



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS

PARECER n. 00002/2017/CPCV/PGF/AGU

NUP: 23038.005219/2012-15

INTERESSADOS: CAPES - DIRETORIA DE GESTÃO

ASSUNTOS: CONVÊNIO

EMENTA:

- I. Câmara Permanente de Convênios. Controvérsia jurídica relevante entre órgãos integrantes da Advocacia-Geral da União. Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.
- II. Direito Administrativo . Assistência à saúde dos servidores federais (art. 230 da Lei 8.112/90). Regra geral de licitação prévia, dada a característica tipicamente contratual da relação jurídica.
- III. Entidades prestadoras do serviço suplementar de saúde classificadas segundo as regras da ANS como operadoras de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão. Possibilidade da celebração de convênios (art. 230, § 3º, I, da Lei 8.112/90, c/c art.1º, I, do Decreto n. 4.978/2004).
- IV. Requisitos para a celebração do convênio. Gestão participativa. Caracterização das entidades ou órgãos patrocinadores da entidade de autogestão. Precedentes do TCU e do STF.
- V. Análise desses requisitos, em cada caso, de competência da autarquia ou da fundação pública interessada, como o auxílio jurídico dos órgãos de execução da PGF.

Ilmo. Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

I – RELATÓRIO

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

- I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e
- III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o aclaramento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. O caso ora em exame foi provocado pela Procuradoria Federal junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES - que, instada a se pronunciar sobre pretensão de celebração de convênio entre aquela autarquia e a Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda - ASSEFAZ, para proporcionar aos servidores, ativos e inativos, e seus respectivos dependentes a possibilidade de ingresso nos planos de saúde administrados pela ASSEFAZ, concluiu que "não é possível afirmar que a ASSEFAZ se trata de uma entidade de *autogestão*, em que se assegura a *gestão participativa*, na forma prevista no inciso I do artigo 1º do Decreto nº 4.978/2004", razão pela qual "a celebração de convênio (...) não se mostra juridicamente viável" (Parecer n. 00035/2015/CMA/PFCAPES/PGF/AGU).

4. Após devolução à administração da Capes, esta apontou, por meio da NOTA TÉCNICA Nº 2/2016/DSO/CDP/CGGP/DGES, também anexada aos autos, divergência entre entendimentos jurídicos acerca do tema, mencionando, no que tange às competências da PGF, o Parecer nº 275/2015/PF-FNDE/PGF/AGU, da Procuradoria Federal junto ao FNDE, também juntado a estes autos eletrônicos, solicitando assim o reexame jurídico pela PF-CAPES, o que resultou na remessa dos autos ao Departamento de Consultoria da PGF.

5. É o relatório.

II – COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE CONVÊNIOS DA PGF

6. Submetida a controvérsia originada na Capes ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, este entendeu ser matéria de competência da Câmara Permanente de Convênios do Departamento de Consultoria da PGF, nos moldes do art. 12 da Ordem de Serviço/DEPCONSU nº 17, de 31 de agosto de 2016, *verbis*:

"Art. 12. Compete às Câmaras Permanentes que integram o DEPCONSU, nos termos do art. 36 da Portaria PGF nº 338, de 2016:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal;

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal."

7. O tema, de fato, subsume-se às hipóteses previstas na Portaria PGF nº 98, de 2013, e portanto é afeto a esta Câmara Permanente de Convênios da PGF. Convém ressaltar, todavia, que esta manifestação jurídica exarada pela Câmara não substitui o Parecer próprio, do Órgão de Execução da PGF junto à autarquia ou fundação federal, quanto ao caso concreto, para os fins do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8666, de 1993 (que se aplica aos convênios por força do art. 116 do mesmo diploma legal).

8. Nesse sentido, esclarece-se que os pareceres das Câmaras do Departamento de Consultoria da PGF têm uma estrita competência de uniformização de temas **em tese**, para que, ao final, sejam produzidas conclusões aptas a subsidiar os Membros da PGF junto aos Órgãos de Execução a cumprirem seu mister próprio de emissão prévia de parecer jurídico a quaisquer ajustes da Administração Pública, por força do que consta nos mencionados dispositivos da Lei nº 8666, de 1993.

9. É dentro dos limites acima apontados que se produz esta manifestação, sem, portanto, adentrar às nuances e peculiaridades do caso concreto, matéria de competência consultiva das procuradorias federais junto às entidades da Administração Indireta. Tais competências do Departamento de Consultoria da PGF e dos Órgãos de Execução da PGF junto às autarquias e fundações públicas federais brasileiras exsurgem das Portarias PGF nº 526, de 2013, e 338, de 2016.

10. Os presentes autos foram distribuídos eletronicamente a este Parecerista em 24 de março de 2017, e, diante da impossibilidade de comparecimento à reunião de abril da Câmara Permanente de Convênios, é submetido a debate e aprovação na reunião de 9 de maio do corrente ano.

III – MÉRITO

11. Como dito acima, a controvérsia apontada pela PF-CAPES recai sobre a possibilidade (validade) de celebração de convênios com entidades de assistência à saúde classificadas como de autogestão. Nos autos que deram origem à controvérsia, foi discutida a validade de celebração de convênio com a Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda - Fundação ASSEFAZ.

12. Foram apontadas, na irresignação da administração da CAPES (NOTA TÉCNICA N° 2/2016/DSO/CDP/CGGP/DGES), divergências entre as manifestações da PF-CAPES (Pareceres n. 00035/2015/CMA/PFCAPES/PGF/AGU e n. 00097/2015/CMA/PFCAPES/PGF/AGU) com outras manifestações jurídicas emanadas por órgãos da Advocacia-Geral da União (Pareceres n°s 275/2015/PF-FNDE/PGF/AGU, SAJ N° 502/2015 – JARM, e n° 113/2015/DAJI/SGCS/AGU-GFF). Todas essas manifestações estão digitalizadas e anexadas neste NUP. No que tange aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, apontou-se que a controvérsia cinge-se ao entendimento da PF-CAPES e o entendimento da PF-FNDE consignada no parecer n° 275/2015/PF-FNDE/PGF/AGU.

13. Convém que se inicie a análise pelo inventário da legislação que rege a matéria, tal como fizeram as manifestações acima apontadas.

14. A regulação básica da assistência à saúde do servidor é da Lei Lei 8.112/90, no art. 230:

"Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei n° 11.302 de 2006)

(...)

§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a: (Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006)

I - celebrar convênios exclusivamente para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, **com entidades de autogestão por elas patrocinadas** por meio de instrumentos jurídicos efetivamente celebrados e publicados até 12 de fevereiro de 2006 e que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, sendo certo que os convênios celebrados depois dessa data somente poderão serem na forma da regulamentação específica sobre patrocínio de autogestões, a ser publicada pelo mesmo órgão regulador, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da vigência desta Lei, normas essas também aplicáveis aos convênios existentes até 12 de fevereiro de 2006; (Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006) grifo nosso

II - contratar, mediante licitação, na forma da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador; (Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006)

(...)

§ 5º O valor do ressarcimento fica limitado ao total despendido pelo servidor ou pensionista civil com plano ou seguro privado de assistência à saúde.(Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006).".

15. Essa norma é regulamentada pelo Decreto n. 4.978, de 3 de fevereiro de 2004, cujo excertos mais importantes são abaixo transcritos:

Art. 1º A assistência à saúde do servidor ativo ou inativo e de sua família, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações, será prestada mediante: (Redação dada pelo Decreto nº 5.010, de 2004)

I - convênios com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa; ou (Incluída pelo Decreto nº 5.010, de 2004)

II - contratos, respeitado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Incluída pelo Decreto nº 5.010, de 2004)

§ 1º O custeio da assistência à saúde do servidor de que trata o caput deste artigo é de responsabilidade da União, de suas autarquias e fundações e de seus servidores.

§ 2º O valor a ser despendido pelos órgãos e entidades da administração pública federal, suas autarquias e fundações públicas, com assistência à saúde de seus servidores e dependentes, não poderá exceder à dotação específica consignada nos respectivos orçamentos.

§ 3º Em nenhuma hipótese poderá qualquer beneficiário usufruir mais de um plano de assistência à saúde custeado, mesmo que parcialmente, com recursos provenientes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Art. 2º Fica autorizada a inclusão de pensionistas de servidores abrangidos por este Decreto nos respectivos planos de assistência à saúde, desde que integralmente custeada pelo beneficiário.

Art. 3º Compete à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão supervisionar os convênios celebrados na forma do art. 1º e expedir as normas complementares à execução deste Decreto.

(...)

16. Portanto, uma primeira delimitação é que convênios com entidades de saúde suplementar para prestação de assistência à saúde dos servidores só podem ocorrer com entidades de autogestão por elas patrocinadas.

17. A regulamentação específica das entidades de autogestão é a Resolução Normativa nº 137/2006, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que delimita o conceito jurídico de tais entidades:

Art. 2º Para efeito desta resolução, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão:

(...)

II - a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: (Redação dada pela Resolução Normativa DC/ANS nº 148, de 03.03.2007, DOU 02.04.2007)

a) empregados e servidores públicos ativos da entidade pública patrocinadora; (Redação dada à alínea pela Resolução Normativa DC/ANS nº 148, de 03.03.2007, DOU 02.04.2007)

b) empregados e servidores públicos aposentados da entidade pública patrocinadora;

c) ex-empregados e ex-servidores públicos da entidade pública patrocinadora;

d) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;

e) sócios ou associados da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão; (Redação do inciso dada pela Resolução Normativa DC/ANS Nº 355 DE 12/09/2014).

f) empregados e ex-empregados, administradores e ex-administradores da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão; (Redação dada à alínea pela Resolução Normativa DC/ANS nº 272, de 20.10.2011, DOU 21.10.2011)

g) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; (Alínea acrescentada pela Resolução Normativa DC/ANS nº 148, de 03.03.2007, DOU 02.04.2007)

h) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão ou a sua entidade patrocinadora ou mantenedora; (Redação dada à alínea pela Resolução Normativa DC/ANS nº 272, de 20.10.2011, DOU 21.10.2011)

i) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; (Redação dada à alínea pela Resolução Normativa DC/ANS nº 272, de 20.10.2011, DOU 21.10.2011)

j) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consangüíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; (Redação do inciso dada pela Resolução Normativa DC/ANS Nº 355 DE 12/09/2014).

k) as pessoas previstas nas alíneas "e", "f", "h", "i"e "j" vinculadas ao instituidor desde que este também seja patrocinador ou mantenedor da entidade de autogestão; ou (Alínea acrescentada pela Resolução Normativa DC/ANS nº 272, de 20.10.2011, DOU 21.10.2011)

(...)

Art. 4º O ato constitutivo da entidade de autogestão deverá conter o critério e a forma de participação dos beneficiários titulares que contribuam para o custeio do plano, bem como do mantenedor ou patrocinador, na composição dos seus órgãos colegiados de administração superior. (Redação dada ao artigo pela Resolução Normativa DC/ANS nº 148, de 03.03.2007, DOU 02.04.2007) grifo nosso

(...)

Art. 12. Para efeito desta resolução, considera-se:

I - instituidor: a pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins econômicos, que cria a entidade de autogestão;

II - mantenedor: a pessoa jurídica de direito privado que garante os riscos referidos no caput do art. 5º mediante a celebração de termo de garantia com a entidade de autogestão; e

III - patrocinador: a instituição pública ou privada que participa, total ou parcialmente, do custeio do plano privado de assistência à saúde e de outras despesas relativas à sua execução e administração.

(...)

Art. 13. A formalização da condição do patrocinador será efetivada por meio de convênio de adesão.

Parágrafo único. O convênio de adesão é o instrumento por meio do qual as partes pactuam direitos e obrigações recíprocos para a administração e execução do plano privado de assistência à saúde.

(...)

Art. 15. Quando o patrocinador for instituição pública, a formalização dessa condição será efetivada por meio de convênio, nos termos do inciso I do § 3º do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990.

18. Num nível abaixo, a Portaria Normativa nº 5, de 11 de outubro de 2010, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC sobre a assistência à saúde suplementar do servidor ativo, inativo, seus dependentes e pensionistas. No que interessa mais diretamente à presente análise, extraem-se os seguintes trechos:

Art. 1º Os procedimentos adotados pelos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal – SIPEC, relativos à assistência à saúde suplementar do servidor ativo ou inativo, seus dependentes e pensionistas, deverão observar as disposições desta Portaria.

Parágrafo único. Os servidores ativos e inativos, seus dependentes e pensionistas referidos no caput são considerados beneficiários, para efeitos desta Portaria.

Art. 2º A assistência à saúde dos beneficiários, a cargo dos órgãos e entidades do SIPEC, será prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS e, de forma suplementar, mediante:

I - convênio com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão;

II - contrato com operadoras de plano de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

III - serviço prestado diretamente pelo órgão ou entidade; ou

IV – auxílio de caráter indenizatório, por meio de ressarcimento.

§ 1º Nos casos de serviço prestado diretamente, cada órgão ou entidade do SIPEC deverá editar um regulamento ou estatuto de gestão própria, observadas as normas previstas nesta Portaria, ressalvados os casos previstos em lei específica.

§ 2º A celebração de convênios com operadoras de plano de assistência à saúde organizadas na modalidade de autogestão somente é cabível entre o órgão e a entidade por ele patrocinada.

(...)

Art. 10. O custeio da assistência à saúde suplementar dos beneficiários constantes do art. 4º desta Portaria é de responsabilidade da Administração Pública Federal direta, de suas autarquias e fundações, no limite do valor estabelecido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, condicionado à disponibilidade orçamentária, e dos servidores, ressalvados os casos previstos em lei específica.

§ 1º O valor a ser despendido pelos órgãos e entidades do SIPEC com assistência à saúde suplementar terá por base a dotação específica consignada nos respectivos orçamentos.

§ 2º O valor da contrapartida de responsabilidade dos órgãos e entidades do SIPEC, definida no Orçamento Geral da União, terá como base o número de beneficiários regularmente inscritos no plano de assistência à saúde suplementar, observadas as disposições do art. 4º desta Portaria, e será repassada à operadora na data estabelecida no respectivo convênio ou contrato.

Art. 11. A contribuição mensal do titular do benefício, destinada exclusivamente ao custeio da assistência à saúde suplementar, corresponderá a um valor fixo definido em convênio ou contrato, observado o disposto em cláusulas de convênios, dos regulamentos ou estatutos das entidades.

§ 1º Os valores de contribuição referentes ao plano de saúde suplementar poderão ser consignados em folha de pagamento dos servidores ativos, inativos e pensionistas, de acordo com o disposto na legislação vigente.

§ 2º A atualização das contribuições a que se refere o caput será efetuada mediante a apresentação ao órgão competente das planilhas demonstrativas de custos assistenciais dos planos de saúde apresentados para os órgãos e entidades do SIPEC.

§ 3º Eventual participação no custo dos serviços utilizados não poderá ser cobrada mediante consignação em folha de pagamento, até regulamentação específica da matéria.

(...)

Art. 13. Caberá aos órgãos e entidades do SIPEC a supervisão dos convênios e contratos referidos nesta Portaria.

Art. 14. Para o cumprimento do disposto no artigo anterior, cada órgão ou entidade do SIPEC designará um representante para atuar junto à operadora conveniada ou contratada, nos termos dos convênios e contratos.

Art. 15. No cumprimento de sua atividade supervisora, a Secretaria de Recursos Humanos poderá solicitar, a qualquer tempo, documentos e informações sobre a gestão dos convênios e contratos aos órgãos e entidades do SIPEC.

(...)

DOS CONVÊNIOS

Art. 16. Para a celebração de convênios com a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações, as operadoras de planos de saúde deverão atender as seguintes condições:

I - ser classificada como entidade de autogestão, nos termos das normas estipuladas pela ANS; e

II - não ter finalidade lucrativa.

(...)

Art. 31. A partir do exercício de 2010, os recursos orçamentários para o custeio da saúde suplementar do servidor serão calculados mensalmente com base no número de beneficiários (servidor ativo, inativo, seus dependentes e pensionistas) devidamente cadastrados no SIAPE e o valor per capita estabelecido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades do SIPEC ficam obrigados a atualizar o módulo de dependentes no SIAPE, e o cadastro dos servidores ativos, inativos e pensionistas titulares dos planos de saúde.

19. Todas as normas, portanto, apontam para a regra geral de licitação com uma única exceção: a entidade prestadora do serviço suplementar de saúde ser classificada como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão (art. 2º, II, da Resolução Normativa nº 137/2004, da ANS).

20. A ideia central por trás da autogestão em saúde suplementar é a de gestão e manutenção dos planos de saúde pela própria entidade mantenedora, pelos empregados, servidores e dependentes associados aos planos ou pela cooperação de ambos (co-participação). Como a autogestão visa prestar adequada assistência à saúde a participantes específicos (empregados de uma empresa, servidores de um órgão ou entidade da Administração pública, etc.), essa modalidade de saúde suplementar visa sempre: (a) permitir que os planos se adequem às necessidades da população assistida, oferecendo uma cobertura adequada ao perfil de seus beneficiários; (b) possibilitar que o plano tenha um custo acessível a esse público assistido, preferencialmente menor que as empresas abertas ao mercado de consumo. A necessária realização desses fins é a causa suficiente para a existência dos dois requisitos de classificação de uma entidade de saúde suplementar como de autogestão:

I - Ser uma entidade sem fins lucrativos; e

II - Garantir a participação dos beneficiários na gestão de seu próprio plano de saúde.

21. Em outros termos, o que a legislação vigente deixa claro é que não havendo esses motivos a justificar a celebração de convênio, a regra é a licitação para a contratação de saúde suplementar para prestação de assistência à saúde do servidor.

22. A licitação, afinal, é garantia constitucional de concretização do princípio da imparcialidade, na medida em que tem por escopo garantir a neutralidade da atuação administrativa, fixando como única finalidade do contrato a realização do interesse público, no caso a seleção da proposta mais vantajosa da Administração. Entende-se mais, que a obrigatoriedade da licitação é expressão jurídica do princípio da moralidade (Carlos Pinto Coelho Mota, *O princípio da moralidade e a prorrogação emergencial de contratos administrativos*, 2005, p. 6), e por isso mesmo deve ser a regra geral: as exceções, quando houver, comportam uma interpretação restritiva e limitada, em situações nas quais, comprovadamente, o certame seja inviável ou desvantajoso para a Administração. Para Vera Lúcia Machado D'Ávila ("Dispensa e inexigibilidade. Conceito. Distinção. Impossibilidade de utilização indiscriminada", in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2005, p. 110-111), a previsão de possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação "não visa dar ao administrador cartão verde para que possa, a seu talante, evitar o procedimento licitatório, pois, como já afirmamos alhures, a regra para o Poder Público é a de realização da licitação para dar-se a escolha, dentre vários concorrentes, tratados em igualdade de condições, do que melhor se propuser a atender ao interesse público declarado".

23. Além das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, também se afasta a regra geral de licitação quando o negócio jurídico a ser celebrado pela Administração for de natureza associativa, isto é, um ajuste no qual prevaleça o *animus* de recíproca cooperação entre as partes. É pressuposto desse tipo de avença que os pactuantes visem à consecução de determinado fim de seu interesse comum, sempre submetido ao interesse coletivo. Em todo o tratamento legislativo dado à matéria revela-se essa diferença fundamental entre contrato e convênio. A começar pelo art. 116 da Lei 8.666/93, que ao estabelecer a aplicabilidade da lei "no que couber, aos convênios", reafirma o convênio não como espécie de contrato, mas como instituto autônomo do direito administrativo, inclusive conceituado na legislação que se segue à referida lei. No decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, o instituto é definido como o negócio jurídico que visa a realização "de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de **interesse recíproco, em regime de mútua cooperação**" (grifo nosso). Os termos da norma não deixam qualquer dúvida: até a última frase (grifada) tudo o que ali consta pode ser usado para definir alguma espécie contratual. Todavia, ao final da definição consta a diferença específica em duas expressões: Interesse recíproco e mútua cooperação.

24. O instituto é, pois, o elemento definidor do convênio: na sua ausência, resta descaracterizada a mútua cooperação para a realização do interesse comum, devendo o negócio jurídico ser classificado nas categorias contratuais, independentemente do *nomen juris*. Nesse sentido, aliás, confira-se o Acórdão n.º 685/2013 – TCU – 2ª Câmara: nesse processo, o Ministério Público junto ao TCU proferiu parecer cujos termos foram seguidos pela Corte e do qual citam-se os seguintes trechos relevantes para a compreensão do ponto aqui discutido:

"No mundo do direito, pouco importa a designação dada a determinado ajuste; o essencial é analisar a sua natureza, para daí classificá-lo no arcabouço jurídico. Por exemplo, no sistema normativo brasileiro, a transferência de bens mediante contraprestação em dinheiro constitui operação de compra e venda, ainda que seja denominada doação; igualmente, rendimentos são valores recebidos em decorrência do trabalho, independentemente de como venham a ser chamados, e assim por diante.

Como é cediço, no convênio, os objetivos das partes envolvidas são recíprocos e a cooperação mútua. Já no contrato administrativo, os interesses das partes não são necessariamente convergentes: o órgão ou a entidade almeja a realização de um objeto de que necessita e o contratado se importa com o valor do correspondente pagamento pela entrega de bens ou prestação de serviços. Assim, mesmo que certo instrumento venha a ser denominado contrato e do seu conteúdo se extraia a essência de um convênio, é como tal que deve ser considerado."

25. E outra não podia ser a interpretação. Afinal, ao predefinir com quem celebrará convênio ou contratará, a Administração estará disposta do serviço para uma pessoa ou um grupo específico. Em outras palavras, estará (re)definindo o interesse público autorizador da ação administrativa. Sem autorização legal para fazê-lo, a Administração simplesmente nega validade ao princípio da indisponibilidade do interesse público (além de preterir os que ficarem de fora do convênio ou do contrato), em razão do mandamento fundamental contido no inciso II do art. 5º da Constituição: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Ainda que se possa afirmar que cabe à Administração ter certas opções discricionárias na realização do interesse público que lhe

fora confiado por lei, a legalidade se impõe como limite dessa discricionariedade, invalidando as opções não fundamentadas na lei. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

"[...] é função da norma legal, ao enunciar um interesse público específico, cometer ao Estado, através de qualquer de suas entidades e órgãos, ou mesmo a particulares, o encargo finalístico de satisfazê-lo, definindo, em consequência, competências, condições de proteção e os direitos e deveres jurídicos correlatos.

Uma vez determinados pela ordem jurídica o binômio - interesse público e competência orgânico-funcional atribuída à Administração Pública - para a sua ação satisfativa, origina-se para esta um inafastável dever de atuar na sua prossecução. Vale dizer que, cometida certa competência a entidade, órgão ou agente públicos, não mais lhes cabe senão exercê-la, pois o interesse público específico se torna indisponível para a Administração Pública, não importando de que natureza seja: patrimonial, fazendário, moral, estético, etc.

Em decorrência, a Administração não pode desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe foram confiados, embora isso não a tolha de escolher, respeitados os limites da própria lei e do Direito, como, quando e de que modo realizá-los - vale dizer, as opções discricionárias para a escolha dos meios e das oportunidades para lograr os melhores resultados - ou seja, praticar a boa administração." (*Curso de Direito Administrativo*, 15^a ed., p. 98).

26. Todo o discurso jurídico construído no direito administrativo brasileiro caminhou pela via que define o instituto do convênio como negócio jurídico bilateral ou multilateral no qual há interesses comuns de todas as partes (sendo essa a sua nota distintiva do contrato). Por isso - e aqui volta-se ao caso sob análise - a necessidade de que a entidade de autogestão seja efetivamente patrocinada pelo órgão ou entidade celebrante do convênio e que haja participação dos beneficiários na gestão de seu próprio plano de saúde, já que é isso o que caracteriza o interesse comum autorizador do convênio. Qualquer operação hermenêutica que relativize essa conclusão despreza a delimitação do tema dada pelo ordenamento vigente. A interpretação deve decorrer desse discurso jurídico precedente, garantindo o respeito à unidade, à coerência e à integridade desse discurso jurídico. Lênio Streck pontua esses conceitos e sua importância:

"[...] uma aplicação integrativa e coerente do direito deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. [...] Já a integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade, que, no mais das vezes, é variante da discricionariedade." (*Verdade e Consenso*, 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 376).

27. Não há liberdade no exercício da interpretação. Não há sequer escolha, já que a decisão jurídica de entender e aplicar uma norma de uma determinada maneira, sendo uma continuidade do ordenamento jurídico construído, deve decorrer, eliminando toda e qualquer subjetividade, parcialidade ou, no limite, arbitrariedade incompatíveis com um Estado Democrático de Direito. A decisão administrativa se dá, portanto, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que já existe, e que consiste na compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito vigente (Lenio Streck, *Decido conforme a minha consciência?*, 4^a ed., 2013, p. 108).

28. A Administração Pública não pode interpretar as normas referentes a convênios como se o ordenamento jurídico estivesse "à sua disposição" para que se chegue a qualquer resultado. Há que se atentar para a necessária motivação intrínseca ao processo hermenêutico: se toda e qualquer decisão jurídica tem pretensão de retidão (no duplo sentido de verdade formal e de validade normativa), não se pode exercê-la de maneira irrefletida, ou com fundamentos subjetivos ou de ocasião. O mínimo que se exige para a aferição de validade da norma que se está a fazer é que sejam declinadas as razões - jurídicas - que fundamentam essa norma.

29. A isso some-se a imperiosa necessidade de justificativa das escolhas da Administração que afetem o patrimônio público e/ou direito de terceiros. A motivação da decisão administrativa decorrente da interpretação, portanto, tem relação direta com o princípio da eficiência e até mesmo com o da moralidade administrativa, intimamente ligada à probidade de que deve se cercar todo ato administrativo. Trata-se, em suma, de uma manifestação direta do princípio da República. Sobre o tema, Marçal Justen Filho esclarece:

"[A vantagem da escolha realizada] traduz, na verdade, uma manifestação do princípio da República, que impõe a todo o governante o dever de promover a melhor gestão possível. Sob

esse ângulo, deve-se reconhecer inclusive um direito fundamental à boa administração, tal como exposto por Juarez Freitas, em estudo absolutamente original entre nós, *Discretionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2007.” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 63).

30. O princípio da motivação, de natureza constitucional, encontra consagração expressa no art. 50 da lei 9.784/99, que inquia de nulidade qualquer interpretação jurídica da Administração que não venha acompanhada dos caminhos percorridos (os motivos) para se chegar até ali. Por isso mesmo, a interpretação deve simplesmente ignorar todos os argumentos “de ocasião”, jurídicos ou não, de modo que o assunto seja tratado somente à luz do ordenamento jurídico vigente e no sentido de que o resultado proposto seja coerente com esse ordenamento. Sendo evitada qualquer argumentação de natureza consequencialista (de natureza política, econômica, social, etc.), fica a Administração intérprete resguardada de toda discricionariedade que destoe dos postulados preconizados pela Constituição. E consequentemente, de todo subjetivismo e ilicitude que possam daí decorrer.

31. Voltando ao caso submetido à Câmara, a saber, a celebração de convênios com entidades para assistência à saúde dos servidores, um ponto relevante que a análise até aqui empreendida torna claro é que não há discricionariedade dos gestores públicos para definir o meio negocial pelo qual será prestada a assistência suplementar à saúde dos servidores. Diante de cada caso, a Administração terá, além das hipóteses previstas nos incisos III e IV do art. 2º da Portaria Normativa n.º 5, de 11 de outubro de 2010, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, não objeto desta análise, um dos dois caminhos seguintes:

(a) Se houver entidade de autogestão patrocinada pelo órgão ou entidade, poderá celebrar convênio.

(b) Se não houver, poderá ser celebrado contrato com operadoras de plano de assistência à saúde, precedido de licitação.

32. Todos os precedentes judiciais e do Tribunal de Contas da União acerca do assunto levam às linhas gerais dessa conclusão. Menciona-se a seguir dois precedentes que envolvem a GEAP, mas cuja *ratio decidendi* é aplicável a toda pretensão de celebração de convênios com entidades de saúde suplementar classificadas como de autogestão.

33. No Acórdão nº 458/2004, o TCU caracterizou a assistência à saúde prestada pela GEAP aos servidores federais como contrato, a exigir prévio procedimento licitatório, ressalvando apenas a assistência suplementar à saúde feita mediante convênio com os patrocinadores-instituidores da Fundação (Ministério da Previdência Social, Ministério da Saúde, Dataprev e Instituto Nacional do Seguro Social). O acórdão vai além e questiona a validade do enquadramento da GEAP como entidade de autogestão, já que não seria gerida pelos próprios beneficiários:

”[...]

III.2 - Do enquadramento da Fundação GEAP no conceito de entidade de autogestão

No parecer que elaborou, por solicitação do Senhor Ministro-Relator, a fim de complementar o exame da matéria após o advento do Decreto nº 4.978/2004, o ilustre Procurador-Geral do Ministério Público que atua junto a esta Corte de Contas, Dr. Lucas Rocha Furtado, abordou a questão da autogestão nos seguintes termos:

“Entendemos que a idéia de autogestão que se deve considerar para fins de interpretação do Decreto nº 4.978/2004 há de ser ampla, não atingindo essa idéia as restrições impostas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, mediante a Resolução da Diretoria Colegiada nº 39, de 27.10.2000, à atuação das operadoras de planos de assistência à saúde que adotem o regime de autogestão.

De acordo com o artigo 8º daquela norma, as operadoras de planos de assistência à saúde que adotem o regime de autogestão deverão atuar por meio de rede de profissionais e instituições diretamente credenciadas, só podendo contratar rede de prestação de serviços de assistência à saúde de outra operadora mediante convênios de reciprocidade com entidades congêneres ou em regiões com dificuldade de contratação direta.

Acontece, porém, que essa norma da ANS somente se aplica a operadoras de planos de assistência à saúde, tais como definidas no art. 1º da Lei nº 9.656/1998. De acordo com esse

dispositivo, operadoras de planos de assistência à saúde são pessoas jurídicas constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde.

A toda evidência, o Decreto nº 4.978/2004 não exige que a entidade conveniada para a prestação de assistência à saúde dos servidores públicos seja uma operadora de planos de assistência à saúde. Nada obsta a que, por exemplo, a entidade conveniada seja apenas uma associação de servidores que administre a contratação de profissionais e estabelecimentos de saúde ou, ainda, a contratação de uma operadora de planos de assistência à saúde.

O que realmente se revela indispensável é que a entidade seja efetivamente administrada única e exclusivamente pelos próprios servidores, devendo os atos constitutivos da entidade assegurarem a esses servidores o poder de escolher seus administradores e fiscais.

A idéia de autogestão, para os efeitos do que dispõe o Decreto nº 4.978/2004, corresponde, assim, ao conceito comum e amplamente aceito e difundido do termo, que se traduz na noção de gestão da entidade exclusivamente pelos seus próprios beneficiários. A adoção da interpretação do termo autogestão nesse sentido - de que a entidade deva ser administrada tão-somente pelos próprios servidores interessados, sem quaisquer ingerências externas - é fundamental porque é ela que em verdade se prestará a legitimar a celebração de convênios. Isso porque, sendo a entidade criada pelos servidores para a prestação de assistência à saúde a si próprios e seus familiares, será fácil e cristalina a identificação do interesse comum - requisito indispensável à celebração de convênios - entre a entidade e o poder público, haja vista este último também ter interesse na prestação dos mesmos serviços.”

É conveniente agregar à discussão o que, sobre o tema autogestão, menciona o professor Sérgio Ferraz, no parecer elaborado em resposta à consulta formulada pela GEAP, ao rebater as objeções que, segundo ele, teriam sido feitas à atuação da fundação sob o argumento de que não se enquadraria no conceito de autogestão:

“Formalmente, a configuração do regime de autogestão, na GEAP, foi aferida e confirmada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, quando lhe conferiu registro para atuar no campo da assistência à saúde;

Materialmente, a idéia de autogestão, como traçada nas Resoluções CONSU 05/98 e RDC 39/2000, da Diretoria Colegiada da ANS, está amparada na arquitetura de um modelo de administração, no qual os próprios interessados dirigem a prestação do serviço, desde sua viabilização (arrecadação de receita, implementação do arcabouço técnico, etc...), até a criação e efetivação dos planos da entidade, em benefício de seus assistidos. Conforme vimos, em segmento anterior deste Parecer, tal é o que se dá estatutariamente com a GEAP, cujos órgãos são paritariamente compostos pelos sujeitos fundacionais, a saber, órgãos e entes patrocinadores, servidores dos patrocinadores e beneficiários de assistência de prestação continuada.” (grifos no original).

Postas as opiniões encontradas nos autos, passo a analisar a questão. Inicialmente, cumpre introduzir que o vocábulo gerir (do qual derivam gestão e autogestão) advém do latim gerere, relativo a trazer, produzir, criar, executar, administrar. No contexto em que o examinamos, pode estar relacionado às acepções de conduzir, administrar, reger, dirigir, gerenciar ou governar. Sendo o termo, em todas as acepções, ligado de forma intrínseca à ciência da administração, sendo mesmo um modelo de administração, como mencionou o professor Sérgio Ferraz, recorramos, pois, aos ensinamentos dessa ciência para entender o termo em plenitude.

No campo da administração, o conceito de autogestão está intimamente relacionado à ideia de gestão participativa, podendo ser entendido como uma das versões da administração participativa, em oposição à heterogestão. Dentro desse contexto, a autogestão pode ser vista como uma fórmula de participação representativa em que os participantes adquirem o direito de participar no processo decisório.

A doutrina preleciona (Ferreira, Ademir Antônio et al. Gestão empresarial: de Taylor aos nossos dias - evolução e tendências da moderna administração de empresas. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002) que a palavra autogestão é definida como sendo a tradução literal do francês autogestion, que “consiste no exercício coletivo de poder, através da autonomia dos grupos de membros da empresa para decidir acerca dos destinos, processos e resultados do trabalho. Assim, a autogestão gera o produto do exercício da gestão participativa” (p. 133).

No modelo tradicional - de que são exemplos clássicos as cooperativas e as associações de funcionários - os empregados têm o direito de participar em todas as decisões porque integram o corpo diretor da entidade de que participam.

No âmbito da assistência à saúde, o termo autogestão foi empregado primeiramente no texto da Lei nº 9.656, de 3/6/1998, no art. 1º, § 2º, verbis:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: (...);

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: (...).

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão. (grifo nosso)

Mais tarde, com a edição da Medida Provisória nº 2.177-44, de 24/8/2001, o conteúdo do § 2º viria a ser incorporado ao inciso II do art. 1º, resultando na seguinte redação:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei (...) adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: (...);

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (grifo nosso).

A caracterização de autogestão para os fins dispostos na Lei nº 9.656/98 foi estabelecida pela Resolução nº 05/98, de 3/11/98, do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, nos seguintes termos:

Art. 1º - Para fins de aplicação das disposições contidas na Lei nº 9.656/98, são caracterizados como sistemas de assistência à saúde na modalidade de autogestão aqueles destinados exclusivamente a empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados, bem como seus respectivos grupos familiares definidos, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais.

Parágrafo único. O grupo familiar a que se refere o caput deste artigo está limitado ao terceiro grau de parentesco consangüíneo e afim.

Art. 2º - As autogestões deverão possuir gestão própria através de órgãos internos das empresas, entidades sindicais, ou através de entidade jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, estabelecida precípua mente para este fim ou ainda através de fundações, sindicatos, caixas ou fundos de previdência fechada. (grifos nossos).

Mais tarde, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, por meio da Resolução RDC nº 39, de 27/10/2000, estabeleceu as definições do que seriam operadoras de planos de assistência à saúde, quais os tipos de atenção prestados por essas operadoras, bem como a segmentação em que deveriam atuar e as modalidades em que deveriam ser classificadas.

No que interessa às entidades que atuam sob a modalidade de autogestão, são os seguintes os dispositivos daquela Resolução que requerem transcrição:

Art. 6º As autogestões, definidas no art. 14 desta Resolução, segmentam-se em:

I - patrocinadas: entidade de autogestão ou empresa que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabiliza-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consangüíneo ou afim, de uma ou mais empresas, e que possuam gestão própria; ou

II - não patrocinadas: são as entidades de autogestão que não se classificam como patrocinada, conforme definido no inciso anterior.

Art. 7º A autogestão patrocinada, definida no inciso I do artigo anterior, poderá ser:

I - singular: é o sistema de autogestão vinculado apenas a um patrocinador; ou

II - multipatrocínio: é o sistema de autogestão que congrega mais de um patrocinador.

Art. 8º As autogestões deverão operar por meio de rede de profissionais e instituições diretamente credenciadas, só podendo contratar rede de prestação de serviços de assistência à saúde de outra operadora nos seguintes casos:

I - mediante convênios de reciprocidade com entidades congêneres;

II - em regiões com dificuldade de contratação direta.

.....

CAPÍTULO IV

DA CLASSIFICAÇÃO

Art. 10. As operadoras segmentadas conforme o disposto nos arts. 3º ao 9º desta Resolução deverão classificar-se nas seguintes modalidades:

.....
IV - autogestão;

.....
SEÇÃO IV
DA AUTOGESTÃO

Art. 14. Classificam-se na modalidade de autogestão as entidades de autogestão que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consangüíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.

Confrontando tudo quanto aqui exposto com o conceito de autogestão a ser empregado na celebração de convênios com fundamento no Decreto nº 4.978/2004, forçoso é convir que o modelo adotado não se deve prender aos critérios estabelecidos nas resoluções do Conselho Nacional de Saúde Suplementar - CONSU e da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, haja vista que a entidade participe não necessariamente deverá ser uma operadora de planos de saúde como caracterizado nas sobreditas normas.

Justamente por essa razão, o nobre Procurador-Geral do Ministério Público que atua junto a esta Corte, Dr. Lucas Rocha Furtado, propugnou por que fosse considerada, para fins de interpretação do Decreto nº 4.978/2004, a autogestão dentro do conceito comum e amplamente difundido do termo, assim entendido como sendo o de gestão da entidade exclusivamente pelos próprios beneficiários.

Analizando, porém, o modelo de gestão sob o qual atua a GEAP, vemos que ele discrepa do conceito tradicional de autogestão, na medida em que os participantes dos planos de benefícios não tomam parte efetiva nas decisões da entidade.

De acordo com o estatuto da fundação, art. 17, sua estrutura organizacional é composta de um Conselho Deliberativo, um Conselho Fiscal e uma Diretoria Executiva. Embora os conselhos Deliberativo e Fiscal sejam integrados por membros representantes dos participantes dos planos de benefícios, necessariamente egressos dos patrocinadores, a Diretoria Executiva - órgão responsável pela administração da fundação e também pela coordenação, supervisão e execução dos planos e programas de previdência complementar e de saúde - não tem a mesma composição.

Embora sejam nomeados pelo Conselho Deliberativo, os membros da Diretoria Executiva são escolhidos entre candidatos que tão-somente preencham os requisitos do § 2º do art. 25 do estatuto, não lhes sendo exigido que detenham a condição de participantes dos planos administrados pela fundação.

Nessas circunstâncias, as principais deliberações da fundação são adotadas em processo decisório restrito à Diretoria Executiva (vale dizer, sem a participação dos beneficiários dos planos administrados), ainda que obedecidas as políticas e diretrizes traçadas pelo Conselho Deliberativo, situação que afasta a entidade do conceito de autogestão, mesmo que adotado em sentido amplo, como proposto no parecer do Ministério Público, na medida em que não atende à condição que o nobre Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado considerou como indispensável, isto é, que “a entidade seja efetivamente administrada única e exclusivamente pelos próprios servidores”.

Desse modo, não obstante tenha logrado obter da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS o registro provisório na modalidade de autogestão multipatrocínada, o modelo de gestão empregado na Fundação GEAP não se enquadra no conceito de autogestão, ainda que examinado em sentido amplo, visto que suas decisões não são tomadas por deliberação direta de seus participantes. A rigor, então, não poderia a GEAP vir a ser participante em convênio a ser celebrado com base no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 4.978/2004.

Em que pese às evidências aqui descritas e ao entendimento que exponho, forçoso é reconhecer que qualquer óbice a essa atuação da GEAP haveria de ser imposto pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e não por este Tribunal, já que compete àquela agência a concessão de registro provisório e autorização definitiva de funcionamento, além do dever de classificar as entidades na forma da RDC nº 39/2000, antes mencionada. É de sua iniciativa, inclusive, a

proposição de qualquer alteração no estatuto da entidade, de modo a contemplar a situação aqui abordada.

Compete, porém, a este Tribunal a adoção de duas providências. A primeira, deixar consignado que é juridicamente questionável o enquadramento da GEAP como entidade de autogestão para fins de celebração de convênios com fundamento no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 4.978/2004. A segunda providência, remeter à ANS cópia da deliberação que o Tribunal vier a proferir, acompanhada dos relatórios e votos produzidos no calor da discussão, para que adote as providências a seu cargo para fins de regularização da situação da Fundação GEAP. (voto do 2º Revisor, Ministro HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO).

34. A partir das considerações acima, e ainda sobre a validade dos convênios com os patrocinadores originários e a necessidade de contrato para os demais órgãos e entidades públicas, o revisor conclui o seguinte:

"Imbuído desse espírito, sugiro que seja empregada uma interpretação do recém-editado decreto no sentido de que a prestação de serviços de assistência à saúde possa ser contratada pela administração pública com observância ao contido no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 4.978/2004, isto é, mediante convênio, quando contratada por órgão ou entidade patrocinadora da entidade fechada que se estará contratando, *in casu*, quando os ministérios da Saúde e da Previdência, o INSS ou a Dataprev estiverem contratando a GEAP. Tal relação jurídica estará resguardada também pelo disposto no art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001.

Nos demais casos, isto é, quando outros entes da administração pública estiverem contratando tais serviços, deverá ser observado o contido no inciso II do mesmo art. 1º do citado decreto, ou seja, utilizando-se o contrato, com observância da Lei nº 8.666/93, ainda que a contratada seja entidade fechada, como a GEAP, em razão de não serem os contratantes os patrocinadores da contratada, não sendo aplicável a esta relação a disposição do art. 13 da Lei Complementar nº 109/2001, que possibilita a utilização do convênio.

Em se adotando essa interpretação como regra, o decreto editado pelo governo estará revestido de legitimidade para regular a assistência médica do servidor público e estará observando o ordenamento jurídico em vigor."

35. O Supremo Tribunal Federal manteve esse entendimento do TCU no acórdão do Mandado de Segurança nº 25.855, *verbis*:

"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GEAP – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO DE ADESÃO POR ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO PATROCINADORES. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: IMPRESCINDIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 1º, INC. II, DO DECRETO N. 4.978/2004)."

1. A natureza jurídica contratual do vínculo negocial que a GEAP mantém com a Administração Federal, cujo núcleo é a obrigação de prestar serviço de assistência à saúde visando a uma contraprestação pecuniária, impõe regular procedimento licitatório, observados os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993.
2. **O modelo de gestão da GEAP não se caracteriza como de autogestão para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004: impossibilidade de firmar convênios com órgãos e entidades da Administração Pública, que não sejam seus patrocinadores, sem licitação.**
3. Não há violação a direito líquido e certo no acórdão do Tribunal de Contas da União que vedou aos órgãos e às entidades da Administração Pública Federal, **exetuados os patrocinadores originários da GEAP**, a celebração de novos convênios para a prestação de serviços de assistência à saúde para os respectivos servidores.
4. **Mandado de segurança denegado.**" (MS 25855, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. em 20/03/2013, DJe-183 DIVULG 19-09-2014 PUBLIC 22-09-2014 EMENT VOL-02744-01 PP-00001).

36. O ponto de discrepância entre os entendimentos do TCU e do STF em relação ao que consta das normas vigentes está nos requisitos para que a entidade caracterizada como de autogestão venha a celebrar convênio com a Administração. A Resolução Normativa da ANS nº 137/2006, acima transcrita (parágrafo 17 deste parecer), prevê que para fins de classificação da entidade como de autogestão, o órgão ou entidade da Administração Pública poderá ser vinculado à entidade como patrocinador, instituidor ou mantenedor (art. 2º, II) e o art. 13 dessa mesma Resolução

Normativa prevê que a formalização da condição de patrocinador será efetivada por meio de convênio de adesão, ressalvada a hipótese de o patrocinador ser instituição pública, ocasião na qual "a formalização dessa condição será efetivada por meio de convênio, nos termos do inciso I do § 3º do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990" (art. 15 da RN nº 137/2006, da ANS).

37. O regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar trata dos requisitos para a definição de uma entidade como sendo de autogestão. Coisa diversa é saber, **a partir daí**, se a Administração Pública pode, de forma válida, celebrar o convênio do art. 230, § 3º, I, da Lei 8.112/90. Esse aspecto não foi olvidado pelos precedentes citados: tanto no Acórdão nº 458/2004 do TCU como no acórdão do MS 25855, do STF, consta que a GEAP não pode ser considerada uma entidade de autogestão, por conta do seu modelo de gestão, **para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004, isto é, para possibilitar a celebração de convênios com órgãos e entidades da Administração Pública, sem licitação**. No caso da GEAP, a ausência de participação dos beneficiários na gestão da entidade e a existência de patrocinadores além dos entes públicos originários são aspectos que levaram o TCU ao seguinte entendimento:

"[...] Embora tenha obtido registro definitivo da Agência Nacional de Saúde na modalidade autogestão patrocinada, o modelo de gestão da GEAP não se caracteriza como de autogestão para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004, de sorte que não pode aquela fundação firmar convênios com órgãos e entidades da Administração Pública, que não sejam seus patrocinadores, sem licitação, com o objetivo de prestar assistência à saúde aos servidores públicos" (citado no Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MS 25.855).

38. De fato, os regulamentos da Agência Nacional de Saúde não dispõem sobre a legalidade da celebração de convênios entre a Administração Pública e a entidade de autogestão, ou sobre a necessidade de procedimento licitatório para tal. Tratam apenas - e não poderia ser diferente, diante da competência legal da agência - da delimitação do conceito de autogestão. A legalidade da celebração de convênios, prevista no art. 230 da Lei nº 8.112/90, depende de certos requisitos previstos no Decreto 4.978/2004, alterado pelo Decreto nº 5.010/2004, especialmente o da gestão participativa, a ser analisado em cada caso concreto, tal como apontaram o TCU e o STF.

39. Uma tentativa para generalizar a celebração de convênios nesse caso da GEAP foi a edição, em 7 de outubro de 2013, de Decreto Presidencial que dispunha sobre o patrocínio da Administração federal à GEAP – Autogestão em Saúde (entidade resultante da cisão da GEAP Fundação de Seguridade Social), com o seguinte teor:

Art. 1º Este Decreto estabelece a forma de patrocínio da União, suas autarquias e fundações à GEAP - Autogestão em Saúde, entidade de autogestão por elas patrocinadas, para os fins do disposto no art. 230 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a finalidade de prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos.

Art. 2º O patrocínio da União e de suas autarquias e fundações à GEAP - Autogestão em Saúde será realizado por meio de repasses mensais.

§ 1º O valor dos repasses mensais de que trata o caput será correspondente aos valores que seriam ressarcidos, nos termos do caput do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, aos servidores ou empregados ativos, aposentados, seus dependentes e pensionistas, na forma do auxílio de que trata o caput do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, em razão de dispêndios com planos de saúde ou com seguros privados de assistência à saúde.

§ 2º Os servidores ou empregados ativos, aposentados, seus dependentes e pensionistas que optarem pelos serviços de assistência à saúde oferecidos pela GEAP - Autogestão em Saúde não farão jus a ressarcimento, na forma do auxílio de que trata o caput do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990.

§ 3º O patrocínio de que trata o caput não implica assunção de quaisquer riscos financeiros de operação de plano de saúde por parte da União, suas autarquias e fundações.

§ 4º Os servidores ou empregados ativos, aposentados e pensionistas não poderão optar por mais de um plano de saúde com patrocínio da União, suas autarquias e fundações, ainda que no órgão ou entidade de vinculação do interessado exista mais de um plano ofertado.

Art. 3º Fica o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão autorizado a celebrar convênios, na forma do inciso I do § 3º do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, em nome da União, para a prestação de serviços de assistência à saúde pela GEAP - Autogestão em Saúde.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, as autarquias e fundações poderão aderir, na condição de patrocinadoras, ao convênio com a GEAP - Autogestão em Saúde firmado pela União.

Art. 4º O disposto neste Decreto não altera nem interfere na relação da União, suas autarquias e fundações com as demais entidades de autogestão, para os fins do disposto no art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990.

40. A tentativa, por ora, malogrou, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do seu Presidente, deferiu em parte medida liminar na ADI 5086 MC/DF, para “*suspender a eficácia do art. 3º e parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, sem atribuição de efeito retroativo, ou seja, preservados os convênios celebrados, cujos servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas e respectivos grupos familiares já aderiram a prestação dos serviços de assistência à saúde oferecido pela GEAP – Autogestão em Saúde*”. Nos fundamentos para o deferimento parcial da medida liminar, o Ministro Ricardo Lewandowski invocou o precedente do Mandado de Segurança 25855/DF, acima referido.

41. Em consulta nesta data (09/05/2017) à movimentação processual da ADI 5086 MC/DF, verifica-se que a ação ainda se encontra pendente de julgamento pelo Plenário, mantendo-se, portanto, a vigência e eficácia da decisão monocrática acima referida.

42. O Tribunal de Contas da União tem reiterado o entendimento acima mencionado (inciado no Acórdão 458/2004), mesmo após a cisão da antiga GEAP, com a criação de uma entidade denominada de “GEAP – Autogestão em Saúde”. Nesse sentido, transcrevem-se excertos do voto do Ministro BENJAMIM ZYMLER no Acórdão nº 1154/2015:

“11. No caso concreto, extraí-se dos autos que a antiga GEAP – Fundação de Seguridade Social, entidade existente à época da referida decisão, cindiu-se em duas entidades distintas, a GEAPPREVIDÊNCIA e a GEAP – Autogestão em Saúde, estabelecendo o art. 1º do estatuto desta última que: “A GEAP Autogestão em Saúde, **nova denominação da GEAP Fundação de Seguridade Social**, registrada sob CNPJ nº 03.658.432/0001-82, é uma Fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada juridicamente como operadora de plano de saúde, na modalidade de autogestão multipatrocínada, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira.”

12. Verifica-se, ainda, do § 1º do art. 7º do mesmo estatuto que “poderão ser Patrocinadores de planos administrados pela Fundação, mediante a celebração do respectivo convênio por adesão a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas respectivas autarquias e fundações de direito público.”

13. Para a agravante, a mudança da qualificação jurídica da GEAP, de entidade fechada de Previdência Social para operadora de plano de saúde na modalidade de autogestão patrocinada, além do dispositivo estatutário estabelecendo a possibilidade de a União ser sua patrocinadora, seriam suficientes para cumprir a exigência preconizada no Acórdão nº 458/2004, no sentido de ser desnecessária a prévia realização de procedimento licitatório para a contratação de prestação de serviços de assistência à saúde.

14. Tal entendimento, a meu ver, encontra-se, em princípio, equivocado.

15. É que o simples fato de estar previsto no estatuto da GEAP – Autogestão em Saúde que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas respectivas autarquias e fundações de direito público, poderão patrociná-la não tem o condão, por si só, de transformá-las efetivamente em patrocinadoras da referida entidade, criando obrigações para as mencionadas pessoas jurídicas de direito público, as quais, a meu ver, só podem se dar por meio de lei, sobretudo em virtude do princípio constitucional da legalidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual o administrador, na busca do interesse público, tem que agir de acordo com a lei, ou seja, só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio dela está proibido de agir.

16. Não sem razão foi editado o Decreto sem número de 7 de outubro de 2013, dispondo sobre a forma de patrocínio da União e de suas autarquias e fundações à GEAP - Autogestão em Saúde, para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, cuja constitucionalidade está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal por meio da ADI nº 5.086/DF ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

17. **Impõe-se, ainda registrar que, nos termos do Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, mantido incólume quando do julgamento do MS nº 25.855/DF, a realização de convênios entre a GEAP e**

órgãos da Administração Pública, com a consequente dispensa de licitação, só estaria autorizada quando estes órgãos fossem os seus legítimos patrocinadores, “assim considerados os entes que figuram na escritura pública de instituição da entidade, além daqueles que sucederam os que constam naquele documento e que foram extintos”. Ou seja, entendeu esta Corte de Contas que os convênios de adesão somente poderiam ser considerados regulares quando celebrados entre a GEAP e os seus patrocinadores-instituidores.

18. E como bem lembrou o Conselho Federal da OAB em sua petição inicial, “a única forma de a União instituir uma entidade é sua criação por meio de lei. Apenas por meio de lei é que a União poderia instituir ou figurar como fundadora de uma entidade. Somente por meio de um processo legislativo que resultasse na aprovação de uma lei, ou seja, ato normativo primário com obrigatoriedade participação do Poder Legislativo, que a União poderia criar uma operadora de planos de saúde para atuar no mercado e criar uma reserva de mercado para os beneficiários que possuem vínculo estatutário ou empregatício com a Administração Pública. Por meio desta estatização, poderia a União intervir no mercado de assistência à saúde suplementar para criar uma operadora de planos destinada a prestar serviços apenas aos servidores públicos, gerida com recursos públicos e com a consequente obrigação de prestar contas, submetendo-se ao controle e fiscalização financeira pelo Tribunal de Contas. Este ponto constou expressamente do item 9.9 do Acórdão 458/2004-TCU”.

19. Daí o entendimento consignado na cautelar no sentido de que a discussão travada no Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, ao menos sob este aspecto, continua sendo aplicável à fundação recém-criada, resultando daí que a GEAP – Autogestão em Saúde, em sede de cognição sumária, não se enquadra nos requisitos legais e regulamentares que excepcionam a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para a prestação de serviços de assistência à saúde.”

43. Assim, diante de toda a argumentação até aqui expendida, é possível apontar o estágio atual das conclusões do TCU e do STF acerca do tema:

a) Para a celebração de convênios com a Administração Pública para a prestação de assistência à saúde, na forma prevista no Decreto 4.978/2004, art. 1º, a entidade de autogestão deve possuir um modelo de gestão que permita que as suas decisões sejam tomadas por deliberação direta de seus participantes, patrocinadores e beneficiários do plano;

b) Somente são legítimos patrocinadores da entidade de autogestão que pretende celebrar convênios com a Administração Pública aqueles órgãos e entidades que figuraram na escritura pública de instituição da entidade e aqueles que os sucederam;

c) Os demais órgãos e entidades da Administração que não são seus legítimos patrocinadores não poderão celebrar convênios com a entidade de autogestão, pois nesse caso a relação será típica de contrato.

44. Quanto à exigência de gestão participativa (item “a”, acima), lembre-se que o TCU, no referido Acórdão 458/2004, considerou que o modelo de gestão adotada pela GEAP não se enquadraria no conceito de autogestão, para o fim de possibilitar a celebração de convênios com os órgãos públicos, tendo em vista que suas decisões não são tomadas por deliberação direta de seus participantes. No mencionado MS 25885/DF, no STF, o Ministro Ricardo Lewandowski apontou o fato de o modelo de gestão da GEAP não garantir a gestão participativa:

“Ainda que fosse possível superar a natureza jurídica contratual do vínculo negocial que a GEAP mantém com a Administração Federal, ainda assim, ao contrário do que se alega, ela não configura uma entidade de autogestão. Com efeito, embora ela tenha sido, inicialmente, engendrada com o singelo objetivo de apoiar os servidores dos órgãos que participaram de sua criação, quais sejam, o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência Social, a Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social (DATAPREV) e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o passar dos anos, a Fundação passou a prestar serviços para os servidores dos demais órgãos e entidades públicos mediante os convênios ora desconstituídos. Mas o fato relevante a ressaltar é que os servidores desses órgãos e entidades não participam do processo deliberativo da GEAP.”

45. O Acórdão expressamente afirma que “o modelo de gestão da GEAP não se caracteriza como de autogestão para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004”. Assim, quando o patrocinador da autogestão for instituição pública federal, o modelo de gestão deve assegurar a participação dos beneficiários em todos os órgãos de decisão da entidade, em análise que deve ser feita caso a caso.

46. Já sobre os itens "b" e "c", que na prática impedem o ingresso irrestrito de novos patrocinadores, lembre-se a seguinte passagem do voto revisor proferido no Acórdão 458/2004, do TCU:

"Em face de tudo o que expus neste tópico, entendo que este Tribunal deva considerar regulares os convênios de adesão celebrados entre a GEAP e os seus patrocinadores, **assim considerados os entes que figuram na escritura pública de instituição da entidade, além daqueles que sucederam os que constam naquele documento** e que foram extintos, sendo válidas, portanto, as avenças celebradas com o então denominado Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, hoje Ministério da Previdência Social, com a Dataprev - Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social e com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, além do Ministério da Saúde."

47. A exceção mencionada é apenas a sucessão dos patrocinadores originários, restando, pois, descartada qualquer possibilidade de ingresso de novos patrocinadores para fins de celebração de convênio.

IV – CONCLUSÃO

48. Assim, diante de todo o exposto, e respeitados os limites da competência desta CPCV/DEPCONSU/PGF (parágrafo 8 deste parecer), pode-se concluir o seguinte:

a) Além das hipóteses previstas nos incisos III e IV do art. 2º da Portaria Normativa n.º 5, de 11 de outubro de 2010, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a prestação de assistência à saúde suplementar dos servidores federais poderá ser feita mediante contrato ou convênio (art. 230 da Lei 8.112/90);

b) Quando a entidade prestadora do serviço suplementar de saúde for classificada como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão, segundo o art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004, poderão ser celebrados convênios (art. 230, § 3º, I, da Lei 8.112/90);

c) Para a celebração de convênios com a Administração Pública com o fim de assistência suplementar à saúde, na forma prevista no art. 1º do Decreto 4.978/2004, a entidade prestadora do serviço suplementar de saúde classificada como de autogestão deve possuir um modelo de gestão que permita que as suas decisões sejam tomadas por deliberação direta de seus participantes, patrocinadores e beneficiários do plano;

d) Somente são legítimos patrocinadores da prestadora de serviços de saúde na modalidade de autogestão, para fins de celebração de convênios, aqueles órgãos ou entidades que figuraram no ato constitutivo da entidade de autogestão e aqueles que os sucederam;

e) Os demais órgãos e entidades da Administração que não são seus legítimos patrocinadores não poderão celebrar convênios com a entidade de autogestão, pois nesse caso a relação será tipicamente contratual, devendo ser precedida de licitação.

f) A análise desses requisitos deve ser feita pela autarquia ou fundação pública federal em cada caso, com o auxílio jurídico dos órgãos de execução da PGF.

À consideração superior.

Brasília, 09 de maio de 2017.

CARLOS OCTAVIANO DE MEDEIROS MANGUEIRA
PROCURADOR FEDERAL

De acordo, na forma da maioria consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

FRANCISCO NEVES SIQUEIRA
PROCURADOR FEDERAL

JEZIHEL PENA LIMA
PROCURADOR FEDERAL

MICHELLE DINIZ MENDES
PROCURADORA FEDERAL

ROBERTO VILAS-BOAS MONTE
PROCURADOR FEDERAL

RODRIGO ROMMEL DE MELO MATOS
PROCURADOR FEDERAL

De acordo. À consideração superior.

RICARDO NAGAO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

APROVO o PARECER n. 00002/2017/CPCV/PGF/AGU.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União para ciência.

CLESO JOSÉ DA FONSECA FILHO
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23038005219201215 e da chave de acesso 4e5f6c31

Documento assinado eletronicamente por FRANCISCO NEVES SIQUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FRANCISCO NEVES SIQUEIRA. Data e Hora: 18-05-2017 18:25. Número de Série: 8288018664730913243. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por CARLOS OCTAVIANO DE MEDEIROS MANGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CARLOS OCTAVIANO DE MEDEIROS MANGUEIRA. Data e Hora: 18-05-2017 12:42. Número de Série: 1362945317460090364. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por JEZIHEL PENA LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JEZIHEL PENA LIMA. Data e Hora: 19-05-2017 18:15. Número de Série: 35141533730718808582332990703956124113. Emissor: AC Certisign RFB G4.

Documento assinado eletronicamente por MICHELLE DINIZ MENDES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MICHELLE DINIZ MENDES. Data e Hora: 31-05-2017 07:22. Número de Série: 122197040276996663616259955563402526496. Emissor: AC OAB G3.

Documento assinado eletronicamente por RICARDO NAGAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RICARDO NAGAO. Data e Hora: 31-05-2017 18:21. Número de Série: 6153190302174487978. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RODRIGO ROMMEL DE MELO MATOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RODRIGO ROMMEL DE MELO MATOS. Data e Hora: 02-06-2017 14:42. Número de Série: 6592786877731563821. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por CLESO JOSE DA FONSECA FILHO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44463626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CLESO JOSE DA FONSECA FILHO. Data e Hora: 02-06-2017 16:33. Número de Série: 2907619593618764399520288320794804449. Emissor: AC OAB G2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

DESPACHO n. 00199/2017/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 00407.000490/2017-28

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

ASSUNTOS: CONVÊNIOS E OUTROS AJUSTES

Compulsando os autos, verifico que o PARECER nº 000002/2017/CPCV/PGF/AGU (Seq. 3) não propôs uma concusão DEPCONSU sintetizando os entendimentos nele firmados.

Considerando que o referido parecer foi aprovado pelo Procurador-Geral Federal, a divulgação de conclusão DEPCONSU deverá observar os termos do seu item 48.

Ao Núcleo de Gestão da Atividade Consultiva.

Brasília, 22 de junho de 2017.

RICARDO NAGAO
DIRETOR

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407000490201728 e da chave de acesso d8e050bf

Documento assinado eletronicamente por RICARDO NAGAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 54022710 no endereço eletrônico [http://sapiens.agu.gov.br](https://sapiens.agu.gov.br). Informações adicionais: Signatário (a): RICARDO NAGAO. Data e Hora: 22-06-2017 16:27. Número de Série: 6153190302174487978. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

MEMORANDO-CIRCULAR n. 00021/2017/DEPCONSU/PGF/AGU

Brasília, 30 de junho de 2017.

Aos Procuradores Federais em exercício nos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal

Processo Administrativo 00407.000490/2017-28

ASSUNTO: Divulgação do Parecer nº 00001/2017/CPCV/PGF/AGU, do Parecer nº 00002/2017/CPCV/PGF/AGU e do Parecer nº 00003/2017/CPCV/PGF/AGU, da Câmara Permanente Convênios, do Departamento de Consultoria da PGF.

Encaminho-lhes, para conhecimento, cópia do Parecer nº 00001/2017/CPCV/PGF/AGU, do Parecer nº 00002/2017/CPCV/PGF/AGU e do Parecer nº 00003/2017/CPCV/PGF/AGU, da Câmara Permanente Convênios, do Departamento de Consultoria da PGF, cujas conclusões são as seguintes:

Parecer nº 00001/2017/CPCV/PGF/AGU

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 133/2017:

I - O art. 9º, II, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 424/2016 deve ser interpretado no sentido de que é vedada a celebração de convênios cujo objeto tenha por finalidade precípua o financiamento de despesas de custeio continuado dos proponentes, sem qualquer relação com a execução de um "projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação", como impõe o art. 1º, § 1º, I, do Decreto nº 6.170/2007 ao conceituar o instrumento de convênio.

II - O custeio de despesas do objeto do convênio não se confunde com o custeio do funcionamento do órgão ou entidade proponente, razão pela qual, embora eventualmente tais despesas de custeio possam ter caráter continuado para o proponente no desenvolvimento regular de sua missão institucional, no bojo de um convênio específico o seu pagamento se limita ao estritamente necessário para a execução do objeto avençado dentro de um determinado prazo e conforme estabelecido no plano de trabalho aprovado."

Parecer nº 00002/2017/CPCV/PGF/AGU

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 134/2017 :

I - Além das hipóteses previstas nos incisos III e IV do art. 2º da Portaria Normativa nº 5, de 11 de outubro de 2010, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a prestação de assistência à saúde suplementar dos servidores federais poderá ser feita mediante contrato ou convênio (art. 230 da Lei 8.112/90).

II - Quando a entidade prestadora do serviço suplementar de saúde for classificada como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão, segundo o art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004, poderão ser celebrados convênios (art. 230, § 3º, I, da Lei 8.112/90).

III - Para a celebração de convênios com a Administração Pública com o fim de assistência suplementar à saúde na forma prevista no art. 1º do Decreto 4.978/2004, a entidade prestadora do serviço suplementar de saúde classificada como de autogestão deve possuir um modelo de gestão que permita que as suas decisões sejam tomadas por deliberação direta de seus participantes, patrocinadores e beneficiários do plano.

IV - Somente são legítimos patrocinadores da prestadora de serviços de saúde na modalidade de autogestão para fins de celebração de convênios aqueles órgãos ou entidades que figuraram no ato constitutivo da entidade de autogestão e aqueles que os sucederam.

V - Os demais órgãos e entidades da Administração que não são seus legítimos patrocinadores não poderão celebrar convênios com a entidade de autogestão, pois nesse caso a relação será tipicamente contratual devendo ser precedida de licitação.

VI - A análise desses requisitos deve ser feita pela autarquia ou fundação pública federal em cada caso com o auxílio jurídico dos órgãos de execução da PGF."

Parecer nº 00003/2017/CPCV/PGF/AGU

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº. 135/2017:

I - O destaque orçamentário viabilizado por meio de termo de execução descentralizada é um ato de gestão de execução orçamentária, o que não impede, contudo, que gere consequências na esfera jurídica.

II - É possível a celebração de termo de execução descentralizada quando se tratar de ajuste entre órgãos da Administração Direta com entidades públicas legalmente incumbidas do desempenho de atividades voltadas para a própria Administração Pública Federal ou ainda, entre órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta, desde que voltado ao atendimento de uma das finalidades elencadas no art. 12-A do Decreto nº 6.170/2007.

III. O termo de execução descentralizada deve, em regra, ser submetido à prévia análise do respectivo órgão de assessoramento jurídico, salvo se for utilizada minuta-padrão previamente aprovada pela assessoria jurídica, houver identidade com o objeto da minuta-padrão e não restar dúvida acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no instrumento pretendido às cláusulas previamente estabelecidas. Não obstante a adoção da minuta-padrão, a autoridade assessorada pode recorrer ao órgão de assessoramento jurídico sempre que julgar necessário.

IV - A celebração de termo de execução descentralizada com fundamento nos incisos I, II ou III do art. 12-A do Decreto nº 6.170/2007 deve ser precedida de adequada instrução processual com, ao menos plano de trabalho contendo estimativa dos custos, a definição dos métodos e o prazo para execução do objeto; análise técnica prévia e consistente, demonstrando o enquadramento do objeto, programa e ação orçamentários dos quais decorrem os recursos que serão descentralizados; e demonstração da capacidade técnica do órgão ou entidade federal recebedora do recurso para a execução do objeto.

V - A celebração de termo de execução descentralizada com fundamento nos incisos II ou III do art. 12-A do Decreto nº 6.170/2007 não requer a comprovação de interesse recíproco dos órgãos e/ou entidades envolvidas.

VI - A instrução processual nos casos de celebração de termo de execução descentralizada para resarcimento de despesas (inciso IV do art. 12-A do Decreto nº 6.170/2007) deverá contemplar documentos que comprovem a execução do objeto, tais como atesto da despesa efetivamente realizada, ordem de serviço, fatura, entre outros.

VII - A prestação de contas aos órgãos de controle por meio do Relatório de Gestão deve ser feita pela Unidade Descentralizadora no que se refere à consecução dos objetivos pretendidos com a descentralização e pela Unidade Descentralizada, no que se refere a execução dos recursos repassados consoante a Diretriz nº 02/2014 da Comissão Gestora do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse."

Oportunamente, informo-lhes que a íntegra das citadas manifestações jurídicas encontram-se disponíveis na página do Departamento de Consultoria, no sítio da Procuradoria-Geral Federal, na Intranet, Internet e no Sistema SAPIENS.

Cordialmente,

RICARDO NAGAO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407000490201728 e da chave de acesso d8e050bf

Documento assinado eletronicamente por RICARDO NAGAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 50339526 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RICARDO NAGAO. Data e Hora: 30-06-2017 17:29. Número de Série: 6153190302174487978. Emissor: AC CAIXA PF v2.
