentimiento (artículo 7, I y V, artículo 11, I y artículo 14, párrafo 1, de la LGPD).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

La LGPD no permite el uso de otras bases legales para el tratamiento de datos por parte del asegurador durante el proceso de contratación del plan de salud privado, por lo que se concluye que la recomendación es recabar el consentimiento del potencial asegurado, quien es el titular del datos, de conformidad con el artículo 7, I o V, el artículo 11, I y el artículo 14, párrafo 1, de la LGPD.

No obstante, si el proceso de contratación se realiza por cuenta del empleador y sólo implica la inclusión o exclusión de beneficiarios, por ejemplo, en los casos de contratación previstos en los Convenios y Convenios Colectivos de Trabajo, existe la permisibilidad para que los datos sean tratados sin la necesidad del consentimiento, de



conformidad con el artículo 7, II, y el artículo 11, II, a), con base en el supuesto de cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria.

En ambas formas de contratación (privada o por el empleador), el asegurador del plan de salud debe respetar los principios de la LGPD (artículo 6), y está prohibido el uso de datos, especialmente los relacionados con la salud, con fines discriminatorios (artículo 11, inciso 5); en particular si tales datos involucran la selección de riesgos, así como la inclusión y exclusión de beneficiarios, durante el proceso de contratación.



REFERENCIAS

BRASIL, República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL, República Federativa do. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2022.

COSTA, Edgard Gonçalves da. A LGPD E A UTILIZAÇÃO DE IMAGENS PESSOAIS. *In*: BRAGA, Daniel L. S. (org.). **Pesquisa e reflexões nacionais em ciências humanas, sociais e linguísticas**. Instituto Scientia. 2022. V. 1, ed. 1, cap. 66, p. 1.081-1099. Disponível em: <https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/04/Livro-Humanas-Sociais-Linguagens.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2022.

ROCHA, Camila Pereira da; CARNEIRO, Ana Valéria Santana; MEDEIROS, Marcus Vinicius Batella; MELO, Alexandre. Segurança da informação: a iso 27.001 como ferramenta de controle para lgp. Belém, **Revista de Tecnologia da Informação e Comunicação da Faculdade Estácio do Pará**, v. 2, n. 3, p. 78-97, ago. 2019. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/tic/article/view/285>. Acesso em: 06 abr. 2022.

RAPÔSO, Cláudio Filipe Lima; LIMA, Haniel Melo de; OLIVEIRA JUNIOR, Waldecy Ferreira de; FERREIRA SILVA, Paola Aragão. LGPD-LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: Revisão Sistemática. **Revista de Administração**, v. 4, 2019. Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/administracao/article/view/1035/802>. Acesso em 04 abr. 2022.