

COMISSÃO DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO

PROJETO DE LEI Nº 5.265, DE 2013

Altera o art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Autora: Deputada ERIKA KOKAY

Relator: Deputado LUCAS VERGÍLIO

I – RELATÓRIO

O projeto da nobre deputada visa alterar a Lei 8.666/93, Lei de Licitações, para incluir em seu artigo 24 a possibilidade de dispensa de licitação “para a celebração de contrato ou convenio de prestação de serviços de assistência à saúde suplementar aos seus servidores, por órgão ou entidade da administração pública direta, autárquica e fundacional, com entidades, sem fins lucrativos, que administram planos de saúde de autogestão, que tenham sido criadas para esse fim específico” em data anterior à entrada em vigor do novo diploma legal, “desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Em sua justificação a nobre autora deixa claro que pretende, com o projeto em tela, resolver questão pontual da GEAP Fundação de Seguridade Social, que no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.855 no Supremo Tribunal Federal - STF e no Tribunal de Contas da União – TCU, teve suspensa a possibilidade de celebrar convênios públicos para adesão ao Super Plano de Saúde dos Servidores, sem processo de licitação, excetuando-se os que se referem ao Ministério da Saúde, ao Ministério da Previdência Social, ao Dataprev e ao INSS, por não considerar a GEAP como operadora de autogestão.

A signatária do projeto ainda afirma que as operadoras provadas não se ajustam à faixa etária mais elevada própria dos quadros de órgãos e entidades integrantes da estrutura administrativa do Poder Público.

O prazo para oferecimento de emendas transcorreu sem que se oferecessem alterações ao conteúdo original do projeto.

II – VOTO DO RELATOR

Primeiramente, é fundamental entendermos o que é uma operadora de autogestão e em que ela se diferencia das demais operadoras de planos de saúde.

Conforme o art. 2º da Instrução Normativa nº 137/06 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão classificam-se em três grupos:

I – “pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera

plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos” sócios da pessoa jurídica, aos administradores e ex-administradores da entidade de autogestão, aos empregados e ex-empregados da entidade de autogestão, aos aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão e aos pensionistas, e familiares até o quarto grau;

II – “pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente” a empregados e servidores públicos, ativos e inativos, aposentados, pensionistas, e familiares até o quarto grau;

III – “pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional”I que sejam seus associados ou associados de seu instituidor, e aos empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão; pensionistas, e familiares até o quarto grau.

Já o artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, define como operadora de plano de assistência à saúde toda “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

Vê-se que as operadoras de autogestão, apesar de prestarem assistência à saúde a um seletivo grupo de indivíduos, são equiparadas, em pé de igualdade, às demais operadoras de saúde suplementar privadas, e como tal, submetidas, obrigatoriamente, às mesmas regras e exigências definidas pela ANS para a operação dos produtos comercializados.

Esse foi, inclusive o entendimento do Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, quando proferiu seu voto no julgamento do mencionado MS 25.855/DF, cujos excertos transcrevo abaixo:

“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 jungida às regras do Direito Administrativo, **em especial no tocante à obrigatoriedade de licitação**. (grifos nossos)

(...)

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.

(...)

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.

Não existe nenhum argumento técnico, prova, indício, teoria ou tese que permita uma interpretação que leve ao entendimento de que uma entidade de autogestão possa disponibilizar melhores condições de atendimento e assistência à Saúde aos usuários desses serviços do que as demais operadoras.

Assim sendo, a nosso ver, permitir que apenas as operadoras de autogestão possam ser dispensadas de licitação para contratação com a administração pública criaria uma reserva de mercado para essas entidades a despeito das demais operadoras de planos de saúde suplementar, indo assim de encontro aos princípios basilares da administração pública.

Um desses princípios é o da livre concorrência, que está estabelecido no art. 170, inciso IV de nossa Carta magna como principio geral da atividade econômica, impondo que a ordem econômica nacional funcione sob a dinâmica concorrencial.

Nessa mesma linha o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, defende que “em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros. À medida que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços, que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas”.

Destarte, a licitação afigura-se como a maneira que o ordenamento jurídico preserva a *Res Pública*, conforme ensinamento da professora Maria Zanella DI PIETRO, em sua obra DIREITO ADMINISTRATIVO:

“a licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”.(cf. DI PIETRO, 1991, p. 227);

(...)

“a licitação é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha da contratante” (cf. DI PIETRO, 1991, p. 230).

Na mesma linha de pensamento, Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece:

“e nem poderia ser diferente, pois, diferentemente dos particulares que possuem a liberdade de contratar com quem e nas condições que desejarem, o Poder Público deve se submeter

a um rigoroso processo de escolha das melhores condições para contratar, visando precipuamente ao interesse público (cf. Bandeira de Mello, 2000, p. 454),

(...)

buscando, sempre, dois objetivos distintos, quais sejam, proporcionar às entidades públicas a possibilidade da realização do negócio mais vantajoso para a coletividade, e assegurar aos administrados a oportunidade de participar nos negócios das referidas entidades (cf. Bandeira de Mello, 2000, p. 456)

Ainda que se possa alegar que as entidades de autogestão celebram convênio com os entes públicos, e não contratos, a lei delimita os serviços que podem ser executados através de um convênio e quais os que deveriam ser executados com base em um contrato.

Novamente a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina que o principal elemento que diferencia contratos de convênios é a presença de vontades contrapostas: no contrato os interesses são opostos e contraditórios, enquanto que nos convênios são recíprocos.

Além disso, Odete Medauar nos explica que inclusive nos convênios é necessária a licitação:

“se a administração resolver realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada

licitação ou se abrir a possibilidade de convênios sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela aceção muito ampla que se queira dar aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção". (Odete Menauar, 1998, p. 251).

Por fim, apesar de o projeto prever que a contratação ou convênio dar-se-á desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, o conceito é vago, com grande carga de subjetividade que leva a difícil fixação. Carece de qualquer elemento técnico seja do cálculo atuarial para a formação de prestação seja de indicadores financeira existente. Além disso, em função de características próprias, como alcance geográfico, rede conveniada e referenciada, hotelaria – enfermaria ou quarto particular, os preços praticados variam bastante.

Por todo o exposto, votamos pela **REJEIÇÃO** do Projeto de Lei nº 5.265/2013.

Sala das Reuniões, em de outubro de 2015.

Deputado LUCAS VERGÍLIO
Relator