



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

PARECER Nº 03/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.000226/2015-22

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA:

I – À exceção do INSS, as Autarquias e Fundações Federais não devem celebrar convênio com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos nos servidores integrantes do seu quadro até que seja definitivamente julgada a ADI nº 5086/DF ou até que haja a reforma da decisão liminar prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no feito, considerando o fato de que as razões de decidir apresentadas pelo STF e pelo TCU no caso de assistência à saúde dos servidores voltaram-se para a estrutura estatutária da GEAP.

II - Ou seja, as mesmas razões que determinaram a suspensão de adesões aos convênios com a GEAP para realização de assistência à saúde se aplicam às adesões para realização de exames médicos periódicos dos servidores (*Ubi eadem ratio ibi idem ius*-Onde há a mesma razão, deve-se empregar o mesmo direito).

III - A restrição acima não afeta os convênios firmados com a GEAP em data anterior ao dia 27 de janeiro de 2014.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria nº 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

- 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. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e doutrina e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. Nesse contexto, o presente parecer abordará a possibilidade de celebração de convênio com a GEAP – Autogestão em Saúde (outrora denominada Fundação de Seguridade Social¹) com fundamento no inc. III do parágrafo único do Art. 206-A da Lei nº 8.112/90 para a realização dos exames médicos periódicos nos servidores.

5. É o relatório.

I - FUNDAMENTAÇÃO

6. A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, trata do direito à saúde dos agentes públicos em diversos pontos do seu texto.

7. Pode-se citar, exemplificativamente, que o Estatuto do servidor impõe à União o dever de manter Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família (Art. 183, *caput*), estabelecendo que a assistência à saúde é risco a ser obrigatoriamente coberto (inc. III do Art. 184). O mesmo diploma legal previu Licença para tratamento de saúde (Art. 102, inc. VIII, alínea b), afastamento que inclusive é considerado como efetivo exercício ou, ao menos, computado para efeito de aposentadoria e disponibilidade (Art. 103, Inc. II e VII, respectivamente). Reforça, ainda, o dever de preocupação da Administração Pública com aqueles que exercem diretamente as funções públicas o fato de a saúde (do servidor ou de alguns de seus próximos) ser fundamento jurídico para o deslocamento do agente público (remoção), consoante disposto no Art. 36, inc. III, alínea B).

¹ A GEAP - Fundação de Seguridade Social foi cindida em duas entidades diversas, a GeapPrevidência e a GEAP - Autogestão em Saúde.

8. Na mesma toada, o Art. 206-A da Lei nº 8.112/90 (incluído pela Lei nº 11.907/2009) previu que o servidor público federal será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento". Para tanto, o parágrafo único do mesmo dispositivo normativo estabeleceu que a União e suas unidades autárquicas e fundações podem: prestar os exames médicos diretamente ou por entidade à qual se encontra vinculado o servidor (inc. I); celebrar convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com alguns outros órgãos públicos (inc. ii); celebrar convênio com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão, que possuam autorização funcionalimento do órgão regulador, na forma do Art. 230 (inc. III); ou, por fim, (inc. iv) contratar, nos termos da Lei de Licitações e contratos, tais exames médicos periódicos.

9. O Art. 11 do Decreto nº 6.856, de 25 de maio de 2009, que regulamentou o citado Art. 206-A do Estatuto do Servidores, assim tratou da matéria:

Art. 11. Os exames médicos periódicos, a cargo dos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, serão prestados:
I - diretamente pelo órgão ou entidade;
II - mediante convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com os órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional; ou
III - mediante contrato administrativo, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais disposições legais.

10. A despeito de o artigo acima não trazer de forma expressa a possibilidade de celebração de convênio com operadoras de plano de assistência à saúde organizadas na modalidade de autogestão, a falta foi suprida pela Secretaria de Recursos Humanos (SRH) do Ministério do Planejamento (MPOG), órgão autorizado pelo próprio Decreto nº 6.856, em seu Art. 9º, inc. III, para expedir normas complementares sobre a matéria². Com efeito, a SRH/MPOG editou a Portaria Normativa nº 4, de 15 de Setembro de 2009, cujo Art. 2º cita-se abaixo, dada a pertinência:

Art. 2º O planejamento e execução dos exames periódicos de saúde para os servidores e empregados públicos de que trata o art. 1º ficarão a critério dos respectivos órgãos e entidades de exercício, e serão prestados:
I - diretamente pelos órgãos ou entidades, que poderá se valer da contratação de exames laboratoriais;
II - por meio de convênios ou instrumento de cooperação técnica com órgãos e entidades da Administração Pública Federal;
III - mediante convênios com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão; e
IV - mediante contratos administrativos com operadoras de planos de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

11. É pertinente ressaltar que o Tribunal de Contas da União, ao responder questionamento acerca da real natureza jurídica do convênio de adesão aludido no Art. 230 do Estatuto do Servidor Público, afirmou que este guarda similitude com o convênio previsto no caput do Art. 48 do Decreto nº 93.872/1990 e no Decreto Nº 6.170/2007, não se tratando, portanto, de contratos administrativos. Senão, vejamos:

² Art. 9º Compete à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:(...)
III - expedir normas complementares à aplicação deste Decreto;

32. Do acima exposto, há que concluir que o termo "convênio" de que trata o art. 230 da Lei 8.112/1990 guarda similitude com o significado do termo "convênio" previsto no caput do revogado art. 48 do Decreto 93.872/1990 e no Decreto 6.170/2007, uma vez que na relação jurídica decorrente do convênio celebrado com patrocinadores/instituidores de entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos, está presente o interesse recíproco e o regime de mútua cooperação. Assim, naquilo que couber, os mencionados regulamentos devem também ser aplicados aos convênios previstos no art. 230 da Lei 8.112/90. (Acórdão 2538/08-Plenário)

12. Pois bem. É valendo-se dos dispositivos normativos referenciados acima, em especial do inc. III do parágrafo único do Art. 206-A da Lei nº 8.112/90, que diversas Autarquias federais pretendem celebrar convênio para realização de exames médicos periódicos nos servidores que integram seus quadros com a GEAP, operadora de planos de assistência à saúde.

13. O tema suscita enorme divergência. A discussão tem sido feita com maior intensidade em torno do Art. 230 da Lei nº 8.112/90, que trata da assistência à saúde dos servidores. É possível, porém, afirmar que os fundamentos jurídicos que permeiam as discussões sobre o âmbito de aplicação deste artigo são os mesmos que devem nortear a questão sob exame.

14. O cerne da questão, segundo a Corte de Contas, diz respeito à possibilidade de enquadramento da GEAP como entidade de autogestão para outros entes públicos que não os que constam da sua escritura pública de sua instituição (Ministério da Saúde - MS, Ministério da Previdência Social - MPS, Dataprev e INSS). Isso porque, segundo o inc. I do Art. 1º do Decreto nº 4978/2004, para que sejam classificadas como tais, estas deverão assegurar que a gestão seja participativa. Senão, vejamos:

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)
(...)
(Grifou-se)

15. Em 2004 o Tribunal de Contas da União analisou a possibilidade de classificação da GEAP como entidade de autogestão multipatrocínada. Desde então, tem concluído pela ilicitude de que outras entidades que não as suas patrocinadoras originárias (na verdade, instituidoras) firmem convênios com esta. Dada a pertinência, colaciona-se excerto do julgado em que o TCU veiculou seu entendimento:

ACÓRDÃO 0458/04 - PLENÁRIO

Tomada de Contas da Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Saúde, exercício de 1995. Constatada a celebração de Convênio de Adesão entre a GEAP - Fundação de Seguridade Social e o Ministério da Saúde, sem a realização de procedimento licitatório, para a prestação de serviços de assistência à saúde dos servidores do órgão. Estabelecimento do devido processo legal com a oitiva das partes. Acolhimento das justificativas. GEAP é pessoa jurídica de natureza privada, sem fins lucrativos, constituída sob o ordenamento da hoje revogada Lei nº 6.435/77, que regulava as entidades fechadas

de previdência privada, autorizada, pela exceção contida no art. 76 da Lei Complementar nº 109/2001, nova Lei da Previdência Complementar, a continuar prestando assistência à saúde dos participantes e assistidos de seus planos de benefícios, com atuação sob a modalidade de autogestão multipatrocínada, mediante autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Regularidade do Convênio de Adesão nº 01/95 e de seus termos aditivos, assim como dos convênios celebrados com os entes detentores da legítima condição de patrocinadores da entidade. Obrigatoriedade de licitação para a celebração de quaisquer outras avenças com os demais entes da administração pública que não sejam legítimos detentores da condição de patrocinadores. Superveniência da regulamentação do art. 230 da Lei nº 8.112/90 por meio da edição do Decreto nº 4.978/2004, alterado pelo Decreto nº 5.010/2004, que estabeleceu que a assistência à saúde do servidor, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações será prestada por intermédio de convênios a serem firmados com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurada a gestão participativa, ou por contratos, respeitada a Lei nº 8.666/93. Edição do decreto não afasta a obrigatoriedade de licitar quando se pretende o relacionamento de natureza contratual entre entidades privadas e a administração pública. Admissão, em caráter excepcional, da subsistência, até o término de seus respectivos prazos de vigência, dos convênios atualmente em vigor, celebrados entre a fundação e os diversos entes da administração pública, não detentores da condição de legítimos patrocinadores da GEAP, não admitida qualquer forma de renovação, prorrogação ou celebração de quaisquer termos aditivos que visem a estender a vigência dos instrumentos. Expedição de alerta, em caráter normativo, para a obrigatoriedade de ser observada, ao término da vigência dos instrumentos cuja subsistência se admite, a necessidade da adoção de procedimento licitatório, em obediência à lei e à Constituição Federal. Contas julgadas regulares com ressalva, com quitação aos responsáveis. Procedência parcial das representações apensadas aos autos. Outras determinações. Ciência aos interessados e a outros órgãos e autoridades da administração pública.

(Grifo inexistente no original)

16. Na oportunidade, o Ministro Humberto Guimarães Souto (Relator final do acôr-dão) entendeu haver um déficit de representatividade no processo decisório da GEAP, resultado da desnecessidade estatutária de que os membros da Diretoria Executiva fossem participantes dos planos administrados pela Fundação.

Analisando, 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 considera 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 multiparticionada, 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 partícipe em convênio a ser celebrado com base no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 4.978/2004.
(Grifou-se)

17. Nem mesmo a Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS nº 137, de 14 de novembro de 2006, que, em seu Art. 4º, definiu de forma mais detida que o Decreto nº 4978/2004 o conceito de entidade de autogestão, foi suficiente para que o Tribunal de Contas revisse o posicionamento esposado em 2004 sobre a GEAP³, conforme se vê abaixo:

ACÓRDÃO 0870/11 - PLENÁRIO

Relator: RAIMUNDO CARREIRO MONITORAMENTO. ASSINATURA DE CONVÉNIO COM A GEAP PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DA GEAP POR ENTIDADES QUE NÃO SE INCLUEM ENTRE SEUS PATROCINADORES. QUESTÃO JÁ PACIFICADA NO ÂMBITO DO TCU. DETERMINAÇÕES - 06/04/2011
(Grifo inexistente no original)

ACÓRDÃO 1278/11 - PLENÁRIO

Relator: RAIMUNDO CARREIRO MONITORAMENTO. ASSINATURA DE CONVÉNIO COM A GEAP PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DA GEAP POR ENTIDADES QUE NÃO SE INCLUEM ENTRE SEUS PATROCINADORES. QUESTÃO JÁ PACIFICADA NO ÂMBITO DO TCU. DETERMINAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO - 18/05/2011
(Grifo inexistente no original)

ACÓRDÃO 8233/11 - SEGUNDA CÂMARA

Relator: AUGUSTO NARDES PRESTAÇÃO DE CONTAS. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO AMAZONAS (UFAM). EXERCÍCIO DE 2008. ASSINATURA DE CONVÉNIO COM A GEAP PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DA GEAP POR ENTIDADES QUE NÃO SE INCLUEM ENTRE SEUS PATROCINADORES. QUESTÃO JÁ PACIFICADA NO ÂMBITO DO TCU. FUGA A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, EM VISTA DE INDEVIDO E RECORRENTE FRACIONAMENTO DE DESPESAS. CONTAS IRREGULARES DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. MULTA. CONTAS REGULARES COM RESSALVA DOS DEMAIS GESTORES. DETERMINAÇÕES

1. O fracionamento de despesas, caracterizado, por exemplo, pela realização de sucessivos convites para aquisição de parcelas relacionadas a um mesmo fornecimento ou execução de uma única obra ou serviço, configura procedimento irregular vedado pelo art. 23, §§ 2º e 5º, da Lei nº 8.666/1993.

2. A celebração de convênio, por parte de órgão público, para fins de prestação de assistência à saúde de seus servidores, somente é possível com a entidade de autogestão por ele patrocinada, nos termos do art. 230, § 3º, inciso I, da Lei n. 8.112/1990.

3. A prestação de assistência à saúde do servidor e da sua família, a realizar-se na forma de auxílio, mediante resarcimento parcial do valor despendido com planos ou seguros privados de assistência à saúde, não representa um direito subjetivo do servidor público, nos termos do entendimento veiculado no Acórdão n. 2.538/2008 - Plenário 20/09/2011
(sem grifos no original)

ACÓRDÃO 3777/12 – SEGUNDA CÂMARA

9.6. determinar ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Pernambuco - Campus Barreiros, antiga Escola Agrotécnica Federal de Barreiros,

³ 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 pela RN nº 148, de 2007) (Sem grifos no original)

que, até o término do prazo de vigência do Convênio de Adesão 2/2008, celebrado com a Fundação de Seguridade Social - Geap, realize processo licitatório para contratar serviços de assistência à saúde dos seus servidores, conforme disposto no inciso II do art. 1º do Decreto 4.978, de 3/2/2004, alterado pelo Decreto 5.010, de 9/3/2004, não se admitindo qualquer forma de renovação, prorrogação ou celebração de quaisquer termos aditivos que visem a estender sua vigência, na forma estabelecida nos itens 9.2 e 9.3, do Acórdão 458/2004 -TCU Plenário.

18. Algumas entidades de classe interpuseram no Supremo Tribunal Federal – STF Mandados de Segurança contra as decisões do TCU sobre o tema. Os feitos levaram a Corte de Contas a considerar lícita a manutenção - ainda que em caráter precário - de convênios com a GEAP enquanto a questão estivesse em discussão no STF.

ACÓRDÃO Nº 2061/2012 – TCU – Plenário

9.1. deferir o requerimento de medida cautelar formulado pelo Ministério da Fazenda, para, em caráter excepcional, autorizar a manutenção do convênio de adesão nº 01/2007, firmado por aquele órgão com a GEAP – Fundação de Seguridade Social, até o julgamento de mérito a ser proferido

pelo Supremo Tribunal Federal, em qualquer um dos Mandados de Segurança em cujos autos foi deferido pedido de medida liminar, para suspender os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 458/2004- TCU-Plenário, e ainda do item 9.1 do Acórdão nº 227/2006-TCU-Plenário (MS nºs 25.855, 25.919, 25.934, 25.928, 25.901, 25.891, 25.866 e 25.942);

9.2. determinar o sobrerestamento do exame da presente consulta, até o julgamento de mérito a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em qualquer um dos Mandados de Segurança em cujos autos foi deferido pedido de medida liminar, para suspender os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, e ainda do item 9.1 do Acórdão nº 227/2006-TCU-Plenário (MS nºs 25.855, 25.919, 25.934, 25.928, 25.901, 25.891, 25.866 e 25.942);

9.3. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, aos interessados, Senhor Ministro de Estado da Fazenda, Doutor Guido Mantega, e Senhor Advogado- Geral da União Substituto, Doutor Fernando Luiz Albuquerque Faria.

(Sem Grifos no original)

19. Em recente sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal julgou os Mandados de Segurança sobre o assunto (sobre o tema, veja-se o MS nº 25.855/DF). E o resultado foi contrário aos interesses das entidades de classe, vez que o STF manteve o entendimento do TCU consubstanciado no Acórdão 0458/04 (Plenário) – ou seja, manifestou-se pela ilicitude de que outras entidades que não as instituidoras firmarem convênios com a GEAP, por se configurarem em verdadeiros contratos administrativos, a serem precedidos de licitação. Segue parte do voto do Ministro Lewandowski:

Entendo que o acórdão do Tribunal de Contas da União não merece reparos, uma vez que a GEAP Fundação de Seguridade Social não se enquadra nos requisitos que excepcionam a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para a consecução de convênios de adesão com a Administração Pública.

(...)

A GEAP, contudo, é pessoa jurídica de direito privado, que não integra os quadros da Administração Pública. Assim como as demais entidades de direito privado, portanto, ao estabelecer relações obrigacionais com o Estado está júnida às regras do Direito Administrativo, em especial no tocante à obrigatoriedade de licitação.

(...)

Não há, assim, qualquer óbice a que os denominados convênios de adesão continuem a ser celebrados entre a GEAP e seus patrocinadores originais – Ministério da Saúde, Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social (DATAPREV) e Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O que não é possível é que ela o faça em relação ao servidores de outros órgãos e entidades federais, inclusive de outras esferas político-administrativas da federação, sem que sejam celebrados contratos administrativos, precedidos de licitação.

(destaque inexistentes no original)

20. A ementa do julgamento do aludido Mandado de Segurança restou redigida da seguinte forma:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GEAP – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL. CELEBRAÇÃO DE CONVÉNIO 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, excetuados 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.

21. Importa ressaltar que até mesmo o Ministro Ayres Britto, que votou pela denegação da Segurança, indicou a necessidade de que a GEAP alterasse o estatuto para que pudesse se enquadrar no conceito de autogestão⁴, indicando, desse modo, que o óbice à celebração de convênio tem fundamento na estrutura administrativa da entidade.

22. Diante do resultado do julgamento do MS, a União, então, com o escopo de solucionar os óbices apontados pela Corte de Contas e referendados pelo STF, editou o Decreto Presidencial s/n de 07 de outubro de 2013, para dispor sobre a forma de patrocínio da União e de suas Autarquias e Fundações à GEAP. Como reflexo dessas alterações, o parágrafo único do Art. 3º foi expresso em autorizar a adesão das Autarquias e Fundações ao convênio que seria firmado posteriormente com entre a União e a GEAP.

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.

⁴ "Há um déficit de representação, destarte, que reclama ajustes para enquadrar a GEAP no rigoroso conceito de entidade fechada de autogestão.". E continua, mais à frente: "Ajustes há que fazer no estatuto da GEAP, já o dissemos, não com o fim específico de limitar os quadros da instituição, mas para possibilitar efetiva cogestão dos patrocinadores e participantes do sistema. Pena de se ignorar a valiosidade da paréquia universal do "utile per inutile non vitiatur", principalmente quando em causa questão social da magnitude desta com que estamos a lidar

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.

23. Todavia, a OAB/DF insurgiu-se contra supracitado Decreto mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5086/DF), no bojo da qual o mesmo Ministro Lewandowski deferiu liminar, cujos termos transcrevem-se parcialmente abaixo:

Isso posto, presentes os requisitos necessários ao exame de urgência, defiro em parte o pedido de medida liminar, *ad referendum* do Egrégio Plenário, 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.

24. É de bom tom esclarecer que não se olvida ter havido uma alteração no quadro fático desde que julgado o Mandado de Segurança nº 25.855/DF, consistente, em especial, na alteração do estatuto da GEAP, que passou a contemplar a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, assim como suas respectivas Autarquias e Fundações, como possíveis patrocinadores dos planos da prestadora de saúde⁵, além de ter previsto a possibilidade de que tais entidades integrem o seu Conselho de Administração (Art. 16 do Estatuto). Isso, porém, haverá de ser objeto de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal, quando então poderá referendar ou reformar a decisão prolatada na ADI nº 5086-DF.

25. Fato é que a decisão do STF ensejou a publicação do Despacho do Diretor do Departamento de Consultoria/PGF nº 12/2014, em que se recomenda que as Autarquias e Fundações não mais adiram ao convênio de adesão firmado entre a União e a GEAP. O documento foi aprovado também pelo então Procurador-Geral Federal, Dr. Marcelo de Siqueira Freitas.

2. Assim, considerando a suspensão da eficácia do art. 3º e Parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de Outubro de 2013, novas adesões ao convênio carecem de lastro normativo, pelo que recomendamos a todas as Autarquias e Fundações Federais que se abstenham de celebrar ou aderir ao convênio com a GEAP até o julgamento definitivo da ADIN nº 5086/DF.
(grifos inexistentes no original)

26. Veja-se que a recomendação não é pela imediata rescisão de todas as adesões ao convênio celebrado pela União com a GEAP. Muito pelo contrário, ela é prospectiva, ou seja, fixa um marco temporal após o qual a adesão não é mais possível, qual seja, a data da decisão do STF nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5086-DF.

27. A questão recebeu o mesmo tratamento na recente Orientação Normativa MPOG nº 9, de 29 de Outubro de 2014, a ver:

Art. 6º - As autarquias e fundações federais que aderiram ao Convênio nº 001/2013 mediante assinatura do Termo de Adesão constante do Anexo I do

⁵ Art. 7º Patrocinadores são as pessoas jurídicas que aderem aos planos de saúde administrados pela Fundação, mediante convênio por adesão. §1º 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.

citado Convênio, reproduzido no Anexo I da Orientação Normativa nº 14, de 18 de dezembro de 2013, até o dia 27 de janeiro de 2014, véspera da data de prolação da decisão liminar do Supremo Tribunal Federal - STF nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5086-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra o Decreto s/nº de 7 de outubro de 2013, permanecem na condição de aderentes ao Convênio.

Parágrafo Único - As autarquias e fundações federais que não aderiram ao Convênio nº 001/2013 até 27 de janeiro de 2014, não mais poderão fazê-lo, até eventual decisão em contrário prolatada pelo STF.

28. Ainda que não se tenha citado nenhum julgado tratando do inc. III do parágrafo único do Art. 206-A da Lei nº 8112/90, é clarividente que as razões de decidir abarcam todos os convênios que poderiam ser celebrados com a GEAP.

29. Como visto, os motivos apresentados tanto pelo TCU quanto pelo STF apontam para a estrutura deliberativa da GEAP, de forma que distanciar uma hipótese da outra equivaleria a ignorar a natureza dos óbices à celebração dos convênios de adesão apresentados pelo julgadores e apegar-se unicamente aos limites objetivos do julgado, em prejuízo claro à segurança jurídica.

30. Para além disso, convém trazer à lume o fato de que a redação do dispositivo normativo citado faz alusão expressa ao Art. 230 da mesma Lei. Vejamos:

Art. 206-A. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, a União e suas entidades autárquicas e fundacionais poderão:

(...)

III - celebrar convênios com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão, que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, na forma do art. 230;

(Grifou-se)

31. Desse modo, se o STF determinou a suspensão parcial do Decreto que regulamentou a celebração de convênio com a GEAP, então não há razão jurídica para se permitir a assinatura de ajustes com a mesma entidade para a realização de exames médicos periódicos.

32. Veja-se que é a própria lei que estabelece a (necessária) conexão entre os dispositivos (intratextualidade), o que denota que a construção da decisão jurídica correta sobre a celebração de convênio para a realização de exames médicos periódicos deverá considerar o sentido atribuído ao disposto no Art. 230 da Lei nº 8.112/90.

33. Nesse contexto, é importante que as orientações às Autarquias e Fundações assessoradas pela Procuradoria-Geral Federal guardem coerência entre si. Novas manifestações jurídicas sobre matérias similares às já analisadas não podem abstrair o quanto já dito anteriormente, ainda que as conclusões, diante das diferenças entre um caso e outro, possam ser diversas⁶, o que não é o caso.

⁶ A necessidade de integridade e coerência na construção das decisões jurídicas é uma preocupação de Ronald Dworkin (in:O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007), que se vale, didaticamente, da metáfora do romance em cadeia para explicar sua perspectiva: "Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série: Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira), sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos como coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas

34. Porquanto, à exceção do INSS, recomenda-se a todas as Autarquias e Fundações Federais que não celebrem novos convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos em seus servidores até que haja o julgamento definitivo da ADI nº 5086/DF ou seja reformada a decisão liminar prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no feito.

35. Destaca-se que, assim como na hipótese da assistência à saúde dos servidores, a restrição à celebração de convênio com a GEAP cujo objeto seja o de que trata o inc. III do parágrafo único do Art. 206-A refere-se apenas aos ajustes posteriores ao dia 27 de janeiro de 2014.

36. A presente orientação contrasta com a constante do Parecer nº 1398/4.3.4/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, da lavra do Dr. Hugo Teixeira Montezuma Sales. Em resumo, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento (CONJUR/MPOG) aduz que: (i) os Arts. 206-A e 230, ambos da Lei 8.112/90, tratam de matérias distintas e apartadas; (ii) a decisão cautelar do STF na ADI nº 5086-DF não impossibilita a celebração de convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos, mas apenas aqueles relacionados à prestação de assistência à saúde. Eis o que dito sobre o tema na citada manifestação jurídica:

a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal abrange tão-somente a celebração de novos convênios para fins de assistência à saúde, porquanto suspendeu temporariamente apenas o disposto no artigo 3º e parágrafo único do Decreto de 7 de outubro de 2013 que regulamenta o inciso I do §3º do artigo 230 da Lei 8112, não abrangendo a norma contida no Art. 206-A da Lei 8.112/90, que autoriza a celebração de convênio para a realização de exames periódicos dos servidores, matéria completamente distinta e tratada separadamente.

37. Concorda-se, ao menos parcialmente, com ambas as razões jurídicas trazidas pela CONJUR, mas, como se verá, a conclusão que delas se extraí não é, salvo melhor juízo, a apresentada por aquele órgão de assessoramento jurídico.

38. Sobre o primeiro argumento apresentado, no sentido de que os dispositivos em análise - os arts 206-A e 230 do Estatuto dos Servidores Federais - tratam de matérias diversas, dele não há que se discordar. Fossem dispositivos meramente complementares, e não reguladores de assuntos diferentes, então deveriam estar redigidos sob a forma de artigo e parágrafo, consoante determina a Lei Complementar nº 95/1998 (alínea c) do inciso III do Art. 11).

39. Essa constatação não implica na desnecessidade de se considerar o sentido atribuído ao Art. 230 quando da interpretação do convênio de que trata o Art. 206-A. Pelo contrário, e como dito acima, a própria lei os conecta em sua textualidade, de modo que é

a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal irá, por esta razão, afastar-se da estrita linha de decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo." (p. 263-264). O jusfiloso ainda diz que (idem, p. 276) "cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever o capítulo de modo a criar a melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil do direito como integridade."

inviável juridicamente tentar interpretar o Art. 206-A sem examinar o seu dispositivo normativo coligado.

40. A mesma sorte merece a assertiva de que a decisão cautelar do STF na ADI nº 5086-DF não impossibilitaria a celebração de convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos. De fato, observando-se os limites objetivos da decisão do Supremo, não há que se afirmar que esta contempla – ao menos de forma expressa - a vedação à celebração de convênios para a prestação de exames médicos periódicos.

41. O fundamento de direito para se não recomendar a celebração de convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos é o princípio da segurança jurídica, que impõe, repita-se, que o assessoramento jurídico não indique ao consulente soluções técnicas contraditórias e conflitantes para temas que bebem da mesma fonte.

42. As razões de decidir expostas pelo Supremo Tribunal Federal tanto nos Mandados de Segurados citados quanto na Medida Cautelar basearam-se na estrutura deliberativa da GEAP, que não poderia ser considerada entidade de auto-gestão. Ignorar a *ratio decidendi* que norteou a jurisprudência do STF para acolher, como se fosse o único aspecto a se considerar, o limite objetivo da coisa julgada, é abrir o flanco da Administração a futuras reprimendas e condenações.

43. Não custa dizer que uma das decisões do Supremo sobre o assunto foi dada em uma ADI. Mais do que dizer isso, convém ressaltar que o Supremo tem conferido força vinculante aos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que aderente da "teoria da transcendência dos motivos determinantes", tema que é explicado com a precisão usual pelo Ministro Luis Roberto Barroso, conforme se vê abaixo:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

Como consequência, seria admissível reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma obliqua.

(O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238/239)

44. Não se está com isso advogando a tese de que também que as *ratio decidendi* das cautelares monocráticas deferidas em controle concentrado no órgão máximo do Poder Judiciário gozariam de efeitos vinculantes, mas indicando que o dever de coerência deve permear toda a atividade jurídica, sob pena de se ferir de morte o princípio da segurança.

45. Porquanto, dada a dissonância de entendimento entre este órgão de assessoramento jurídico da Procuradoria-Geral Federal e a Consultoria Jurídica/MPOG sobre o tema em análise, sugere-se o encaminhamento do feito à Consultoria-Geral da União, e, se mantida

a divergência após a sua manifestação, seja a matéria submetida ao Senhor Advogado-Geral da União, haja vista o disposto no art. 12, V, do Decreto n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

II – CONCLUSÃO

46. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) À exceção do INSS, as Autarquias e Fundações Federais não devem celebrar convênio com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos nos servidores integrantes do seu quadro até que seja definitivamente julgada a ADI nº 5.086/DF ou até que haja a reforma da decisão liminar prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no feito, considerando o fato de que as razões de decidir apresentadas pelo STF e pelo TCU no caso de assistência à saúde dos servidores voltaram-se para a estrutura estatutária da GEAP.
- b) Ou seja, as mesmas razões que determinaram a suspensão de adesões aos convênios com a GEAP para realização de assistência à saúde se aplicam às adesões para realização de exames médicos periódicos dos servidores (*Ubi eadem ratio ibi idem ius*) Onde há a mesma razão, deve-se empregar o mesmo direito).
- c) A restrição acima não afeta os convênios firmados com a GEAP em data anterior ao dia 27 de janeiro de 2014.
- d) Tendo em vista a dissonância de entendimento entre este órgão de assessoramento jurídico da Procuradoria-Geral Federal e a Consultoria Jurídica/MPOG sobre o tema em análise, sugere-se o encaminhamento do feito à Consultoria-Geral da União, e, se mantida a divergência após a sua manifestação, seja a matéria submetida ao Senhor Advogado-Geral da União, haja vista o disposto no art. 12, V, do Decreto n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

À consideração superior.

Brasília, 13 de abril de 2015.

EDUARDO LOUREIRO LEMOS

Procurador Federal



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

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Daniela Silva Borges
Procuradora Federal

Rômulo Gabriel Moraes Lunelli
Procurador Federal

Genésia Marta Alves Camelo
Procuradora Federal


Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

Diego da Fonseca H. O.de Gusmão
Procurador Federal

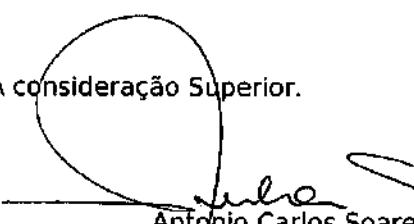
José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Caroline M. Boaventura Santos
Procurador Federal

Fábia Moreira Alves
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 26 de 06 de 2015.


Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

Aprovo o Parecer nº 03/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União nos termos da letra "d" do item 46 desta manifestação.

Brasília, 26 de 06 de 2015.


Renato Rodrigues Vieira
Procurador Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 93/2015

(CONVENIO. EXAMES MÉDICOS PERIÓDICOS. CONVÊNIO. GEAP. IMPOSSIBILIDADE)

I - À exceção do INSS, as Autarquias e Fundações Federais não devem celebrar convênio com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos nos servidores integrantes do seu quadro até que seja definitivamente julgada a ADI nº 5.086/DF ou até que haja a reforma da decisão liminar prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no feito, considerando o fato de que as razões de decidir apresentadas pelo STF e pelo TCU no caso de assistência à saúde dos servidores voltaram-se para a estrutura estatutária da GEAP.

II - Ou seja, as mesmas razões que determinaram a suspensão de adesões aos convênios com a GEAP para realização de assistência à saúde se aplicam às adesões para realização de exames médicos periódicos dos servidores (*Ubi eadem ratio ibi idem ius*-Onde há a mesma razão, deve-se empregar o mesmo direito).

III - A restrição acima não afeta os convênio firmados com a GEAP em data anterior ao dia 27 de janeiro de 2014.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER n.º 89/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 05210.004294/2016-62

INTERESSADAS: Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: Celebração de convênio com a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90

CONVÊNIO PREVISTO NO ART. 206-A, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI N.º 8.112/90. INDEPENDÊNCIA ENTRE OS ARTS. 206-A, PARÁGRAFO ÚNICO, III, E 230 DA LEI N.º 8.112/90. DECISÃO LIMINAR CONCEDIDA NA ADI N.º 5086/DF DIRIGIDA AO ART. 230 DA LEI N.º 8.112/90. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO CONSTANTE DO MANDADO DE SEGURANÇA N.º 25855/DF ALTERAÇÕES ESTATUTÁRIAS PROMOVIDAS PELA GEAP AUTOGESTÃO EM SAÚDE. ENQUADRAMENTO DA GEAP AUTOGESTÃO EM SAÚDE COMO OPERADORA DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE ORGANIZADA NA MODALIDADE DE AUTOGESTÃO E REGULARMENTE AUTORIZADA A FUNCIONAR. VIABILIDADE JURÍDICA DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO PARA OS FINS DO ART. 206-A, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI N.º 8.112/90 ENTRE A GEAP AUTOGESTÃO EM SAÚDE E OS ÓRGÃOS E ENTIDADES FEDERAIS CLASSIFICADOS COMO SEUS PATROCINADORES.

I – Os arts. 206-A, parágrafo único, III, e 230 da Lei n.º 8.112/90 são independentes.

II – A liminar concedida na ADI n.º 5086/DF não alcança o art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90 conforme certificado pela Secretaria-Geral de Contencioso desta Advocacia-Geral da União na Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU.

III – O Mandado de Segurança n.º 25855/DF levou em consideração a situação da extinta Fundação GEAP Previdência, e não da GEAP Autogestão em Saúde.

IV – As modificações estatutárias ocorridas na GEAP Autogestão em Saúde, conforme compreendido atualmente pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário), pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, pela Procuradoria-Geral da República e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, permitem sua classificação como operadora de plano de assistência à saúde organizada na modalidade de autogestão e autorizada a funcionar pelo órgão regulador.

V – É juridicamente viável a celebração de convênio com o escopo de realizar exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90 entre a GEAP Autogestão em Saúde e os órgãos e entidades federais classificados como seus patrocinadores.

(Código Ementário n.º 11)

Excelentíssimo Senhor Coordenador,

1. Versa o presente processo sobre divergência observada entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a Procuradoria-Geral Federal no que diz respeito à celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90.

2. O entendimento da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão no sentido da possibilidade de celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos está desenvolvido nos Pareceres n.os 00251/2015/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU e 00808/2015/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU, adiante transcritos parcialmente (Sequencial 1, PDF 1, pp. 7-13 e 17-21):

Parecer n.º 00251/2015/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU

(...) Parecer PGFN/CJU/COJLC/n.º 2097/2014, oriundo do Ministério da Fazenda e no qual se conclui pela possibilidade apenas dos 'legítimos instituidores' da GEAP (Ministério da Saúde, Ministério da Previdência Social, Dataprev e INSS) de firmarem com ela convênio para os fins do art. 206-A, parágrafo único da Lei 8.112/90 (...)

2. Tal conclusão foi distinta daquela a que chegou esta Consultoria, mediante o Parecer n.º 1398-4.3.4/2014/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU (...) razão pela qual foram os autos remetidos a este órgão para nova manifestação.

(...)

4. Inicialmente, saliente-se que não há discussão acerca da não incidência da decisão prolatada na ADIn n.º 5086-DF no presente caso, razão pela qual reiteramos os argumentos de fls. 22/23, sem necessidade de nova incursão sobre a matéria.

5. Sobre a divergência propriamente dita, não se ignora a existência de diversas decisões do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais pátios que entendem que a GEAP só poderia firmar convênios com seus legítimos patrocinadores, leia-se: patrocinadores originais. No entanto, essa conclusão está superada desde meados de 2013, como se passa a expon.

6. A GEAP - Fundação de Seguridade Social fora criada em 1990 com o fito de oferecer assistência patronal aos servidores dos órgãos instituidores, de acordo com o que dispõe o art. 230 da Lei 8.112/90. Em 2007, a GEAP - Fundação de Seguridade Social fora sucedida, em seus direitos e obrigações pela Fundação GEAPPREVIDÊNCIA, a qual manteve seus patrocinadores, conforme estatuto de fls. 50/66.

7. Após tal sucessão, a GEAP - Fundação de Seguridade Social foi segregada e criada a Fundação GEAP - Autogestão em Saúde, cujo estatuto segue às fls. 33/49 e data de setembro de 2013. Ao contrário do que ocorreu com a GEAPPREVIDÊNCIA, a qual manteve a natureza de entidade fechada de previdência complementar da GEAP - Fundação de Seguridade Social, por aquela sucedida, a GEAP - Autogestão em Saúde, fundação de direito privado operadora de planos de assistência à saúde, definiu seus patrocinadores da seguinte forma:

Art. 6.º A Fundação terá as seguintes categorias de integrantes:

I – Patrocinadores;

II – Beneficiários.

Art. 7.º Patrocinadores são as pessoas jurídicas que aderem aos planos de saúde administrados pela Fundação, mediante convênio por adesão.

§ 1.º Poderão ser patrocinadores de planos administrados pela Fundação mediante a celebração dos respectivo convênio por adesão a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 2.º Considera-se Patrocinador, para fins deste artigo, a pessoa jurídica que, em decorrência do vínculo estatutário, contrato de trabalho ou outro regime de contratação, faculta a adesão a um grupo específico de servidores ou empregados aos planos de assistência à saúde administrados pela Fundação, mediante custeio total ou parcial dos serviços oferecidos.

§ 3.º O Patrocinador responsabilizar-se-á apenas pelo custeio do plano de assistência à saúde, na forma definida em convênio por adesão, não assumindo qualquer risco financeiro decorrente da operação do plano de saúde.

8. Em outras palavras, são patrocinadores todos aqueles que aderirem aos planos de saúde administrados pela GEAP - Autogestão em Saúde, mediante celebração de convênio por adesão. Ao adquirirem essa condição, passam a integrar a GEAP, nos termos do artigo 6.º supracitado.

9. A União, via Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, firmou o referido convênio em 05.11.2013 (fls. 67/76), passando a integrar a fundação na condição de patrocinadora. Em sendo a União (MP) integrante e patrocinadora da Fundação GEAP - Autogestão em Saúde (possivelmente a maior patrocinadora) a legitimidade e o interesse comum de ambas as partes na celebração de convênio para os fins do artigo 230-A mostra-se patente, já que o interesse da GEAP se confunde com o da União, dela integrante principal.

10. Ressalte-se, novamente, que a GEAP - Autogestão em Saúde não fora constituída para prestar serviços para órgãos predeterminados, mas sim a todos aqueles que a ela aderirem enquanto patrocinadores ou beneficiários. Desse modo, não é cabível se falar em 'patrocinadores legítimos', não havendo previsão, nos normativos respectivos, de qualquer distinção entre os patrocinadores. Ademais, é importante salientar que a GEAP - Autogestão em Saúde, ao contrário da GEAPPREVIDÊNCIA, não é uma entidade de previdência complementar fechada, não se aplicando o entendimento do TCU.

(...)

12. A GEAP - Autogestão em Saúde enquadraria nos permissivos normativos de autogestão por pessoa jurídica de direito privado que opere planos privados de assistência à saúde e a União ingressou em tal fundação pela celebração do convênio de adesão já mencionado. A presença da União (o ente federal e não apenas o MP) enquanto integrante da GEAP - Autogestão em Saúde é confirmada ao se verificar que um dos conselheiros do Conselho de Administração de tal fundação deve necessariamente representar tal ente federativo.

13. Desse modo, entende-se que, desde a aprovação do novo estatuto e a reinstituição da GEAP - Autogestão em Saúde, foram superados os fundamentos das decisões anteriores do TCU e dos tribunais pátrios, sendo juridicamente viável a celebração de convênio entre a União, via Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (ou outro) e a aludida fundação.

14. Diante do que se expõe, reitera-se a conclusão do Parecer 1398-4.3.4/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU (fls. 20/31) pela juridicidade da celebração de convênio entre a União, via MP, e a GEAP - Autogestão em Saúde, para os fins do artigo 206-A da Lei 8.112/90. Opina-se pela remessa de cópia dos autos à Procuradoria-Geral da Fazenda nacional para ciência, com recomendação de, caso a divergência remanesça, envio à Consultoria-Geral da União para manifestação (...)

Parecer n.º 00808/2015/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU

(...)

4. O presente parecer se centrará na resposta aos questionamentos, do modo como formulados, e utilizará como pressuposto o raciocínio desenvolvido no Parecer n.º 00251/2015/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU (...)

5. Tem-se portanto que:

a) a GEAP - Autogestão em Saúde, enquanto operadora de plano de saúde organizada na modalidade de autogestão, só pode firmar convênios, para os fins dos artigos 230 e 206-A da lei 8.112/90, com órgãos e entidades patrocinadoras;

b) São considerados patrocinadores todos os entes federados, suas autarquias e fundações públicas que tiverem firmado convênio de adesão com a GEAP - Autogestão em Saúde.

6. Além disso, é importante salientar que a assinatura do Convênio n.º 001/2013 pela União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento, foi precedida de autorização concedida no Decreto s/n de 7 de outubro de 2013, no seu artigo 3.º (...)

7. Referido artigo deu ao MP a competência de assinar, em nome da União, convênio com a GEAP - Autogestão em Saúde. 'Em nome da União' significa que o convênio produzirá efeitos no âmbito de toda a União e não só do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, abrindo todos os demais ministérios e outros órgãos. Não haveria necessidade de autorização presidencial para celebração de convênios cujos efeitos se limitassem apenas ao âmbito do órgão signatário.

8. Saliente-se que, inobstante tal artigo ter sido suspenso por decisão do STF, na ADIn 5086-DF, referida decisão não teve efeitos retroativos, preservando os convênios celebrados. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

'Isso posto, presentes os requisitos necessários ao exame de urgência, defiro em parte o pedido de medida liminar, ad referendum do Egrégio Plenário, 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.'

9. Anote-se que o artigo 3.º do Decreto s/n só trata de convênio para a prestação de assistência à saúde, art. 230 da Lei 8.112/90, e a liminar se restringiu a suspender esse artigo com efeitos ex nunc, de forma que não alcança os convênios já firmados e nem com outras finalidades, como a do art. 206-A da Lei 8.112/90.

(...)

12. O convênio para a realização dos exames periódicos pela GEAP teria como justificativa o interesse comum do patrocinador e da patrocinadora para a prevenção da saúde dos seus servidores. A ausência do patrocínio da pessoa jurídica interessada afasta a justificativa do interesse e a legitimidade para o segundo convênio.

13. Desse fato é possível concluir que toda a pessoa jurídica União (incluindo todos os órgãos que a compõem) é patrocinadora, e, em razão dessa condição, seus órgãos poderão celebrar convênios com a GEAP - Autogestão em Saúde para os fins do artigo 206-A. Tais convênios produzirão efeitos apenas no âmbito de cada órgão, devendo ser celebrados pela autoridade do órgão com

poderes para tanto. Resalte-se que o MP celebrou o Convênio n.º 1/2013, em nome de toda a União, com base na autorização do artigo 3.º do Decreto s/n de 7.10.2013; no entanto tal dispositivo, além de suspenso pelo STF, autorizava a celebração de convênios apenas para assistência em saúde (art. 230) e não para realização de exames periódicos (art. 206-A), de modo que cada órgão deverá celebrar o seu convênio (como inclusive já o fez o MP), que terá efeitos restritos ao referido órgão, não tendo o MP poderes para assinar em nome de outrem ou da União.

14. No que concerne às autarquias e fundações públicas federais, a questão merece uma análise diferenciada. É que cada autarquia e fundação possui personalidade jurídica própria, não sendo abarcada pela personalidade jurídica da União. Por essa razão, elas não foram abrangidas pelo Convênio 1/2013, salvo se tiverem a ele expressamente aderido, como inclusive prevê tanto o parágrafo único do artigo 3.º do decreto supracitado (com eficácia preservada em relação aos entes que já fizeram a adesão antes da decisão liminar do STF) quanto a Cláusula Décima Quarta do aludido convênio (...)

(...)

17. Saliente-se, por fim, que, em razão da medida cautelar deferida pelo STF na ADIn supracitada, não é possível novas adesões por autarquias e fundações públicas ao convênio único.

18. Diante do exposto, responde-se aos questionamentos efetuados da seguinte forma:

a) os órgãos e entidades públicas da União (administração direta, autarquias e fundações) alcançadas pelo convênio único para assistência à saúde suplementar podem formalizar convênio com a referida entidade de autogestão, com a finalidade de realizar e ofertar os exames médicos periódicos para seus servidores?

Resposta: Sim. Os órgãos da Administração Direta Federal, bem como as entidades públicas da União que aderiram ao Convênio Único, são considerados como patrocinadores, podendo, nessa condição, firmar convênios com a GEAP - Autogestão em Saúde para fins de realizar e ofertar exames médicos periódicos para seus servidores.

b) caso afirmativo, este convênio a que se refere a alínea 'a' deve ser firmado por meio deste Ministério ou por cada órgão/entidade de forma individual?

Resposta: O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não possui competência para firmar convênios para realização de exames médicos periódicos em nome de toda a União ou para produção de efeitos fora do âmbito deste Ministério como ocorreu para a prestação de assistência à saúde na forma do decreto s/n de 2013, de modo que cada órgão/entidade deve celebrar seu convênio de forma individual, respeitadas as cautelas de praxe.

c) os órgãos e entidades que não estão contemplados ou abrangidos pelo convênio único firmado entre a União, por meio do MP, e a GEAP - Autogestão em Saúde podem firmar convênio com a referida entidade de autogestão para a prestação dos exames médicos periódicos?

Resposta: Não. As entidades não abrangidas pelo convênio único para os serviços de assistência à saúde não são consideradas patrocinadoras e, em não o sendo, não podem firmar convênios com tal operadora com fundamento no Artigo 206-A, parágrafo único, inciso III da Lei 8.112/90.

(...)

3. Já a Procuradoria-Geral Federal sustenta tese pela inviabilidade da assinatura de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos no Parecer n.º 03/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 13/04/2015, nos seguintes termos (Seqencial 1, PDF 2, pp. 27-41):

(...)

13. O tema suscita enorme divergência. A discussão tem sido feita com maior intensidade em torno do art. 230 da Lei n.º 8.112/90, que trata da assistência à saúde dos servidores. É possível, porém, afirmar que os fundamentos jurídicos que permeiam as discussões sobre o âmbito de aplicação deste artigo são os mesmos que devem nortear a questão sob exame.

14. O cerne da questão, segundo a Corte de Contas, diz respeito à possibilidade de enquadramento da GEAP como entidade de autogestão para outros entes públicos que não os que constam da sua escritura pública de sua constituição (Ministério da Saúde - MS, Ministério da Previdência Social - MPS, Dataprev e INSS). Isso porque, segundo o inc. I do art. 1.º do Decreto n.º 4978/2004, para que sejam classificadas como tais, estas deverão assegurar que a gestão seja participativa. (...)

15. Em 2004 o Tribunal de Contas da União analisou a possibilidade de classificação da GEAP como entidade de autogestão multipatrocinada. Desde então, tem concluído pela ilicitude de que outras entidades que não as suas patrocinadoras originárias (na verdade, instituidoras) firmem convênios com esta [Acórdão n.º 458/2004 - Plenário]. (...)

16. Na oportunidade, o Ministro Humberto Guimarães Souto (relator final do acórdão) entendeu haver um déficit de representatividade no processo decisório da GEAP, resultado da

desnecessidade estatutária de que os membros da Diretoria Executiva fossem participantes dos planos administrados pela Fundação.

(...)

17. Nem mesmo a Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS n.º 137, de 14 de novembro de 2006, que, em seu art. 4.º, definiu de forma mais detida que o Decreto n.º 4978/2004 o conceito de entidade de autogestão, foi suficiente para que o Tribunal de Contas revisse o posicionamento esposado em 2004 sobre a GEAP, conforme se vê abaixo [Acórdão n.º 870/2011 - Plenário, Acórdão n.º 1278/2011 - Plenário, Acórdão n.º 8233/2011 - 2.ª Câmara e Acórdão n.º 3777/2012 - 2.ª Câmara]: (...)

18. Algumas entidades de classe interpuseram no Supremo Tribunal Federal - STF mandados de segurança contra as decisões do TCU sobre o tema. Os feitos levaram a Corte de Contas a considerar lícita a manutenção - ainda que em caráter precário - de convênios com a GEAP enquanto a questão estivesse em discussão no STF.

19. Em recente sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal julgou os mandados de segurança sobre o assunto (sobre o tema, veja-se o MS n.º 25.855/DF) e o resultado foi contrário aos interesses das entidades de classe, vez que o STF manteve o entendimento do TCU consubstanciado no Acórdão 0458/04 (Plenário) - ou seja, manifestou-se pela ilicitude de que outras entidades que não as instituidoras firmarem convênios com a GEAP, por se configurarem em verdadeiros contratos administrativos, a serem precedidos de licitação. (...)

21. Importa ressaltar que até mesmo o Ministro Ayres Britto, que votou pela denegação da segurança, indicou a necessidade de que a GEAP alterasse o estatuto para que pudesse se enquadrar no conceito de autogestão, indicando, desse modo, que o óbice à celebração de convênio tem fundamento na estrutura administrativa da entidade.

22. Diante do resultado do julgamento do MS, a União, então, com o escopo de solucionar os óbices apontados pela Corte de Contas e referendados pelo STF, editou o Decreto Presidencial s/n de 07 de outubro de 2013, para dispor sobre a forma de patrocínio da União e de suas Autarquias e Fundações à GEAP. Como reflexo dessas alterações, o parágrafo único do art. 3.º foi expresso em autorizar a adesão das Autarquias e Fundações ao convênio que seria firmado posteriormente entre a União e a GEAP.

(...)

23. Todavia, a OAB/DF insurgiu-se contra supracitado decreto mediante ação direta de inconstitucionalidade (ADI n.º 5086/DF), no bojo da qual o mesmo Ministro Lewandowski deferiu liminar (...).

24. É de bom tom esclarecer que não se olvida ter havido uma alteração no quadro fático desde que julgado o Mandado de Segurança n.º 25.855/DF, consistente, em especial, na alteração do estatuto da GEAP, que passou a contemplar a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, assim como suas respectivas autarquias e fundações, como possíveis patrocinadores dos planos da prestadora de saúde, além de ter previsto a possibilidade de que tais entidades integrem o seu Conselho de Administração (art. 16 do estatuto). Isso, porém, haverá de ser objeto de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal, quando então poderá referendar ou reformar a decisão prolatada na ADI n.º 5086-DF.

25. Fato é que a decisão do STF ensejou a publicação do Despacho do Diretor do Departamento de Consultoria/PGF n.º 12/2014, em que se recomenda que as autarquias e fundações não mais adiram ao convênio de adesão firmado entre a União e a GEAP. O documento foi aprovado também pelo então Procurador-Geral Federal (...).

26. Véja-se que a recomendação não é pela imediata rescisão de todas as adesões ao convênio celebrado pela União com a GEAP. Muito pelo contrário, ela é prospectiva, ou seja, fixa um marco temporal após o qual a adesão não é mais possível, qual seja, a data da decisão do STF nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5086-DF.

27. A questão recebeu o mesmo tratamento na recente Orientação Normativa MPOG n.º 9, de 29 de outubro de 2014, a ver:

Art. 6º - As autarquias e fundações federais que aderiram ao Convênio nº 001/2013 mediante assinatura do Termo de Adesão constante do Anexo I do citado Convênio, reproduzido no Anexo I da Orientação Normativa nº 14, de 18 de dezembro de 2013, até o dia 27 de janeiro de 2014, véspera da data de prolação da decisão liminar do Supremo Tribunal Federal - STF nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5086-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra o Decreto s/nº de 7 de outubro de 2013, permanecem na condição de aderentes ao Convênio.

Parágrafo único - As autarquias e fundações federais que não aderiram ao Convênio nº 001/2013 até 27 de janeiro de 2014, não mais poderão fazê-lo, até eventual decisão em contrário prolatada pelo STF.

28. Ainda que não se tenha citado nenhum julgado tratando do inc. III do parágrafo único do art. 206-A da Lei n.º 8112/90, é clarividente que as razões de decidir abarcam todos os convênios que poderiam ser celebrados com a GEAP.

29. Como visto, os motivos apresentados tanto pelo TCU quanto pelo STF apontam para a estrutura deliberativa da GEAP, de forma que distanciar uma hipótese da outra equivaleria a ignorar a natureza dos óbices à celebração dos convênios de adesão apresentados pelos julgadores e apegar-se unicamente aos limites objetivos do julgado, em prejuízo claro à segurança jurídica.

30. Para além disso, convém trazer à lume o fato de que a redação do dispositivo normativo citado faz alusão expressa ao art. 230 da mesma Lei. (...)

31. Desse modo, se o STF determinou a suspensão parcial do decreto que regulamentou a celebração de convênio com a GEAP, então não há razão jurídica para se permitir a assinatura de ajustes com a mesma entidade para a realização de exames médicos periódicos.

32. Véja-se que é a própria lei que estabelece a (necessária) conexão entre os dispositivos (intratextualidade), o que denota que a construção da decisão jurídica correta sobre a celebração de convênio para a realização de exames médicos periódicos deverá considerar o sentido atribuído ao disposto no art. 230 da Lei n.º 8.112/90.

33. Nesse contexto, é importante que as orientações às autarquias e fundações assessoradas pela Procuradoria-Geral Federal guardem coerência entre si. Novas manifestações jurídicas sobre matérias similares às já analisadas não podem abstrair o quanto já dito anteriormente, ainda que as conclusões, diante das diferenças entre um caso e outro, possam ser diversas, o que não é o caso.

34. Porquanto, à exceção do INSS, recomenda-se a todas as autarquias e fundações federais que não celebrem novos convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos em seus servidores até que haja o julgamento definitivo da ADI n.º 5086/DF ou seja reformada a decisão liminar prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no feito.

35. Destaca-se que, assim como na hipótese de assistência à saúde dos servidores, a restrição à celebração de convênio com a GEAP cujo objeto seja o de que trata o inc. III do parágrafo único do art. 206-A refere-se apenas aos ajustes posteriores ao dia 27 de janeiro de 2014.

36. A presente orientação contrasta com a constante do Parecer n.º 1398/4.3.4/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, da lavra do Dr. Hugo Teixeira Montezuma Sales. Em resumo, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento (CONJUR/MPOG) aduz que: (i) os arts. 206-A e 230, ambos da Lei 8.112/90, tratam de matérias distintas e apartadas; (ii) a decisão cautelar do STF na ADI n.º 5086/DF não impossibilita a celebração de convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos, mas apenas aqueles relacionados à prestação de assistência à saúde. (...)

37. Concorda-se, ao menos parcialmente, com ambas as razões jurídicas trazidas pela CONJUR, mas, como se verá, a conclusão que delas se extrai não é, salvo melhor juízo, a apresentada por aquele órgão de assessoramento jurídico.

38. Sobre o primeiro argumento apresentado, no sentido de que os dispositivos em análise - os arts. 206-A e 230 do Estatuto dos Servidores Federais - tratam de matérias diversas, dele não há que se discordar. Fossem dispositivos meramente complementares, e não reguladores de assuntos diferentes, então deveriam estar redigidos sob a forma de artigo e parágrafo, consoante determina a Lei Complementar n.º 95/1998 (alínea c do inciso III do art. 11).

39. Essa constatação não implica na desnecessidade de se considerar o sentido atribuído ao art. 230 quando da interpretação do convênio de que trata o art. 206-A. Pelo contrário, e como dito acima, a própria lei os conecta em sua textualidade, de modo que é inviável juridicamente tentar interpretar o art. 206-A sem examinar o seu dispositivo normativo coligido.

40. A mesma sorte merece a assertiva de que a decisão cautelar do STF na ADI n.º 5086/DF não impossibilitaria a celebração de convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos. De fato, observando-se os limites objetivos da decisão do Supremo, não há que se afirmar que esta contempla - ao menos de forma expressa - a vedação à celebração de convênios para a prestação de exames médicos periódicos.

41. O fundamento de direito para se não recomendar a celebração de convênios com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos é o princípio da segurança jurídica, que impõe, repita-se, que o assessoramento jurídico não indique ao conselente soluções técnicas contraditórias e conflitantes para temas que bebem da mesma fonte.

42. As razões de decidir expostas pelo Supremo Tribunal Federal (...) basearam-se na estrutura deliberativa da GEAP, que não poderia ser considerada entidade de autogestão. Ignorar a *ratio decidendi* que norteou a jurisprudência do STF para acolher, como se fosse o único aspecto a se considerar, o limite objetivo da coisa julgada, é abrir o flanco da Administração a futuras reprimendas e condenações.

43. Não custa dizer que uma das decisões do Supremo sobre o assunto foi dada em uma ADI. Mais do que dizer isso, convém ressaltar que o Supremo tem conferido força vinculante aos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que aderente da 'teoria da transcedência dos motivos determinantes' (...)

44. Não se está com isso advogando a tese de que também as *ratio decidendi* das cautelares monocráticas deferidas em controle concentrado no órgão máximo do Poder Judiciário gozariam de efeitos vinculantes, mas indicando que o dever de coerência deve permear toda a atividade jurídica, sob pena de se ferir de morte o princípio da segurança.

(...)

46. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) À exceção do INSS, as Autarquias e Fundações Federais não devem celebrar convênio com a GEAP para a realização de exames médicos periódicos nos servidores integrantes do seu quadro até que seja definitivamente julgada a ADI n.º 5086/DF ou até que haja a reforma da decisão liminar prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no feito, considerando o fato de que as razões de decidir apresentadas pelo STF e pelo TCU no caso de assistência à saúde dos servidores voltaram-se para a estrutura estatutária da GEAP.

b) Ou seja, as mesmas razões que determinaram a suspensão das adesões aos convênios com a GEAP para realização de assistência à saúde se aplicam às adesões para realização de exames médicos periódicos dos servidores (*Ubi eadem ratio ibi idem ius* - Onde há a mesma razão, deve-se empregar o mesmo direito).

c) A restrição acima não afeta os convênios firmados com a GEAP em data anterior ao dia 27 de janeiro de 2014.

d) tendo em vista a dissonância de entendimento entre este órgão de assessoramento jurídico da Procuradoria-Geral Federal e a Consultoria Jurídica/MPOG sobre o tema em análise, sugere-se o encaminhamento do feito à Consultoria-Geral da União, e, se mantida a divergência após a sua manifestação, seja a matéria submetida ao Senhor Advogado-Geral da União, haja vista o disposto no art. 12, V, do Decreto n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

4. Em manifestação mais recente, a Procuradoria-Geral Federal voltou a defender a impossibilidade de celebração de convênios com a GEAP por órgãos e entidades que não figuraram como instituidores daquela fundação no Parecer n.º 2/2017/CPCV/PGF/AGU, de 09/05/2017 (Sequencial 18 do Processo n.º 23038.005219/2012-15).

5. A Nota n.º 123/2016/DECOR/CGU/AGU, de 18/11/2016, observou que já fora emitido posicionamento deste DECOR sobre tema no Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU, constante do Processo n.º 00688.000173/2016-11 (Sequencial 6).

6. O citado Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU assim sustentou a impossibilidade de celebração de convênio entre a União e a GEAP – Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos (Sequencial 2 do Processo n.º 00688.000173/2016-11):

1. Versam os autos sobre solicitação de análise de possível divergência de entendimento jurídico, por intermédio do Memorando nº 055/2016/CONJUR-MMA/CGU/AGU, de lavra do Sr. Consultor Jurídico da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente, entre as Consultorias Jurídicas junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Administração, Ministério da Justiça e Consultoria Jurídica no Estado de Tocantins e Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente, quanto à celebração de convênio com a GEAP Autogestão.

(...)

(.) verifica-se da análise sistemática dos dispositivos supra citados, que são requisitos essenciais para a celebração de convênio pela União, com a finalidade de realização de exames médicos periódicos (art. 206-A), que a entidade seja (i) fechada, (ii) de autogestão, (iii) sem fins lucrativos, e (iv) com gestão participativa.

13. *A posteriori*, foi editado o Decreto s/n, de 7 de outubro de 2013, que dispõe 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 (...)

14. Em análise do referido Decreto, observa-se que o art. 3º deu ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Administração a competência de assinar, em nome da União, convênio com a GEAP - Autogestão em Saúde. Conforme se consignou no próprio parecer nº

00808/2015/HTM/CGJLC/CONJUR-MP/CGU/AGU da Cojunr/MPOG, 'em nome da União' significa que 'o convênio produzirá efeitos no âmbito de toda a União e não só do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, abarcando todos os demais ministérios e outros órgãos'. Assim, conclui o referido opinativo, 'não haveria necessidade de autorização presidencial para celebração de convênio cujos efeitos se limitassem apenas ao âmbito do órgão signatário'.

15. Com lastro no referido Decreto, assinou-se o Convênio nº 001/2013 pela União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e que serviria de fundamento autorizativo para os demais órgãos da Administração Direta.

16. Todavia, o referido ato normativo foi atacado por meio de ADIn sob o nº 5.086/DF e, em 28 de janeiro de 2014, o Min. Ricardo Lewandovski deferiu, em parte, o pedido de liminar e suspendeu, com efeito *ex nunc*, o art. 3º e parágrafo único, mas se preservou aqueles convênios já 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 (...)

17. Não obstante, o já mencionado opinativo jurídico da Conjur/MPOG, ao analisar a decisão da Suprema Corte, considerou que apenas os convênios para a prestação da assistência à saúde, art. 230, da Lei nº 8.112/90 foi obstaculizado, ante a suspensão do art 3º do Decreto s/n, de forma que não se alcançariam os convênios já firmados e nem os com outras finalidades, como a do art. 206-A, do regime estatutário (...)

18. Ocorre que, interpretação diversa foi dada pela Consultoria Jurídica da União no Estado do Tocantins, que se baseando na decisão do STF, exarou opinativo jurídico onde se pugna pela necessidade de licitação e celebração de contrato com a GEAP (...)

19. Na mesma esteira de entendimento da Consultoria Jurídica da União no Estado do Tocantins, a Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, por intermédio do Parecer nº 88/2016/CGCA/CONJUR/CGU/AGU-MMA/rmp, pugnou pela impossibilidade de firmar convenio com a GEAP, enquanto viger a liminar do E. STF, e recomendou a realização de licitação para a realização do negócio jurídico (...)

20. Ante tal desiderato, impõe-se como premissa essencial que, perante uma decisão judicial, deve-se realizar uma análise não apenas do dispositivo da decisão judicial, mas, sobretudo, das próprias razões de decidir. Por este prisma, e em análise da decisão monocrática lavrada pelo Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, verifica-se que ele se utilizou dos mesmos fundamentos lançados em seu voto-vista no Mandado de Segurança 25855/DF, julgado na Sessão Plenária de 20/3/2013, onde se restou vedada a possibilidade de celebração de convênio entre a União e a GEAP (...)
(...)

21. Verifica-se da leitura da ratio decidendi, que a premissa basilar da supra citada decisão liminar é o fato da GEAP ser pessoa jurídica de direito privado e, portanto, não ser parte integrante dos quadros da Administração Pública. Em razão disso, considerou-se que, assim como as demais entidades de direito privado, as relações obrigacionais da GEAP com o Poder Público devem obediência às regras de Direito Administrativo, notadamente, no tocante à obrigatoriedade de licitação.

22. Diante desta construção de raciocínio jurídico, o Eminentíssimo Ministro Lewandowski aduziu, por consequência, que os negócios jurídicos celebrados entre a GEAP e os órgãos da Administração Direta 'caracterizam-se como contratos e não como convênio, razão pela qual só podem ser formalizados depois de concluído regular procedimento licitatório, observadas os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993'. Assim, para o Ministro prolator da decisão, ante a natureza jurídica de pessoa de direito privado da GEAP, considerou-se que os negócios jurídicos firmados com o Poder Público devem se dar sob a forma de contrato e não de convênio, observados os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993.

23. Por este prisma, e, debruçando-se sobre todo o contexto fático e jurídico lançado nos autos, resta evidenciado que, embora o dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal aponta apenas para a suspensão do Decreto s/n, de 7 de outubro de 2013, as razões de decidir da decisão liminar atacam a própria natureza jurídica da GEAP e, portanto, inviabiliza juridicamente a utilização do convênio como instrumento jurídico adequado para a celebração de negócio jurídico com a União a prestação de serviços de assistência à saúde.

24. Ante o exposto, tem-se que, enquanto viger a decisão liminar em sede da ADIn 5.086/DF do C. Supremo Tribunal Federal, não há possibilidade de se firmar convênio entre a GEAP e os órgãos da Administração Direta podendo, contudo, e nos termos daquele julgado, celebrar negócio jurídico para a prestação de serviços à saúde, por intermédio de procedimento licitatório, em observância às formas legais e constitucionais sobre a matéria.

25. Ante o exposto, após análise das questões submetidas a exame, em atendimento à solicitação formulada, conclui-se pela impossibilidade de celebração de convênio entre a GEAP e a União, ante a vigência de decisão liminar em sede da ADIn 5.086/DF podendo, contudo, celebrar negócio jurídico para a prestação de serviços à saúde, por intermédio de procedimento licitatório, em observância às formas legais e constitucionais sobre a matéria.

(...)

7. O Despacho n.º 148/2016/DECOR/CGU/AGU, de 23/06/2016, aprovou o Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU, mas tal opinativo ainda não foi examinado pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União (Sequencial 2 do Processo n.º 00688.000173/2016-11).

8. Mais adiante, por intermédio do Despacho n.º 382/2016/DECOR/CGU/AGU, de 14/12/2016, o atual Diretor deste DECOR suspendeu a aprovação da Nota n.º 123/2016/DECOR/CGU/AGU em razão da necessidade do aprimoramento da instrução dos autos (Sequencial 7):

1. Susto a apreciação da r. NOTA n.º 00123/2016/DECOR/CGU/AGU, uma vez que, para o exame conclusivo da controvérsia, faz-se necessário o aprimoramento da instrução destes autos.

(...)

2. Em breve síntese, trata-se de divergência (...) quanto à possibilidade jurídica de celebração de convênio com a GEAP Autogestão para fins de prestação de exames médicos periódicos de que trata o art. 206-A, da Lei nº 8.112, de 1990, com órgãos da União e de suas entidades autárquicas e fundacionais.

3. Sobre o art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, que trata da assistência à saúde do servidor, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do MS nº 25.855/DF, manteve o entendimento exarado no Acórdão nº 0458/04 (Plenário) do Tribunal de Contas da União, que considerou ilegal que entidades não instituidoras firmem convênios com a GEAP, por se tratarem de verdadeiros contratos administrativos, a serem precedidos de licitação:

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, excetuados 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, julgado em 20/03/2013, DJe-183 DIVULG 19-09-2014 PUBLIC 22-09-2014 EMENT VOL-02744-01 PP-00001)

4. Diante do resultado do julgamento do referido Mandado de Segurança, a União, com o objetivo de solucionar os óbices apontados pela Corte de Contas e confirmados pelo STF, editou o Decreto Presidencial s/n de 07 de outubro de 2013, para dispor sobre a forma de patrocínio da União e de suas Autarquias e Fundações à GEAP. Como reflexo dessas alterações, o parágrafo único do Art. 3º autorizou a adesão das Autarquias e Fundações ao convênio que seria firmado posteriormente entre a União e a GEAP.

5. Todavia, a OAB/DF insriu-se contra o supracitado Decreto mediante o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5086/DF), no bojo da qual foi deferida decisão em caráter liminar, a fim de vedar a possibilidade de celebração de convênio entre a União e a GEAP.

6. Por este prisma, tem-se que a referida proibição se dava, tanto por conta da decisão da Corte de Contas como pelo Supremo Tribunal Federal.

7. Registre-se que a controvérsia tratada nestes autos não se refere à assistência à saúde do servidor (art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990), mas sim à possibilidade jurídica ou não de celebração de convênio com a GEAP para fins de exames médicos periódicos, na forma do art. 206-A da Lei nº

8.112, de 1990, entretanto, atenta leitura dos referidos dispositivos legais revela que idêntica resolução (convênio ou prévia licitação) deve ser conferida a ambos os casos.

8. Não obstante a decisão do STF, o Tribunal de Contas da União decidiu, em julgamento do mês de novembro de 2016 - Acórdão 2855/2016, revogar a cautelar proibitiva, pois 'mudanças estatutárias supriram as lacunas e habilitaram a GEAP a celebrar convênio com entes públicos federais com supedâneo na disciplina contida na Lei 8.112/1990, no Decreto 4.978/2004 e nas normas editadas pela ANS'. Segue trecho do voto do ilustre Ministro relator:

'15. Contudo, em 2013 a fundação foi dividida em duas entidades, dando origem à Fundação GEAP Previdência e à GEAP Autogestão em Saúde, com esta segunda recebendo autorização da ANS para operar planos de saúde. O estatuto da nova GEAP contemplou regras de transparência e paridade entre patrocinadores e beneficiários nos conselhos de administração e fiscal.

16. Além disso, vale rememorar que o próprio Convênio de Adesão 1/2013 possui regras que definem a participação financeira de patrocinadores e beneficiários, limita a responsabilidade dos patrocinadores e obriga a GEAP a apresentar contas anuais, medidas que reforçam a autogestão da empresa e a transparência de suas ações.

17. Sendo assim, as mudanças estatutárias supriram as lacunas e habilitaram a GEAP a celebrar convênio com entes públicos federais com supedâneo na disciplina contida na Lei 8.112/1990, no Decreto 4.978/2004 e nas normas editadas pela ANS.

18. Por essas razões, cabe acolher as propostas uníssonas da unidade técnica, ratificadas pelo MP/TCU, **especificamente** no que concerne à cautelar determinada pelo Despacho à peça 9 do TC 003.038/2015-7, para revogar a medida, tendo em vista que não mais subsistem as razões que levaram o Tribunal a adotá-la.

19. Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.'

9. Em que pese a decisão do Plenário da Egrégia Corte de Contas, não se tem notícias nestes autos sobre eventual reforma ou suspensão da decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, exarada na ADI 5086, cuja a ratio decidendi foi incisiva e cristalina no sentido de que os negócios jurídicos celebrados entre a GEAP e os órgãos da Administração Direta 'caracterizam-se como contratos e não como convênio, razão pela qual só podem ser formalizados depois de concluído regular procedimento licitatório, observadas os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993'.

10. Ante o exposto, considerando a recente decisão do TCU referenciada, encaminho o feito à doura Secretaria-Geral de Contencioso desta Advocacia-Geral da União, solicitando que seja certificado nos autos o atual andamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5086, que seja esclarecida a preservação ou não da força executória da liminar deferida no âmbito do aludido processo, dentre outros elementos processuais que a SGCT julgue pertinentes para resolução da controvérsia.

9. Por sua vez, a Secretaria-Geral de Contencioso pronunciou-se sobre o assunto da seguinte forma (Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU, de 22/03/2017 – Sequencial 8):

(...)

6. O primeiro ponto a ser tratado se refere ao atual andamento processual da ADI n. 5.086. Conforme mencionado no Despacho n. 00382/2016/DECOR/CGU/AGU, depois de deferida a liminar, o processo foi distribuído ao Ministro Luiz Fux. O relator proferiu os seguintes despachos:

1. Em 19/02/2014, determinou fossem colhidas informações da autoridade requerida, dada vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República;

2. Em 11/12/2014, foi dada vista à União para que se manifestasse sobre o cumprimento da liminar proferida;

3. Em 10/06/2016, foi deferida a inclusão da União Nacional das Instituições de Autogestão na qualidade de *amicus curie* e indeferido o mesmo pedido em relação à Associação Nacional dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União e da Associação Nacional dos Procuradores e Advogados Públícos Federais;

4. Por fim, em 19/12/2016, foi determinado o encaminhamento de ofício ao Tribunal de Contas da União para que discorresse sobre notícia da requerente de que a corte de contas estaria descumprindo a liminar.

7. Atualmente, o processo está concluso com o relator, depois de apresentada resposta do TCU.

8. Diante do acima narrado, é fácil constatar que a medida liminar permanece hígida de forma que a força executória persiste. No entanto, é preciso deixar claro que o provimento jurisdicional precário não possui efeitos - ao menos diretos - na controvérsia instaurada entre a Conjur/MPDG

e o Depconsu/PGF Com efeito, a decisão suspendeu os efeitos do artigo 3º e parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que trata da possibilidade de realização de convênios para prestação de serviços de assistência à saúde, na forma disciplinada pelo **artigo 230 da Lei n. 8.112, de 1990**, conforme, aliás, ressaltado no Despacho n. 00382/2016/DECOR/CGU/AGU.

9. Note-se, ainda, que a liminar foi proferida com base em voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.855, em contenda que envolvia acórdão do Tribunal de Contas da União que, por sua vez, tratava da impossibilidade de a Administração Pública firmar convênio com a **GEAP - Fundação de Seguridade Social**.

10. Portanto, constata-se que não foi considerada a cisão da empresária em GEAP Autogestão em Saúde e Fundação GEAP Previdência, e as alterações do estatuto que levaram o TCU a revogar a cautelar, quando do deferimento da liminar.

11. Esse fato, inclusive, foi noticiado em reunião com os representantes da GEAP Autogestão em Saúde com a Secretaria-Geral de Contencioso, o que ensejou pedido para atuação específica na ADI 5.086 no intuito de se obter a revogação da liminar por meio de esclarecimento das alterações ocorridas na sociedade empresária, o que está sendo providenciado.

10. Por intermédio da Cota n.º 78/2017/DECOR/CGU/AGU, de 1/06/2017, os presentes autos eletrônicos foram restituídos ao Exmo. Sr. Diretor deste DECOR para continuidade da apreciação da Nota n.º 123/2016/DECOR/CGU/AGU. No entanto, em reunião, foi solicitada uma nova análise sobre o tema por parte deste parecerista.

É o relatório. Passa-se a opinar.

II – Objeto do parecer

11. Vale asseverar que aqui será examinada a viabilidade jurídica da celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a **GEAP Autogestão em Saúde** para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90.

12. Não será enfrentada a possibilidade de assinatura de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde para os fins do art. 230 da Lei n.º 8.112/90.

13. Também é bom destacar que o estudo recará sobre a **GEAP Autogestão em Saúde**, e não sobre a **GEAP Fundação de Seguridade Social**.

III – Legislação de regência

14. A necessidade de realização de exames médicos periódicos por parte dos servidores públicos federais está assim prevista no art. 206-A da Lei n.º 8.112/90:

Art. 206-A. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009)

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, a União e suas entidades autárquicas e fundacionais poderão: (Incluído pela Lei nº 12.998, de 2014)

I - prestar os exames médicos periódicos diretamente pelo órgão ou entidade à qual se encontra vinculado o servidor; (Incluído pela Lei nº 12.998, de 2014)

II - celebrar convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com os órgãos e entidades da administração direta, suas autarquias e fundações; (Incluído pela Lei nº 12.998, de 2014)

III - celebrar convênios com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão, que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, na forma do art. 230; ou (Incluído pela Lei nº 12.998, de 2014)

IV - prestar os exames médicos periódicos mediante contrato administrativo, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas pertinentes. (Incluído pela Lei nº 12.998, de 2014)

15. É importante já deixar registrado que a hipótese inscrita no inciso III foi incluída na Lei n.º 8.112/90 por força do art. 18 da Medida Provisória n.º 632, de 24/12/2013, publicada em 26/12/2013.

16. Como se analisa especificamente a possibilidade da prestação do serviço do modo previsto no inciso III do parágrafo único do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90, vale reproduzir adiante o texto do art. 230, posto que não desconhece a referência constante da parte final do mencionado inciso III do parágrafo único do art. 206-A:

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 resarcimento 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 nº 11.302 de 2006)

§ 1º Nas hipóteses previstas nesta Lei em que seja exigida perícia, avaliação ou inspeção médica, na ausência de médico ou junta médica oficial, para a sua realização o órgão ou entidade celebrará, preferencialmente, convênio com unidades de atendimento do sistema público de saúde, entidades sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, ou com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º Na impossibilidade, devidamente justificada, da aplicação do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, que constituirá junta médica especificamente para esses fins, indicando os nomes e especialidades dos seus integrantes, com a comprovação de suas habilitações e de que não estejam respondendo a processo disciplinar junto à entidade fiscalizadora da profissão. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 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 sê-lo 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)

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)

III - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006)

§ 5º O valor do resarcimento 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)

17. Também é válido transcrever alguns trechos do Decreto nº 6.856, de 25/05/2009, que assim regulamentou o art. 206-A da Lei nº 8.112/90:

Art. 1º A realização dos exames médicos periódicos dos servidores da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, de que trata o art. 206-A da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, observará o disposto neste Decreto.

Art. 2º A realização de exames médicos periódicos tem como objetivo, prioritariamente, a preservação da saúde dos servidores, em função dos riscos existentes no ambiente de trabalho e de doenças ocupacionais ou profissionais.

Art. 3º Os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, serão submetidos a exames médicos periódicos, conforme programação adotada pela administração pública federal.

(...)

Art. 6º A administração pública federal poderá programar a submissão dos servidores à avaliação clínica e aos exames laboratoriais, a seguir especificados, bem como a outros considerados necessários, a seu critério:

(...)

Art. 9º Compete à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

I - definir os protocolos dos exames médicos periódicos, tendo por base a idade, o sexo, as características raciais, a função pública e o grau de exposição do servidor a riscos nos ambientes de trabalho;

II - supervisionar a realização desses exames pelos órgãos e entidades da administração pública federal;

III - expedir normas complementares à aplicação deste Decreto; e

IV - estabelecer procedimentos para preservação do sigilo das informações sobre a saúde do servidor, restringindo-se o acesso apenas ao próprio servidor, ou a quem este autorizar, e ao profissional de saúde responsável.

Parágrafo único. Os dados dos exames periódicos comporão prontuário eletrônico, para fins coletivos de vigilância epidemiológica e de melhoria dos processos e ambientes de trabalho, sendo garantido o sigilo e a segurança das informações individuais, de acordo com o previsto em normas de segurança expedidas pelo Conselho Federal de Medicina.

Art. 10 A despesas decorrentes desde Decreto serão custeadas pela União, com recursos destinados à assistência médica e odontológica aos servidores, empregados e seus dependentes, nos limites das dotações orçamentárias consignadas a cada unidade orçamentária.

Art. 11 Os exames médicos periódicos, a cargo dos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, serão prestados:

I - diretamente pelo órgão ou entidade;

II - mediante convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com os órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional; ou

III - mediante contrato administrativo, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais disposições legais.

(...)

18. Finalmente, destaca-se que o decreto regulamentador apresentado acima é anterior à introdução do inciso III no parágrafo único do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90, ocorrida a partir da Medida Provisória n.º 632, de 24/12/2013.

IV – Principais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o art. 230 da Lei n.º 8.112/90

19. Em primeiro lugar, deve-se enfatizar que não existe julgado específico do Supremo Tribunal Federal sobre a questão dos exames médicos periódicos previstos no art. 206-A da Lei n.º 8.112/90.

20. A decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal que alguns entendem aplicável ao presente caso foi prolatada pelo Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski em 28/01/2014 na ADI n.º 5086/DF, que trata da assistência à saúde prevista no art. 230 da Lei n.º 8.112/90. Eis alguns trechos da citada decisão monocrática:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, contra o Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que dispôs 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.

(...)

A questão central discutida na presente ação direta de inconstitucionalidade não é nova nesta Suprema Corte. Com efeito, nos autos do Mandado de Segurança 25855/DF, julgado na Sessão Plenária de 20/3/2013, impetrado pela Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho e Previdência Social – FENASP e outras entidades de classe, o Supremo Tribunal Federal julgou a validade de convênios de prestação de serviços de assistência à saúde firmados entre a GEAP - Fundação de Seguridade Social e vários órgãos e entidades da Administração Pública.

Naquela assentada tive a oportunidade de proferir voto-vista lastreado nos seguintes fundamentos:

“Entendo que o acórdão do Tribunal de Contas da União não merece reparos, uma vez que a GEAP Fundação de Seguridade Social não se enquadra nos requisitos que excepcionam a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para a consecução de convênios de adesão com a Administração Pública.

De acordo com as impetrantes, a natureza da Fundação GEAP seria a de entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos, o que a autorizaria a celebrar convênios para prestação de serviços de assistência à saúde aos servidores de quaisquer órgãos da Administração Pública Federal independentemente de licitação, nos termos do art. 230 da Lei 8.112/1990 e do arts. 1º e 4º do Decreto 4.978/2004, modificado pelo Decreto 5.010/2004, in verbis:

Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio, na forma estabelecida em regulamento.

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:

I – convênios com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa; ou

II – contratos, respeitado o disposto na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

(...)

Art. 4º. Os atuais contratos e convênios de assistência à saúde que não se encontrem amparados pelas disposições deste decreto não serão renovados.

A GEAP, contudo, é pessoa jurídica de direito privado, que não integra os quadros da Administração Pública. Assim como as demais entidades de direito privado, portanto, ao estabelecer relações obrigacionais com o Estado está jungida às regras do Direito Administrativo, em especial no tocante à obrigatoriedade de licitação.

Nesse sentido, O Tribunal de Contas da União, corretamente, a meu ver, assentou que:

'A GEAP é pessoa jurídica de direito privado, não pertencente à Administração Pública e, embora seja uma entidade de previdência complementar, pode prestar serviços de assistência à saúde; a forma de prestação desses serviços aos órgãos integrantes da Administração Pública deve ser feita mediante a constituição de pessoa jurídica própria, nos termos do art. 34 da Lei 9.656/98, pessoa jurídica esta a ser contratada mediante prévio procedimento licitatório' (fl. 2.153).

De acordo com o art. 48, caput e § 1º, do Decreto 93.872/1986

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

§ 1º - Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado, a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.

Ora, ao estabelecer que a assistência à saúde dos servidores públicos seria prestada ou mediante convênio ou por meio de contrato, a lei balizou o poder regulamentar do administrador, definindo quais os serviços que poderiam ser prestados através de um convênio e quais os que deveriam ser executados com base em um contrato.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o principal elemento que diferencia contratos de convênios é a presença de vontades contrapostas. Segundo a autora, no contrato os interesses são opostos e contraditórios, enquanto que nos convênios são recíprocos.

A relação sinalagmática entre a GEAP e os órgãos da Administração Pública possui como núcleo a obrigação de prestar serviço de assistência à saúde visando a uma contraprestação pecuniária. Desse modo, cuida-se de negócio jurídico bilateral que apresenta como característica o estabelecimento de obrigação pecuniária em face de interesses contrapostos.

Diante disso, independentemente da denominação atribuída a esses vínculos negociais mantidos entre a GEAP e a Administração Pública, a verdade é que a sua conformação jurídica apresenta natureza contratual.

Não foi outra a conclusão do TCU, ao assentar que:

'Qualquer interpretação que se dê ao recém-editado decreto chegará à mesma conclusão, à luz da legislação pertinente, de que a natureza da relação que, por intercessão do regulamento, estabelecer-se-á entre a Administração Pública e a entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos, será de natureza contratual, a despeito de que o ajuste seja celebrado sob a denominação de convênio. E sendo essa relação de natureza contratual, impõe-se a licitação' (fl. 2.162).

Os negócios jurídicos celebrados entre a GEAP e os órgãos da Administração Pública, portanto, caracterizam-se como contratos e não como convênio, razão pela qual só podem ser formalizados depois de concluído regular procedimento licitatório, observadas os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993.

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.

Isso, aliás, foi constatado pelo Tribunal de Contas da União, que impugnou a caracterização da GEAP como entidade de autogestão. De acordo com o TCU:

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, como o objetivo de prestar assistência à saúde aos servidores públicos (fl. 2.153).

É certo que a prestação de serviços de assistência à saúde pode excepcionar a aplicação das regras de licitação às patrocinadoras das entidades fechadas de previdência privada, às quais é lícito firmar, com as suas patrocinadas convênios de adesão, nos termos do art. 13 da Lei Complementar 109/2001, que aqui transcrevo:

Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

§ 1º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.

§ 2º O órgão regulador e fiscalizador, dentre outros requisitos, estabelecerá o número mínimo de participantes admitido para cada modalidade de plano de benefício.

Não há, assim, qualquer óbice a que os denominados convênios de adesão continuem a ser celebrados entre a GEAP e seus patrocinadores originais – Ministério da Saúde, Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social (DATAPREV) e Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O que não é possível é que ela o faça em relação ao servidores de outros órgãos e entidades federais, inclusive de outras esferas político-administrativas da federação, sem que sejam celebrados contratos administrativos, precedidos de licitação.

Nesses termos, renovando o meu pedido de vênia ao ilustre Relator, acompanho a divergência iniciada pela Ministra Cármem Lúcia para denegar a ordem, assentando que não há qualquer ilegalidade ou violação à direito de quem quer que seja no acórdão do Tribunal de Contas da União, que vedou a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, excetuados os patrocinadores originais da GEAP, a celebração de novos convênios que objetivem a prestação de serviços de assistência à saúde para os respectivos servidores”.

Isso posto, presentes os requisitos necessários ao exame de urgência, defiro em parte o pedido de medida liminar, ad referendum do Egrégio Plenário, 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.

21. Outros utilizam o julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 25855/DF como mais um argumento contrário à celebração de convênios com a GEAP para fins do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90. O referido Mandado de Segurança n.º 25855/DF foi assim ementado:

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, excetuados 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 n.º 25855/DF, relatado pelo Ministro Ayres Britto e julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 20/03/2013, publicado no DJe de 22/09/2014)

22. É vital esclarecer que o acórdão referido acima considerou especificamente a situação da GEAP Fundação de Seguridade Social.

V – O Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário do Tribunal de Contas da União

23. Com efeito, no Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário, de 09/11/2016, diante das alterações estatutárias promovidas pela GEAP Autogestão em Saúde, o Plenário do Tribunal de Contas da União alterou entendimento restritivo adotado desde o Acórdão n.º 458/2004 – Plenário do TCU e passou a sustentar a viabilidade de celebração de convênio entre entes públicos federais e a GEAP Autogestão em Saúde com fundamento na Lei n.º 8.112/90.

24. Eis os principais trechos do citado Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação oferecida pelo Deputado Luiz Carlos Hauly contra decisão do Poder Executivo emanada no Decreto s/n de 7/10/2013, que teria estipulado a contratação direta da fundação Geap Autogestão em Saúde como plano de saúde dos servidores públicos federais que tem como apenso, entre outros, o TC 003.038/2015-7 que trata de Representação formulada pela Golden Cross – Assistência Internacional de Saúde Ltda. em face do Convênio 1/2013, firmado entre o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) e a Geap – Autogestão em Saúde para prestação de serviços na forma de plano de saúde para os servidores públicos federais.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e em:

9.1. revogar a medida cautelar adotada no âmbito do TC 003.038/2015-7, proferida por meio do Despacho de 31/3/2015 (peça 9 do TC 003.038/2015-7), ratificada pelo Plenário na Sessão de 1/4/2015, por meio da qual o Tribunal determinou “a imediata suspensão dos efeitos do Convênio nº 1/2013 e da Orientação Normativa nº 9, de 29 de outubro de 2014, da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, até ulterior deliberação desta Corte de Contas sobre a matéria.”

9.2. encaminhar cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, para:

9.2.1. o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão;

9.2.2. a Geap - Autogestão Em Saúde;

9.3. restituir os autos ao Gabinete do Relator.

Relatório

(...)

12. A análise do mérito da presente representação – TC 031.342/2013-2 – foi realizada pela unidade técnica, conforme instrução à peça 71. Em adição, foi promovida a avaliação do encaminhamento a ser adotado nos processos apensos à representação, o TC 003.038/2015-7 e o TC 030.286/2015-8, conforme a peça 74 da qual transcrevo o excerto a seguir.

'(...)

EXAME TÉCNICO

(...)

18. De fato, não assiste razão à representante daquele processo quando afirma que o Convênio 1/2013 celebrado entre a União (representada pelo MP) e a Geap Autogestão contraria a jurisprudência desta Corte e a do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que as decisões mencionadas se referiam aos antigos ajustes celebrados com a então Fundação Geap de Seguridade Social, pessoa jurídica distinta daquela que celebra o novo convênio.

19. Nos termos das análises pretéritas (peça 71), é lícita a celebração de convênio com entidade fechada de autogestão, que garanta a gestão participativa, para a prestação de serviços de saúde suplementar aos servidores públicos.

20. Verificou-se que a Geap Autogestão possui autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para operar planos de saúde na condição de entidade de autogestão.

Também se concluiu que o estatuto da entidade passou a preencher os requisitos (ausentes na antiga Fundação Geap de Seguridade Social) para a celebração de convênio com a União, nos termos previstos no art. 230, § 3º, I, da Lei 8.112/1990, regulamentado pelo art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004 e pela Resolução Normativa-ANS 137/2006.

21. No que respeita à gestão dos recursos, explanou-se que a entidade não se submete ao controle do TCU, estando sujeita à fiscalização da ANS. Além disso, frisou-se que os recursos repassados pelo Poder Público a título de assistência à saúde dos servidores públicos está legalmente limitado pelo art. 230 da Lei 8.112/1990, independente da entidade favorecida, não se vislumbrando ato antieconômico na manutenção do Convênio 1/2013.

22. Os motivos expostos levam à conclusão pela improcedência das alegações contidas no TC 003.038/2015-7, o que, por consequência, acarreta a extinção da medida cautelar deferida naqueles autos, por perda de objeto, devendo comunicar as deliberações adotadas aos interessados.

23. Com relação ao TC 030.286/2015-8, verificou-se que o convênio objeto do monitoramento, que havia sido extinto, guardava correlação com o Convênio 1/2013, analisado na presente representação, motivo que levou ao seu apensamento. Nesses termos, embora não haja encaminhamentos a serem adotados com relação ao monitoramento, considera-se cabível comunicar as deliberações adotadas neste processo aos interessados.

CONCLUSÃO

24. A unidade técnica procedeu à análise do mérito desta representação na instrução à peça 71 (item 2 desta instrução).

25. A presente instrução teve por escopo, em adendo à peça 71, avaliar os encaminhamentos a serem adotados quanto aos processos apensados aos autos (item 3 desta instrução).

26. Quanto ao TC 003.038/2015-7, verificou-se que, considerando-se que a ele se estende a proposta de considerar a representação improcedente, deve-se propor a revogação da medida cautelar deferida naquele processo (itens 16-22 desta instrução).

27. Com relação ao TC 030.286/2015-8, não há medidas adicionais a serem adotadas, considerando que a determinação monitorada perdeu o objeto. Todavia, considerando que o convênio avaliado no monitoramento se correlaciona com aquele ora analisado, entende-se pertinente comunicar as deliberações que vierem a ser adotadas nestes autos aos interessados naquele processo (item 23 desta instrução).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

28. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo, em adição às propostas contidas na instrução à peça 71:

28.1. revogar a medida cautelar deferida no TC 003.038/2015-7; e

28.2. comunicar à Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. e ao Ministério das Cidades as deliberações que vierem a ser adotadas nestes autos.'

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

13. Por intermédio do Despacho à peça 70 solicitei a oitiva do Ministério Público junto a este Tribunal, nos termos do art. 62, inciso III, do Regimento Interno.

14. O Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento oferecida pela unidade técnica, conforme o Parecer à peça 79, a seguir transcrito.

'Primeiramente, ressalte-se que atuamos em atenção ao despacho do E. Relator (peça 77) .

Tratam os autos principais de representação (peça 1) da lavra do Deputado Luiz Carlos Hauly acerca do Decreto s/n de 7/10/2013 (peça 7) , que, em associação com o Convênio de Adesão 1/2013 (peça 8) , constitui o objeto de análise deste processo. É questionada a celebração de termo entre a GEAP Autogestão em Saúde e patrocinadores públicos com o propósito de viabilizar assistência à saúde para seus servidores, benefício definido pelo art. 230 da Lei 8.112/1990, quando o correto, segundo o representante, em função das características da conveniente, seria realizar certame licitatório na forma definida pela Lei 8.666/1993.

Cogita-se neste momento que o referido decreto é contrário à jurisprudência majoritária do TCU e ao MS 25.855/DF do STF, segundo os quais apenas os beneficiários que têm algum vínculo com os patrocinadores originais da GEAP(INPS, Inamps, LBA, Funabem, Dataprev e Iapas) ou com as entidades sucessoras poderiam ser assistidos sem a realização de licitação. Justificam também a representação: a irregular dispensa de licitação; a garantia de repasses para a GEAP, entidade com déficit de R\$ 151 milhões identificado pela Agência Nacional de Saúde

Suplementar (ANS) ; a falta de transparéncia e critérios técnicos para a escolha de dirigentes da entidade; a intervenção da ANS e a proibição de oferecer planos de saúde.

(...)

Destaque-se que a GEAP surgiu pela transformação da entidade de Assistência Patronal dos servidores do Instituto de Aposentadorias e Pensão dos Industriários (IAPI) , criada em 29/9/1945 (informação disponível no sítio da GEAP) . Em 1966, com a edição do Decreto-Lei 72, os diversos institutos de aposentadorias e pensões existentes à época foram unificados, dando lugar ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) . Posteriormente, a Lei nº 6.439, de 1/9/1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas) , estendeu, em seu art. 22, os benefícios e serviços da assistência patronal aos servidores celetistas do INPS e a todos os servidores das demais entidades do Sinpas (INPS, Inamps, LBA, Funabem, Dataprev e Iapas) . Veja-se que uma instituição tão antiga, voltada à assistência previdenciária, não estaria habilitada a operar na área de saúde com a legislação atual sem profundos ajustes.

(...)

A assertiva técnica contida no item 46 da instrução é no sentido de que a jurisprudência do TCU e do STF são aplicáveis ao estatuto da antiga GEAP Fundação de Seguridade Social, o que não ocorre em relação à sucessora GEAP - Autogestão em Saúde. Essa observação é reforçada com o enquadramento da nova GEAP pela ANS como entidade de autogestão multipatrocinada, nos termos da 385ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, posto haver o entendimento de que os requisitos previstos na RN 137/2006 foram atendidos (peça 25, p. 16) .

Reconhece-se na análise (item 55) que o novo estatuto permite duas conclusões diferentes: a GEAP não se enquadra como autogestão fechada, por permitir a adesão de entes após a sua constituição, ou a GEAP é fechada, pois tem no seu estatuto a previsão de que os entes federais, estaduais, do Distrito Federal e dos municípios podem participar na condição de patrocinadores, não estando a GEAP aberta para o mercado.

Aduz-se que o problema da autogestão teria sido contornado pela inclusão no novo estatuto da oportunidade de qualquer beneficiário ser eleitor e elegível para os conselhos da GEAP.

(...)

Percebe-se com relativa facilidade que as mudanças havidas na Assistência Patronal dos servidores do IAPI, entidade criada em 29/9/1945, sucedida pela Fundação GEAP de Seguridade Social, não foram suficientes para enquadrar a sucessora como entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos e gestão participativa capaz de celebrar convênio de adesão com órgãos e entidades da União. Dessa forma, as decisões do TCU, com relevo para o Acórdão 458/2004-TCU-Plenário, passaram a reprovar a celebração de convênio com a GEAP, posição ratificada pelo Supremo.

Ocorre que em 2013 a fundação foi dividida em duas entidades, dando origem à Fundação GEAP Previdência e à GEAP Autogestão em Saúde, com esta segunda recebendo autorização da ANS para operar planos de saúde. O estatuto da nova GEAP contemplou regras de transparéncia e paridade entre patrocinadores e beneficiários nos conselhos de administração e fiscal. Sem falar que o próprio Convênio de Adesão 1/2013 possui regras que definem a participação financeira de patrocinadores e beneficiários, limita a responsabilidade dos patrocinadores e obriga a GEAP a apresentar contas anuais, medidas que reforçam a autogestão da empresa e a transparéncia de suas ações.

Portanto as mudanças estatutárias supriram as lacunas e habilitaram a GEAP a celebrar convênio com entes públicos federais com supedâneo na disciplina contida na Lei 8.112/1990, no Decreto 4.978/2004 e nas normas editadas pela ANS.

Posto isso, concordamos com a Selog que a nova GEAP pode celebrar convênio de adesão com o Poder Público.

Em relação a não considerar a GEAP uma entidade fechada por permitir o ingresso de novos patrocinadores, ou fechada por estarem elencados os possíveis patrocinadores no § 1º do art. 7º do estatuto da GEAP, ficamos com a corrente que advoga tratar-se de empresa fechada. Apontamos anteriormente que a GEAP é uma entidade antiga que precisou se adaptar à legislação para continuar operando na área de assistência, tendo se esforçado para atender a todas a exigência dos órgãos fiscalizadores. Nesse contexto de ajustes, não cabe falar em empresa aberta, porquanto o estatuto atual comprova que a GEAP não atua livremente no mercado captando clientes, estando sua atuação adstrita a um público alvo específico.

Por outro lado, a disposição da GEAP em aceitar como patrocinadores a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações de direito público, amplia

em muito o propósito inicial de cuidar da saúde dos servidores públicos federais regidos pela Lei 8.112/1990, o que pode impactar negativamente no setor de planos de saúde. Ocorre que a análise de prática lesiva ao mercado é de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), não cabendo enfrentar o tema nesta representação.

(...)

Dito isso, à vista dos elementos presentes nos autos, alvitramos por que o E. Relator acolha a proposta de encaminhamento formulada pela Unidade Técnica à peça 71, complementada pela instrução de peça 74, sem prejuízo de acrescermos a sugestão de que também seja determinada a realização de estudo pela Segecex tendente a orientar o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no aprimoramento do controle do convênio e equalização do passivo apurado nas operações da GEAP Autogestão em Saúde, devendo inclusive verificar a possibilidade de incluir a avaliação das medidas a serem tomadas nas contas anuais da unidade do Ministério responsável pelo controle do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) .”

VOTO

Trago à apreciação deste Colegiado estes autos de Representação oferecida pelo Deputado Luiz Carlos Hauly contra decisão do Poder Executivo emanada no Decreto s/n de 7/10/2013, que teria estipulado a contratação direta da fundação Geap Autogestão em Saúde como plano de saúde dos servidores públicos federais (peça 1).

(...)

10. A cautelar determinada pelo Ministro Benjamin Zymler fundamentou-se, também, em razão de o Decreto s/n de 7/10/2013 haver sido questionado no Supremo Tribunal Federal por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5086 – Relator: Ministro Luiz Fux).

11. Transcrevo excerto do Despacho exarado pelo Ministro Benjamin Zymler (peça 9 do TC 003.038/2015-7) :

'(...)

19. Outrossim, cumpre anotar que o Decreto Presidencial sem número de 7 de outubro de 2013 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo o pedido de medida liminar sido deferido, em parte, para “suspirar 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.”

20. Ora, com a suspensão da eficácia do art. 3º do referido decreto sem número pelo Supremo Tribunal Federal, o Convênio nº 1/2013 celebrado entre a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, e a GEAP – Autogestão em Saúde perdeu o embasamento legal que lhe dava suporte e deveria ter ficado, automaticamente, com seus efeitos suspensos a partir de 28 de janeiro de 2014, data da concessão da medida liminar pelo Presidente da Suprema Corte.

(...)

25. Diante de todo o exposto, levando-se em consideração os termos do Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, bem como a decisão proferida pelo Supremo Tribunal federal nos autos da ADI nº 5.086/DF, defiro, com fundamento no art. 276 do RITCU, a medida cautelar postulada nos termos propostos pela unidade técnica, determinando, em consequência, a imediata suspensão dos efeitos do Convênio nº 1/2013 e da Orientação Normativa nº 9, de 29 de outubro de 2014, da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, até ulterior deliberação desta Corte de Contas sobre a matéria. (...)'

12. Em que pese não haver ocorrido o julgamento de mérito da ADI 5086, existe Parecer da Procuradoria-Geral da República naquele processo pelo não conhecimento da ação ou, caso conhecida, pela improcedência do pedido, conforme excerto da ementa a seguir:

'CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E SANITÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO DE 7 DE OUTUBRO DE 2013. ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE DE SERVIDORES PÚBLICOS. CONVÊNIO DA UNIÃO COM A GEAP – AUTOGESTÃO EM SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS INFRALEGAIS. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DO COMPLEXO NORMATIVO. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. SERVIÇO DE SAÚDE OFERECIDO SEM OBJETIVO DE LUCRO E A GRUPO RESTRITO DE BENEFICIÁRIOS. OFENSA À LIVRE INICIATIVA. NÃO OCORRÊNCIA.'

1. *Não cabe ação direta de inconstitucionalidade, em princípio, contra norma impugnada de cunho apenas autorizativo. Não cabe, além disso, se a norma não invadiu matéria reservada a*

lei nem competência legislativa constitucionalmente reservada, hipóteses que admitiriam controle abstrato de constitucionalidade de normas infralegais.

2. *Viabilidade de ação direta exige impugnação conjunta dos preceitos que tratem da matéria, sob pena de tornar inócua a prestação jurisdicional.*

3. *Atualmente, a GEAP enquadra-se como entidade de autogestão e pode celebrar convênio com órgãos da administração federal, dispensada a realização de procedimento licitatório.*

4. *Não ocorre ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, pois entidades de autogestão, por oferecerem serviços de saúde sem objetivo de lucro e a grupos restritos de beneficiários, não podem ser consideradas como inseridas no mercado.*

5. *Parecer pelo não conhecimento da ação; caso conhecida, por improcedência do pedido.'*

13. No que tange à questão afeta à medida cautelar, consoante apontado pelo MP/TCU as mudanças havidas na Assistência Patronal dos servidores do IAPI, entidade criada em 29/9/1945, sucedida pela Fundação GEAP de Seguridade Social, não foram suficientes para enquadrar a sucessora como entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos e gestão participativa capaz de celebrar convênio de adesão com órgãos e entidades da União.

14. Dessa forma, as decisões do TCU, com relevo para o Acórdão 458/2004-TCU-Plenário, passaram a reprovar a celebração de convênio com a GEAP, posição ratificada pelo Supremo.

15. Contudo, em 2013 a fundação foi dividida em duas entidades, dando origem à Fundação GEAP Previdência e à GEAP Autogestão em Saúde, com esta segunda recebendo autorização da ANS para operar planos de saúde. O estatuto da nova GEAP contemplou regras de transparência e paridade entre patrocinadores e beneficiários nos conselhos de administração e fiscal.

16. Além disso, vale rememorar que o próprio Convênio de Adesão 1/2013 possui regras que definem a participação financeira de patrocinadores e beneficiários, limita a responsabilidade dos patrocinadores e obriga a GEAP a apresentar contas anuais, medidas que reforçam a autogestão da empresa e a transparência de suas ações.

17. Sendo assim, as mudanças estatutárias supriram as lacunas e habilitaram a GEAP a celebrar convênio com entes públicos federais com supedâneo na disciplina contida na Lei 8.112/1990, no Decreto 4.978/2004 e nas normas editadas pela ANS.

18. Por essas razões, cabe acolher as propostas uníssonas da unidade técnica, ratificadas pelo MP/TCU, especificamente no que concerne à cautelar determinada pelo Despacho à peça 9 do TC 003.038/2015-7, para revogar a medida, tendo em vista que não mais subsistem as razões que levaram o Tribunal a adotá-la.

19. Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

(Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Raimundo Carreiro e julgado em 09/11/2016)

25. Outrossim, vale destacar que recentemente o Tribunal de Contas da União, na ADI n.º 5086/DF, teve de apresentar informações ante a alegação de que o Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário do TCU teria violado a medida cautelar concedida naquela ação direta. E isso foi feito no Aviso n.º 13 – GP, de 17/01/2017 (Sequencial 31 do Processo n.º 00692.001117/2014-73, pp. 3-26):

(...)

26. Após a concessão, pelo STF e pelo TCU, das referenciadas medidas liminares – decisões, portanto, lastreadas em cognição sumária –, em continuidade à instrução dos processos de representação TC-003.038/2015-7 e TC-031.342/2013-2, a Corte de Contas recebeu novos documentos comprovando substanciais alterações na estrutura da GEAP.

27. Em razão dessas alterações ocorridas em seus estatutos, o Plenário da Corte de Contas, concordando com as manifestações uníssonas da unidade técnica encarregada da instrução dos processos e do Ministério Público junto ao TCU, reconheceu, como consta do voto condutor do Acórdão 2.855/2016 – Plenário, que 'as mudanças estatutárias supriram as lacunas e habilitaram a GEAP a celebrar convênio com entes públicos federais com supedâneo na disciplina contida na Lei 8.112/1990, no Decreto 4.978/2004 e nas normas editadas pela ANS'.

(...)

30. Como consequência do reconhecimento de que as mudanças estatutárias a habilitaram a celebrar convênio com entes públicos federais com fundamento na Lei 8.112/1990, especificamente no seu art. 230, no Decreto 4.978/2004, que regulamenta integralmente esse artigo da Lei 8.112/1990, e nas normas editadas pela ANS, tornou-se irrelevante qualquer discussão quanto à constitucionalidade do art. 3º e seu parágrafo único do Decreto Presidencial sem número de

7/10/2013, objeto da ADI 5086, que procurava suprir as lacunas, até então existentes, as quais inviabilizavam a celebração de convênios com a GEAP com fundamento no referido art. 230 da Lei 8.112/1990.

(...)

35. Conclui-se, assim, que não há que se cogitar, ainda que remotamente, a ocorrência de violação, por parte do Acórdão 2.855/2016 – Plenário, da medida cautelar deferida pelo STF nos autos da ADI 5086.

Ante o exposto, enviamos as presentes informações à Presidência do Tribunal de Contas da União, manifestando-nos pelo seu encaminhamento ao Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal LUIZ FUX, devendo-se requerer:

- a) o não conhecimento da postulação do Conselho Federal da OAB, dada a ausência de utilidade da medida pretendida, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil;
- b) no mérito, o indeferimento do pedido de que seja declarado sem efeito o Acórdão 2855/2016-TCU-Plenário.

VI – As manifestações desta Advocacia-Geral da União sobre a GEAP Autogestão em Saúde na ADI n.º 5086/DF

26. As Informações apresentadas pela Presidência da República na ADI n.º 5086/DF foram elaboradas por esta Consultoria-Geral da União e indicaram que as alterações promovidas pela GEAP Autogestão em Saúde possibilitam a celebração de convênios com os órgãos e entidades federais:

INFORMAÇÕES Nº 001/2014/WJR/CONSU/CGU/AGU, de 28/02/2014:

(...)

12. Consoante o teor da peça exordial é razoável entender que a entidade autora, provavelmente desconheça o fato da extinção da GEAP – Fundação de Seguridade Social, com a consequente participação em duas outras fundações, quais sejam, a GEAP – Assistência à Saúde e GEAPPREVIDÊNCIA, que passaram a contar com profundas inovações estatutárias justamente para se conformar ao entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

(...)

15. Instada a se manifestar acerca das assertivas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (...) a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (...) lançou o PARECER Nº 0118-7.4/2014/DP/CONJUR-MP/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Daniel Pinheiro de Carvalho, valendo aqui transcrever as passagens seguintes, as quais esgotam a questão trazida à apreciação da corte Suprema:

'6. Inicialmente, vale frisar que o entendimento do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal referido na petição inicial, no sentido de que a União não seria legítima patrocinadora da GEAP e que esta não seria propriamente uma entidade de autogestão ante a ausência de deliberação direta de seus participantes, foi firmado a partir da análise do estatuto e das características da extinta GEAP – Fundação de Seguridade Social.

7. A partir da jurisprudência do TCU e do STF, conforme relata o Parecer nº 1396-4.3.4/2013/JAR/CONJUR-MP/CGU/AGU, em anexo, a mencionada fundação sofreu intervenção da Superintendência Nacional de Previdência Complementar por meio da Portaria nº 155, de 26 de março 2013, 'tendo sido também adotado o regime de direção fiscal pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, no que toca à atuação da referida fundação em sede de planos de assistência à saúde'.

8. Das referidas intervenções, e com fundamento nas normas aplicáveis à atuação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar e da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulamentação e fiscalização de suas respectivas áreas, resultou a Portaria nº 510, de 27 de setembro de 2013, que aprovou a cisão da GEAP-Fundação de Seguridade Social, em duas fundações distintas: GEAP-Autogestão em Saúde, como sucessora da gestão dos planos de saúde da antiga GEAP – Fundação de Seguridade Social, e GEAPPREVIDÊNCIA, responsável pelos benefícios previdenciários, com elaboração de novos estatutos e, consequentemente, com novos contornos operacionais e gerenciais, de modo a solucionar os óbices apontados pelo TCU e pelo STE.

9. Com efeito, no Parecer nº 1396-4.3.4/2013/JAR/CONJUR-MP/CGU/AGU, consignou-se que '15. Em consonância com as recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas da União no bojo dos Acórdãos nº 458/2004 e 2061/2012, ambos do Plenário, a GEAP-Autogestão em Saúde, a teor das disposições contidas nos artigos 1º, 6º, 7º e 16 de seu estatuto (fls. 87/90), inclui em sua

administração representantes dos patrocinadores e dos beneficiários (art. 16), indo, portanto, ao encontro das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União'. Destarte, 'enquadra-se a aludida fundação como entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos, assegurada a gestão participativa, conforme o permissivo contido no artigo 1º, inciso I, do Decreto nº 4.978, de 3 de fevereiro de 2004'.

10. Ademais, 'a teor do disposto no Decreto presidencial de 7 de outubro de 2013, está autorizada a União a figurar como legítima patrocinadora da novel entidade fundacional, motivo pelo qual é possível estabelecer-se vínculo de patrocínio, mediante celebração de convênio, entre a União e a GEAP-Autogestão em Saúde, com possibilidade de adesão pelas autarquias e fundações da União, na condição de patrocinadoras, a teor do artigo 3º, parágrafo único, do mencionado Decreto'.

11. Observa-se, portanto, que o substrato fático-jurídico que ampararia o alegado *fumus boni iuris* para a concessão da medida cautelar não mais subsiste, devendo a análise ser realizada a partir da nova configuração da GEAP – Autogestão em Saúde, que atende os requisitos exigidos pela legislação em vigor, pois atualmente é efetiva entidade de autogestão, com a participação dos servidores na administração, e recebe legítimo patrocínio da União.

12. Também pelos fundamentos acima, percebe-se o equívoco do argumento do CFOAB no sentido de que '*art. 3º do decreto (...) tenciona modificar, por meio de decreto editado pelo Poder Executivo, o arcabouço legal e constitucional que levou ao entendimento do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal de que eram ilegais os convênios firmados com a GEAP*'. Em momento algum imaginou-se que um decreto teria aptidão para alterar '*o arcabouço legal e constitucional que levou ao entendimento do TCU e do STF*'. Muito pelo contrário: as intervenções, a cisão da GEAP – Fundação de Seguridade Social, com elaboração de novos estatutos e a própria edição do decreto vieram com o objetivo de, à luz dos pronunciamentos das mencionadas cortes, pôr fim às irregularidades dos convênios que vinham sendo realizados com a extinta GEAP – Fundação de Seguridade Social.

(...)

14. No que diz respeito à legalidade do convênio com dispensa de licitação, é decorrência do disposto no art. 199, § 1º, da Constituição, no art. 230, §3º, da Lei nº 8.112, de 1990, e no art. 1º do Decreto nº 4.978, de 2004, com a redação dada pelo Decreto nº 5.010, de 9 de março de 2004 (...)

(...)

16. São essas as considerações que entendo pertinentes à instrução das informações a serem prestadas pela Excelentíssima Senhora Presidenta da República ao Supremo Tribunal Federal, em atenção ao Ofício nº 3941, de 20 de fevereiro de 2014, as quais submeto à consideração superior.

27. Um pouco depois, em 14/03/2014, o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União manifestou-se na ADI nº 5086/DF no mesmo sentido:

(...) o autor sustenta a invalidade do artigo 3º do Decreto presidencial de 7 de outubro de 2013. Em seu entendimento, o dispositivo impugnado simplesmente reiteraria um quadro de inconstitucionalidade que já teria sido reconhecido por essa Suprema Corte no julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.855.

As alegações do requerente, entretanto, não merecem prosperar, haja vista que o contexto fático-jurídico existente à época em que referido julgado foi proferido não mais subsiste, sendo substancialmente diverso da situação em análise.

Com efeito, o Mandado de Segurança n.º 25.855 foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União que concluiu pela obrigatoriedade de licitação para a celebração de avenças entre a GEAP – Fundação de Seguridade Social e os entes da Administração Pública que não sejam detentores da condição de patrocinadores.

Ocorre que, posteriormente ao julgamento do mandado de segurança referido, realizado em março de 2013, a GEAP - Fundação de Seguridade Social foi cindida em duas entidades distintas: a GEAP - Autogestão em Saúde, que sucedeu a antiga GEAP - Fundação de Seguridade Social na gestão dos planos de saúde, e a GEAPPREVIDÊNCIA, responsável pela administração dos benefícios previdenciários. Essa cisão foi acompanhada, ainda, pela elaboração de novos estatutos relativos às entidades mencionadas, conforme se depreende dos termos da Portaria MPS/PREVIC/DITEC nº 510, de 27 de setembro de 2013, in verbis:

'PORTARIA MPSIPREVICIDITEC N° 510, DE 27 DE SETEMBRO DE 2013 - DOU DE 29/09/2013

O DIRETOR DE ANÁLISE TÉCNICA, no uso das atribuições que lhe confere o inciso I do art. 33, combinado com o art. 5º, todos da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, e art. 23, inciso I alínea 'a', do Anexo I do Decreto nº 7.075, de 26 de janeiro de 2010, e considerando as

manifestações técnicas exaradas no Processo MPAS nº 30000.003.676-86, sob o comando n.º 371278968, resolve:

Art. 1º Aprovar as alterações propostas para o estatuto da GEAP Fundação de Seguridade Social que passará a ser denominada GEAP Autogestão em Saúde, convalidando aprovação prévia da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Complementar -ANS em sua 385ª Reunião Ordinária realizada no dia 25 de setembro de 2013.

Art. 2º Atribuir, à GEAP Autogestão em Saúde, na qualidade de sucessora da GEAP Fundação de Seguridade Social, a responsabilidade pelo cumprimento dos Termos de Transferência de Gerenciamento do Plano de Benefícios Previdenciários - GEAPREV, CNPB nº 2005.0006-47, e do Plano de Pecúlio Facultativo, CNPB nº ADI nº 5086 - ReI. Min. Luiz Fux 10 1991.0011-65, a serem administrados pela Fundação GEAPPREVIDÊNCIA.

Art. 3º Aprovar o cancelamento da autorização para funcionamento da GEAP Fundação de Seguridade Social como entidade fechada de previdência complementar, cessando-se os efeitos da Portaria n.º 4.624, de 13 de março de 1990, publicada no Diário Oficial da União de 14 de março de 1990, seção 1, página 5266.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.'

Nesse quadro, o atual estatuto da GEAP - Autogestão em Saúde (documento anexo), alterado em 30 de setembro de 2013, dispõe, em seu artigo 1º, que se trata de 'uma Fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada juridicamente como operadora de plano de saúde, na modalidade de autogestão multipatrocinada, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira'.

No mesmo estatuto houve, também, a inclusão expressa da União na qualidade de patrocinadora (artigos 6º e 7º), permitindo-se ao ente central e suas autarquias e fundações de direito público o patrocínio de planos administrados pela nova entidade (artigo 7º, § 1º).

De modo diverso, o Mandado de Segurança nº 25.855 tem por objeto decisão da Corte de Contas da União no sentido de que apenas seriam regulares os convênios firmados pela GEAP (que, à época, correspondia à GEAP - Fundação de Seguridade Social) e os entes patrocinadores daquela entidade, quais sejam, os Ministérios da Saúde e da Previdência Social, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social - Dataprev.

No julgamento do referido mandado de segurança, essa Suprema Corte decidiu que seria 'obrigatória a licitação para a celebração de quaisquer outras avenças com os demais entes da Administração Pública que não os órgãos legítimos detentores da condição de patrocinadores, observado, assim, o disposto no art. 1º, I e II, do Decreto 4.978/2004, alterado pelo Decreto 5.010/2004, e no art. 37, XXI, da CF.

Nota-se, pois, que esse Supremo Tribunal Federal, ao manter o entendimento acolhido pelo Tribunal de Contas da União, não inviabilizou a celebração dos convênios previstos pelo artigo questionado, o que seria possível desde que as entidades mencionadas pelo artigo 3º do Decreto presidencial de 7 de outubro de 2013 fossem revestidas da condição de patrocinadoras da GEAP, o que, à época, não ocorria. A esse respeito, confira-se excerto do voto-vista proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 25.855:

'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 de 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.' (grifou-se).

O novo estatuto da GEAP, por sua vez, contempla a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas respectivas autarquias e fundações de direito público no rol de patrocinadores de planos administrados por essa fundação, conforme se infere do teor do seu artigo 7º, *in verbis*:

'Art. 7º Patrocinadores são as pessoas jurídicas que aderem aos planos de saúde administrados pela Fundação, mediante convênio por adesão.'

§ 1º 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.**' (grifou-se).

Ademais, o artigo 16 do estatuto da GEAP - Autogestão em Saúde prevê a participação de representantes eleitos pelos servidores ou empregados dos patrocinadores em seu Conselho de Administração. Veja-se:

'Art. 8º São Beneficiários titulares os servidores ou empregados dos Patrocinadores quando inscritos nos planos de saúde suplementar administrados pela Fundação, conforme dispõe este Estatuto e os respectivos Regulamentos.

(...)

Art. 16 O Conselho de Administração - CONAD é o órgão máximo da estrutura organizacional da Fundação e responsável pela definição da política geral de administração da entidade e de seus planos.

§ 1º O Conselho de Administração será integrado por 06 (seis) membros, de forma paritária, entre representantes dos Patrocinadores e **representantes eleitos pelos Beneficiários Titulares**.

(...)

§ 5º Os representantes dos Beneficiários serão escolhidos mediante eleição direta e secreta, sendo elegíveis e eletores todos os Beneficiários titulares inscritos e adimplentes em plano de saúde suplementar administrado pela Fundação, e que atendam aos requisitos exigidos no art. 18 para candidatos ao Conselho de Administração e art. 20 para candidatos ao Conselho Fiscal.' (grifou-se).

Em outros termos, verifica-se que a inclusão dessas pessoas jurídicas de direito público no rol de possíveis patrocinadores, bem como a previsão estatutária expressa da participação dos respectivos servidores e empregados no Conselho de Administração da GEAP - Autogestão em Saúde modificaram substancialmente a situação fática apreciada no julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.855.

De fato, a alteração estrutural promovida na entidade referida afasta a alegada violação ao dever constitucional de licitar, bem como a suposta afronta ao princípio da livre concorrência, uma vez que estão preenchidos, em relação à União, às autarquias e fundações federais, os pressupostos que levaram essa Suprema Corte a admitir a celebração de convênios entre a GEAP Fundação de Seguridade Social e seus patrocinadores originários.

Logo, é a partir desse novo quadro fático-jurídico que o decreto impugnado deve ser examinado, sendo necessário reconhecer a atuação da Administração Pública federal no sentido de observar os parâmetros estabelecidos pelo Tribunal de Contas da União e ratificados por essa Suprema Corte, sem, com isso, inviabilizar o exercício de direito legalmente conferido a servidores públicos que buscam uma assistência à saúde de qualidade e compatível com seus vencimentos.

Por fim, também não prospera a alegação do autor de que o dispositivo impugnado vulneraria o princípio da separação de Poderes. Conforme já ressaltado, o decreto em que está inserida a norma hostilizada foi estabelecido com fundamento no artigo 230 da Lei n.º 8.112/90, que prevê, expressamente, a edição de regulamento para disciplinar as modalidades de prestação, pelo Poder Executivo federal, de assistência à saúde do servidor ativo ou inativo e de sua família.

Diante dos argumentos expostos, constata-se que o artigo sob inventiva não vulnera qualquer dos parâmetros de controle de constitucionalidade suscitados pelo requerente.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesta-se o Advogado Geral da União, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido veiculado pelo requerente, devendo ser declarada a constitucionalidade do artigo 3º do Decreto presidencial de 7 de outubro de 2013.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

VII – A independência entre os arts. 206-A, parágrafo único, III e 230 da Lei n.º 8.112/90 e os limites da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 5086/DF

28. Após examinar as normas e a jurisprudência acerca da polêmica sobre a viabilidade da celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde, chega o momento da fixação de premissas para a resolução do conflito estabelecido entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a Procuradoria-Geral Federal no que diz respeito à prestação dos exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90

29. Pois bem. Como se constata facilmente até aqui, todas as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União mencionadas neste estudo cuidaram de convênios celebrados com fundamento no art. 230 da

Lei n.º 8.112/90. Isso é fato. Ninguém questiona isso. O que alguns buscaram comprovar para obstaculizar a celebração dos convênios com a GEAP Autogestão em Saúde foi uma relação indissociável entre os arts. 206-A e 230 da Lei n.º 8.112/90.

30. Contudo, como apontado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, os dois preceitos legais são autônomos e tratam de situações distintas. O art. 206-A cuida dos exames médicos periódicos. Já o art. 230 versa sobre a assistência à saúde do servidor.

31. É vital compreender que o art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90, ao permitir a assinatura de convênios com operadoras de saúde organizadas na modalidade de autogestão regularmente autorizadas a funcionar pela ANS "na forma do art. 230", de fato, fez referência expressa ao art. 230. No entanto, entende-se que tal menção pretendeu apenas dar os contornos da necessária autorização de funcionamento por parte do órgão regulador. Tal detalhamento encontra-se no inciso I do § 3.º do art. 230 e não produz mais efeitos que esmiuçar alguns requisitos das autorizações de funcionamento das entidades de autogestão.

32. Seria razoável defender que as soluções jurídicas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para os convênios previstos nos arts. 206-A e 230 da Lei n.º 8.112/90 devem ser alinhadas? Sim. As situações não são iguais, mas são parecidas. Logo, não seria absurdo imaginar tal desfecho.

33. Mas, por outro lado, seria obrigação do administrador público afastar o art. 206, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90, protegido pelo princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, em decorrência de decisão liminar monocrática oriunda do Supremo Tribunal Federal dirigida ao art. 230 da Lei n.º 8.112/90? Não. Como se desenvolverá adiante, a independência entre os citados preceitos e o sistema de controle da constitucionalidade vigente impedem tal raciocínio.

34. Eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 230 da Lei n.º 8.112/90 não implicará o automático afastamento do art. 206-A. Isso dependerá de arrastamento a ser expressamente determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

35. Assim, vislumbra-se a independência entre os arts. 206-A e 230 da Lei n.º 8.112/90, que não pode ser negada pelo administrador ao fundamento de que a coerência e o princípio da segurança jurídica determinam a mesma solução para os dois casos. Neste momento, deve-se repetir que milita em favor do art. 206-A o princípio da presunção de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal é quem poderá dizer se existe tal relação indissociável entre os dispositivos de modo que a invalidade de um leve necessariamente à do outro.

36. A outra premissa aqui sustentada refere-se aos limites objetivos da medida liminar concedida pelo Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski em 28/01/2014 na ADI n.º 5086/DF.

37. A liminar concedida não alcançou o art. 206-A da Lei n.º 8.112/90. A decisão suspendeu os efeitos do artigo 3º e parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que trata da possibilidade de realização de convênios para prestação de serviços de assistência à saúde, na forma disciplinada pelo artigo 230 da Lei n.º 8.112/90. Nada disse em relação ao art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90.

38. No mesmo sentido, aparece a Secretaria-Geral de Contencioso (Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU, de 22/03/2017 – Sequencial 8):

(...)

8. Diante do acima narrado, é fácil constatar que a medida liminar permanece hígida de forma que a força executória persiste. No entanto, é preciso deixar claro que o provimento jurisdicional precário não possui efeitos - ao menos diretos - na controvérsia instaurada entre a Conjur/MPDG e o Depconsu/PGF. Com efeito, a decisão suspendeu os efeitos do artigo 3º e parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que trata da possibilidade de realização de convênios para prestação de serviços de assistência à saúde, na forma disciplinada pelo artigo 230 da Lei n.º 8.112, de 1990, conforme, aliás, ressaltado no Despacho n.º 00382/2016/DECOR/CGU/AGU.

(...)

39. Reforça-se que o Decreto Presidencial de 7/10/2013 somente se refere ao art. 230 da Lei n.º 8.112/90. Não cuidou do art. 206-A.

40. Em sede de limites objetivos da coisa julgada sob a égide do antigo Código de Processo Civil, o Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux proclamava: "Os motivos determinantes para concluir também se encartam na construção subjetiva do julgado, razão pela qual a coisa julgada passa ao largo desse componente do *decisum*"^[1]. E importa destacar que o atual Código de Processo Civil, em seu art. 504, I, repete o que o antigo diploma previa em seu art. 469, I. Eis o teor do art. 504, I, do Código de Processo Civil: "Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença".

41. Discorda-se, desse modo, do teor do Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU, que afirma ter a decisão liminar na ADI n.º 5086/DF utilizado como argumento central a premissa constante do julgamento do Mandado de Segurança n.º 25855/DF de que a GEAP Autogestão em Saúde é pessoa jurídica de direito privado e por essa razão teria necessariamente de firmar contratos com a Administração Pública, e não convênios.

42. A obediência aos limites objetivos da decisão liminar concedida na ADI n.º 5086/DF presta homenagem ao princípio da segurança jurídica ao impedir que a força executória de uma decisão ultrapasse a parte dispositiva ou seja estendida desmedidamente ao alvedrio da autoridade administrativa responsável por seu cumprimento ao arreio do princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas.
43. Com efeito, a decisão liminar concedida pelo Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski na ADI n.º 5086/DF não tem o poder jurídico de implicitamente suspender a vigência e a eficácia do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90.
44. E mais uma vez é bom frisar que o sempre lembrado Mandado de Segurança n.º 25855/DF levou em consideração a situação da extinta Fundação GEAP Previdência, e não da GEAP Autogestão em Saúde.

VIII – Possibilidade de celebração de convênio com a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90

45. Estabelecidas as premissas no sentido da independência entre os arts. 206-A e 230 da Lei n.º 8.112/90 e da obediência aos limites objetivos da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 5086/DF, seria juridicamente viável a assinatura de convênio entre a União e a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90?
46. Antes da resposta, convém enfrentar algumas questões ainda não abordadas.
47. Ao longo do processo, foi sustentado que a natureza privada da GEAP Autogestão em Saúde proibiria a assinatura de convênios também para os fins do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90. Só haveria possibilidade de celebração de contratos com a GEAP Autogestão em Saúde.
48. No entanto, impõe ressaltar que foi a própria Lei n.º 8.112/90 que possibilitou a concretização de ajustes entre os órgãos e entidades federais e entidades estranhas à Administração Pública sob a forma de convênio. Isso está estampado no inciso III do parágrafo único do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90.
49. A natureza jurídica de fundação de direito privado sem fins lucrativos ostentada pela GEAP Autogestão em Saúde^[2] só impediria a celebração de convênio na forma do inciso II do parágrafo único do art. 206-A, que exige que a entidade seja integrante da "administração direta, suas autarquias e fundações". O inciso III não exige que a operadora de saúde faça parte da Administração.
50. Em verdade, o parágrafo único do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90 apresenta quatro possibilidades ao gestor público para executar os exames periódicos. São quatro possibilidades! A escolha deve ser fundamentada e justificada. E a alternativa eleita deve necessariamente atender ao interesse público.
51. A licitação pública é a regra para as contratações promovidas pelo Poder Público. Isso está estampado no art. 37, XXI, da Constituição da República. E mesmo em sede de contrato administrativo, não se pode olvidar que o dispositivo citado apresenta a cláusula "ressalvados os casos especificados na legislação". Já os convênios com entidades organizadas na modalidade de autogestão na forma do inciso III do parágrafo único do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90 não representam contratos administrativos e, desse modo, não se submetem ao dever constitucional de licitar.
52. Neste momento, deve-se aderir aos argumentos manejados pela Procuradoria-Geral da República ao sustentar a possibilidade de afastamento da licitação no Parecer n.º 105.342/2015-AsJConst/SAJ/PGR, de 08/06/2015, oferecido na ADI n.º 5086/DF:

(...)

Como se demonstrará, atualmente a GEAP tem natureza jurídica de entidade de autogestão, criada para gerir planos de saúde de servidores públicos federais, cuja patrocinadora é a própria União. Pode-se afastar a exigibilidade de licitação quando o convênio for celebrado com órgão ou ente federal, dadas as características personalíssimas das partes.

(...)

A GEAP insere-se na primeira modalidade, dado seu caráter de entidade fechada de autogestão, sem fins lucrativos. Portanto, nessa linha de raciocínio, estaria autorizada, pela legislação a prestar, por meio de convênios, serviços de assistência à saúde a servidores da administração pública federal, sem necessidade de prévio procedimento licitatório.

No julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.855/DF, essa Suprema Corte entendeu que a GEAP não teria caráter de entidade de autogestão e, por isso, nem todos os contratos por ela celebrados seriam dispensados de licitação, dada a natureza contratual de algumas avenças. (...)

O estatuto da GEAP era o principal obstáculo para caracterizá-la como entidade de autogestão, apta a celebrar convênios com órgãos. Almejando adequar-se ao julgado, de forma a ser admitida como entidade de autogestão, a GEAP reformulou seu estatuto para incluir a União, Estados, o Distrito Federal, Municípios e respectivas fundações e autarquias de direito público como patrocinadores, bem como garantir gestão participativa, tanto de mantenedores e patrocinadores,

quanto dos servidores beneficiários, exigência contida na Resolução Normativa 137, de 14 de novembro de 2006, na redação da Resolução Normativa 148, de 3 de março de 2007, ambas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Dianete desse novo quadro fático, atualmente a GEAP se enquadraria como entidade de autogestão, o que lhe permite celebrar convênios com a administração federal, dispensado procedimento licitatório. Isso desnatura a alegada ofensa ao princípio da legalidade e ao art. 37, XX, da CR. (...)

53. Destarte, a natureza privada da Fundação GEAP Autogestão em Saúde não inviabiliza a celebração do convênio para os fins do art. 206-A da Lei n.º 8.112/90. O jurista Marçal Justen Filho ao comentar o art. 116 da Lei n.º 8.666/93 assim aceita os convênios com particulares:

5.1) A questão da licitação

Mas isso não significa que se confunda com as contratações administrativas em sentido restrito. Por tal razão, não há, por exemplo, obrigatoriedade de realizar licitação como pressuposto para a realização do convênio. Quando o convênio é praticado entre pessoas integrantes da Administração Pública, existe uma conjugação de esforços e recursos estatais para o cumprimento de funções comuns.

Mesmo quando algum particular participa do convênio, a licitação não se faz necessária porque as partes do convênio não visam a extrair algum benefício pessoal a partir da execução da avença. Logo, a natureza não interessada e destituída de cunho egoístico conduz à possibilidade, teórica, de todos os possíveis interessados comprometerem seus esforços e recursos para a satisfação de necessidades administrativas.

No entanto, é perfeitamente possível que o aperfeiçoamento do convênio importe situação de excludência, em que existam instituições privadas em situação equivalente, todas pretendendo a associação com o Estado. Em tais hipóteses, poderá tornar-se obrigatória a realização de um procedimento seletivo. O tema foi objeto de tratamento detalhado na Lei 13.019/2015.^[3]

54. Conforme fartamente demonstrado nos autos, outro ponto que merece destaque é o fato de que atualmente o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, a Procuradoria-Geral da República e a Agência Nacional de Saúde Suplementar compreendem que as modificações estatutárias promovidas pela GEAP Autogestão em Saúde resultaram em sua caracterização como operadora de plano de assistência à saúde organizada na modalidade de autogestão e autorizada a funcionar pelo órgão regulador.

55. Ainda é conveniente esclarecer que a Secretaria-Geral de Contencioso, levando em conta essas alterações fáticas, vem tentando reverter a decisão liminar monocrática proferida na ADI n.º 5086/DF, Eis o teor da Nota n.º 77/2017/GAB/SGCT/AGU, de 22/03/2017:

Em reunião ocorrida no Gabinete da Advogada-Geral da União no mês de dezembro de 2016, os representantes da GEAP Autogestão em Saúde, apresentaram documentação com o intuito de subsidiar a atuação desta Secretaria-Geral de Contencioso na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.086.

Discute-se, na ação acima referida, a constitucionalidade do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que disciplinou a forma de patrocínio da União, suas autarquias e fundações, à GEAP Autogestão em Saúde, e permitiu a realização de convênios com a sociedade empresária para a prestação de serviços de assistência à saúde para os servidores públicos federais.

Nos documentos trazidos, consta o Acórdão n. 2.855/2016 do Tribunal Pleno, em que o Tribunal de Contas da União - TCU entendeu não haver irregularidade na realização de convênio entre o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a GEAP Autogestão em Saúde, com a consequente revogação da medida cautelar que proibia o ajuste.

Segundo argumentou a Corte de Contas, em síntese, houve uma alteração da situação fática que ensejou a concessão de medida cautelar no TC n. 031.342/2013-2. Consta do referido acórdão a antiga Fundação Geap de Seguridade Social foi cindida em duas novas pessoas jurídicas: a Fundação GEAP Previdência e a GEAP Autogestão em Saúde.

Como resultado disso, a GEAP Autogestão em Saúde requereu e obteve autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar para operar planos de saúde na condição de entidade de autogestão. Além disso, foram promovidas alterações estatutárias que permitiram aquela pessoa jurídica de direito privado se adequar aos requisitos contidos no artigo 230, § 3º, I, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no Decreto n. 4.978, de 3 de fevereiro de 2004. Por consequência, entendeu o TCU que era possível à interessada firmar convênios com a Administração Pública.

Interessante notar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que ostenta a qualidade de requerente na ADI 5.086, enviou comunicado ao Ministro relator acusando a Corte de Contas de descumprimento da medida cautelar deferida no processo abstrato.

Em resposta, o TCU indicou que a decisão contida no Acórdão n. 2.855/2016 não tratou do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, objeto de impugnação na ação direta. Afirmou que considerou a possibilidade de realização de convênio tendo por fundamento outros atos normativos - Lei n. 8.112, de 1990, e Decreto n. 4.978, de 2004 - que não foram questionados pela OAB.

Esse último argumento, aliás, foi utilizado pelo Procurador-Geral da República em exercício em seu parecer para opinar pelo não-conhecimento da ação direta por falta de impugnação de todo o complexo normativo. Vale dizer, ainda que julgada procedente a ADI 5.086, subsistiria o Decreto n. 4.978, de 2004, que autoriza a feitura de convênio com entidades de autogestão em saúde.

Note-se que a decisão liminar proferida na ADI pelo Ministro Ricardo Lewandowski teve por fundamento voto-vista de sua autoria proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.855, que impugnava acórdão do Tribunal de Contas da União proferido em época na qual ainda não tinha ocorrido a cisão acima relatada.

Observa-se, portanto, que a alteração da situação fática permite a esta Secretaria promover atos adicionais para tentar reverter a decisão liminar proferida na ADI e, até mesmo, obter decisão favorável pelo não-conhecimento da ação.

Por esse motivo, recomenda-se a abertura de tarefa para o Departamento de Acompanhamento Estratégico para que elabore memoriais complementares com as informações sintetizadas neste opinativo. Sugere-se, outrossim, seja buscado junto ao Gabinete do Ministro Luiz Fux audiência para tratar do tema, onde os memoriais seriam apresentados.

56. Ante as premissas fixadas e os esclarecimentos lançados acima, sobressai a viabilidade jurídica da celebração de convênio entre a GEAP Autogestão em Saúde e os órgãos e entidades federais classificados como seus patrocinadores para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90.

IX – Conclusão

57. Diante do exposto, em sintonia com a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a Secretaria-Geral de Contencioso e divergindo do Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU, ainda sob análise desta Consultoria-Geral da União, entende-se que:

- a) os arts. 206-A, parágrafo único, III, e 230 da Lei n.º 8.112/90 são independentes;
- b) a liminar concedida na ADI n.º 5086/DF não alcança o art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90 conforme certificado pela Secretaria-Geral de Contencioso desta Advocacia-Geral da União na Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU;
- c) o Mandado de Segurança n.º 25855/DF levou em consideração a situação da extinta Fundação GEAP Previdência, e não da GEAP Autogestão em Saúde;
- d) as modificações estatutárias ocorridas na GEAP Autogestão em Saúde, conforme compreendido atualmente pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário), pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, pela Procuradoria-Geral da República e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, permitem sua classificação como operadora de plano de assistência à saúde organizada na modalidade de autogestão e autorizada a funcionar pelo órgão regulador; e
- e) é juridicamente viável a celebração de convênio com o escopo de realizar exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90 entre a GEAP Autogestão em Saúde e os órgãos e entidades federais classificados como seus patrocinadores.

À consideração superior.

Brasília, 18 de agosto de 2017.

ANTONIO DOS SANTOS NETO
ADVOGADO DA UNIÃO
OAB/DF 24.052

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 05210004294201662 e da chave de acesso 8d9d05ad

Notas

1. [^]*FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 824.*
2. [^]*Consoante o art. 1.^º de seu Estatuto, disponível em <http://www.geap.com.br/download/institucional/estatuto.pdf>.*
3. [^]*JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 17.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1468.*

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 63270402 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO. Data e Hora: 18-08-2017 16:07. Número de Série: 2354148774697928242. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 63270402 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 24-08-2017 11:50. Número de Série: 13374927. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

DESPACHO n. 00413/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 05210.004294/2016-62

INTERESSADOS: UFG UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS

ASSUNTOS: CONVÊNIO

Exmo. Diretor,

Preliminarmente, destaca-se que o presente processo trata sobre a divergência observada entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a Procuradoria-Geral Federal no que diz respeito à celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90.

Acerca do tema *sub lumen*, observo que lavrei, em 15 de março de 2016, o Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU, pendente de aprovação pelo Exmo. Consultor-Geral da União, onde consignei, premido por um juízo de cautela e segurança jurídica, que, embora o dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal apontasse apenas para a suspensão do Decreto s/n, de 7 de outubro de 2013, as razões de decidir da decisão liminar atacaram a própria natureza jurídica da GEAP e que, portanto, inviabilizaria juridicamente a utilização do convênio como instrumento jurídico adequado para a celebração de negócio jurídico com a União a prestação de serviços de assistência à saúde.

Todavia, da leitura dos termos do teor da manifestação lançada pelo Exmo. Advogado da União ANTONIO DOS SANTOS NETO, autor do PARECER n.º 89/2017/DECOR/CGU/AGU, que aqui se analisa, bem como das demais peças processuais acostadas aos autos, verifica-se a ocorrência de fatos superveniente à edição do Parecer n.º 14/2016/DECOR/CGU/AGU e que são relevantes para o caso, notadamente, o Acórdão do Tribunal de Contas da União de n.º 2855/2016 – Plenário, de 09 de novembro de 2016, bem como da Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU, de 22 de março de 2017, oriunda da Secretaria-Geral de Contencioso desta Advocacia-Geral da União.

Em relação ao Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário, ressalta-se que, diante das alterações estatutárias promovidas pela GEAP Autogestão em Saúde, o Plenário do Tribunal de Contas da União alterou o seu entendimento restritivo adotado desde o Acórdão n.º 458/2004 – Plenário do TCU, utilizado como um dos fundamentos da decisão liminar em sede da ADIn 5.086/DF do C. Supremo Tribunal Federal, e passou a sustentar a viabilidade de celebração de convênio entre entes públicos federais e a GEAP Autogestão em Saúde com fundamento na Lei n.º 8.112/90.

Com efeito, e embora o supracitado Acórdão não afete os efeitos da decisão em sede de liminar da Corte Suprema, aponta-se, de plano, para uma alteração fática quanto à possibilidade de celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP, após as devidas alterações estatutárias conduzindo, inclusive, a Corte de Contas a defender seu posicionamento recentemente adotado em sede da referida ADIn, conforme se denota do Aviso n.º 13 – GP, de 17/01/2017, citado no PARECER n.º 89/2017/DECOR/CGU/AGU.

Quanto a Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU, a Secretaria-Geral de Contencioso afirmou que aquele provimento jurisdicional precário não possui efeitos - ao menos diretos - na controvérsia instaurada entre a Conjur/MPDG e o Depconsu/PGF, de forma que a decisão suspendeu os efeitos do artigo 3º e parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que trata da possibilidade de realização de convênios para prestação de serviços de assistência à

saúde, na forma disciplinada pelo artigo 230 da Lei n. 8.112, de 1990, conforme, aliás, ressaltado no Despacho n. 00382/2016/DECOR/CGU/AGU.

Com efeito, e com base nos fatos supervenientes expostos no PARECER n.º 89/2017/DECOR/CGU/AGU, o qual acolho, evoluo meu entendimento pessoal, no sentido de que a liminar concedida na ADI n.º 5086/DF não alcança o art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90, conforme certificado pela Secretaria-Geral de Contencioso desta Advocacia-Geral da União na supracitada Nota n.º 76/2017/GAB/SGCT/AGU.

À consideração superior.

Brasília, 23 de agosto de 2017.

BRUNO ANDRADE COSTA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE ORIENTAÇÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 05210004294201662 e da chave de acesso 8d9d05ad

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 69093393 no endereço eletrônico [http://sapiens.agu.gov.br](https://sapiens.agu.gov.br). Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 24-08-2017 11:50. Número de Série: 13374927. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

DESPACHO n. 00502/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 05210.004294/2016-62

INTERESSADOS: UFG UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS

ASSUNTOS: CONVÊNIO

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União Substituto,

1. Aprovo o Parecer nº 89/2017/DECOR/CGU/AGU, nos termos do Despacho nº 413/2017/DECOR/CGU/AGU.

2. Nestes termos, consolide-se o entendimento no sentido de que, para os específicos fins do art. 206-A, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, há respaldo jurídico para celebração de convênio com a GEAP Autogestão em Saúde voltado para prestação de exames médicos periódicos aos servidores públicos federais. O entendimento ora consolidado funda-se nas alterações estatutárias promovidas no âmbito da referenciada entidade, supervenientes ao julgamento do MS 25.855/STF, bem como encontra amparo no Acórdão nº 2.855/2016 - Plenário do Tribunal de Contas da União.

3. O entendimento ora aprovado em relação ao Art. 206-A da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser observado sem prejuízo do estrito cumprimento da decisão judicial adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5086, que se refere especificamente ao Art. 230 do mencionado diploma legal e não permite, com efeitos *ex nunc*, a celebração de convênios com a GEAP Autogestão em Saúde para prestação de serviços de assistência à saúde aos servidores federais. Aclare-se, por conseguinte, que, enquanto vigorar a ordem judicial proferida no âmbito da ADI nº 5086/STF, não deve ser admitida a celebração de convênio com a GEAP Autogestão em Saúde para os fins do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, nos precisos termos da Nota nº 76/2017/GAB/SGCT/AGU, aprovada pelo Despacho nº 419/2017/GAB/SGCT/AGU (seq. 8).

4. Caso aprovado, sugere-se que seja conferida ciência à SGCT, à PGF, à CONJUR/MP, ao DEAEX/CGU, e aos demais órgãos consultivos desta Consultoria-Geral da União.

Brasília, 22 de setembro de 2017.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 05210004294201662 e da chave de acesso 8d9d05ad

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 75750132 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 22-09-2017 18:13. Número de Série: 8989594703127723889. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 00819/2017/GAB/CGU/AGU

NUP: 05210.004294/2016-62

INTERESSADOS: UFG UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS

ASSUNTOS: CONVÊNIO

Exma. Sra. Advogada-Geral da União,

1. Estou de acordo com o Despacho nº 788/2017/GAB/CGU/AGU, de 13 de novembro de 2017.
2. O caso ora em exame cuida de divergência entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a Procuradoria-Geral Federal no que diz respeito à celebração de convênio entre os órgãos e entidades federais e a GEAP Autogestão em Saúde para a realização de exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990.
3. Propõe-se que há adequação jurídica para a celebração de convênio com a GEAP Autogestão em Saúde voltado para prestação de exames médicos periódicos aos servidores públicos federais. O entendimento ora consolidado funda-se nas alterações estatutárias promovidas no âmbito da referenciada entidade, supervenientes ao julgamento do MS 25.855/STF, bem como encontra amparo no Acórdão nº 2.855/2016 - Plenário do Tribunal de Contas da União. Outrossim, haveria independência entre os arts. 206-A e 230 da Lei n.º 8.112, de 1990, uma vez que o art. 206-A cuida dos exames médicos periódicos e o art. 230 versa sobre a assistência à saúde do servidor.
4. Assim sendo, o Parecer nº 89/2017/DECOR/CGU/AGU, de 18 de agosto de 2017, adotou as seguintes conclusões que ora são transcritas:
 1. *os arts. 206-A, parágrafo único, III, e 230 da Lei n.º 8.112, de 1990, são independentes;*
 2. permanece a imperiosidade do cumprimento da decisão liminar proferida na ADI nº 5086/DF, no que cuida da impossibilidade de celebração de convênios com a GEAP Autogestão em Saúde, para os fins do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, prestação de serviços de assistência à saúde aos servidores federais, conforme se observa da Nota nº 76/2017/GAB/SGCT/AGU, de 22 de março de 2017;
 3. *a liminar concedida na ADI nº 5086/DF não alcança o art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112, de 1990 - Nota nº 76/2017/GAB/SGCT/AGU;*
 4. *o Mandado de Segurança nº 25855/DF levou em consideração a situação da extinta Fundação GEAP Previdência, não da GEAP Autogestão em Saúde;*
 5. *as modificações estatutárias ocorridas na GEAP Autogestão em Saúde, conforme compreendido atualmente pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 2855/2016 – Plenário), pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, pela Procuradoria-Geral da República e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, permitem sua classificação como operadora de plano de assistência à saúde organizada na modalidade de autogestão e autorizada a funcionar pelo órgão regulador; e*
 6. *é juridicamente viável a celebração de convênio com o escopo de realizar exames médicos periódicos na forma do art. 206-A, parágrafo único, III, da Lei n.º 8.112/90 entre a GEAP Autogestão em Saúde e os órgãos e entidades federais classificados como seus patrocinadores.*
5. Após aprovação final por parte da Exma. Advogada-Geral da União, retornem os autos, para fins de se cientificar a SGCT, a PGF e os demais órgãos de execução desta Consultoria-Geral da União.
6. À consideração superior.

Brasília, 22 de novembro de 2017.

MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS

CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 05210004294201662 e da chave de acesso 8d9d05ad

Documento assinado eletronicamente por MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 90354697 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS. Data e Hora: 22-11-2017 22:33. Número de Série: 6618123039458971121. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO DA ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 05210.004294/2016-62

Aprovo, nos termos do DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO n. 00819/2017/GAB/CGU/AGU, o PARECER n. 89/2017/ DECOR/CGU/AGU.

Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União para as providências subsequentes.

Em 23 de fevereiro de 2018


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA