

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PATRICK AFONSO BULUS

**É Possível a Participação de Capital Estrangeiro em Operadoras de Planos  
Privados de Assistência à Saúde com Rede Própria?**

Rio de Janeiro, Junho/2013.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PATRICK AFONSO BULUS

**É Possível a Participação de Capital Estrangeiro em Operadoras de Planos  
Privados de Assistência à Saúde com Rede Própria?**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
sob orientação do professor **João  
Pedro Barroso do Nascimento**  
apresentado à FGV DIREITO RIO  
como requisito parcial para obtenção  
do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, Junho/2013.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PATRICK AFONSO BULUS

**É Possível a Participação de Capital Estrangeiro em Operadoras de Planos  
Privados de Assistência à Saúde com Rede Própria?**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado à FGV DIREITO RIO  
como requisito parcial para obtenção  
do grau de bacharel em Direito.

**Comissão Examinadora:**

Nome do Orientador: João Pedro Barroso do Nascimento

Nome do examinador 1: \_\_\_\_\_

Nome do examinador 2: \_\_\_\_\_

**Assinaturas:**

\_\_\_\_\_

Professor Orientador

\_\_\_\_\_

Examinador 1

\_\_\_\_\_

Examinador 2

**Nota Final:** \_\_\_\_\_

Rio de Janeiro, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

*Quem só de Direito sabe, nem de Direito sabe.*

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, jurista brasileiro.

## RESUMO

Este estudo objetiva averiguar a possibilidade de participação direta ou indireta de capital estrangeiro em operadoras de planos privados de assistência à saúde, no Brasil, que possuem rede própria. Utilizando técnicas interpretativas da hermenêutica jurídica, como o método histórico evolutivo, sistemático e teleológico, busca-se entender a inteligência exegética do artigo 199, §3º, da Constituição Federal. Considerando-se que este dispositivo constitucional vedou a participação direta ou indireta de capital estrangeiro na assistência à saúde, salvo nos casos previstos em lei, o estudo revela em que hipóteses a vedação foi excepcionada e se a exceção infraconstitucional abrange as operadoras de plano de saúde que possuem rede própria. Ademais, o estudo analisa o posicionamento da Agência Nacional de Saúde (ANS), na aquisição da Amil Participações S.A, pela operadora norte-americana *United Health Group Incorporated*. A análise desta operação se torna de muita relevância ao estudo, pois envolve a maior operadora de planos de saúde com rede própria do país, além de ter a presença da maior importância de capitais estrangeiros na assistência à saúde na história do Brasil.

**Palavras-chave:** Investimento estrangeiro. Assistência à saúde. Rede Própria. Amil Participações S.A. *United Health Group Incorporated*.

## ABSTRACT

This study aims to investigate the possibility of direct or indirect participation of foreign capital in health care insurance operators in Brazil, which have their own health care network. Through techniques of legal interpretation, as the historic, teleological and systematic method, we seek to understand the exegetical intelligence of article 199, § 3, of the Federal Constitution of Brazil. Considering that this constitutional provision has forbidden the direct or indirect participation of foreign capital in health care, except in cases provided by law, the study reveals in which cases the provision was exceptioned and if the infraconstitutional exception includes health care insurance operators which have their own health care network. Furthermore, the study examines the positioning of the National Health Agency (ANS), in the takeover of Amil Participações S.A, by the north american health care insurance operator, United Health Group Incorporated. The analysis of this operation becomes increasingly relevant to the study due to two reasons: (i) it involves Brazil's largest health care insurance provider that has its own network; and, in addition, (ii) the operation involves the largest amount of foreign capital in health care business in the country's history.

**Keywords:** Foreign investment. Health Care. Private network. Amil Participações S.A. United Health Group Incorporated.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1. DA EXEGESE DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO CAPITAL ESTRANGEIRO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE</b> .....	<b>12</b>
1.1. DA INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA EVOLUTIVA DO § 3º DO ARTIGO 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	12
1.2. DA EFICÁCIA RETIDA POSITIVA DA NORMA CONSTITUCIONAL .....	15
1.3. DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO § 3º DO ARTIGO 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	18
1.3.1. Da Restrição Relativa à Participação de Capital Estrangeiro.....	18
1.3.2. Da Saúde como Direito Fundamental de Segunda Geração.....	21
1.4. DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO § 3º DO ARTIGO 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	23
1.4.1. Do Interesse Nacional na Saúde Pública e na Saúde Suplementar.....	23
1.4.2. Da Livre Concorrência Como Interesse na Saúde Suplementar .....	26
1.5. DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE COM REDE PRÓPRIA .....	28
<b>2. DO CASO AMIL PARTICIPAÇÕES S.A</b> .....	<b>31</b>
2.1. DA AQUISIÇÃO DO AMIL PARTICIPAÇÕES S.A (AMILPAR) PELA <i>UNITED HEALTH GROUP INCORPORATED</i> (UHG).....	31
2.2. DO POSICIONAMENTO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR .....	33
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>35</b>

## Introdução

O escopo deste estudo é utilizar da hermenêutica jurídica para extrair a inteligência exegética do §3º do artigo 199 da Constituição Federal e descobrir se é possível ou não, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a participação direta ou indireta de capital estrangeiro em operadoras de planos privados de assistência à saúde que possuem rede própria.

Pois bem, o constituinte originário ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, dentre outros princípios, visou proteger a soberania nacional, principalmente no que tange a ordem econômica e financeira do país. Para tanto, positivou tal princípio no artigo 170, I, do seu texto normativo e previu normas que inibissem, total ou parcialmente, a presença de capital estrangeiro em determinados segmentos da economia nacional. Em seu artigo 172, estatuí que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. O artigo 222, por exemplo, veda a participação estrangeira em empresas jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

**Outra restrição ao capital estrangeiro está presente no setor de saúde.** A Constituição Federal ao dispor sobre o direito à saúde, em seus artigos 196 e seguintes, previu um modelo híbrido ao regulamentar uma assistência prestada diretamente pelo Estado, saúde pública, e um assistência provida pela iniciativa privada, saúde suplementar.

No que concerne as vedações, **o §3º do artigo 199 da Constituição Federal, prevê uma restrição à participação de capital estrangeiro, direta ou indiretamente, na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.**

Até a presente data, o legislador ordinário excepcionou o dispositivo constitucional em dois momentos: no artigo 23, *caput*, da Lei nº 8080/90 e no §3º do artigo 1º da Lei nº 9656/98.<sup>1</sup>

Oportuna a transcrição dos dispositivos supracitado:

---

<sup>1</sup> Procuradoria Federal – ANS. **A participação de capital estrangeiro em operadora de plano de saúde com rede próprias de serviços de assistência à saúde e exegese do §3º do artigo 199 da Constituição Federal.** Brasília, 2008. p. 02. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 11/12/12



Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.

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:

(...)

**§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. (grifo nosso)**

O primeiro dispositivo se refere a saúde pública, que por sua vez, é disciplinada pela Lei nº 8080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, o SUS, para realizar esta prestação estatal. Já o segundo dispositivo supracitado, excepciona a vedação constitucional no que tange a saúde suplementar, que passou a contar com um regramento jurídico próprio a partir de 1998 com a edição da Lei nº 9656.<sup>2</sup>

Para fins deste estudo, focaremos na exceção constitucional à saúde suplementar, na medida em que as operadoras de planos privados de assistência à saúde são exercidas pela iniciativa privada e disciplinadas pela Lei nº 9656/98.

**Mais especificamente, focaremos na exceção às operadoras de planos privados de assistência à saúde com rede própria.**

Ora, enquanto algumas operadoras terceirizam e credenciam seus prestadores de serviços médicos e, portanto, não possuem rede própria. Outras operadoras optam por verticalizar suas operações de assistência à saúde e ao invés

---

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. 2º ed. São Paulo: MP 2006. p. 29.

de apenas credenciar o prestador, possuem hospitais, clínicas, laboratórios, e outros prestadores de serviços médicos próprios.

Neste sentido, observa-se, que o legislador ordinário ao excepcionar a vedação constitucional no §3º do artigo 1º da Lei nº 9656/98, não fez menção nomeadamente às operadoras de planos privados de assistência à saúde que possuem rede própria. Portanto, a partir de uma leitura superficial, entende-se que estas operadoras, não se enquadrariam na exceção.

Entendimento este, corroborado pelo sócio da Toro Advogados Associados e presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Saúde Suplementar, José Luiz Toro da Silva, que explica, *in verbis*:

A Constituição Federal de 1988 veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei, e embora a Lei nº 9656, de 1998, permite a participação de capital estrangeiro nas operadoras, **não cita hospitais. A norma constitucional, portanto, continua valendo para os hospitais.**<sup>3</sup> (grifos nosso)

Ainda nesta linha, para Sergio Parra, advogado especializado no mercado de saúde, é a Constituição brasileira que proíbe o controle de hospitais por estrangeiros. Portanto, nenhuma outra lei pode se sobrepor a ela.<sup>4</sup>

No entanto, a questão não é de raciocínio tão simples assim. Afinal, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), através de nota publicada em seu site oficial<sup>5</sup>, e apoiada por suas Resoluções Normativas e pelo parecer da Procuradoria Federal junto à ANS de 2008, vem se manifestando neste termos:

Proprietária a **operadora de plano de saúde de rede própria** de serviços de assistência à saúde (ex: hospitais), a assistência à saúde por ela prestada **encontra-se albergada pela exceção legal constitucionalmente autorizada.**<sup>6</sup> (grifos nosso)

---

<sup>3</sup> **UnitedHealth compra a Amil em operação de R\$9.8 bi.** Data de publicação: 09/10/12. Disponível em: [www.salussemarangoni.com.br](http://www.salussemarangoni.com.br). Último acesso em: 11/11/12.

<sup>4</sup> CAETANO, Rodrigo. **A operação bilionária da Amil.** Revista Istoé Dinheiro. Ed. 17/10/12, Editora Três.

<sup>5</sup> **ANS aprova aquisição da Amil pela United HealthCare.** Data de publicação: 22/10/12. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Último acesso em: 11/11/12.

<sup>6</sup> *Idem.* p. 03.

Isso posto, percebe-se que o tema é controvertido e a doutrina diverge quanto a exegese do dispositivo constitucional em comento.

Sucita-se, neste sentido, duas questões fundamentais:

a) Afinal, é ou não possível a participação de capital estrangeiro em operadoras de plano de saúde com rede própria?

b) Como a Agência Nacional de Saúde Suplementar se posiciona acerca da matéria?

Para responder a primeira questão é necessário extrair a inteligência da norma positivada no §3º do artigo 199 da Constituição Federal. Aplicando-se os métodos de interpretação, precisamente o histórico evolutivo, o sistemático e o teleológico, para entender em que contexto a norma foi editada, qual sistema ela se insere e revelar os motivos por trás dos dispositivos analisados, utilizaremos da hermenêutica jurídica, para se obter um entendimento uniformizado.

Em resposta à segunda questão, estudaremos a aquisição da Amil Participações S.A pela operadora norte-americana *United Health Group Incorporated*. Este estudo faz-se mister por envolver a maior importância de capitais estrangeiros, neste segmento, na história do Brasil, e por participar a maior operadora de planos privados de assistência à saúde com rede própria no país.<sup>7</sup>

Ressalte-se, desde logo, que o objetivo do presente trabalho não é advogar em favor dos agentes de mercado, mas utilizar os instrumentos jurídicos para extrair a exegese do dispositivo constitucional e fornecer um entendimento pacífico aos operadores de direito e terceiros interessados.

---

<sup>7</sup> CAETANO, Rodrigo. **A operação bilionária da Amil**. Revista Istoé Dinheiro. Ed. 17/10/12, Editora Três.

## 1. Da Exegese da Vedação Constitucional ao Capital Estrangeiro na Assistência à Saúde

### 1.1. Da Interpretação Histórica Evolutiva do § 3º do artigo 199 da Constituição Federal

Entende-se que a norma é uma realidade histórica, ela nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas por aqueles que a elaboram. Assim sendo, a interpretação histórica evolutiva busca a *ocasio legis*, ou seja, procura entender sobretudo o contexto fático da norma, recorrendo aos métodos da historiografia para retomar as concepções e a atmosfera sentimental e de interesses da época de promulgação da norma.<sup>8</sup>

Neste sentido, afim de se aplicar a hermenêutica jurídica para extrair a interpretação histórica evolutiva da vedação contida no § 3º do artigo 199 da Constituição Federal, é fundamental retornar ao período em que a norma foi editada.

Pois bem, desde 1964, o Brasil vivia em um regime militar. Os direitos e garantias fundamentais haviam sido suprimidos ou até mesmo ignorados, pelos Atos Institucionais.

A ditadura fez crescer nos brasileiros o anseio de dotar o país com uma nova Constituição, defensora dos valores democráticos.<sup>9</sup>

A partir de 1985, no período de redemocratização e da abertura política, era necessário criar um novo regime jurídico. Para tanto, em 5 de outubro promulga-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição Federal, também denominada de Constituição Cidadã pelo atual presidente da Câmara dos Deputados, Ulyses Silveira Guimarães, representou um avanço democrático em relação as constituições anteriores em aspectos como: a) direito de voto para os analfabetos; b) voto facultativo para jovens entre 16 e 18 anos; c) redução do mandato do presidente de 5 para 4 anos; d) eleições em dois turnos (para os cargos de presidente, governadores e prefeitos de cidades com mais

---

<sup>8</sup> COSTA, Marcus Vinicius Siqueira da. **Interpretação Histórica e Evolutiva**. <http://amigonerd.net/humanas/direito/a-interpretacao-historica-e-evolutiva>. Último acesso em: 25/05/2013

<sup>9</sup> **Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Constituição\\_brasileira\\_de\\_1988#cite\\_note-InfoEscola-1](http://pt.wikipedia.org/wiki/Constituição_brasileira_de_1988#cite_note-InfoEscola-1) Último acesso em: 25/05/2013

de 200 mil habitantes); e) direito a greve e f) liberdade sindical dentre outros.<sup>10</sup>

Ora, esse movimento de redemocratização era movido por uma ideia muito forte de se devolver o Brasil aos brasileiros. Esta preocupação pesou no momento do constituinte originário positivar o texto normativo constitucional e pode ser observado, por exemplo, nas restrições à participação estrangeira em áreas consideradas de interesse nacional. Nesta esteira, prevê o artigo 172 da Constituição Cidadã que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro.

**Uma das áreas consideradas de interesse nacional pelo constituinte originário foi a saúde e para definir a reserva de mercado, estatuiu a vedação no § 3º do artigo 199.** Esta foi alvo das mais duras críticas pelos juristas e operadores de direito. À respeito, comentou o professor Ives Gandra da Silva Martins, *in verbis*:

O § 3º exterioriza a mesma linha de preconceitos ideológicos do § 2º e de nacionalismo próprio de país subdesenvolvido. Lembra o *slogan* que os comunistas lançaram, na campanha de Ledo Fiúza para a presidência da República, em 1946, e que se tornou centro das atenções das esquerdas, a partir de então, que dizia “o petróleo é nosso”. Os constituintes estabeleceram idêntico princípio. **Pelo § 3º do artigo 199, “a Saúde é nossa”, devendo libertar-se da “maléfica influência” do capital externo nesta área.**

(....)

**A própria redação é infeliz.** Ao dizer “salvo nos casos previstos em lei” admite uma exceção restritiva, visto que, para cada caso admitido, deveria haver uma lei especial, que tornaria **extremamente burocrática a instrumentalização das ressalvas**, em caso em que a participação fosse admitida.

(...)

Nada obstante a flexibilização das exceções, não se pode deixar de lamentar pelo princípio estabelecido pelo constituinte, **que**

---

<sup>10</sup> PACIEVITCH, Thaís. **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1988/>. Último acesso em: 25/05/2013

**representa lamentável retorno a ultrapassada visão.**<sup>11</sup> (grifos nosso)

Ou ainda, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

**Reserva de mercado.** Está aqui uma deslavada reserva de mercado que contraria a índole do sistema económico adotado. **Não se vê qualquer justificativa para ela.** Será que a doença, como o petróleo, é “nossa”?<sup>12</sup> (grifos nosso)

Ora, embora houve, no contexto de sua criação, uma forte preocupação em se proteger a saúde do controle estrangeiro à luz do interesse nacional, as vedações constitucionais ao investimento estrangeiro vem sendo flexibilizadas na tentativa de inserir o Brasil em uma economia globalizada. Afinal, o capital estrangeiro cumpre papel essencial no desenvolvimento e modernização de diversos setores da economia. Não se pode adotar medidas xenofóbicas e protecionistas ao investidor nacional.

Foi exatamente com base nessa interpretação evolutiva que o constituinte derivado revogou integralmente o artigo 171 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 06 de 1995. Este artigo, estabelecia uma distinção entre empresas brasileiras e empresas de capital nacional. Ainda, esta mesma Emenda Constitucional alterou a redação do § 1º do artigo 176 permitindo que empresas brasileiras com capital estrangeiro explorassem, mediante autorização ou concessão da União, recursos minerais e hídricos.<sup>13</sup>

Sobre a matéria, comenta o Senador Valdir Raupp, nestes termos:

Embora a Constituição Federal de 1988 reflita, em seus dispositivos relativos ao ordenamento econômico e social, as ambiguidades e contradições do quadro político anterior à queda do

---

<sup>11</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil.** 8º Volume. 2ª Ed. Saraiva, 2000. Pg. 179-181.

<sup>12</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988.** Volume 2, 2ª Ed. Saraiva, 1999. pg. 228

<sup>13</sup> **O capital estrangeiro e suas repercussões na ordem jurídica/econômica nacional.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-capital-estrangeiro-e-suas-repercussoes-na-ordem-juridica-economica-nacional/90107/>. Publicado em: 02/06/2012. Último acesso em: 26/05/2013

Muro de Berlim, houve um processo de liberalização das normas constitucionais que ainda não chegou no setor da saúde.

Não há como justificar que o setor de saúde tenha especificidades nessa questão frente a outros segmentos da economia. Não é crível que o empresariado brasileiro do setor de saúde seja mais ou menos ganancioso na sua ânsia por lucro que o estrangeiro.<sup>14</sup> (grifo nosso)

Isso posto, **no que concerne a restrição à participação direta ou indireta de capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, prevista no § 3º do artigo 199, aplicando-se o método analítico histórico evolutivo, conclui-se que, o cenário atual distinguisse da realidade em que a vedação foi estatuída.**

Observa-se que, hodiernamente, a globalização e o capitalismo exigem um mercado regulado, fiscalizado, porém aberto, sem fronteiras. A própria essência do capitalismo globalizado reside neste prisma, e, se o país pretende se tornar um *player* precisa romper esta memória protecionista e xenofóbica.

## **1.2. Da Eficácia Retida Positiva da Norma Constitucional**

Adentrando a ceara da aplicabilidade das normas, percebe-se que o texto normativo constitucional é repleto de direitos e deveres que se configuram na tradicional classificação dada por José Afonso da Silva, em normas de eficácia plena, contida e limitada.<sup>15</sup>

Entende-se por normas de eficácia plena aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular, como por exemplo, os remédios constitucionais.<sup>16</sup>

No extremo oposto, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente

---

<sup>14</sup> BARBULHO, Ana Paula. **A Saúde e o Capital Estrangeiro**. Jornal do SINDHOSP. São Paulo. 01/10/13. Ed. 331. Disponível em: <http://www.sindhosp.com.br/waUpload/0068112012165338.pdf>. Último acesso em: 27/05/13

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.89-91

<sup>16</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 11-20

incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.<sup>17</sup> É observado no artigo 37, VII da Carta Magna, ao dispor que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos por lei específica. Ou ainda na Constituição Federal, o caso do artigo 7º, XI, que prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definição legal.

Finalmente, a terceira hipótese de aplicabilidade das normas constitucionais se refere aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas sua eficácia plena depende da instrumentalização legislativa. Trata-se das normas de eficácia contida, que assim sendo, deixam margem à atuação discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.<sup>18</sup>

Ainda, as normas constitucionais de eficácia contida poderão ser positivas ou negativas, no que concerne a natureza do seu comando – para fazer ou não fazer.<sup>19</sup> Tal distinção é fundamental para compreender a extensão discricionária do legislador ordinário no momento de regular a exceção ao dispositivo constitucional.

De acordo com o eminente jurista Ives Gandra da Silva Martins para a Frente Parlamentar de Saúde, em Parecer sobre a interpretação do § 3º do artigo 199 da Constituição Federal, conclui-se nos seguintes termos:

Nas normas constitucionais positivas – comando para fazer – a regulação infraconstitucional é plena, nos limites da explicitação. Nas normas constitucionais negativas – proibições de conduta – a regulação excepcional é limitada às hipóteses possíveis, nos limites sempre de explicitação.

Desta forma, nas normas constitucionais positivas a eficácia retida pode ser exercida sem limites, enquanto, **nas normas constitucionais negativas, tal exercício apenas é possível a partir do aparecimento de hipóteses, a serem reguladas por lei, que implicitamente estiverem contidas na norma maior.** Regra geral é a explicitação infraconstitucional das normas constitucionais

---

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 23ª Edição. p. 12

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer – **Inteligência do artigo 199, §3º, da C.F. – hipóteses em que o capital estrangeiro pode ser admitido na assistência à saúde**. Clubjus, Brasília, 2007. p. 6-8. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/>. Último acesso em: 08/03/13



positivas. Regra de exceção é a explicitação das normas constitucionais negativas.<sup>20</sup> (grifo nosso)

No que concerne o vedação constitucional positivada no §3º do artigo 199, destaca-se a parte final do dispositivo, *in verbis*:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada  
(...)

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, **salvo nos casos previstos em lei.**(grifo nosso)

**Conclui-se com base no entendimento supracitado, tratar-se de norma constitucional de eficácia contida negativa.** Precipualemente por configurar-se como comando negativo, ao dispor sobre uma restrição, ou seja, dever de não fazer. Posteriormente, observa-se que ao permitir que o legislador ordinário excepcione o comando constitucional, inevitavelmente o constituinte limitou a eficácia da norma, tornando sua aplicabilidade “retida”.

Assim sendo, **cabe ao legislador ordinário detectar em quais hipóteses, segundo a *intentio constitutionis*, é cabível a exceção.**

Ora, embora a vedação constitucional do §3º do artigo 199, no início, fixe uma proibição, a mesma é enfraquecida na parte final, ao se permitir que o legislador ordinário excepcione-a. A norma portanto, permite à doutrina despender severas críticas em relação a sua exegese. É o que pontua abaixo José Afonso da Silva:

O §3º do art. 199 contém uma regra praticamente inócua, ao vedar a participação direta ou indireta de empresas ou capital estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei; **como a lei pode prever todos os casos, não há limitação alguma.**<sup>21</sup> (grifos nosso)

Ou, ainda, na dura crítica aos constituintes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o §3º do artigo 199, dizendo:

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31ª Ed. São Paulo, Melheiros Editores, 2008. p. 832.

Reserva de Mercado. Está aqui uma deslavada reserva de mercado que contraria a índole do sistema econômico adotado. Não se vê qualquer justificativa para ela. Será que a doença, como o petróleo, é “nossa”?

**Mas a norma é inútil, já que a parte final permite à lei desconhecer essa reserva.**<sup>22</sup> (grifo nosso)

Entretanto, ambas as críticas supracitadas incorrem no equívoco de não considerar a interpretação dada por Ives Gandra da Silva Martins, ou seja, de se tratar de norma constitucional de eficácia contida negativa.

Assim sendo, **a vedação do §3º do artigo 199 não é inócua ou inútil, na medida em que fornece ao legislador infraconstitucional subsídios para se aplicar a técnica hermenêutica e explicitar o que implicitamente está na Constituição.** Caso contrário, chegar-se-ia na incoerência inconstitucional em que o legislador ordinário possui o direito de criar discricionariamente, à margem dos ditames constitucionais, as hipóteses de aplicação.

Isto posto, mister faz-se aplicar a técnica hermenêutica para que se possa extrair a correta interpretação do texto normativo constitucional afim de identificar em quais hipóteses e com base em quais princípios o legislador ordinário pode excepcionar o referido artigo.

### **1.3. Da Interpretação Sistemática do § 3º do artigo 199 da Constituição Federal**

#### **1.3.1. Da Restrição Relativa à Participação de Capital Estrangeiro**

Ao se aplicar a hermenêutica jurídica ao texto normativo do artigo 199, § 3º da Constituição Federal, o primeiro passo é definir precisamente o alcance da vedação estatuída pelo constituinte originário. Para tanto, é fundamental inicialmente, aplicar como método, uma interpretação sistemática sobre a matéria, considerando em qual

---

<sup>22</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 2, 2ª Ed. Saraiva, 1999. p. 228

sistema a norma se insere, relacionando-a às outras normas pertinentes ao mesmo objeto, bem como aos princípios orientadores da matéria e demais elementos que venham a fortalecer a interpretação de modo integrado, e não isolado.<sup>23</sup>

Desta forma, ressalta como objeto da vedação constitucional supracitada; a participação de empresas ou capital estrangeiro na assistência à saúde.

Ora, afim de compreender a inteligência exegética da vedação constitucional, mister é definir exatamente qual seria a restrição imposta à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência a saúde.

Para tanto, não é possível obter uma definição a partir de uma leitura isolada do dispositivo, sendo necessário interpretar outros dispositivos constitucionais para conceber seu alcance.

O artigo 171 da Carta Magna, definia as empresas brasileiras e as de capital nacional da forma seguinte, *in verbis*:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha **sua sede e administração no País**;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo **controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País** ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. (grifos nosso)

Ora, ao definir as empresas brasileiras e as de capital nacional, o referido dispositivo acabou também, por antagonismo, fixando os critérios para definir o da empresa estrangeira e o da empresa de capital estrangeiro.

Embora, na presente data, o dispositivo em comento tenha sido revogado pela Emenda Constitucional nº 6 de 1995, continua sendo fonte conceitual e sua interpretação torna-se fundamental para definir o alcance da vedação imposta pelo §3º do art. 199 da Lei Maior. Afinal, na edição da restrição constitucional, o

---

<sup>23</sup> **Hermenêutica jurídica.** Data de publicação: 25/01/13. Disponível em: [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org). Último acesso em: 07/03/13.

constituinte originário empregava como parâmetro o art. 171 e os conceitos (diretos e indiretos) embutidos em seu texto normativo.<sup>24</sup>

Pois bem, observa-se que ao definir a empresa brasileira como aquela constituída sob a leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, o constituinte originário indiretamente definiu a empresa estrangeira como aquela que constituída sob legislação de país estrangeiro ou que tenha sede e administração em outro país.

Ainda, a mesma *ratio* pode ser utilizada para definir a empresa de capital estrangeiro como a sociedade cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes em outro país ou de entidades de direito público externo, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Nesta esteira, busca-se a definição de controle, utilizada como base legal, da Lei 6404/76, precisamente no artigo 116, nestes termos:

Art. 116. Entende-se por **acionista controlador** a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a **maioria dos votos** nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) **usa efetivamente seu poder** para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. (grifos nosso)

Isso posto, chega-se a conclusão lógica de que **é possível a participação de capital estrangeiro na assistência à saúde, desde que seja realizada através de empresas brasileiras, ou seja, constituída sob o ordenamento jurídico pátrio e cuja sede e administração seja localizada em território nacional, e que sejam**

---

<sup>24</sup> SUNDFEL, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Revista *Just e Societatis*. **CAPITAL ESTRANGEIRO NA SAUDE: Qual a política da Constituição Brasileira?** Disponível em: <http://just-et-societatis.blogspot.com.br>. Último acesso em: 07/03/2013.

**efetivamente controladas por pessoas físicas domiciliadas e residentes no Brasil.**<sup>25</sup>

Assim sendo, percebe-se que **a restrição constitucional ao capital estrangeiro não é absoluta mas, de fato, relativa.**

Seria um equívoco interpretar o §3º do artigo 199 da Constituição Federal de forma isolada, pois o entendimento de que o dispositivo prevê uma restrição absoluta à qualquer forma de participação de empresas ou capitais estrangeiros na assistência a saúde iria de encontro a interpretação de outros parâmetros fixados pelo texto normativo constitucional.

Ainda no que concerne a interpretação sistemática neste sentido, observa-se comparativamente, outros dispositivos presentes na Lei Maior que possuem vedações construídas de forma positiva, ressaltando a natureza absoluta pretendida pelo constituinte originário. É o caso, por exemplo, do artigo 222, que dispõe ser privativa a brasileiro natos ou naturalizados a mais de dez anos, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Nota-se que, ali, o constituinte originário, ao invés de prever uma restrição, impõe um dever e, assim, não abre espaço a qualquer tipo de participação estrangeira, mesmo que minoritária. Trata-se portanto, de uma regra absoluta.

### **1.3.2. Da Saúde como Direito Fundamental de Segunda Geração**

Ainda na trilha da interpretação sistemática, na tentativa de se entender o que de fato foi proibido pelo constituinte originário, o próximo passo é entender qual a abrangência da assistência à saúde.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na história do país ao instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.<sup>26</sup>

Preocupados com a política do bem-estar social, o constituinte originário transcendeu os direitos fundamentais de primeira geração, ligados ao valor liberdade, e estatuiu diversos direitos fundamentais de segunda geração, ligados ao

---

<sup>25</sup> SUNDFEL, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Revista *Just e Societatis*. **CAPITAL ESTRANGEIRO NA SAUDE: Qual a política da Constituição Brasileira?** Disponível em: <http://just-et-societatis.blogspot.com.br>. Último acesso em: 07/03/2013.

<sup>26</sup> Preambulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

valor igualdade, como os direitos sociais à educação, alimentação, trabalho, saúde, entre outros positivado no *caput* do artigo 6º da Carta Magna, e ainda, os de terceira geração, ligados ao valor solidariedade e fraternidade, como os relacionados ao meio ambiente.<sup>27</sup>

Percebe-se que a saúde goza de *status* de direito fundamental, sendo consagrada na Constituição Federal, a teor dos artigos 6º e 196, como direito social de segunda geração.<sup>28</sup> Sendo dever do Estado, compete a este prestar diretamente assistência à saúde de forma universal, igualitária e integral.<sup>29</sup>

Entretanto, permitiu-se à iniciativa privada, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, a prestação da assistência à saúde como serviço de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Portanto, **o texto normativo constitucional delinea uma faceta bidimensional no que concerne o direito à saúde.** De um lado, destaca-se a saúde pública, como serviço público próprio, ou seja, trata-se de atividade intimamente ligada as atribuições do Poder Público, como segurança, higiene, educação, etc. Por esta razão, só podem ser prestados por órgãos e entidades públicas, sem delegação a particulares. Do outro, a saúde suplementar, exercida por pessoa física ou jurídica de direito privado, na forma de serviço de relevância pública.<sup>30</sup>

Atualmente, a saúde pública é disciplinada pela Lei nº 8080/90, que por sua vez, instituiu o Sistema Único de Saúde, o SUS, para realizar esta prestação estatal. Em contra partida, a saúde suplementar passou a contar com um regramento jurídico próprio a partir de 1998 com a edição da Lei nº 9656.<sup>31</sup>

Em observância Lei nº 1920/53, a saúde pública é gerida e disciplinada pelo Ministério da Saúde, vinculado ao Poder Executivo. Ao passo que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada a partir da Lei nº 9.961/00, passou a

---

<sup>27</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3º ed., 362/364.

<sup>28</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. 2º Ed. São Paulo: MP 2006. p. 28.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. art. 196, *caput*.

<sup>30</sup> Procuradoria Federal – ANS. **A participação de capital estrangeiro em operadora de plano de saúde com rede próprias de serviços de assistência à saúde e exegese do §3º do artigo 199 da Constituição Federal**. Brasília, 2008. p. 10. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 11/12/2012

<sup>31</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. 2º ed. São Paulo: MP 2006. p. 29.

fiscalizar, normatizar e regulamentar a saúde suplementar, exercida pela iniciativa privada.<sup>32</sup>

Perante o exposto, percebe-se que quando o legislador positivou como objeto da vedação constitucional à participação de empresas ou capitais estrangeiros na assistência a saúde, referiu-se claramente à saúde pública e à saúde suplementar como disciplinas distintas.

Assim sendo, mister faz-se ao operador do direito que, ao aplicar análise da técnica hermenêutica ao comando constitucional, **extraia interpretações dicotômicas em respeito ao modelo dicotômico adotado no país**. Afinal, não houvesse esta diferenciação do público e privado, observar-se-ia um cenário cinzento, onde as interpretações do texto normativo confundiriam-se com a vontade suprema do constituinte originário e os princípios por este positivados.

#### **1.4. Da Interpretação Teleológica do § 3º do artigo 199 da Constituição Federal**

##### **1.4.1. Do Interesse Nacional na Saúde Pública e na Saúde Suplementar**

Considerando que o §3º do artigo 199 é uma norma constitucional de eficácia contida negativa, e por conta desta natureza, as hipóteses em que poderá ser excepcionada devem ser extraídas do próprio texto normativo constitucional. Considerando ainda, que através de uma abordagem sistemática, interpreta-se que a assistência à saúde no Brasil possui uma faceta bidimensional, ou seja, a saúde pública e a saúde suplementar são observadas como disciplinas distintas. É fundamental aplicar o método teológico, como técnica hermenêutica, para identificar a intenção do constituinte originário e entender a finalidade para a qual a vedação foi positivada. **Somente assim, é possível, sem vulnerar a Lei Maior, apontar com base em quais princípios e em quais hipóteses o legislador ordinário pode editar exceções a norma constitucional.**

Enfim, observa-se que a norma constitucional, que difere da legislação infraconstitucional, não tem senão na intenção do constituinte sua matriz primeira,

---

<sup>32</sup> **Histórico da ANS** Data de publicação: 22/10/12. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Último acesso em: 07/03/13.

ao contrário da legislação complementar ou ordinária, que deve ser compatível com o sistema conformado pela Lei Maior. Em outras palavras, para a legislação infraconstitucional, o antecedente imediato é a Constituição. Para a Constituição, à falta de lei anterior, o antecedente imediato é a vontade do constituinte.<sup>33</sup> É exatamente esta vontade, esta intenção que o método teleológico busca expor. Estuda-se a *ratio legis* ou *intento legis*, isto é, a razão de ser da norma.<sup>34</sup> É o que ensina o mestre Carlos Maximiliano, nestas palavras:

**Considera-se o direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo sua interpretação há de ser , na essência, teleológica.** O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda aquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.<sup>35</sup> (grifo nosso)

Neste norte, ao se analisar a restrição constitucional ao capital estrangeiro na assistência à saúde, prevista no §3º do artigo 199, ensina a doutrina que seu maior fundamento encontra-se no princípio da soberania nacional. É o que pontua o professor Vicente Bagnoli, *in verbis*:

Uma nação que se diz soberana no campo político dificilmente conseguirá exercer em plenitude sua soberania se não for soberana no campo econômico. A soberania econômica contribui decisivamente para a independência de um Estado em relação aos demais Estados.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Volume 1, 2ª Ed. Saraiva, 2001. p. 7

<sup>34</sup> **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Disponível em: [http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito\\_Constitucional/Hermen\\_utica\\_e\\_interpreta\\_\\_o\\_constitucional.htm](http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Hermen_utica_e_interpreta__o_constitucional.htm). Último acesso em: 18/03/13

<sup>35</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 Ed. Forense, 2011. pg. 35

<sup>36</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito e Poder Econômico**. Série Leitura Jurídicas. Vol. 29. 5º Ed. Atlas, 2011. pg. 152



Entretanto, conforme ensina o artigo 172 da Constituição Federal, ao prevê a possibilidade ao legislador infraconstitucional disciplinar, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, o constituinte concomitantemente permitiu a participação estrangeira nestas hipóteses. Em outras palavras, em situações de interesse nacional, é permitida a exploração da atividade econômica por capitais estrangeiros.

Ora, se é o interesse nacional que deve orientar o legislador ordinário na regulamentação do investimento estrangeiro no país, por conclusão lógica, entende-se que foi o interesse nacional que levou o constituinte originário a positivar tal restrição.

**Cabe, portanto, identificar qual é o interesse nacional que levou o constituinte a positivar a vedação imposta no § 3º do artigo 199 da Constituição Federal.**

Pois bem, nesta trilha, não se pode desconsiderar a faceta bidimensional desenhada pelo legislador no que concerne a assistência à saúde no país. Isto porque, à luz da soberania nacional, a saúde pública, direito fundamental de segunda geração, não pode depender de capital estrangeiro. Até porque, enquanto serviço público próprio, deve ser prestada diretamente pelo Estado de forma universal, igualitária e integral, jamais podendo ser encarada sob o prisma mercantil e nem ficar submetida à natureza volátil do capital, mormente o estrangeiro, que pode a qualquer tempo retirar-se da economia nacional.<sup>37</sup>

A exceção a esta regra, encontra-se positivada no artigo 23 da Lei nº 8080/90, a Lei Orgânica de Saúde, que prevê a participação de capital estrangeiro na forma de “cooperação técnica”.

Agora, no que concerne a saúde suplementar, a matéria deve ser enxergada sob outra ótica.

Ao dispor no artigo 197, que a saúde suplementar configura-se como serviço de relevância pública, devendo ser executada diretamente pela iniciativa privada e, por isso, cabe apenas ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar sua atividade, o constituinte doou outros contornos ao interesse nacional como fator regulador do capital estrangeiro.

---

<sup>37</sup> Procuradoria Federal – ANS. **A participação de capital estrangeiro em operadora de plano de saúde com rede próprias de serviços de assistência à saúde e exege do §3º do artigo 199 da Constituição Federal.** Brasília, 2008. p. 10. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 11/12/2012

**Considerando que a saúde pública é prestada ao lado da saúde suplementar, observa-se que a existência de uma assistência a saúde prestada diretamente pelo Estado, sem a participação de capital estrangeiro, já consubstancia, por si mesma, a garantia de independência nacional em termos de saúde, logo a participação de capital estrangeiro na assistência privada não ameaça a soberania nacional.<sup>38</sup>**

Ora, diante disso, observa-se que no que tange a assistência à saúde pela iniciativa privada, não é a soberania nacional o interesse que deva orientar o legislador infraconstitucional no momento de excepcionar a regra geral. Ao se aplicar a hermenêutica constitucional, observa-se que, diferentemente da saúde pública, a saúde suplementar possui outra orientação.

É importante frisar que o direito à saúde goza de *status* de direito fundamental de segunda geração, e encontra-se sob o título da ordem social, na Lei Maior. Sendo assim, percebe-se que, em termos de saúde, preocupou-se o constituinte com a proteção dos usuários do serviço, principalmente quanto à qualidade e integralidade de atendimento e não apenas com o capital nacional aplicado na área.<sup>39</sup>

**É exatamente com base nesta *ratio* que se extrai a livre concorrência como interesse base para excepcionar o § 3º do artigo 199 da Constituição Federal.**

#### **1.4.2. Da Livre Concorrência Como Interesse na Saúde Suplementar**

**Entende-se que a restrição ao capital estrangeiro na saúde pública tem como base a soberania nacional, e que, em contra partida, na saúde suplementar a restrição ao capital estrangeiro é pautada na livre concorrência.** Isto porque, a preocupação do constituinte no serviço público próprio está relacionada a prestação Estatal de um direito fundamental, ao passo que no serviço

---

<sup>38</sup> Procuradoria Federal – ANS. **A participação de capital estrangeiro em operadora de plano de saúde com rede próprias de serviços de assistência à saúde e exegese do §3º do artigo 199 da Constituição Federal.** Brasília, 2008. p. 11-12. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 11/12/2012

<sup>39</sup> *Idem.*

de relevância pública, o foco está direcionado à ordem social, ou seja, no serviço em si.

Neste sentido, o princípio da livre concorrência é um desdobramento do princípio da livre iniciativa e encontra-se positivado no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal. À seu respeito, ensina o professor Celso Ribeiro Bastos:

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. **É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, da procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor.** Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.<sup>40</sup> (grifo nosso)

Interpreta-se que o princípio da livre concorrência constitui fundamento, em nome do interesse nacional, para vedar ou autorizar o investimento estrangeiro na assistência a saúde suplementar.

Portanto, no que concerne a norma do §3º do artigo 199 da Constituição Federal, observa-se que **cabe ao legislador infraconstitucional o juízo discricionário de identificar em quais hipóteses a participação de capital estrangeiro na assistência à saúde suplementar é benéfica à livre concorrência.**

Importante notar que o constituinte, ao positivizar o §4º do artigo 173, preocupou-se em reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Logo, não deve apenas o legislador ordinário evitar a eliminação da livre concorrência, mas deve ainda, a estimular.

---

<sup>40</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 7. 2ª Ed. Saraiva, 1990. pg. 25

A lei, portanto, levará em conta se convém ou não permitir a participação de capitais estrangeiros, à luz do interesse nacional, no que diz respeito à livre concorrência.<sup>41</sup>

Isso posto, observa-se que o legislador infraconstitucional usufruiu desta sua competência parlamentar e excepcionou a regra constitucional na Lei nº 9656/98, precisamente no §3º do artigo 1º, ao autorizar o investimento estrangeiro em operadoras brasileiras de planos de saúde.

**Entendeu o legislador neste momento, que a participação de capitais estrangeiros ali seria benéfica a livre concorrência e, em última instância, ao usuário final do serviço.**

Novamente, a inexistência de reserva de mercado ao capital nacional, na saúde suplementar, é extraída a partir do entendimento diferenciado que o dispositivo merece, por se tratar de um serviço de relevância pública ao lado de um serviço público próprio.

Portanto, utilizando o entendimento do eminente procurador federal, João Paulo Pereira de Souza, conclui-se, nestas palavras:

Se o legislador ordinário considera que a participação de capital estrangeiro em operadoras brasileiras de plano de saúde reforça a concorrência, aprimorando a tecnologia e reduzindo custos, em prol do consumidor, encontra-se autorizado pelo legislador constituinte originário (“salvo nos casos previstos em lei”) para legislar segundo essa concepção.

**Daí resulta perfeitamente compatível com a Constituição Federal a norma do §3º do artigo 1º da Lei 9656/98.**<sup>42</sup> (grifo nosso)

#### **1.5. Das Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde com Rede Própria**

Sendo competente o legislador infraconstitucional para excepcionar o §3º do artigo 199 da Constituição Federal, no que concerne a saúde suplementar, nas

---

<sup>41</sup> Procuradoria Federal – ANS. **A participação de capital estrangeiro em operadora de plano de saúde com rede próprias de serviços de assistência à saúde e exegese do §3º do artigo 199 da Constituição Federal.** Brasília, 2008. p. 15-17. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 11/12/2012

<sup>42</sup> *Idem.*

hipóteses em que a presença de capitais estrangeiros for positiva à livre concorrência, e assim entendendo ao autorizar esta participação em operadoras de plano de saúde, resta saber se esta permissão engloba também as operadoras que prestam diretamente este serviço através de rede própria.

Para tanto, observa-se precipuamente o artigo 35-F da Lei nº 9656/98, incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001, que traz a diretriz ao princípio da integralidade para a saúde suplementar, *in verbis*:

Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende **todas as ações necessárias** à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes. (grifo nosso)

A redação do dispositivo supracitado encontra sua fonte de validade no artigo 196 da Carta Magna. Interpreta-se que o legislador aqui, se preocupou com o maior bem jurídico tutelado: o direito fundamental à saúde.

**Neste sentido, ao dispor “todas as ações necessárias”, implicitamente autorizou as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde a prestarem diretamente este serviço através de rede própria.**

Entendimento este inclusive corroborado pela Procuradoria Federal junto à ANS, em parecer nº 348 de 2008, nos seguintes termos:

O art. 35-F da Lei no 9659/98 não tem outra missão senão tornar expressa a diretriz da integralidade para o sistema privado de saúde, com a particularidade de que, no sistema suplementar, a integralidade pode ser atribuída com limites.

(...)

Nesse contexto a norma do art. 34 da Lei no 9659/98, que exige a constituição de pessoa jurídica independente para operar plano de saúde, **não pode ser interpretada de forma a discriminar ações de proteção à saúde.**

A palavra de ordem em qualquer sistema de saúde é integração.

Se há outras atividades que podem ser exercidas com a exploração do produto “plano de saúde” de maneira integrada, ou seja, com redução de custos ou melhoria de qualidade para todas elas, a segregação da atividade de operação de plano de saúde das demais se revela contraproducente tanto em termos econômicos quanto em termos médicos.

(...)

O melhor exemplo que se pode dar é o da pessoa jurídica proprietária de rede hospitalar que pretende operar plano de saúde.

**É nítida a integração da atividade de operação de plano com a atividade de operação de um hospital, com probabilidades de ganhos nos campos da economia e da medicina, o que atende tanto às exigências de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do mercado, quanto às exigências da integralidade, no sentido de não se separar ações de proteção à saúde, caminhado-se sempre no sentido de sua ampliação.** <sup>43</sup> (grifo nosso)

**Ora, se há essa possibilidade, a autorização à participação de capitais estrangeiros em operadoras de plano de saúde, prevista no §3º do artigo 1º da Lei nº 9656/98, por coerência inafastável, se estende as operadoras de plano de saúde que possuem rede própria.**

Afinal, não se deve discutir se a operadora alvo do investimento estrangeiro presta ou não serviços diretos através de rede própria, mas sim se este investimento é benéfico à livre concorrência da saúde suplementar e, por conseguinte, para o usuário final.

---

<sup>43</sup> Procuradoria Federal – **ANS. PARECER nº 348/2008/PROGE/GECOS**. Brasília, 2008. p. 14-20  
Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 20/03/2013

## 2. Do Caso Amil Participações S.A

### 2.1. Da Aquisição do Amil Participações S.A (Amilpar) Pela *United Health Group Incorporated* (UHG)

A Amil Assistência Médica começou a se formar em 1972, quando seu fundador, Dr. Edson de Godoy Bueno, adquiriu uma pequena maternidade em Duque de Caxias, RJ. Em 2009, com a incorporação da Medial Saúde, a Amil se tornou a maior operadora de planos privados de assistência à saúde do país.<sup>44</sup>

Atualmente, a Amil atua nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Minas Gerais, Pernambuco, Bahia, Rio Grande do Norte e no Distrito Federal. **Além da maior operadora de planos de saúde do país, a Amil também é a empresa de saúde com a maior rede própria de hospitais do país, com 22 hospitais em operação e outros 2 em construção.**<sup>45</sup>

Na segunda-feira, dia 08 de outubro de 2012, a Amil Participações S.A informou ao mercado, através de fato relevante, de sua associação com a *United Health Group Incorporated*. Sem dúvida, trata-se de uma associação de gigantes, afinal a Amilpar é a maior operadora de planos de saúde do Brasil, proporcionando planos de saúde e odontológicos, serviços clínicos e hospitalares para mais de 5 milhões de beneficiários. E do outro lado, a UHG, maior empresa de benefícios e serviços de saúde nos Estados Unidos da América.<sup>46</sup>

De acordo com o documento, a transação envolve a aquisição pela UHG de 90% das 359 milhões de ações da Amilpar, por aproximadamente, US\$4,9 bilhões em dinheiro.<sup>47</sup>

O negócio, no entanto, possui duas etapas. A primeira, ocorreu no quarto trimestre de 2012, e foi a aquisição pela UHG de 820.758.710 ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, de emissão da J.P.L.S.P.E Empreendimentos e Participações S.A, acionista controladora da Amilpar, representando,

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Vivian. **UnitedHealth compra Amil em acordo de R\$10bi.** Disponível em <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE89708A20121008>. Último acesso em: 07/03/2013.

<sup>45</sup> **Associação entre a Amil e a United Health Group.** Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2012. Disponível em: [http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index\\_pti.html](http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index_pti.html). Último acesso em: 01/04/2013

<sup>46</sup> Fato Relevante. **Associação com a United Health Group.** Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2012. Disponível em: [http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index\\_pti.html](http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index_pti.html). Último acesso em: 01/04/2013

<sup>47</sup> *Idem.*

aproximadamente 85,5% do seu capital social total e votante e, equivalente a, aproximadamente, 58,9% do capital total e votante da Amilpar.

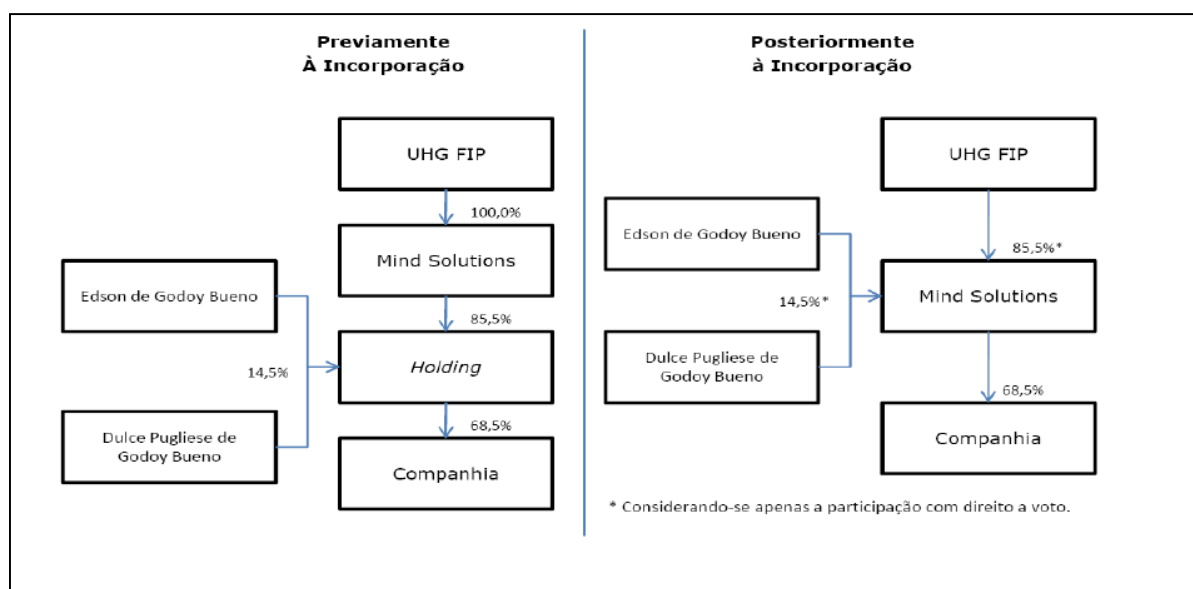
A segunda etapa do acordo, ocorreu no primeiro trimestre de 2013, e envolve por sua vez, uma oferta pública de aquisição (OPA) para assumir os aproximadamente 30% restantes, detidos pelos acionistas minoritários.

O valor de aquisição das ações ordinárias da Amilpar (BM&FBOVESPA: AMIL3) a ser pago pela UHG foi equivalente a R\$7,917426 por ação ordinária da J.P.L.S.P.E Empreendimentos e Participações S.A e R\$30,75000 por ação ordinária de emissão da Amilpar.<sup>48</sup>

Sendo assim, a Amilpar passou por uma reorganização societária. A *United Health Group Incorporated*, companhia *offshore*, possui um fundo de investimento em participações (FIP) denominado Polar II. Este FIP é o veículo de investimento controlador da sociedade empresaria Mind Solutions S.A., que por sua vez, incorporou a holding J.P.L.S.P.E Empreendimentos e Participações S.A, sucedendo assim em todos seus direitos e obrigações, incluindo a participação societária direta na Amilpar.<sup>49</sup>

Conforme publicado em Comunicado ao Mercado pela Amilpar, segue quadro comparativo da estrutura societária antes e depois da incorporação:

50



<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> Comunicado ao Mercado. **Reorganização Societária da Acionista Controladora.** Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2012. Disponível em: [http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index\\_pti.html](http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index_pti.html). Último acesso em: 01/04/2013

<sup>50</sup> *Idem.*



## 2.2. Do Posicionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar

A lei nº 9961 de 2000, responsável pela criação da ANS, dispõe taxativamente em seu inciso XXII do artigo 4º, com redação dada pela Medida Provisória 2.177-44 de 2001, que compete a Agência autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário.

Sendo assim, no usos de suas atribuições, o órgão regulador edita, em 2011, a Resolução Normativa nº 270, e em 2012, precisamente nos dias 17 e 18 de julho, a Resolução Normativa nº 299 e a Instrução Normativa nº 49 respectivamente. Todas dispõem sobre os requisitos mínimos para a autorização pela ANS dos atos que disponham sobre alteração ou transferência de controle societário, incorporação, fusão ou cisão.

Interessante notar, que a Resolução Normativa nº 270, não previa em seu texto normativo original, a possibilidade de participação de capital estrangeiro. Foi apenas no ano seguinte, justamente 81 dias antes da Amilpar divulgar ao mercado o acordo com a UHG, que editou-se estes critérios.

Ora, coincidência ou não, fato é que para a ANS a operação da Amil preencheu os requisitos mínimos normativos. Em nota oficial no site da Agência, publicado no dia 22 de outubro de 2012, declara, nestas palavras:

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), após as devidas análises técnicas, aprovou a transferência do controle societário das operadoras de planos de saúde controladas pela Amil Participações S/A para a operadora norte-americana UnitedHealthcare.<sup>51</sup>

Outrossim, a Amilpar comunicou ao mercado no dia 26 de outubro de 2012, na forma de fato relevante, que estava conclusa a transferência do controle para a UHG, conforme autorização do órgão regulador.

---

<sup>51</sup> **ANS aprova aquisição da Amil pela United HealthCare.** Data de publicação: 22/10/12. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Último acesso em: 1/04/13.

No que concerne a nota oficial, a ANS justifica que a autorização se deu com base no § 3º do artigo 1º da Lei nº 9.656 de 1998, na Resolução Normativa nº 270 e na Instrução Normativa nº 49, da ANS e em manifestação da Procuradoria Federal junto à ANS do ano de 2008 sobre a exegese do § 3º do artigo 199 da Constituição Federal.

Ainda em nota, observa-se a preocupação da ANS ao salientar que ficam integralmente preservados os direitos dos consumidores e prestadores como usuários final do serviço. Reforça, repetidamente, que não há qualquer alteração para os beneficiários das operadoras que pertencem à Amil Participações S/A, assim como para os prestadores de serviços.

Neste sentido, percebe-se como **o posicionamento da ANS coaduna-se com o entendimento extraído do §3º do artigo 199 da Constituição Federal, ou seja, da preservação da livre concorrência com base no interesse nacional. É exatamente como conclui a nota, *in verbis*:**

A Agência Nacional de Saúde Suplementar considera que este tipo de negociação – amparada pela legislação vigente – **pode ser positiva para o beneficiário** de planos de saúde no Brasil na medida em que **aumentar o nível da concorrência no setor**. (grifos nosso)

## Conclusão

Perante todo o exposto, aduz-se as seguintes conclusões genéricas:

a) a vedação à participação direta ou indireta de capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, prevista no §3º do artigo 199 da Constituição Federal de 1988, foi positivada pelo constituinte originário, em um contexto de redemocratização pós um regime militar que durou de 1964 até 1985. Portanto, criou-se esta reserva de mercado para proteger a assistência à saúde do controle estrangeiro.

b) na tentativa de inserir o país no mercado globalizado, sob o prisma capitalista, o constituinte derivado vem se utilizando de Emendas Constitucionais, como a 06/1995, para flexibilizar regras protecionistas e xenofóbicas, liberando o Brasil à desenvolver e modernizar sua economia.

c) ao positivizar a vedação contida no §3º do artigo 199 da Carta Magna, o constituinte originário criou um norma constitucional de eficácia contida negativa. Assim sendo, cabe ao legislador ordinário detectar em quais hipóteses, segundo a *intentio constitutionis*, é cabível a exceção;

d) nos domínios da análise sistemática, aplicando-se uma interpretação inversa do artigo 171 da Constituição Federal, observa-se que a restrição ao capital estrangeiro na saúde configura-se, de fato, como uma vedação relativa, na medida em que é possível esta participação, desde que seja realizada através de empresas brasileiras, ou seja, constituída sob o ordenamento jurídico pátrio e cuja sede e administração seja localizada em território nacional, e que sejam efetivamente controladas por pessoas físicas domiciliadas e residentes no Brasil;

e) ainda nos domínios da análise sistemática, extrai-se que a Constituição Federal adotou um modelo dicotômico de assistência à saúde no país – a saúde pública como serviço público próprio e a saúde suplementar como serviço de relevância pública. Neste sentido, a inteligência exegética do §3º do artigo 199, deve respeitar esse modelo dicotômico. O legislador ordinário ao excepcionar a norma constitucional, deve se basear em princípios distintos;

f) nessa esteira da hermenêutica jurídica, aplicando-se o método teleológico, entende-se que foi o interesse nacional que levou o constituinte originário a positivizar a restrição ao capital estrangeiro na saúde;

g) no que tange a saúde pública, como serviço público próprio, prestado diretamente pelo Estado através do SUS, a vedação ao capital estrangeiro se dá com base na soberania nacional, em homenagem ao interesse nacional. Exceção vista apenas sobre a forma de cooperação-técnica;

h) em contra partida, na saúde suplementar, a mesma vedação constitucional atende ao reclamos da livre concorrência à luz do interesse nacional, exatamente por merecer uma análise dicotômica em atenção a peculiar condição, já ressaltada, de se ter um serviço de relevância pública ao lado de um serviço público próprio;

i) nesse norte, o legislador ordinário usufruiu de seu poder parlamentar discricionário e excepcionou a vedação constitucional ao positivizar o §3º do artigo 1º da Lei no 9656/98, com a redação da Medida Provisória nº 2177-44/01, ao permitir que pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior constituam ou participem do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde;

j) embora o texto normativo do dispositivo supracitado, não disponha sobre operadoras com rede própria, entende-se com base na previsão do artigo 35-F, que permite as operadoras possuírem rede própria sem necessidade de constituir pessoa jurídica independente, e não havendo razão, à luz do princípio da livre concorrência, que se faça esta distinção, que a compatibilidade constitucional da exceção em comento se estende as operadoras com rede própria.

l) a ANS, como órgão regulador responsável pela normatização, fiscalização e controle do mercado de saúde suplementar no país, fixou entendimento no sentido de ser possível a participação de capitais estrangeiros em operadoras de plano de saúde com rede própria, desde que esta participação seja benéfica a livre concorrência e preserve os direitos dos consumidores e prestadores, como usuários finais do serviço.

m) neste sentido, aprovou a aquisição da Amilpar pela UHG. Maior operação na história do país por envolver a maior operadora brasileira, com 22 hospitais próprios.

Especificamente, respondendo as questões fundamentais, **conclui-se ser possível a participação de capital estrangeiro em operadoras de planos privados de assistência saúde com rede própria. Ademais, a Agência Nacional de Saúde Suplementar autoriza esta participação, em exceção a vedação**

**constitucional, desde que seja benéfica a concorrência e seja preservados direitos do consumidor e dos prestadores de serviço como usuários finais.**

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ANS aprova aquisição da Amil pela *United HealthCare*.** Data de publicação: 22/10/12. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Último acesso em: 1/04/13.

**Associação entre a Amil e a *United Health Group*.** Data de publicação: 08/10/12. Disponível em: [http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index\\_pti.html](http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index_pti.html). Último acesso em: 01/04/2013

BAGNOLI, Vicente. **Direito e Poder Econômico.** Série Leitura Jurídicas. Vol. 29. 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil.** Vol. 7. 2ª Ed. Saraiva, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

CAETANO, Rodrigo. **A operação bilionária da Amil.** Revista Istoé Dinheiro. Ed. 17/10/12, Editora Três.

Comunicado ao Mercado. **Reorganização Societária da Acionista Controladora.** Data de publicação: 30/10/12. Disponível em: [http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index\\_pti.html](http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index_pti.html). Último acesso em: 01/04/2013

**Constituição Brasileira de 1988.** Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Constituição\\_brasileira\\_de\\_1988#cite\\_note-InfoEscola-1](http://pt.wikipedia.org/wiki/Constituição_brasileira_de_1988#cite_note-InfoEscola-1) Último acesso em: 25/05/2013

COSTA, Marcus Vinicius Siqueira da. **Interpretação Histórica e Evolutiva.** <http://amigonerd.net/humanas/direito/a-interpretacao-historica-e-evolutiva>. Último acesso em: 25/05/2013

Fato Relevante. **Associação com a *United Health Group*.** Data de publicação: 08/10/12. Disponível em: [http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index\\_pti.html](http://www.amilpar.com.br/amilpar/web/index_pti.html). Último acesso em: 01/04/2013

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Volume 2, 2ª Ed. Saraiva, 1999.

**Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Disponível em: [http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito\\_Constitucional/Hermen\\_utica\\_e\\_interpreta\\_\\_o\\_constitucional.htm](http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Hermen_utica_e_interpreta__o_constitucional.htm). Último acesso em: 18/03/13

**Hermenêutica jurídica**. Data de publicação: 25/01/13. Disponível em: [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org). Último acesso em: 07/03/13.

**Histórico da ANS**. Data de publicação: 22/10/12. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Último acesso em: 07/03/13.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Volume 1, 2ª Ed. Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer – **Inteligência do artigo 199, §3º, da C.F. – hipóteses em que o capital estrangeiro pode ser admitido na assistência à saúde**. Clubjus, Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/>. Último acesso em: 08/03/13

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 Ed. Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23º Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3º Ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

**O capital estrangeiro e suas repercussões na ordem jurídica/econômica nacional**. Data de Publicação: 02/06/2012. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-capital-estrangeiro-e-suas-repercussoes-na-ordem-juridica-economica-nacional/90107/>. Último acesso em: 26/05/2013

PACIEVITCH, Thaís. **Constituição de 1988.** Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1988/>. Último acesso em: 25/05/2013

PEREIRA, Vivian. **UnitedHealth compra Amil em acordo de R\$10bi.** Disponível em <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE89708A20121008>. Último acesso em: 07/03/2013.

Procuradoria Federal – ANS. **A participação de capital estrangeiro em operadora de plano de saúde com rede próprias de serviços de assistência à saúde e exegeese do §3º do artigo 199 da Constituição Federal.** Brasília, 2008. p. 02. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 11/12/12

Procuradoria Federal – ANS. **PARECER nº 348/2008/PROGE/GECOS.** Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Último acesso em: 20/03/2013

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31ª Ed. São Paulo, Melheiros Editores, 2008.

SUNDFEL, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. **CAPITAL ESTRANGEIRO NA SAUDE: Qual a política da Constituição Brasileira?** Revista *Just e Societatis*. Disponível em: <http://jus-et-societatis.blogspot.com.br>. Último acesso em: 07/03/2013.

**UnitedHealth compra a Amil em operação de R\$9.8 bi.** Data de publicação: 09/10/12. Disponível em: [www.salussemarangoni.com.br](http://www.salussemarangoni.com.br). Último acesso em: 11/11/12.