

REPRESENTAÇÃO N.º 05/2003: "DENÚNCIA
CONTRA A UNIÃO FEDERAL, EM RAZÃO
DE CONTRATAÇÕES IRREGULARES, SEM
PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO,
DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE
E ASSISTÊNCIA SOCIAL
OPERACIONALIZADOS PELA GEAP -
FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL".

I- RELATÓRIO

GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA, devidamente qualificada e representada, apresentou Denúncia perante esta Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, a fim de que fossem apuradas ilegalidades nos serviços de assistência à saúde e assistência social prestados pela GEAP – Fundação de Seguridade Social a vários órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta da União Federal, tanto no âmbito do Poder Executivo quanto no âmbito do Poder Judiciário, mediante Convênios de Adesão e repasse de verbas públicas, sem prévio procedimento licitatório.

Alegou-se na denúncia que a Fundação de Seguridade Social – GEAP, diante de sua natureza jurídica de entidade fechada de previdência privada, estaria expressamente proibida de operar planos de saúde após o advento da Lei Complementar nº 109/2001, que regulamentou o § 4º do artigo 202 da Carta Política, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Segundo sustentado, a referida lei, ao dispor sobre o novo Regime da Previdência Complementar, revogando a então vigente Lei nº 6.435/77, a despeito de admitir a participação da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal na condição de patrocinadoras das entidades fechadas de previdência complementar, especificou o âmbito do objeto dessas entidades, limitando-as à prestação de serviços de administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, na forma dos artigos 31 e 32, caput e parágrafo único. Transcrevam-se os referidos dispositivos legais apontados, in verbis:

“Art. 31 . As entidades fechadas são acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulamentador e fiscalizador, exclusivamente:

I – aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e”

“Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.”

Noticiou-se que mesmo após o advento da Lei Complementar nº 109/01, a Fundação de Seguridade Social – GEAP, entidade fechada de previdência complementar, continuou, mediante convênios de adesão e sem o devido processo licitatório, a desviar-se de suas finalidades institucionais para operar planos de benefícios de assistência à saúde, ao invés de operar apenas planos de natureza previdenciária.

Esclareceu-se, ainda, que a ressalva contida no artigo 76 da referida lei, que assegurou a continuidade de serviços de assistência à saúde que estivessem sendo prestados por entidades fechadas de previdência complementar a seus participantes e assistidos, somente se aplicaria, em se tratando da GEAP, aos órgãos e entidades que originariamente vinculam-se à fundação.

Quanto às origens históricas da GEAP, não se pode deixar de relatar as considerações contidas no parecer do ilustre Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas da Rocha Furtado, em parecer anexado aos autos e exarado em processo em tramitação perante a Corte de Contas, segundo as quais a fundação tem suas origens voltadas à “Assistência Patronal”, fundo contábil instituído no âmbito do Instituto de Aposentaria e Pensões dos Industriários – IAPI e para o qual contribuía seus servidores.

Consta, ainda, que com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, todos os servidores dos extintos IAP’s – institutos de aposentadorias e pensões das categorias profissionais passaram a contribuir para o Fundo de Assistência Patronal.

Com a criação do SINPAS – Sistema Nacional de Previdência Social, todo o segmento da Previdência Social, no âmbito da administração federal, passou a contribuir para o Fundo de Assistência Patronal, integrado aquele pelos seguintes órgãos: INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), INPS (Instituto Nacional de Previdência Social),

IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência Social), DATAPREV, MPAS, LBA (Legião Brasileira de Assistência), FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-estar do menor), o CEME (Central de Medicamentos) e FACR (Fundação Abrigo do Cristo Redentor).

Após a criação de uma comissão no âmbito do Ministério da Previdência e Assistência Social denominada Grupo Executivo de Assistência Patronal – GEAP, solicitou ela, em conjunto com os demais órgãos do Sistema Nacional da Previdência Social, a transformação do referido grupo em entidade fechada de previdência complementar. A autorização foi concedida pelo MPAS através da Portaria nº 4.624/90.

Segundo consta do parecer, com a extinção do INAMPS, pela Lei nº 8.689/93, reconheceu-se, em seu artigo 5º, a natureza de entidade fechada de previdência complementar da Fundação de Seguridade Social – GEAP.

Esclarecidos, assim, os órgãos e entidades que originariamente vincularam-se à instituição da GEAP – Fundação de Seguridade Social.

Sustentou-se, ainda, na denúncia, que a ressalva do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/01, por se tratar de mera regra de transição, teria sido introduzida apenas no intuito de minimizar os transtornos impostos às entidades fechadas de previdência privada em atuação, conferindo-lhes prazo razoável para que se adequem ao novo ordenamento jurídico. De acordo com a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde S/A o parágrafo primeiro do art. 76 é expresso no sentido de que os compromissos atinentes aos programas assistências somente permanecerão em vigência, por uma única vez, até o seu termo final. Consta o seguinte da ratio do referido dispositivo legal:

“Art. 76. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

§ 1º Os programas assistenciais de natureza financeira deverão ser extintos a partir da data de publicação desta Lei Complementar, permanecendo em vigência, até o seu termo, apenas os compromissos já firmados”.

Em conclusão, afirmou a Golden Gross que a regra de transição do artigo 76 somente se aplica aos serviços de assistência à saúde prestados pela Fundação de Seguridade Social – GEAP aos órgãos e entidades vinculados aos

seus instituidores históricos, ou que deles herdaram competências. Além disso, ponderou que a União Federal não pode ser considerada patrocinadora da entidade, avocando para si a responsabilidade de convênios celebrados por órgãos e entidades dotados de autonomia administrativa.

Importante relatar as ponderações contidas no parecer do eminente Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas da Rocha Furtado, no sentido de que a norma do artigo 76 deve ser interpretada conjuntamente com o artigo 34 da Lei 9.656/1998, que dispõe sobre o Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde, do seguinte teor:

“Art. 34. As entidades que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei podem constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos”.

Consignou o ilustre Procurador-Geral, da conjugação de ambos dispositivos legais, ser imprescindível a constituição de uma pessoa jurídica independente para operar planos de saúde, na hipótese de entidades que executem outras atividades, com patrimônio distinto do patrimônio dos planos previdenciários e custeio específico.

Além disso, afirma-se no parecer que a GEAP, mesmo quando enquadrada na ressalva do artigo 76, não poderia manter os Convênios de Adesão firmados com o Poder Público. Opina-se, nessa linha de raciocínio, pela rescisão da avença firmada por meio de Convênios de Adesão, para que sejam firmados, por dispensa de licitação, contratos administrativos, pelo prazo de 60 meses estabelecido pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/93. Conclui-se, ao final, que, operada a transição, “inafastável se tornará o procedimento licitatório para que se celebre novo contrato para prestação de serviços de assistência à saúde”.

Após esclarecer o panorama do atual regime, noticiou a Golden Gross que antes do advento da Lei Complementar nº 109/01, quando celebrados a maioria dos Convênios de Adesão entre a GEAP e diversos órgãos da administração pública, encontravam-se em vigor as disposições da Lei nº 8.020/90, que disciplinava a relação entre as entidades fechadas de previdência complementar e suas patrocinadoras no âmbito da Administração Pública Federal.

Registrou-se que o artigo 1º da referida norma legal não autorizaria a participação de órgãos da Administração Pública Direta na condição de

patrocinadoras das entidades fechadas de previdência complementar, mas tão-somente a de órgãos da Administração Pública Indireta. Transcreva-se o seu teor:

“Art. 1º Para os fins desta lei consideram-se:

I - patrocinadoras: as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União;

II - entidades: as entidades fechadas de previdência privada patrocinadas pelas pessoas jurídicas referidas no inciso anterior.” Em suma, de acordo com a denúncia oferecida pela Golden Cross Assistência Internacional de Saúde S/A, no curso da vigência da Lei nº 8.020/90 seriam ilegais os Convênios de Adesão firmados pela GEAP com órgãos e entidades da Administração Pública Direta, por ilegitimidade das patrocinadoras.

Por fim, sustentou a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda que os Convênios de Adesão celebrados pela GEAP com órgãos do Poder Público para prestação de serviços de saúde, mediante repasse de verbas orçamentária, possuem natureza contratual. Daí porque afirmou que teriam sido eles celebrados em “em descompasso com a natureza técnico-jurídica do instrumento, em patente desvio de finalidade, com o único e exclusivo intuito de frustrar, indevidamente, a realização obrigatória de licitação”.

Isso porque, segundo a denunciante, o instrumento do convênio de adesão pressupõe um acordo recíproco de interesses para que os entes convenientes, mediante mútua colaboração, obtenham um objetivo institucional comum a ambos.

Conclui, então, a Golden Cross que o único intuito da GEAP seria o de burlar a observância do exigido procedimento licitatório, retirando das demais operadoras de planos de saúde qualquer possibilidade de participação nos certames, procedimentos que asseguram a escolha das melhores propostas para a Administração Pública. Eis os fundamentos da denúncia, neste particular:

“Pode-se concluir que a manifesta ilegalidade dos convênios celebrados com a GEAP decorre da inobservância da natureza técnico-jurídica da via do convênio, por desvio de finalidade, diante da natureza eminentemente contratual do ajuste, que, por envolver pagamento de remuneração pela prestação de serviços de assistência médica, deveria ter sido celebrado sob a forma de contrato, mediante prévio processo licitatório”.

A denúncia veio instruída com os seguintes documentos: relação dos órgão e entidades que mantêm convênios de adesão com a GEAP e valores repassados pelo Poder Público; cópia do Convênio de Adesão nº 01/95 firmado com o Ministério da Saúde, de seu Termo Aditivo e do Termo de re-ratificação do Termo Aditivo; decisão do Tribunal de Contas da União determinando a rescisão do Convênio de Adesão nº 01/95; relação dos processos em tramitação no TCU envolvendo irregularidade de Convênios de Adesão firmados com o Poder Público pela GEAP; cópia do recurso de reconsideração interposto pela GEAP contra a decisão proferida no processo relativo ao Convênio de Adesão nº 01/95; cópia do acórdão do TCU no pedido de reconsideração da GEAP; parecer emitido pela unidade técnica do TCU; cópia do primeiro parecer do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado; e cópia integral das legislações invocadas.

Realizada Audiência Pública, em atendimento ao Requerimento nº 172 de 2003, de minha autoria, aprovado em Reunião Ordinária desta Comissão de Fiscalização Financeira e Controle no dia 26 de novembro de 2003, foram convidados a participar como expositores a Diretora Executiva da GEAP, Dra. REGINA RIBEIRO PARIZI CARVALHO, a advogada da Golden Cross Assistência Internacional de Saúde S/A subscritora da denúncia, Dra. FLÁVIA LOPES ARAÚJO, o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. LUCAS DA ROCHA FURTADO, o Diretor da Área de Saúde da FENAG, Dr. HORÁRCIO CATA PRETA, o Gerente Geral da Agência Nacional de Saúde, Dr. PAULO AMARY FREIRE BUENO, o Diretor de Auditoria da Área de Saúde da Controladoria-Geral da União, Dr. RONALD BALDE, o Assessor da Corregedoria da Área Social da Controladoria-Geral da União, Dr. ALEXANDRE ROCHA DE CASTRO e o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério dos Transportes, Dr. CLODOALDO PINTO FILHO.

Iniciada a audiência, presidida pelo Deputado Herculano Agnetti, a advogada da denunciante Golden Cross Assistência Internacional de Saúde frisou que os Convênios de Adesão celebrados pela GEAP – Fundação de Seguridade Social para operar planos de saúde possuem natureza concorrencial, razão pela qual seria indispensável o exigido processo licitatório que, além de assegurar a escolha da melhor proposta para a Administração, confere transparência à atividade administrativa. Sustentou que o instituto do Convênio somente pode ser utilizado na hipótese de ajuste recíproco de vontades, em que o Poder Público e entidades públicas ou privadas buscam alcançar objetivos comuns, não se aplicando à contratação de serviços de assistência à saúde aos servidores públicos por terceiros.

Alegou que a Fundação de Seguridade Social – GEAP, através de rotulados Convênios de Adesão, estaria recebendo o repasse de verbas públicas orçamentárias sem qualquer fiscalização dos órgãos controladores competentes, seja a ANS, a Secretaria de Previdência Complementar ou o Tribunal de Contas da União.

Sustentou a ilegalidade dos Convênios de Adesão firmados pela GEAP após o advento da Lei Complementar nº 109/2001, por expressa proibição legal. Acrescentou, ainda, que a norma do artigo 76 somente se aplica aos Convênios de Adesão firmados pela GEAP sob a égide da legislação passada com seus patrocinadores legais e com os órgãos vinculados aos seus instituidores históricos. Finalizou afirmando que, no regime anterior, somente os órgãos da Administração Indireta encontravam-se autorizados a patrocinar as entidades fechadas de previdência complementar e que os instituidores da GEAP limitam-se ao segmento da Previdência Social.

Por sua vez, a Diretora Executiva da GEAP afirmou que a entidade, ao contrário das demais empresas operadoras comerciais de planos de assistência à saúde, é uma entidade fechada de previdência complementar, constituída sob a forma de fundação de direito privado, sem fins lucrativos. Consignou que, por funcionar sob a forma de autogestão multipatrocinada, não se encontra obrigada a participar de certames licitatórios para prestar serviços de assistência à saúde, acentuando, ainda, que os servidores públicos participantes limitam-se a aderir aos convênios celebrados com os respectivos órgãos.

Esclareceu que a GEAP não se submete à fiscalização da Agência Nacional de Saúde por se enquadrar como operadora de saúde autogestora, modalidade em que os entes representantes dos órgãos patrocinadores integram o Conselho Administrativo. Informou, ainda, que, ao contrário das demais entidades fechadas de previdência complementar, não se encontra obrigada a constituir reservas técnicas, diante da garantia de repasses mensais pelos órgãos patrocinadores dos valores necessários à cobertura das despesas com a administração e gerenciamento dos planos.

O ilustre Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, com base em parecer exarado em processo em tramitação no TCU, afirmou que a prestação de serviços de saúde pelo Poder Público através de terceiras pessoas não é objeto de convênio e sim de contrato. Concluiu que, independentemente do nome que se dê ao instrumento manejado, na hipótese em que a assistência à saúde do servidor não é prestada diretamente pelo respectivo órgão mas por terceiros, o vínculo formado possui natureza contratual, sendo obrigatória a realização de licitação.

Ponderou que a GEAP, diante de sua natureza de entidade fechada de previdência privada originária e convalidada no âmbito da Previdência Social, somente poderia ter instituído planos de benefícios aos órgãos e entidades a ela historicamente vinculados. Afirmou, de consequência, que os convênios celebrados com quaisquer outros órgãos devem ser rescindidos. Citou o artigo 32 da Lei Complementar nº 109/2001, que proíbe as entidades fechadas de previdência complementar de operarem quaisquer benefícios que não possuam natureza previdenciária.

Ressaltou, diante da relevância social da discussão, que, caso a Fundação de Seguridade Social – GEAP tenha a intenção de continuar a operar planos de saúde que vinham sendo prestados aos órgãos vinculados aos seus instituidores históricos antes da superveniência da Lei Complementar nº 109/01, deve adequar-se às exigências do novo regime. Esclareceu que a entidade deve observar as exigências contidas no artigo 76 da referida lei, combinada com o disposto no artigo 34 da Lei nº 9.656/98, no que toca à existência de custeio específico, separação de patrimônios e constituição de outra pessoa jurídica.

Concluiu, com base no direito positivado, que a GEAP, na forma em que atualmente constituída, não pode atuar na área de saúde. Somente com a criação de outra pessoa jurídica, e desde que participe de licitação, poderá vir a ser contratada pelo Poder Público.

A seu turno, o Assessor da Corregedoria da Área Social da Controladoria-Geral da União noticiou a existência de denúncia apresentada pelo Deputado Augusto Carvalho, envolvendo os referidos convênios de adesão firmados pela GEAP com órgãos da administração pública, sem a observância do devido processo licitatório.

O Diretor de Saúde da FENAG, na condição de representante das seguradoras especializadas em saúde, esclareceu que a GEAP – Fundação de Seguridade Social encontra-se registrada na Agência Nacional de Saúde como operadora de planos de saúde. Deixou registrado que a GEAP, ao participar de atividades que envolvam contratos de saúde mediante nominados convênios de adesão, deveria submeter-se ao dever constitucional de participar de licitações realizadas pelo Poder Público, a fim de conferir transparência a suas operações, além de assegurar posição de igualdade às demais seguradoras de planos de saúde.

Consignou, ainda, que a GEAP não constitui as reservas técnicas exigidas pela ANS de todas as operadoras de planos de saúde, imprescindíveis

para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos serviços, o que pode vir a gerar séria instabilidade na relação entre usuários e prestadores dos serviços de saúde.

O Gerente Geral de Desenvolvimento da Agência Nacional de Saúde, ao esclarecer a relação da GEAP – Fundação de Seguridade Social no âmbito da ANS, informou que a fundação encontra-se registrada como operadora de plano de saúde na modalidade de autogestão, que a dispensa de qualquer acompanhamento econômico-financeiro por parte da ANS.

Por fim, o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério dos Transportes esclareceu que o órgão ministerial celebrara recentemente com a GEAP convênio de adesão para obter a prestação de serviços de assistência à saúde com base em parecer da Advocacia-Geral da União, também patrocinadora da GEAP, em que pese a existência de parecer contrário de seu próprio Conselho Interno. Informou, ainda, que, desertas duas licitações, realizou o órgão ministerial contratação de emergência, sucedido pela celebração de Convênio de Adesão com a GEAP.

É o relatório.

II – VOTO DO RELATOR

Após analisar toda documentação apresentada e discutir o caso, ouvidas todas as partes interessadas e representantes dos órgãos de controle, e uma profunda análise dos Convênios de Adesão celebrados pela GEAP para prestar serviços de assistência à saúde a vários órgãos públicos, julgo que merece ser acolhido o argumento de que os planos de benefícios de entidades fechadas de previdência privada como a Fundação de Seguridade Social – GEAP, ainda que constituídas sob a forma de fundação sem fins lucrativos, não podem ser estendidos a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, mas tão-somente àqueles que originariamente vinculam-se à fundação ou que deles herdaram competências em razão de reestruturações administrativas.

Ora, como afirmado pela própria Diretora Executiva da GEAP – Fundação de Seguridade Social e comprovado pelos demais expositores participantes da audiência pública, a GEAP é originária de um mero fundo de pecúlio facultativo para o qual contribuía, inicialmente, os servidores do extinto IAPI. Com a criação do INPS, todos os servidores dos extintos institutos de aposentadorias e pensões de classes profissionais passaram a contribuir para o Fundo de Assistência Patrimonial. Todavia, foi com o advento da unificação da

Previdência Social, que se deu com a instituição do SINPAS – Sistema Nacional de Previdência Social que os servidores de todos os órgãos integrantes do sistema nacional da previdência social passaram a contribuir para o fundo da “Assistência Patronal”.

A instituição da fundação, por sua vez, teve início com a criação de uma comissão interna no âmbito do Ministério da Previdência e Assistência Social para gerir o Fundo de Assistência Patronal, o Grupo Executivo da Assistência Patronal – GEAP que, em conjunto com representantes do Inamps, Iapas, LBA, Funabem, Ceme, FACR, Dataprev e MPAS, requereram autorização para a transformação do grupo em entidade fechada de previdência complementar, concedida por Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social. Ao final, depreende-se que a Lei nº 8.689/93, que extinguiu o Inamps, convalidou a existência da GEAP como entidade fechada de previdência complementar.

A GEAP – Fundação de Seguridade Social somente poderia ter instituído planos de benefícios aos órgãos e entidades vinculados aos seus instituidores históricos ou aos que deles herdaram competência, originários do segmento da Previdência Social. Poderiam, ainda, ter instituído planos de benefícios aos seus patrocinadores legais.

Ocorre, todavia, que no regime anterior à Lei Complementar nº 109/2001, os órgãos da Administração Pública Direta encontravam-se proibidos de figurar como patrocinadores de entidades de previdência complementar, já a legislação que disciplinava a relação das entidades fechadas de previdência privada e seus patrocinadores no Poder Público somente autorizava que os órgãos da Administração Pública Indireta patrocinassem as referidas entidades. (artigo 32 da Lei nº 8.020/90)

Ora, o princípio da legalidade inscrito no artigo 5º, inciso II da CF/88 é princípio diretor de nosso ordenamento jurídico e inerente ao próprio conceito de Estado de Direito. Visto sob a óptica da Administração, não se pode admitir que o gestor público desconsidere a lei e atue de acordo com situações nela não previstas. Ou seja, a atividade administrativa é infralegal, expressamente submetida e preordenada aos comandos legais, somente podendo fazer o que a lei autoriza.

Logo, esta Comissão de Fiscalização não pode considerar legais os Convênios de Adesão firmado pela GEAP no regime anterior à Lei Complementar nº 109/01 com órgãos da Administração Pública Direta, por

inexistência de previsão legal, ressalvados, apenas, os órgãos e entidades que tenham vínculo com os instituidores históricos da fundação.

É certo que a partir do advento da Lei Complementar nº 109/2001 a União, os Estados, os Municípios e o DF adquiram legitimidade para patrocinar entidades fechadas de previdência complementar. Todavia, não há como se admitir, como forma de convalidar convênios firmados à burla da legalidade, que a União Federal seja considerada patrocinadora da GEAP.

Com efeito, segundo acatada doutrina, os órgãos públicos, conquanto não dotados de personalidade jurídica, por congregarem parcelas de atribuições funcionais afetas à pessoa jurídica estatal, possuem autonomia administrativa, financeira e técnica.

Nesse sentido, merece menção o ensinamento da insígne Maria Sylvia Sanello DI Pietro, ao definir os critérios de classificação dos órgãos públicos nos seguintes termos:

“Autônomos são os que se localizam na cúpula da Administração, subordinados diretamente à chefia dos órgãos independentes; gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica e participam das decisões governamentais. Entram nessa categoria os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, o Serviço Nacional de Informações e o Ministério Público”.

Compreende-se, então, que os órgãos públicos subordinados à União Federal, por gozarem de autonomia administrativa, possuem legitimidade para desempenhar atividades de sua alçada seja por meio de contratos, avenças ou parcerias. Logo, ainda que considerados partes integrantes da pessoa jurídica estatal, detêm eles e não a União Federal a qualificação de patrocinadores de eventuais convênios que vierem a celebrar com entidades públicas ou privadas.

De outra sorte, não se pode ignorar que o novo regime legal proíbe expressamente que entidades fechadas de previdência privada como a GEAP operem planos de assistência à saúde. A regra proibitiva encontra previsão no artigo 32 da Lei Complementar nº 109/01, que restringiu o objeto dessas entidades à prestação de benefícios de natureza previdenciária. Sendo assim, são manifestamente ilegais os Convênios de Adesão firmados pela GEAP na vigência da nova legislação, por expressa vedação legal.

Resta saber se a regra de transição contida no artigo 76 da Lei Complementar nº 109/01, que assegura às entidades fechadas de previdência privada que estivessem operando benefícios de assistência à saúde o

direito de continuar a prestá-los, aplica-se indistintamente a todos os Convênios de Adesão travados pela GEAP.

A resposta é negativa. Entendo que sua aplicação restringe-se aos serviços de assistência à saúde prestados no regime anterior aos órgãos e entidades vinculados aos instituidores históricos da GEAP ou aos seus patrocinadores legais.

Ressalve-se, ainda, que a aplicação da ressalva do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/01 deve ser conjugada com a norma do artigo 34 da Lei que dispõe sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à saúde (Lei nº 9.656/1998). Isso quer dizer que, caso a GEAP tenha a intenção de continuar a prestar serviços de assistência à saúde aos órgãos vinculados aos seus instituidores históricos, deve adequar seu funcionamento às normas do novo regime.

Depreende-se, da análise conjunta dos referidos dispositivos legais, que a GEAP – Fundação de Seguridade Social deve constituir nova pessoa jurídica para operar planos de saúde, além do que deve efetuar a separação do patrimônio dos planos de saúde do atinente aos planos previdenciários e estabelecer um custeio específico para os planos assistências.

Não bastasse isso, , em qualquer hipótese, e independentemente da interferência das normas que disciplinam a atuação das entidades fechadas de previdência complementar, os Convênios de Adesão pela GEAP – Fundação de Seguridade Social com órgãos do Poder Público para operar planos de saúde são manifestamente ilegais, por inobservância da exigência de prévia realização de processo licitatório, na forma prevista no inciso XXI, do artigo 37 do ordenamento constitucional.

Fácil é compreender-se que, em se tratando de serviços de saúde prestados aos servidores do Poder Público por terceiras pessoas, a relação daí resultante envolve vínculo de natureza manifestamente contratual, que impõe para ambas as partes obrigações recíprocas e a observância do dever constitucional de licitação.

No caso dos Convênios de Adesão firmados pela Fundação de Seguridade Social – GEAP, sobressai que o interesse do Poder Público restringe-se a obter a prestação eficiente do serviço de saúde pelo menor preço, enquanto o interesse da fundação é o de obter remuneração pelo serviço prestado, o que se dá mediante repasse de verbas orçamentárias. Logo, não se trata de convênio, instituto que, segundo pacífica jurisprudência do Tribunal de

Contas da União e corrente doutrina, pressupõe convergência de vontade e reciprocidade de interesses, em prol de um objetivo institucional comum, mas de avença de natureza contratual e concorrencial.

Ultrapassada esta questão, é importante esclarecer a forma de atuação dos órgãos vinculados aos instituidores históricos e dos patrocinadores legais da GEAP – Fundação de Seguridade Social alcançados pela ressalva do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/01.

Isso porque, reconhecida a natureza contratual dos Convênios de Adesão travados pela GEAP, resulta a conclusão de que o Poder Público, nesses casos, deve celebrar contratos administrativos para prestação de serviços de saúde, mediante dispensa de licitação, até o término dos compromissos firmados. Como o § único do artigo 76 é omissivo quanto ao termo final, deve-se aplicar, por analogia, o prazo de 60 meses do artigo 57 da Lei de Licitações, que disciplina o prazo de contratação de serviços de prestação continuada. Ou seja, impõe-se a rescisão dos Convênios de Adesão para que, em substituição, sejam firmados contratos administrativos.

Nada impede, todavia, que a GEAP passe a operar legalmente planos de assistência à saúde e participe de procedimentos licitatórios. Até porque a importância da atividade por ela desempenhada no cenário social é incontestável.

Em primeiro lugar, entendo, como já dito, que a GEAP – Fundação de Seguridade Social deve constituir pessoa jurídica distinta para operar planos de saúde. É fundamental, ainda, que esta nova pessoa jurídica enquadre-se na Agência Nacional de Saúde na condição de operadora comercial de planos de saúde, sujeita, portanto, à fiscalização, e não sob a modalidade de operadora de saúde constituída na forma de autogestão multipatrocinada, como esclarecido pelo Gerente Geral de Desenvolvimento da ANS.

Convém esclarecer, em termos jurídicos, que a caracterização da modalidade de autogestão pressupõe o gerenciamento de uma empresa ou entidade – associativa, fundacional ou corporativa – por seus próprios empregados, que compõe o Conselho de Gestão ou o Administrativo e administram recursos patrimoniais próprios. É imprescindível, portanto, que os interesses da entidade confundam-se com os interesses de seus próprios empregados. Daí advém a faculdade de que dispõe tais entidades de não se submeterem à fiscalização por parte de quaisquer órgãos e de não participarem de processos licitatórios.

No caso da GEAP – Fundação de Seguridade Social, é equivocada sua qualificação, em se tratando de operadora de planos de saúde a servidores públicos federais, de fundação administrada na modalidade de autogestão multipatrocinada, ao argumento de que a União Federal seria a empregadora e os servidores os empregados, com representação paritária e administração de patrimônio próprio.

Primeiro porque a natureza do vínculo estabelecido entre a GEAP – Fundação de Seguridade Social e os demais órgãos do Poder Público com o quais celebrados convênios para prestação de serviços de saúde é de natureza contratual. E vínculo contratual pressupõe vontades contraditórias e não convergentes. Segundo porque há repasse de verbas públicas em contraprestação ao serviço de saúde prestado. Logo, não se trata de administração de patrimônio próprio. Terceiro porque a União Federal, como visto, não pode ser considerada patrocinadora da GEAP – Fundação de Seguridade Social, mas tão-somente os órgão e entidades vinculados aos instituidores históricos da fundação. E, finalmente, porque os órgãos públicos, ao contratarem terceiras pessoas para prestar serviços de assistência à saúde, tem autonomia administrativa para firmarem contratos em nome próprio.

Como se vê, na forma em que operacionalizada a prestação de serviços de saúde aos servidores públicos, perde consistência o enquadramento da GEAP – Fundação de Seguridade Social na forma de operadora autogestora multipatrocinada. Isso significa que a fundação, para operar planos de saúde, deve submeter-se à fiscalização da Agência Nacional de Saúde, em igualdade de posição com as demais operadoras comerciais.

Além disso, deve a GEAP – Fundação de Seguridade Social constituir as reservas técnicas exigidas pela Agência Nacional de Saúde para preservar a continuidade dos serviços assistenciais e o próprio equilíbrio econômico-financeiro da entidade.

Por fim, não posso deixar de considerar que o caso envolve a relevante questão da assistência à saúde de milhares de servidores públicos federais. Encontra-se, portanto, diante do conflito entre a forma de prestação da assistência à saúde do servidor e a afronta ao princípio basilar da legalidade.

Há que se buscar, então, uma fórmula que assegure a continuidade da prestação dos serviços em harmonia com o princípio maior da legalidade. Para tanto, esta Comissão deve conceder prazo razoável para que os órgãos e entidades públicas rescindam os Convênios de Adesão celebrados ilegalmente com a GEAP e realizem, em cada caso, a adequação ao ordenamento jurídico.

Embora minha conclusão, depois de ouvidas as partes envolvidas, seja que o atendimento à saúde dos servidores públicos é um serviço cujo custeio envolve recursos públicos da União exigindo, portanto, processo licitatório, analisamos com cuidado a promulgação do Decreto nº 4.978, de 03 de fevereiro de 2004, que regulamenta o art. 230 da Lei nº 8.112/90.

O referido decreto, ao regulamentar o art. 230 da Lei nº. 8.112/90, limitou a forma de prestação dos serviços, única e exclusivamente, ao instrumento convênio, restringindo as outras formas de prestação prevista no dispositivo legal. Portanto, entendemos que o decreto extrapolou a Lei, afrontando inclusive os princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência.

Entendo que o referido decreto afronta o art. 37, inciso XXI da CF/88 que dispõe: “ressalvados os casos especificados na legislação (art. 24 e 25 da Lei 8.666/93) as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Afronta, também, o art. 170, inciso IV da CF/88, que assegura o princípio da livre concorrência. O Decreto 4.978/04 está criando uma reserva de mercado, prejudicando a livre concorrência no âmbito do setor privado.

Por outro lado, o referido decreto afronta o art. 2º e seu Parágrafo Único da Lei nº 8.666/93, que dispõe: “art 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente procedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Desta forma, reafirmo a posição de que a contratação de serviços de saúde, no âmbito da Administração Pública, necessita de processo licitatório, cabendo à GEAP se adequar estatutariamente para participar dos referidos certames, de forma isonômica, tais quais as demais empresa atuam no mercado de serviços de saúde.

Pelo exposto, opino no seguinte sentido:

Acolher os termos da Denúncia nº 05/2003, determinando as seguintes providências:

- a) sejam notificados os órgãos e entidades vinculados historicamente à instituição da GEAP – Fundação de Seguridade Social (INSS, Dataprev e MPS), para que, no prazo de 120 dias, rescindam os Convênios de Adesão e celebrem, caso seja de seu interesse, mediante dispensa de licitação, contrato administrativo com a GEAP, pelo prazo máximo de 60 meses, na forma do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, por aplicação do artigo 76 da Lei Complementar nº 109/2001 e desde que observados os requisitos nele previstos. Findo este prazo, devem realizar o obrigatório procedimento licitatório;
- b) sejam notificados, à exceção dos órgãos e entidades relacionados na alínea “a”, todos os demais órgãos e entidades para que rescindam os Convênios de Adesão mantidos com a GEAP – Fundação de Seguridade Social, no prazo de 120 dias, bem como para que determinem a imediata abertura de processo licitatório para contratação de empresa prestadora de serviços de saúde, na forma da Lei nº 8.666/93.

É a decisão.

Sala da Comissão, 03 de Março de 2004.

Deputado Barbosa Neto
Relator