

GEAP

OS EFEITOS DAS DECISÕES DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A PEC Nº 214, DE 2012

ANFIP - Sucesso em sua história,
vitória no presente e foco no futuro!



ANFIP

Associação Nacional dos Auditores-Fiscais
da Receita Federal do Brasil

GEAP

OS EFEITOS DAS DECISÕES DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A PEC Nº 214, DE 2012

ANFIP - Sucesso em sua história,
vitória no presente e foco no futuro!



ANFIP

Associação Nacional dos Auditores-Fiscais
da Receita Federal do Brasil

ANFIP - Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil

CONSELHO EXECUTIVO

Álvaro Sólón de França
Presidente

Floriano José Martins
Vice-Presidente Executivo

José Roberto Pimentel Teixeira
Vice-presidente de Assuntos Fiscais

Maria do Carmo Costa Pimentel
Vice-presidente de Política de Classe

Benedito Leite Sobrinho
Vice-presidente de Política Salarial

Roswílcio José Moreira Góis
Vice-presidente de Assuntos da Seguridade Social

Léa Pereira de Mattos
Vice-presidente de Aposentadorias e Pensões

Ana Mickelina Barbosa Carreira
Vice-presidente de Cultura Profissional e Relações Interassociativas

Eucélia Maria Agrizzi Mergar
Vice-presidente de Serviços Assistenciais

Márcio Humberto Gheller
Vice-presidente de Assuntos Jurídicos

Miguel Arcanjo Simas Nôvo
Vice-presidente de Estudo e Assuntos Tributários

Rosana Escudero de Almeida
Vice-presidente de Administração, Patrimônio e Cadastro

Josemar Jorge Cecatto Santos
Vice-presidente de Finanças

José Tibúrcio Tabosa
Vice-presidente de Planejamento e Controle Orçamentário

Jeziel Tadeu Fior
Vice-presidente de Comunicação Social

João Laércio Gagliardi Fernandes
Vice-presidente de Relações Públicas

Jorge Cezar Costa
Vice-presidente de Assuntos Parlamentares

Marcos Rogério Alves Ribeiro
Vice-presidente de Tecnologia da Informação

CONSELHO FISCAL

Luiz Carlos Correa Braga

Leila S. de B. Signorelli de Andrade

Durval Azevedo Sousa

CONSELHO DE REPRESENTANTES

AC - Heliomar lunz

AL - André Vilaça dos Santos

AP - Emir Cavalcanti Furtado

AM - Cleide Almeida Nôvo

BA - Raimundo João Duailibe

DF - Floriano Martins de Sá Neto

CE - Givanildo Aquino da Silva

ES - José Geraldo de Oliveira Ferraz

GO - Carlos José de Castro

MA - Antonio de Jesus Oliveira de Santana

MS - Vanderlei Veiga Tessari

MT - Wilza do Carmo Pereira Soares

MG - Ilva Maria Franca Lauria

PA - Ennio Magalhães Soares da Câmara

PB - Dijanete de Souza Lima

PR - Ademar Borges

PE - Luiz Mendes Bezerra

PI - Lourival de Melo Lobo

RJ - Sergio Wehbe Baptista

RN - Jonilson Carvalho de Oliveira

RS - Marville Taffarel

RO - Eni Paizanti de Laia

RR - André Luiz Spagnuolo Andrade

SC - Carlos Alberto de Souza

SP - Ariovaldo Cirelo

SE - Jorge Lourenço Barros

TO - José Carlos Rego Moraes

Apresentação

A GEAP está nas páginas dos jornais há algum tempo, envolvida em dúvidas e hesitações. Criada em 1945, é um patrimônio do servidor público que não pode ser desperdiçado. Mas a situação é preocupante, uma vez que a entidade pode ficar inviabilizada em razão de vários aspectos analisados nesta publicação.

Sensível aos problemas enfrentados, o Deputado Roberto Policarpo (PT-DF) apresentou à Câmara dos Deputados, por sugestão da ANFIP, em 6 de novembro de 2012, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 214, de 2012, com o objetivo de esclarecer as dúvidas de ordem jurídico-constitucional manifestadas ao longo das discussões da matéria no Tribunal de Contas da União e no Supremo Tribunal Federal.

A PEC introduz um novo parágrafo ao art. 199 da Constituição Federal. Esse artigo, que trata da assistência à saúde pela iniciativa privada, já estabelece que as instituições privadas poderão participar, de forma complementar, do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, como é o caso da GEAP.

Nesta publicação é apresentado um histórico em que todos os aspectos envolvendo a GEAP são analisados. Trata-se de estudo de importância fundamental para todos os que se proponham a entender, em profundidade, os meandros do imbróglio em que a entidade está envolvida. Com isso, abre-se a perspectiva de ampliação dos debates e, em consequência, da busca de uma saída que equacione a questão e a resolva de forma definitiva, para o bem dos servidores públicos e para o bem do Brasil.

Conselho Executivo da ANFIP

A GEAP, OS EFEITOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PEC Nº 214, DE 2012

GEAP: BREVE HISTÓRICO

A GEAP foi criada em 1945 por meio da Resolução IAPI nº 185, baixada pelo então Presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários - IAPI, autarquia federal criada para gerir a previdência dos empregados da indústria.

O ato instituiu a Assistência Patronal aos funcionários daquela Autarquia, autorizando a concessão de assistência aos seus funcionários. Já em 1949 a Assistência Patronal era reconhecida em ato normativo editado pelo Presidente Eurico Dutra: o art. 19 do Decreto nº 27.644, de 28 de dezembro de 1949, que dispunha sobre a organização do quadro de pessoal do IAPI, expressamente reconhecia a sua existência e assegurava a sua manutenção, nos seguintes termos:

“Art. 19. Fica mantida a assistência patronal que vêm sendo prestada pelo Instituto aos seus funcionários e extranumerários, limitada a correspondente despesa, em cada exercício, a 3% da dotação orçamentária de pessoal.”

Todavia, a não extensão de imediato desse direito aos funcionários dos demais institutos de aposentadoria e pensão levou a crescente insatisfação, até que, com a unificação de todos os institutos pelo Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, que criou o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, a Assistência Patronal foi estendida a todos os servidores estatutários da nova autarquia. E, em 14 de março de 1967, foi

editado o Decreto nº 60.501, que no seu art. 289 dizia:

“Art. 289 Será prestada aos servidores do INPS e a seus dependente a Assistência Patronal, nos moldes vigentes ao antigo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários – IAPI, limitada a despesa, em cada exercício, a 3% da dotação orçamentária de Pessoal (art. 19 do Decreto n. 27.644 de 28 de dezembro de 1949).”

Em 1973, a Lei Orgânica da Previdência Social foi alterada por meio da Lei nº 5.890, passando a prever o custeio da Assistência Patronal assegurada aos servidores da Previdência Social mediante o desconto do percentual de 2% dos rendimentos dos servidores. O Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973, regulamentando a matéria, definiu as seguintes fontes de custeio:

“Art. 410. A Assistência Patronal prestada aos servidores do Instituto Nacional de Previdência Social será custeada da seguinte forma:

I - 3% (três por cento) da dotação orçamentária de pessoal do INPS;

II - 2% (dois por cento) do salário-base dos funcionários, nos termos da alínea “c” do item I do parágrafo único do art. 220;

III - participação direta dos servidores do INPS no preço dos serviços prestados.”

Segundo o § 1º do mesmo artigo, fariam jus à Assistência Patronal, na qualidade de assistidos, o servidor ativo ou inativo do INPS, ou seu pensionista; a esposa ou companheira; o marido inválido; os filhos menores de 21 (vinte e um) anos; a mãe e o pai inválido. O mesmo direito era extensivo aos servidores do INPS requisitados sem ônus, ou seja, com perda da remuneração na instituição de origem, desde que recolhessem, mensalmente, o percentual devido.

Tais recursos passaram a ser destinados a um fundo específico, constituído por força do artigo 441 do Decreto nº 72.771, de 1973, denominado FAP - Fundo de Assistência Patronal. Tal fundo seria gerido pelo INPS, escriturado em contas próprias da contabilidade da autarquia e teria orçamento aprovado pelo Presidente do INPS, correndo à sua conta “as despesas com os serviços prestados pela Assistência Patronal”.

Em 1974, foi instituído o Plano de Pecúlio Facultativo, oferecendo novo benefício de previdência complementar aos servidores já inscritos nas atividades de saúde em 1974?

Em 1977, a Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, sob a orientação, coordenação e controle do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS. A partir dessa Lei, a “Assistência Patronal” foi estendida aos servidores do regime trabalhista e demais entidades do SINPAS, nos termos expressos no seu artigo 22.

Em 12 de março de 1979, o Decreto nº 83.266 criou, nos termos do seu art. 64, o Sistema de Assistência Patronal, sob a supervisão do Departamento de Pessoal do MPAS.

Em 1983, a Portaria nº 3.167, de 10 de junho, cria a Comissão Diretora da Assistência Patronal - CODAP, integrada por um representante do MPAS, na qualidade de Diretor Administrativo, e um representante de cada entidade do SINPAS, e sob a supervisão do Diretor Geral do Departamento de Pessoal do MPAS, para dirigir e controlar as atividades do Sistema de Assistência Patronal, e atribui ao IAPAS a gestão financeira do Fundo de Assistência Patronal.

Com o aumento do número de segurados e recursos administrados, já no final da década de 1980 era reconhecida a necessidade de se gerir a Assistência Patronal dentro de novos padrões. Em 15 de março de 1989, a Portaria MPAS nº 4.431 institui o Grupo Executivo de Assistência Patronal – GEAP – com a finalidade de gerir o Fundo de Assistência Patronal – FAP – e garantir o custeio das despesas com assistência médica, odontológica e social aos servidores ativos e inativos das entidades do SINPAS e respectivos dependentes. Em 16 de junho do mesmo ano essa finalidade foi alterada incluindo todos os servidores ativos e inativos e seus respectivos dependentes do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS e dos órgãos e entidades que lhe eram subordinados ou vinculados, bem como dos servidores ativos e inativos, e seus dependentes, de órgãos ou entidades que, desvinculados do sistema SINPAS por força de lei, manifestassem expressamente sua vontade de permanecer vinculados aos programas de Assistência Patronal.

Em 28 de março 1990, foi alterada a configuração da Assistência Patronal, que passou, mediante escritura pública, a se constituir como fundação de direito privado – a GEAP - Fundação de Seguridade Social. A nova entidade, que passaria a administrar a assistência à saúde dos servidores dos órgãos do SINPAS, permaneceria, por força de disposição estatutária, até o encerramento do ano de 1990, sob gestão do Grupo Executivo de Assistência Patronal - GEAP, medida que precederia à implantação de entidade em âmbito nacional. Tal ato, porém, foi antecedido da aprovação, pela Portaria nº 4.624, de 13 de março de 1990, do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, dos estatutos da entidade e seu reconhecimento como entidade fechada de previdência complementar, tendo em vista a aprovação, pela Secretaria de Previdência Complementar, do Regulamento Básico do Programa de Benefícios Previdenciários e Programas de Benefícios Assistenciais e respectiva Nota Técnica Atuarial. O Estatuto aprovado expressamente previa, em seu art. 1º:

“Art. 1º - A GEAP – Fundação de Seguridade Social, sucessora do Grupo Executivo de Assistência Patronal, anteriormente denominado CODAP – Comissão Diretora da Assistência Patronal, processo MPAS-DA nº 30.000.003.676/86, é uma Entidade Fechada de Previdência Complementar, multipatrocinada, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira.”

A partir de então, a GEAP deixou de ser órgão público, supervisionado diretamente pela direção geral do Departamento de Pessoal do Ministério da Previdência e Assistência Social, adquirindo natureza de entidade de direito privado, constituída sob a forma de fundação e reconhecida como Entidade Fechada de Previdência Privada, na forma da Lei nº 6.435, de 1977, considerando o imperativo legal e a existência de plano de pecúlio previdenciário por ela administrado.

A criação da entidade, porém, não teve o propósito de instituir fundação estatal ou ente governamental, com obrigação de prestar serviço público, nos termos do então vigente art. 37, XIX da Constituição (o que requereria lei específica), mas sim o de dar materialidade a um ente similar a outros tantos já existentes, com objetivos claros e específicos

de proporcionar aos seus filiados benefícios de seguridade social, nestas incluídas a previdência privada complementar, por meio de pecúlio facultativo, e a assistência à saúde, além de satisfazer a determinação legal de que entidades que prestassem serviços de previdência complementar deveriam ter personalidade jurídica própria.

Segundo o art. 5º da Lei nº 6.435, de 1977, as entidades de previdência privada deveriam ser organizadas como sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos (art. 5º), devendo ter como finalidade básica a execução e operação de planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 39) , podendo, independentemente de autorização específica, incumbir-se da prestação de serviços assistenciais, desde que as operações fossem custeadas pelas respectivas patrocinadoras e contabilizadas em separado (§ 1º do art. 39).

Esse novo estatuto jurídico foi, ainda, reconhecido pela Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, que extinguiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS.

Visando assegurar a continuidade da prestação da assistência à saúde do servidor e respectivo custeio aos servidores atingidos pela extinção da entidade, a Lei assegurou esse direito, assim como a contribuição destinada ao seu custeio, consignando no § 1º do seu art. 5º expressa referência à GEAP - Fundação de Seguridade Social, e reconhecendo-a como sucessora da Assistência Patronal, responsável pela assistência à saúde do servidor até a regulamentação do direito previsto na Lei nº 8.112/90:

“Art. 5º

§ 1º Fica mantida a contribuição prevista no inciso II do art. 69 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação dada pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, e no art. 22 da Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, para a Assistência Patronal, transformada na Fundação de Seguridade Social (GEAP), até que seja regulamentada a assistência à saúde do servidor prevista no art. 184 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

.....”

Percebe-se, assim, que o Legislador quis, expressamente, reconhecer a existência da GEAP como fundação e sucessora da Assistência Patronal, embora não tenha, expressamente, caracterizado a entidade como fundação pública para os demais efeitos administrativos e legais.

Já naquela oportunidade, a GEAP atendia, por meio de convênios, 19 órgãos e entidades vinculados à Administração Pública Federal, dos quais diversos haviam passado a conveniar com a fundação ao longo da década de 1990, tais como o Ministério da Justiça, Departamento de Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Imprensa Nacional, Ministério da Saúde, Ministério das Minas e Energia, Universidade Federal de Sergipe e Ministério do Trabalho. Ampliara, assim, em conformidade com o seu estatuto, o escopo da sua atuação original, não mais estando restrita aos órgãos que compunham o SINPAS quando de sua criação.

Em 1994, a Portaria do MPAS, nº 1.672, de 6 de dezembro, aprovou a primeira reformulação do Estatuto da GEAP - Fundação de Seguridade Social, estabelecendo como sua finalidade a promoção da melhoria da qualidade de vida de seus participantes mediante a administração de planos solidários de previdência complementar, saúde e assistência social. Em 2002, a Portaria da Secretaria de Previdência Complementar- SPC, do MPAS, nº 1.037, de 12 de dezembro, aprovou nova reformulação do Estatuto Social da GEAP, contemplando a adaptação da entidade às Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001.

Em 3 de fevereiro de 2004, foi editado o Decreto nº 4.978, destinado a regulamentar o art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, prevendo que a assistência à saúde dos servidores públicos federais poderia ser prestada “por intermédio de convênios a serem firmados com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa”, cabendo o custeio dessa assistência à União, suas autarquias e fundações e aos servidores. Em 9 de março de 2004, o Decreto nº 5.010 deu nova redação ao caput do artigo 1º do Decreto nº 4.978, passando este dispositivo a figurar nos seguintes termos:

“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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

A nova redação, assim, ampliou o leque de alternativas posto à disposição da Administração, atendendo, contudo, ao disposto na Lei nº 8.112, de 1990, cujo art. 230 já previa, desde a vigência da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que a assistência à saúde do servidor poderia ser prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio ou contrato, na forma estabelecida em regulamento. Não houve, assim, em face da nova redação dada ao decreto, alteração essencial naquilo que diz respeito às entidades de autogestão, qual seja a previsão de convênios quando se tratasse dessas entidades, e assegurada a gestão participativa.

Em 8 de dezembro de 2004, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS publicou comunicado tornando público e oficial o entendimento consolidado pela Diretoria Colegiada reconhecendo a GEAP, regularmente registrada na Agência, como operadora de planos privados de assistência à saúde e classificada na modalidade de autogestão. Declarava a ANS, então, que a GEAP encontrava-se

“com o cumprimento regular das normas e exigências desta Agência e que o modelo dos órgãos internos de administração da GEAP foram dados por determinação legal, com a conjuminância dos dispositivos das Leis Complementares nºs 109 e 108, ambas de 2001, não havendo qualquer incompatibilidade com a normatização da ANS”.

Essa comunicação deu-se em seguida à edição da Resolução Normativa nº 85, de 7 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. A norma previu que, no prazo de 180 dias de sua vigência, as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde que possuíssem

registro provisório deveriam requerer a autorização de funcionamento, e as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde já registradas deveriam atender a requisitos para sua regularização.

Em 27 de abril de 2005, a ANS publicou o Ofício 144/2005/DIOPE/ANS/MS, informando a permissão para operação e a classificação da GEAP na Modalidade de Autogestão Multipatrocinada, registrada no órgão regulador com o número 32308-0.

Em seguida, em 3 de maio de 2005, foi publicado pela ANS comunicado concedendo à GEAP a Autorização para Funcionamento, após concluídas as análises do processo de Autorização e quanto aos aspectos assistenciais pelas áreas competentes, sendo a primeira operadora a obter essa autorização. Com tal decisão, a GEAP passou a contar com registro definitivo na modalidade de Autogestão Multipatrocinada em Saúde.

Em 2009, a ANS editou a Resolução Normativa nº 289, alterando o art. 9º da Resolução Normativa nº 85, de 7 de dezembro de 2004, excepcionando da exigência de que as pessoas jurídicas que atuam na prestação de serviços de saúde suplementar tenham objeto social exclusivamente relacionado a essa atividade, em atenção ao art. 34 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, as entidades de previdência complementar que, na data da publicação da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, já prestavam serviços de assistência à saúde, como é o caso da GEAP. Em 2012, a Resolução nº 315, de 28 de novembro, expressamente manteve essa excepcionalidade “às entidades fechadas de previdência complementar que, na data da publicação da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, já prestavam serviços de assistência à saúde, na modalidade de autogestão”.

Foram, portanto, plenamente satisfeitos, pela GEAP, todos os requisitos legais e normativos para o reconhecimento de sua situação, assegurando a continuidade de suas atividades sob o novo marco legal da saúde suplementar, editado a partir de 1996.

Com o fim de dar sustentação à realização de convênios entre

órgãos públicos federais e entidades de autogestão em saúde, destinadas a prover assistência à saúde dos servidores, a Lei nº 11.302, de 2006, promoveu alteração no art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, inserindo o novo § 3º:

“Art. 230.

§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a:

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 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;

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;

.....”

Quis, assim, o Legislador, diferenciar o tratamento a ser dado às operadoras em geral, com fins lucrativos (mediante contrato de prestação de serviços), e às entidades de autogestão (através de relação de patrocínio mediada por convênio), assegurando, ainda, tratamento distinto aos convênios firmados até 12 de fevereiro de 2006 dos que viessem a sê-lo posteriormente, mantendo a sua validade até que regulamentação posterior disciplinasse o patrocínio de autogestões pelos órgãos públicos federais.

A edição da Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, pela ANS, com tal fundamento legal, dirimiu integralmente a questão, ao definir como entidade de autogestão a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde destinados a empregados e a servidores da entidade pública patrocinadora, bem assim os seus aposentados, ex-empregados ou ex-servidores, pensionistas, sócios, entre outros a elas vinculados, e membros de seus grupos familiares. E, como patrocinadora, definiu “a instituição pública ou privada que participa, total ou parcialmente, do custeio do plano privado de assistência à saúde e de outras despesas relativas à sua execução e administração”, devendo os patrocinadores “guardar relação com o objeto do estatuto da entidade de autogestão”, bem como “guardar correlação entre si, quanto ao seu ramo de atividade”. Disciplinou a formalização da relação entre patrocinadores e entidades por meio de convênios de adesão, regulamentando o ingresso de patrocinador e sua saída, permitindo, ainda, como regra de transição, que a entidade de autogestão que, na data da sua publicação, já prestasse serviços de assistência à saúde a beneficiários distintos dos grupos mencionados na resolução, poderia continuar a fazê-lo, sendo-lhe vedado o ingresso de novos beneficiários nesses planos, convertendo-se em planos bloqueados ou em extinção.

Trata-se, assim, de entidade que surge no âmbito da Administração, como órgão e função dela dependente, mas que, em sua evolução histórica, assume identidade e personalidade jurídica próprias, fora do âmbito da Administração, com o fim de melhor desempenhar atividades que são, sobretudo, de interesse público, posto que orientadas para a prestação de serviços e benefícios aos servidores públicos.

A ampliação de sua cobertura é decorrência direta tanto da necessidade de serviços de assistência à saúde, destinados aos servidores públicos e orientados pela lógica da autogestão em saúde, sem fins lucrativos, quanto da própria ausência de regulamentação da Lei nº 8.112,

de 1990¹, quanto à prestação direta, pelos órgãos e entidades, dos serviços de assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreendendo a assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica.

Nessas circunstâncias, a GEAP tinha, como beneficiários e segurados, em 31 de dezembro de 2011, 627.115 pessoas, mantendo convênios com 88 patrocinadoras, todos eles órgãos ou entidades dos Poderes Executivo e Judiciário da União.

1 - O Presidente Itamar Franco encaminhou ao Congresso Nacional em dezembro de 1993 o Projeto de Lei nº 4.379, de 1993, para regulamentar a seguridade social do servidor, incluída a assistência à saúde. Esse projeto, porém, não chegou a ser aprovado até o final de seu mandato e foi retirado em 1995 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, sem ser substituído por outra proposição.

NATUREZA JURÍDICA DA GEAP

Apesar de inexistir qualquer dúvida quanto à sua inafastável legitimidade para o desempenho de seu mister, conforme preceitua o seu Estatuto Social, a natureza jurídica da GEAP não foi adequadamente considerada tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidirem que somente mediante licitação poderia a entidade ser objeto de contratação ou convênio pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Ao apreciar Tomada de Contas do Ministério da Saúde, relativa ao exercício de 1995, o Tribunal de Contas da União determinou à Pasta

“efetuar, em um prazo de 90 dias, a rescisão do convênio celebrado com a Fundação de Seguridade Social - GEAP, que tem por objeto proporcionar aos servidores do Ministério da Saúde os Planos Solidários de Assistência à Saúde e Assistência Social, passando a promover a prestação de serviços de assistência médica a seus servidores por meio de celebração de contrato, com observância de prévia realização de licitação pública, em face do disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93, ou por meio de credenciamento de profissionais e instituições médico-hospitalares, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93”.

Apesar dos inúmeros momentos em que essa determinação foi questionada no âmbito daquela Corte, permaneceu o juízo do Tribunal de Contas no sentido de que a contratação direta de entidade para a prestação de serviços de assistência à saúde estaria a ferir o princípio da isonomia, assegurado unicamente por meio da realização de processo licitatório. Considerou, ainda, não estar caracterizado convênio de adesão nos moldes originalmente previstos pela Lei nº 6.435, de 1977 (art. 34, § 2º) e, posteriormente, pela Lei Complementar nº 109, de 2001 (art. 13), por não serem tais convênios aplicáveis aos planos de saúde suplementar, mas apenas à previdência complementar.

Conforme destacado pela própria GEAP em sua defesa nos autos da Tomada de Contas 006.301/1996-7

“... A GEAP, de forma inequívoca, foi instituída pela União, quando ainda Assistência Patronal vinculada ao extinto IAPI e posteriores convalidações por outros diplomas legais, que estariam não só ampliando sua esfera de atuação, no sentido de estender a outros entes, bem como ampliando o leque dos programas assistenciais que vinha prestando, ou seja, incluindo no rol desses programas, além da assistência à saúde, a concessão de pecúlios facultativos e outros de menor porte no campo social, conforme já ventilado nos capítulos anteriores.”

É fora de dúvida que a GEAP, na sua configuração atual de Fundação de Seguridade Social, é a única e exclusiva sucessora da Assistência Patronal. A sua instituição como Fundação nada mais foi do que um ato jurídico que veio a transformar a dita Assistência Patronal para atender a exigências legais e permitir o seu melhor funcionamento. Como destacado pela GEAP,

“não houve, nem de longe, a intenção de se criar um órgão público de uma entidade estatal, com obrigações gerais, como deve ocorrer com os entes que integram a Administração Pública, mas sim uma entidade de direito privado com objetivos claros e específicos de proporcionar as atividades de seguridade social, nestas incluídas a previdência privada complementar e a assistência à saúde” (TC 006.301/1996-7 – TCU).

Ao passar à esfera privada, não ocorreu, porém, descaracterização da natureza do que desde sempre vinha sendo executado pela GEAP, enquanto Assistência Patronal, nem de seus objetivos.

O Legislador poderia, é certo, ter optado por manter a GEAP na esfera do poder público, como foi feito em 1995 pela Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, resultante da Medida Provisória nº 1.535, de 1996, a qual previu que, para os servidores do Banco Central do Brasil, autarquia federal, poderia ser mantido pela própria entidade sistema de assistência à saúde dos seus servidores ativos, inativos e pensionistas, mediante dotações orçamentárias da Autarquia e contribuição mensal dos participantes (de 1% a 3%), regulamentado em ato da própria entidade.

Mas, em o fazendo, estaria apenas mantendo o que já vigorava há décadas e que, segundo o diagnóstico então realizado no âmbito

governamental, não mais atendia à complexidade de sua atuação.

A criação da nova entidade foi medida inovadora, voltada a atender o princípio da eficiência e a assegurar o cumprimento da Lei que, desde 1977, vinculava a gestão de plano de previdência complementar (oferecido pela Assistência Patronal na forma de pecúlio) à natureza jurídica específica de fundação de direito privado.

Assim, a GEAP foi instituída por meio de escritura pública como entidade fechada de previdência privada, sem fins lucrativos, nos termos do art. 5º, inciso II, combinado com os artigos 81 e 82 da Lei nº 6.435/77, tendo por instituidor o Grupo Executivo de Assistência Patronal - GEAP (criado pela Portaria MPAS nº 4.431, de 15/03/1989), representado por sua Diretora Executiva e por sua Diretora Financeira. A presença do Poder Público no ato de sua constituição é consequência direta de sua natureza original, e apenas evidencia a identidade entre o que era a Assistência Patronal e o que é, hoje, a GEAP. Mas, por não haver sido a União representada no ato de constituição da GEAP pelos seus órgãos jurídicos próprios, entendeu o TCU que não estaria presente, na GEAP, a constituição direta pelo poder público.

A GEAP teve, como seus patrocinadores originais, o INAMPS, IAPAS, INPS, LBA, Funabem, Dataprev, Ceme, Fundação Abrigo do Cristo Redentor e Ministério da Previdência e Assistência Social, ora sucedidos pelos Ministérios da Previdência e da Saúde (esse em consequência da absorção do pessoal do INAMPS), pela Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social (Dataprev) e pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o objetivo de garantir atendimento médico aos seus servidores. Os demais patrocinadores, porém, são igualmente entidades integrantes da Administração Pública, e em sua quase totalidade órgãos ou entidades de direito público, com recursos financeiros originados do Tesouro Nacional e, portanto, desconcentrações ou descentralizações da própria União.

Mais importante é o fato de que o órgão técnico, dotado de competências de regular e fiscalizar a assistência em saúde, reconheceu, por diversas e sucessivas vezes, a GEAP como entidade fechada de autogestão em saúde, capaz, portanto, de firmar convênios com seus patrocinadores.

Conceitualmente, a autogestão em assistência à saúde é o sistema no qual a própria empresa ou outro tipo de organização institui e administra, sem finalidade lucrativa, o programa de assistência à saúde de seus beneficiários, reduzindo os gastos para os servidores e para os próprios empregadores, neste caso, a própria União, Estados ou Municípios.

As entidades de autogestão são aquelas criadas para atender empregados de uma empresa ou grupo de empresas, que possuam gestão própria, com a participação dos próprios beneficiários. Por definição, essas entidades não visam o lucro, e oferecem planos de saúde para seus próprios empregados, ex-empregados, aposentados e pensionistas, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações, sindicatos ou entidades de classe profissionais.

É pré-requisito para ser considerada entidade de autogestão que a entidade possua gestão própria, seja pelos órgãos internos da empresa, seja por meio de associações ou fundações de direito privado, e que promova a contratação direta da rede credenciada de prestadores de serviços de saúde. Em vista disso, tem condições de prestar serviços de qualidade a um preço mais reduzido para seus beneficiários, seja pela efetividade de um melhor custo benefício para usuários e empregadores, seja pela satisfação da realização mútua e cooperada de cuidado e atenção à saúde de uma determinada classe de trabalhadores. Segundo a Resolução nº 39, de 27 de outubro de 2000, da ANS, em seu art. 14,

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

No Brasil, as entidades de autogestão representam 16% do mercado de saúde suplementar, e a modalidade tem se apresentado como uma das alternativas mais viáveis para a assistência à saúde, num ambiente em que mais de 48 milhões de brasileiros, ou 25% da população, acham-se vinculados a planos de saúde suplementar e onde, em 2012, 268 planos, administrados por 37 diferentes operadoras, foram objeto de medidas administrativas do órgão fiscalizador em virtude de atendimento insatisfatório aos seus filiados².

No âmbito da Administração Federal, além da GEAP, encontram-se reconhecidas como entidades fechadas de autogestão a Capesep, que atende aos servidores da Funasa, a Fioprev, que atende aos servidores da Fiocruz, a Cassi, que atende aos empregados do Banco do Brasil, a Assefaz, que atende aos servidores do Ministério da Fazenda, entre inúmeras outras no âmbito de empresas Públicas, sociedades de economia mista, fundações e autarquias dos três níveis de Governo.

Em todas elas, a relação com seus patrocinadores tem a mesma natureza que se verifica no caso da GEAP com as suas patrocinadoras. Há o interesse comum de, por um lado, assegurar a prestação de serviços de assistência à saúde aos servidores, a preços módicos (posto que a contrapartida do patrocinador deve ser proporcional à do patrocinado), e, por outro, ampliar a cobertura e a divisão dos riscos na atividade, como demanda a melhor prática dos seguros-saúde. Para ambos – patrocinador e patrocinado – convém a cooperação materializada no convênio, enquanto, para os servidores, convém a cobertura ampla, a solidariedade, a vinculação a entidade sem fins lucrativos e a prestação de serviços de qualidade. Não se opera, como no contrato administrativo, uma relação de antagonismo, onde ao contratado interessa prestar o serviço com o maior lucro possível e ao contratante, com o menor custo ou melhor técnica. Não há objetivo comum, mas conveniências e interesses que são complementares.

E, como bem argumenta o Professor e Jurista Sérgio Ferraz, em consulta formulada pela GEAP e encaminhada ao TCU,

2 - Cfe. Veja, 18 julho 2012, "As Armadilhas dos Planos de Saúde". Disponível em http://www.bm.adv.br/site/images/pdf/veja_180712.pdf.

“no caso concreto da Consulta, o modelo de autogestão, implicando a solidariedade dos beneficiários na administração dos Planos, eliminando o sistema de reajustes por faixa etária, afastando as habituais restrições de cobertura, assegurando o oferecimento de serviços de assistência à saúde por preços mais baixos que os praticados pelos planos de saúde particulares, dito modelo de autogestão, repita-se, acaba por ensejar uma realidade, concretamente consagradora do sentido de eficiência, como proposto por Egon Bockmann Moreira (‘Processo Administrativo e Princípio da Eficiência’, na obra coletiva ‘As Leis de Processo Administrativo’, Malheiros 2000, pág. 330): a eficiência administrativa impõe que a atividade seja concretizada ‘com um mínimo de ônus social, buscando o puro atingimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício do cidadão’. Em suma, a observância da economicidade e da celeridade, como atributos da eficiência (‘Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa’, Emerson Gabardo, Dialética, 2002, págs. 28/29).”

A desconsideração pelo TCU e pelo STF de que a GEAP é, efetivamente, entidade de autogestão em saúde acha-se na origem do questionamento à legitimidade de sua relação com órgãos e entidades públicas materializada na forma de convênios de patrocínio.

O ACÓRDÃO Nº 458/2004-TCU E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

24

GEAP

OS EFEITOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PEC Nº 214, DE 2012

Em março de 2004, o Tribunal de Contas decidiu, ao apreciar a Tomada de Contas do Exercício de 1995, do Ministério da Educação (TC 006.301/1996-7), que haveria irregularidade na contratação da GEAP para prestar assistência à saúde de seus servidores, sem processo licitatório prévio.

O acórdão da Decisão (Acórdão nº 458-13/2004-Plenário) considera que a 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 multipatrocinada, mediante autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS”.

O Voto do Relator, Ministro Ubiratan Aguiar, adotou os pareceres da área técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal, e não aceitou o argumento de que a prestação de serviços de assistência à saúde pela GEAP se caracterizava como convênio. O parecer do Ministério Público afirmava que *“a contratação direta, sem licitação, de entidade que opera planos de saúde, no entanto, fere o princípio da isonomia, que se assegura mediante a realização do procedimento licitatório”.*

Acolhendo tal linha de argumentação, assim materializou o TCU a sua conclusão:

“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.”

Além de desconsiderar a essência da relação jurídica da GEAP com seus segurados e órgãos e entidades patrocinadoras, incorreu em erro o TCU ao considerar ser a GEAP, como empresa privada prestadora de serviços de assistência à saúde, orientada pela busca do “maior preço possível”, o que só se justificaria se fosse ela instituição com fins lucrativos. No entanto, a GEAP, como entidade de autogestão, visa assegurar aos seus participantes o melhor custo e a melhor cobertura, e não a “maior retribuição possível”, posto que não visa lucro, não distribui dividendos nem remunera seus dirigentes ou funcionários mediante participação em resultados.

Embora o argumento da decisão tenha sido o de que, à época, a GEAP não houvesse comprovado a sua caracterização legal como operadora de autogestão multipatrocinada no âmbito da saúde dos servidores públicos, e que “não trouxe aos autos qualquer elemento de prova relativo ao registro nessa categoria”, tal condição foi, posteriormente, inclusive mediante diligência promovida pelo TCU, fartamente satisfeita e demonstrada, além de haver sido reiteradamente afastada a exigência de que, por ser ela também entidade fechada de previdência, fosse obrigada a constituir pessoa jurídica independente para a operação de planos de assistência à saúde, por força do disposto no art. 34 da Lei nº 9.656/98.

Assim, concluiu o TCU que a GEAP não poderia firmar, sem

licitação, convênios de adesão para prestação de serviços de assistência à saúde com órgãos outros que não seus patrocinadores originais ou seus sucessores legais, e que, nos termos do parecer do Ministério Público junto ao TCU, não haveria “qualquer vínculo legal ou mesmo histórico entre a GEAP e os servidores dos demais órgãos da Administração”.

Vale notar que o Voto-Revisor do Ministro Lincoln Magalhães Rocha expressamente contesta essa interpretação, ao reconhecer o interesse da União em estender, ao maior número possível de servidores, a assistência médica promovida pela GEAP. Ademais, considera lícita a adesão de novos patrocinadores, uma vez que “a própria União deve ser considerada como patrocinador histórico, tendo em vista que sempre esteve representada, tanto diretamente pelo Ministério da Saúde que absorveu as obrigações patronais do extinto INAMPS, como indiretamente pelas entidades pertencentes à Administração Indireta que instituíram a Fundação de Seguridade Social – GEAP”. Considera, ainda, que

“a GEAP cumpre uma atividade pública ligada à prestação de serviço de saúde e de assistência social ao servidor. E por isso ela não deve ser tratada como mera entidade privada, de modo a viabilizar a estrita e rigorosa aplicação da Lei 8.666/1993, sob pena de estarmos esquecendo que de fato ela é uma Fundação Instituída e administrada pelo Poder Público.”

Pelo seu caráter e efeitos, a decisão foi imediatamente questionada em sede de Mandado de Segurança junto ao Supremo Tribunal Federal, bem assim sucedida de iniciativas do legislador, como a já citada alteração pela Lei nº 11.302, de 2006, ao art. 230 da Lei nº 8.112, que passou a prever, expressamente, como forma de assegurar a assistência à saúde dos servidores, a celebração de convênios com entidades de autogestão patrocinadas pela Administração Pública, bem como a sua regulamentação por ato posterior da ANS.

E, nesse novo contexto normativo, qualquer dúvida quanto à legalidade da assinatura de convênios entre órgãos e entidades da União com a GEAP restou afastada, embora não tenha o TCU reformulado a sua decisão.

Revelando a complexidade do debate, e face às modificações

legais e questionamentos de órgãos da Administração Federal, o TCU, sucessivamente, admitiu a subsistência de convênios vigentes até o término do exercício de 2004 (Acórdão nº 579/2004 – Plenário); ampliou em 180 dias o prazo para cumprimento do Acórdão 458/2004 (Acórdão nº 2.061/2004 – Plenário); ampliou em 120 dias o prazo para cumprimento do referido acórdão, remetendo o assunto para pronunciamento do Ministério Público em face de comunicação da GEAP da obtenção junto à ANS de autorização definitiva de funcionamento como operadora de autogestão multipatrocinada (Acórdão nº 718/2005- Plenário); e prorrogou por novo prazo de 120 dias, em função de ofício da Ministra de Estado Chefe da Casa Civil informando a constituição de grupo de estudos interministerial, com vistas a apresentar uma solução definitiva para o caso.

Em reexame da matéria, e nos termos do Acórdão nº 137/2006-TCU- a Corte de Contas mais uma vez desconsiderou o fato de a GEAP constituir-se em entidade de autogestão como capaz de autorizar a prestação de serviços de saúde a servidores de outros órgãos que não seus patrocinadores originais, inadmitindo, ainda, recurso de revisão ao Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, por entender que tal fato não afetava os fundamentos daquela decisão.

Posteriormente, porém, por meio do Acórdão nº 37/2008 - Plenário, e considerando a nova redação dada ao art. 230 da Lei nº 8.112/1990 pela Lei nº 11.302/2006, bem assim o advento da Resolução Normativa nº 137/2006, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e ainda a adaptação da GEAP às normas que regulam as atividades das operadoras de autogestão multipatrocinada, resolveu o Tribunal admitir a possibilidade de os órgãos/entidades da administração pública firmarem convênio com a GEAP.

Esse Acórdão, adotando orientação diametralmente oposta à anterior, teve, porém, sua aplicação limitada pelo Acórdão nº 2.538/2008-Plenário, reiterando-se o entendimento do Tribunal de que somente é permitida a celebração do convênio de que trata o art. 230 da Lei 8.112/1990 com entidade fechada de autogestão patrocinada por seus legítimos instituidores, aos quais se encontram vinculados os servidores beneficiários. Finalmente, em 2009, ao julgar o recurso interposto pela

empresa Amil Assistência Médica Internacional Ltda., o TCU adotou o Acórdão nº 1.689/2009-TCU-Plenário tornando insubsistente o Acórdão nº 37/2008, de forma a tornar novamente válida a interpretação original adotada pelo Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário.

Por fim, ao apreciar, em agosto de 2012, consulta formulada pelo Ministro de Estado da Fazenda, entendeu o TCU conveniente, à luz da controvérsia sobre o tema, e do fato de aguardarem julgamento no STF diversos Mandados de Segurança (MS nºs 25.855, 25.919, 25.934, 25.928, 25.901, 25.891, 25.866 e 25.942) contrários ao Acórdão nº 458/2004, deferir o requerimento de medida cautelar formulado 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 STF, para suspender os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 458/2004-Plenário, e ainda do item 9.1 do Acórdão nº 227/2006, e determinar o sobrestamento do exame da consulta, até o julgamento de mérito a ser proferido pela Suprema Corte nos referidos mandados de segurança.

O MANDADO DE SEGURANÇA 25.855 E A DECISÃO DO STF

Em 3 de março de 2006, o Ministro Carlos Ayres Brito deferiu medida cautelar no Mandado de Segurança nº 25.855, impetrado por entidades sindicais, contra os itens nºs 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, que admitiu a subsistência dos convênios atualmente em vigor, celebrados entre a GEAP e órgãos da administração pública “não detentores da condição de legítimos patrocinadores” e proibiu “qualquer forma de renovação, prorrogação ou celebração de quaisquer termos aditivos que visem a estender a vigência dos instrumentos...”.

Após sucessivos adiamentos e pedidos de vista, os nove mandados de segurança que versavam sobre o mesmo tema foram julgados em conjunto em 20 de março de 2013, ocasião em que, por maioria de votos, o STF, nos termos do voto divergente da Ministra Carmem Lucia, reconheceu a validade do Acórdão nº 458/2004 do TCU.

Em síntese, o STF apreciou as seguintes questões de direito: a) se a GEAP é pessoa jurídica de direito privado; b) se os negócios jurídicos celebrados entre a GEAP e os órgãos da administração pública têm natureza jurídica de contrato, caso em que seria necessária a realização de licitação, ou de convênio; e c) se a GEAP pode prestar serviços de assistência à saúde a servidores de órgãos e entidades além dos seus instituidores originários.

O ministro relator, Carlos Ayres Britto, em julgamento do mérito do Mandado de Segurança iniciado em 15.10.2009, concedia em parte a segurança, proferindo voto favorável à manutenção da GEAP, mas excluindo da GEAP os representantes de servidores estaduais e municipais eventualmente vinculados à Fundação, os quais não teriam “direito líquido e certo” para firmar convênios com a entidade. Tal decisão, porém, não traz efeitos concretos, em vista de a GEAP não manter quaisquer convênios com Estados e Municípios, embora autorizada estatutariamente.

Afastando, como também afastara, ao final, o TCU, qualquer questionamento quanto à regularidade da constituição da entidade como

fundação de direito privado, o voto do Relator garantia, ainda, “a todos os patrocinadores de que trata a letra ‘a’ assim como aos respectivos servidores participantes, o direito de participação no processo de escolha dos membros do Conselho Deliberativo da GEAP”, de modo a contornar alegação de que apenas algumas das entidades patrocinadoras estariam representadas nos órgãos de gestão, o que demandaria alterações estatutárias para a sua correta classificação como entidade de autogestão.

O Relator reconhecia, na legislação específica, a fundamentação suficiente para a prestação de assistência suplementar à saúde dos servidores públicos federais por meio de convênio com entidade de autogestão, a qual, necessariamente, deve ser administrada pelos próprios interessados na prestação do serviço e coadministrada pelos patrocinadores. Como requisitos, destacou que a entidade não pode ter fins lucrativos e deve ser fechada, ou seja, de acesso restrito a um grupo homogêneo de beneficiários, condição satisfeita pelos servidores públicos federais.

Quanto à natureza jurídica da GEAP, o Relator considerava-a resultante de uma “autonomia de vontade associativa dos servidores que se materializou numa entidade voltada à prestação da saúde dos próprios servidores, em regime compartilhado de custeio”, na qual a autogestão da GEAP não se descaracteriza pelo fato de o Poder Público participar, ao lado dos servidores, da administração. Registrou ainda o fato de que estaria presente o convênio, e não contrato, visto que, no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes, fato que justifica a celebração de convênios entre a GEAP e órgãos da administração pública federal. O Relator considerava, ainda, que a GEAP se enquadra no conceito legal de entidade fechada de autogestão sem fins lucrativos, capaz de congrega servidores federais de muitos outros órgãos da administração pública, além daqueles quatro que instituíram a Fundação. Reconhecia, assim, a legalidade dos convênios de adesão celebrados entre a GEAP e os órgãos e entidades da administração pública federal, considerando, ainda, “razões de segurança jurídica e de relevante interesse público”.

Em contraposição ao voto do relator, validando o Acórdão nº 458/2004 do TCU, a ministra Carmen Lúcia, em voto sucinto, considerou que a decisão fixada pelo TCU seria “exatamente consentânea com o que

foi posto na legislação”, acolhendo, assim, a tese de que apenas as quatro entidades instituidoras podem celebrar convênio de adesão com a GEAP, sem realizar licitação. Para a ministra, a GEAP não teria as peculiaridades que a natureza jurídica impõe para os convênios serem tidos como válidos, entre eles a de ser fechada, circunscrita a grupo restrito e homogêneo e ser entidade de autogerenciamento, criada e administrada pelos próprios beneficiários. O fato de apenas quatro entidades participarem de seus órgãos de gestão seria fator limitador dessa condição, e descaracterizando a autogestão, visto haver grande número de patrocinadores e a possibilidade de outros mais aderirem, conforme seu estatuto. Não seria, assim, entidade fechada, mas teria como potenciais patrocinadores entidades de caráter setorial, classista ou profissional, e todos os que venham a aderir através de convênios tanto públicas quanto privadas.

Após pedido de vistas do Ministro Ricardo Lewandowski, o STF retomou o julgamento do Mandado de Segurança em 1º de fevereiro de 2010. O Ministro Lewandowski proferiu voto em favor do TCU “uma vez que a GEAP, fundação de seguridade social, não se enquadra nos requisitos que excepcionam a obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório para a consecução de convênios de adesão com a administração pública”. Entendeu, por consequência, que “os negócios jurídicos celebrados entre a GEAP e os órgãos da administração pública, caracterizam-se como contratos e não como convênios, razão pela qual só podem ser formalizados depois de concluído regular procedimento licitatório, observados os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e na Lei 8.666/93”. Não haveria, porém, impedimento a que tais convênios de adesão continuem a ser celebrados entre a GEAP e seus patrocinadores originários, mas entendeu que “não é possível é que ela o faça em relação ao servidor de outros órgãos e entidades federais, inclusive com outras esferas político-administrativas da federação sem que sejam celebrados contratos administrativos precedidos de licitação”. Na mesma ocasião proferiu o voto o Min. Eros Grau, que acompanhou o Relator, entendendo que estariam presentes as condições para a realização de convênio, dada a comunhão de escopo e a ausência da busca do lucro, e, ainda, a busca do benefício aos órgãos e servidores conveniados.

Após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, o julgamento foi retomado em 24.11.2011. O Ministro Dias Toffoli, acompanhando o Relator, considerou que, ainda que a GEAP seja pessoa de direito privado, ela não tem fins lucrativos e não disputa mercado, além de ser inegável a sua condição de entidade fechada de autogestão em saúde, condição que é reconhecida pelo órgão competente, a ANS, sendo, ademais, assegurada a gestão participativa, ainda que restrita a um número limitado de participantes, o que não lhe retira a qualidade de “participativa”. Não seriam razoáveis, assim, as determinações constantes do acórdão do TCU a restringir a atuação da GEAP e impedir a celebração de novos convênios com órgãos da Administração Pública ou a sua prorrogação. Todavia, acompanharam o voto divergente da Ministra Carmen Lucia os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Após pedido de vistas do Ministro Cesar Peluzzo, sucedido pelo Ministro Teori Zavascki, o STF retomou o julgamento em 20 de março de 2013, quando concluiu a apreciação dos nove mandados de segurança impetrados contra as decisões do Tribunal de Contas da União, relativos à contratação da GEAP por órgãos da Administração Pública.

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki acompanhou posição da ministra Carmen Lúcia, indeferindo o pedido. Acompanharam ainda o voto os Ministros Rosa Weber, Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ficaram vencidos, assim, o relator, Ayres Brito (já aposentado), e os ministros Dias Toffoli e Eros Grau (já aposentado).

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki, destacando o que considerava contradições no voto do Relator, entendeu que a GEAP não se configura como entidade de autogestão, onde a administração pelos próprios interessados é a característica fundamental. Dessa forma, seria imprescindível que todos os grupos de servidores se fizessem representar no órgão máximo da entidade. No entanto, no caso da GEAP, haveria um “déficit de participação”, reconhecido pelo voto do Relator, pois apenas os maiores patrocinadores de fato, e que são os patrocinadores originais da entidade, se fariam representar na administração da GEAP. O Voto acatou a posição do Procurador-Geral da República, segundo o qual sem a participação dos demais grupos de servidores, a relação estabelecida por meio dos convênios

de adesão se configuraria meramente comercial. Ademais, o estatuto da GEAP permitiria a adesão de novos patrocinadores, o que teria permitido o total de 89 patrocinadores, podendo até mesmo entidades privadas aderir aos seus planos de benefícios, daí porque não se trataria de entidade totalmente fechada. O Ministro Zavascki declarou ainda que o reconhecimento do direito à efetiva participação dos servidores e órgãos patrocinadores importaria condição que envolve e modifica a esfera jurídica da GEAP, o que não seria possível no caso, onde se aprecia a existência de direito líquido e certo. Concluiu, assim, pela legitimidade da decisão do TCU. O Min. Ricardo Lewandowski salientou que a GEAP não se enquadraria nos requisitos que excepcionariam a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para a consecução de convênios de adesão com a Administração Pública. O Min. Marco Aurélio enfatizou que a Corte de Contas teria atuado a partir do arcabouço normativo, principalmente o constitucional. Já o Min. Celso de Mello, considerando os fundamentos do voto do Ministro Zavascki, considerou legítima a decisão do TCU e não estarem presentes os requisitos mínimos para caracterizar a autogestão, que seria a gestão participativa.

Assim, foi mantido o entendimento de que é obrigatória a licitação para a celebração, pela GEAP, 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. Considerou-se não atendidas as exigências legais a permitir convênios com outros órgãos e entidades.

Não tendo sido até o presente publicado o acórdão da decisão, não se configura o respectivo trânsito em julgado, restando, ainda, suspensa a aplicação do referido acordo por decisão do próprio TCU. Contudo, uma vez publicado, caberão Embargos de Declaração a fim de esclarecer eventuais obscuridades, até mesmo com efeitos modificativos.

Dos conteúdos dos votos proferidos, nota-se a ausência de argumentação de caráter constitucional, ou seja, fundamentação que aponte inconstitucionalidade na firmatura de convênios entre a GEAP e os órgãos da Administração em virtude de sua natureza. A tese de que seria intrinsecamente inconstitucional a prestação de serviços de

assistência à saúde mediante convênios por entidades de autogestão por ofensa à isonomia, defendida no âmbito do Tribunal de Contas pelo representante do Ministério Público junto à corte, não encontrou guarida no julgamento do STF.

O que se depreende dos votos é a incompleta compreensão ou consideração da qualificação da GEAP como entidade fechada de autogestão e do cumprimento, pela entidade, dos requisitos para sua configuração como tal.

Embora, como demonstrado anteriormente e reiterado pelos votos dos Ministros Ayres Britto e Dias Toffoli, essa natureza já esteja reconhecida pela agência reguladora competente, e não tendo tais atos de reconhecimento sido impugnados ou anulados, resta a avaliação, de caráter fático, mas não de natureza constitucional, de que haveria a necessidade de ajustes estatutários que, uma vez promovidos ex ponte própria pela entidade, afastariam os argumentos adotados para a validação da decisão do TCU.

Não estaria presente, portanto, situação de inconstitucionalidade na hipótese de realização de convênios em si mesma, mas sim um juízo valorativo de que a GEAP, subjetivamente, não estaria, a priori, satisfazendo requisitos para realizar tais convênios sem a prévia licitação.

Assim, acatando-se, ad argumentandum tantum, a tese de que a gestão da GEAP não é suficientemente “participativa”, sugere-se, por exemplo, a alteração da composição do conselho deliberativo da GEAP, para incluir a representação dos servidores e órgãos patrocinadores, e o rol de categorias de participantes ou patrocinadores e instituidores, nos moldes defendidos pelos votos dos Ministros do STF, seria suficiente para a plena caracterização da GEAP como entidade de autogestão.

Sendo tal alteração de ordem estatutária, não haveria, portanto, à luz do ordenamento jurídico, inconstitucionalidade a ser arguida que impedisse a própria realização de convênios, como previsto pela atual redação do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, ou mesmo necessidade de alteração à Lei de Licitações para incorporar, expressamente, hipótese de dispensa de licitação que ampare a contratação de entidade de autogestão

para prestação de serviços de saúde para os servidores públicos.

Note-se que, à luz dessa linha argumentativa, não estaria em discussão se a GEAP é, ou não, entidade estatal, ou paraestatal, dada a sua origem histórica e ato de constituição emanado de órgão público, convalidado por lei, como antes mencionado, pois não se trata de reabrir esse debate e configurar a GEAP como entidade estatal para, à luz do art. 24, VIII da Lei n 8.666, de 1993, contornar o argumento da ausência de licitação, visto que tal dispositivo permite a sua dispensa “para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”. Não estando em questão, definitivamente, o estatuto da GEAP como entidade integrante da Administração Pública, mas restando caracterizada a sua configuração e natureza como entidade de autogestão, estaria satisfeito o requisito para a realização do convênio.

Por definição, uma decisão do TCU cuja fundamentação de constitucionalidade não foi validada, mas sim a sua sustentação legal, pode ser contornada mediante novo ordenamento legal, ou novos fatos que venham a mudar o contorno em que se deu aquela decisão. Mas o que se percebe é a relutância da própria Corte de Contas em fazê-lo, embora, como registrado pelo Relator do Acórdão nº 2061/2012-TCU-Plenário, em nova análise, em resposta a consulta formulada pelo Ministério dos Transportes, sob a relatoria do Ministro José Múcio, a área técnica do TCU (1ª SECEX) estaria em vias de adotar novo entendimento. Segundo essa manifestação, seria possível a um órgão público celebrar convênio, para fins de prestação dos serviços de saúde complementar de que trata o art. 230 da Lei nº 8.112/1990, com uma prestadora de serviços de saúde complementar que detenha registro definitivo junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar na modalidade de autogestão, estando superadas, desse modo, as vedações impostas pelos itens 9.2 e 9.3 do Acórdão validado pelo STF. Ainda segundo esse novo entendimento, ainda não adotado pelo TCU, as entidades fechadas de previdência complementar, autorizadas a prestar serviços de saúde em face do que dispõe o art. 76 da Lei Complementar

nº 109/2001, não estariam obrigadas a criar pessoa jurídica independente, desde que estejam preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 9º da Resolução Normativa ANS nº 85/2004, alterada pela Resolução Normativa ANS nº 189/2009, da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No mesmo processo, porém, o representante do Ministério Público junto ao TCU manifesta-se em **sentido oposto**, considerando, mais uma vez, que “as modificações na legislação referente à prestação de assistência à saúde de servidores públicos, seus dependentes e pensionistas mediante convênio, havidas após a prolação do Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, não implicaram alteração dos fundamentos jurídicos sobre os quais se ergueu aquela deliberação, pelo que permanece inalterado o entendimento do Tribunal, disposto nos itens 9.1, 9.2 e 9.3 daquela deliberação, no sentido de que somente é permitida à Administração Pública a celebração do convênio de que trata o art. 230 da Lei nº 8.112/1990 com entidade fechada de autogestão se a prestação daqueles serviços se destinar a servidores, dependentes e pensionistas vinculados aos patrocinadores da entidade que sejam seus legítimos instituidores” e que “as entidades fechadas de previdência privada devem constituir pessoas jurídicas independentes para atuarem como prestadoras de serviços de assistência à saúde.”

No caso em questão, o forte lobby das operadoras privadas de seguro saúde contra a GEAP é fator a ser considerado, obstaculizador da mudança de interpretação do TCU que, quando adotada nos termos do mencionado Acórdão nº 137/2008, foi rapidamente revista. Mas o fato de que mesmo no TCU há forte controvérsia sobre o tema, e que o Tribunal deliberou por aguardar a manifestação do STF antes de adotar nova decisão sobre a matéria, revela o alto grau de incerteza jurídica que o julgamento pelo STF não foi capaz de atenuar, dada a controvérsia externada nos votos do Relator e demais ministros e seus fundamentos, que não enfrentaram a constitucionalidade da dispensa de licitação, mas meramente o cumprimento dos requisitos materiais para a identificação e a caracterização de entidade de autogestão em saúde.

A SITUAÇÃO DOS SERVIDORES

A não ser encontrada solução definitiva para o imbróglio, fato agravado pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a GEAP e demais entidades fechadas multipatrocinadas de autogestão que prestam serviços de assistência à saúde para órgãos e entidades da Administração Federal poderão ter gravemente comprometidas, senão inviabilizadas, as suas existências.

A GEAP, embora não seja a única entidade de autogestão na esfera federal, é, pela sua abrangência e histórico, a mais importante, e que maior impacto sofreria. A GEAP atualmente assegura a assistência à saúde a mais de 600 mil vidas e quase 50% desse total (265.000 vidas) são de pessoas na faixa etária acima de 60 anos, estando, portanto, em uma faixa que o mercado de planos privados não tem interesse em absorver a custos reduzidos.

Das atuais 86 patrocinadoras da entidade, tem-se que a sua esmagadora maioria inclui setores do serviço público cujos planos de carreira têm remunerações mais baixas, e que, por isso mesmo, necessitam de um plano de saúde em condições de custeio favorecidas. Isso inclui servidores das áreas de educação, saúde, cultura, previdência, justiça, meio ambiente, ciência e tecnologia, cidades, relações exteriores, esporte, turismo, transportes, trabalho e emprego, entre outros.

Constata-se ainda o fato de que a recente decisão do STF, mesmo antes de seu trânsito em julgado, já vem causando efeitos perversos, pois em 12 de maio de 2013 o Ministério da Educação determinou a extinção de convênio com a GEAP, por não vislumbrar a possibilidade de sua renovação, e em vista da ausência tempestiva de manifestação do TCU em consulta ao Tribunal sobre a possibilidade de prorrogação do convênio.

Em decorrência dessa decisão, 1.668 usuários passaram a não dispor mais da cobertura do plano de saúde, o que levou a representação sindical a impetrar mandado de segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para obter a manutenção do convênio. A contratação de novo

plano de saúde com empresa privada poderá acarretar acréscimo nos gastos individuais dos servidores de mais de 70%.

Interpretada literalmente, a continuidade dos convênios da GEAP apenas com as suas patrocinadoras originárias acarretaria situações não previstas quando da adoção, pelo TCU, do Acórdão nº 458/2004, visto que, desde então, a Administração Pública Federal sofreu reorganizações que afetam a própria aplicação do acórdão aos casos concretos.

Assim, por exemplo, a transferência dos quadros de pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social para o Ministério da Fazenda, em virtude da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, impediria que tais servidores, bem assim os inativos e pensionistas, continuassem a ser beneficiários de plano de saúde oferecido pela GEAP. Isso porque o Ministério da Fazenda não seria “patrocinador originário” da GEAP, como não era, em 1993, o Ministério da Saúde, quando da extinção do INAMPS, mas que, nesse caso, mereceu atenção especial do Legislador. A aplicação literal do entendimento atingiria não somente os servidores que eram, originariamente, Auditores-Fiscais da Previdência Social, que pertenciam ao INSS, e que foram incorporados à nova Carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, mas também os servidores administrativos da Linha de Arrecadação e Fiscalização da Previdência Social que foram redistribuídos para o Ministério da Fazenda em virtude da transferência das funções de arrecadação das contribuições previdenciárias para a nova Secretaria. Tal descontinuidade acarretaria não apenas embaraços administrativos, mas também prejuízos funcionais e familiares a milhares de servidores, que subitamente se veriam privados de direito adquirido há décadas.

Trata-se, portanto, de questão com graves implicações sociais e econômicas, e cujo exame e solução requer não somente clareza e objetividade, mas decisão política e legal compatível com a preservação do interesse social envolvido, em lugar da mera mercantilização da assistência à saúde.

A PEC Nº 214, DE 2012 E O PROJETO DE LEI Nº 5.265, DE 2013

Atento aos desdobramentos do caso, o Deputado Roberto Policarpo (PT-DF) apresentou à Câmara dos Deputados, por sugestão da Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP, em 6 de novembro de 2012, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 214, de 2012.

A PEC busca dirimir as dúvidas de ordem jurídico-constitucional manifestadas ao longo das discussões da matéria no Tribunal de Contas da União e no Supremo Tribunal Federal, por meio da inclusão de um novo parágrafo ao art. 199 da Constituição Federal.

O art. 199, que trata da assistência à saúde pela iniciativa privada, já estabelece que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**

O novo parágrafo 5º estabelece que

“a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, observados os limites fixados nos termos da lei de diretrizes orçamentárias, firmar, dispensada a licitação, convênios ou contratos com entidades fechadas de autogestão em saúde constituídas para prestar serviços complementares de assistência à saúde para os respectivos servidores, bem como aportar recursos para o seu custeio, na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.”

Com essa hipótese de dispensa de licitação inserida no próprio texto constitucional, estaria definitivamente afastada qualquer dúvida quanto à possibilidade da firmatura de convênios ou contratos, desde que realizados com entidades fechadas de autogestão criadas para prestar serviços de assistência à saúde “para os respectivos servidores”, ou seja, servidores **da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios**, sem

adentrar, porém, na conceituação ou requisitos para que uma entidade seja considerada “fechada” ou de “autogestão em saúde”, matéria que continuaria a ser disciplinada por meio das normas legais e infralegais correspondentes.

Segundo a Justificação da Proposta, entidades existentes há décadas, como é o caso da GEAP, e criadas para prestar serviços de assistência à saúde aos servidores, atendendo a centenas de milhares de servidores, estariam sob grande incerteza jurídica quanto às possibilidades de a Administração Pública com elas firmar ou manter convênios ou contratos. Entidades que, como bem registra o Autor, não integram a Administração, mas são dela, integralmente, dependentes, na medida em que operam planos de saúde fechados e exclusivos para os servidores e seus dependentes.

Com fundamento nos melhores argumentos lançados pelos Ministros Ayres Britto e Dias Toffoli, a proposição destacava o fato de que, mantendo-se a decisão do TCU, e negando-se às entidades de autogestão multipatrocinadas a possibilidade de firmar convênios com entidades federais, o STF estaria fechando uma porta para abri-la em favor das empresas privadas de saúde com as quais a GEAP não pode disputar mercado, pelo fato de ser entidade fechada de assistência à saúde.

Sem a guarida constitucional, destaca o autor da proposição, tais entidades não poderiam firmar convênios ou contratos, desaparecendo, assim, a sua razão de existir, já que estariam submetidas ao princípio da licitação. E, para afastar quaisquer limitações e evitar que direito de tamanha importância seja objeto de insegurança jurídica e soluções que não atendam ao interesse social e à realidade histórica do servidor público e levem à inviabilização das entidades de autogestão em saúde complementar fechadas e sem fins lucrativos, constituídas para prestar serviços de assistência exclusivamente aos próprios servidores, propõe mudança na esfera constitucional com o condão de garantir ao Administrador Público os meios para prover aos servidores a manutenção de direito fundamental à garantia da valorização do servidor público, nos três níveis de Governo.

Aguardando, ainda, a apreciação do Parecer do Relator, Deputado Ricardo Berzoini, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania em 10 de abril de 2012, e favorável à sua admissibilidade, a

PEC nº 214, de 2012 representa uma mudança de paradigma fundamental para a solução do problema. Segundo destaca o parecer do Deputado Berzoini, a alteração proposta é compatível com o sistema constitucional. Conforme o Parecer,

“o inciso XXI do art. 37 já prevê a possibilidade de ressalva ao processo licitatório, em casos especificados em legislação. Incluir mandamento constitucional específico, na Seção própria do Capítulo da Seguridade Social, fixando regra para a dispensa de licitação, no caso de entidades fechadas de autogestão, as quais não tem finalidade de lucro e permitem a participação do associado nas decisões e eleições dos dirigentes, guarda coerência com o referido inciso.”

Assim, a PEC nº 214, de 2012, dirimiria definitivamente quaisquer dúvidas quanto à contratação ou conveniamento de entidades fechadas de autogestão, com dispensa de licitação, evitando-se que, por interpretações casuísticas ou filigranas jurídicas, venha a se considerar que, mesmo para a realização de convênios com tais entidades, seja obrigatória a licitação e competição com as empresas que operam no mercado aberto de planos privados de assistência à saúde, já que ela é “livre à iniciativa privada”.

A aprovação da PEC nº 214, de 2012, portanto, afastará qualquer dúvida que ainda possa remanescer sobre a possibilidade jurídica da realização de convênios ou contratos com entidades fechadas de autogestão em saúde para o fim de assegurar a assistência à saúde dos servidores, materializando o princípio da eficiência e atendendo ao maior interesse social envolvido que é a prestação do serviço de assistência à saúde por meio de instituições sem fins lucrativos e criadas para a finalidade específica de prover tal assistência aos servidores.

E, na sequência, em 19 de abril de 2013, a Deputada Erika Kokay (PT-DF) apresentou o Projeto de Lei nº 5.265, de 2013, que, igualmente, visa atender às peculiaridades das entidades fechadas de autogestão multipatrocinada, por meio da inclusão, no art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, de novo inciso, instituindo como hipótese de dispensa de licitação:

“XXXIII - para a celebração de contrato ou convênio 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 vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.” (NR)

A proposta tem escopo menor que a PEC nº 214/2012, pois atenderia apenas a entidades criadas até 1993 (data da vigência da Lei nº 8.666) vedando, assim, o mesmo tratamento a entidades criadas após essa data, e sem definir a natureza da entidade, mas sim dos planos de saúde que administrem, e desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Embora limitada, a proposição serviria ao propósito imediato de garantir a continuidade da contratação das entidades fechadas de autogestão, em particular a GEAP. E, complementarmente, propõe cláusula de convalidação e manutenção dos contratos, convênios ajustes e congêneres, celebrados de acordo com as condições antes definidas em data anterior à da alteração legal, de sua publicação, por órgãos ou entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional.

Percebe-se, portanto, que ambas as iniciativas se complementam e visam, de plano, a afastar quaisquer dúvidas ou questionamentos quanto à possibilidade futura de serem entidades como a GEAP contratadas ou conveniadas sem licitação, como também validar e recepcionar os atos administrativos já praticados e em vigor, ainda que provisoriamente.

Por seu caráter e efeitos, são proposições que merecem o amplo apoio parlamentar, notadamente para que sua tramitação se dê celeremente e em prazo hábil a evitar que, com a publicação do acórdão pelo Supremo Tribunal Federal relativo ao julgamento dos Mandados de Segurança, e com a fixação de novo prazo pelo Tribunal de Contas da União para o cumprimento do Acórdão nº 458/2004-TCU-Plenário, sejam produzidos efeitos desconstituidores dos convênios de adesão em vigor e a conseqüente contratação de empresas privadas orientadas pelo lucro para prestar os mesmos serviços, com grave prejuízo para os servidores.

DO REGIME DE DIREÇÃO FISCAL NA GEAP E DA REVISÃO DE SEU ESTATUTO.

Como corolário da já mencionada crise que afeta o setor de saúde suplementar – problema que não atinge apenas a GEAP e outras entidades fechadas de autogestão³ – a ANS decretou, em 26 de março de 2003, por meio da Resolução Operacional – RO nº 1.395, de 26 de março de 2013, a instauração de Regime de Direção Fiscal na GEAP.

A justificação para tal medida são “as anormalidades econômico-financeiras e administrativas graves que colocam em risco a continuidade do atendimento à saúde”.

A GEAP, instituição pioneira no modelo de autogestão, é patrimônio dos servidores públicos e, como tal, deve ser preservada de quaisquer atos de gestão que possam contrariar a sua finalidade e sustentabilidade. Quaisquer providências que concorram para o seu saneamento são bem vindas e devem ser implementadas em sua plenitude.

No entanto, é necessário que, no curso dessa intervenção, e sem demoras, sejam também adotadas as providências necessárias para que o Estatuto da GEAP seja ajustado de forma a afastar quaisquer dúvidas quanto à sua caracterização como entidade fechada de autogestão em saúde.

Nesse sentido, as alterações demandas devem incorporar, entre outras medidas de saneamento ou ajuste voltados à maior transparência e eficiência:

a. Restrição a que entidades que não integram a administração pública federal venham a ingressar como patrocinadoras ou instituidoras da GEAP;

b. Reforma dos órgãos de direção, notadamente o Conselho Deliberativo, para instituir composição que atenda de forma mais

3 - Segundo matéria publicada em 8 de abril de 2013 no jornal Correio Braziliense, entre as entidades de autogestão sob regime de direção fiscal acham-se a Fassincra, Cagipe, Camb, Senergisul/SenerSaúde, SESEF, enquanto outras entidades poderão ser submetidas a esse regime em virtude de dificuldades financeiras. Ver http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2013/04/08/internas_economia,359048/convenios-medicos-cassi-e-assefaz-tem-rombo-de-r-145-milhoes.shtml

ampla ao requisito da gestão participativa;

c. Exigência de que dirigentes da GEAP sejam participantes dos seus planos de assistência;

Deve ser igualmente avaliada a conveniência da promoção da cisão da GEAP em duas entidades (entidade fechada de previdência complementar e entidade fechada de autogestão em saúde) de modo a elidir questionamentos quanto á confusão de institutos jurídicos com finalidades distintas.

Essa cisão eventualmente poderia facilitar o cumprimento do item “b” acima, em face do que dispõe a Lei Complementar nº 108, de 2001, cujo art. 11 limita a seis membros, entre representantes dos participantes e assistidos e patrocinadores, a composição dos conselhos deliberativos de entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por órgãos e entidades da Administração Pública. Além disso, evitaria questionamentos futuros quanto ao eventual descumprimento do disposto no art. 34 da Lei nº 9.656, de 1998, cujo artigo 34, pendente de regulamentação, estabelece que as prestadoras de serviços de assistência à saúde que executem outras atividades deverão, **“na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos”**.

No entanto, é de se considerar que o art. 76 da Lei Complementar nº 109, de 2001, expressamente afasta a necessidade de que as entidades fechadas de previdência complementar, como a GEAP, que, na data da sua publicação, prestavam a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde, constituam pessoa jurídica específica para essa finalidade, 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.

Ademais, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2009, que desde agosto de 2010 aguarda inclusão na Ordem do Dia do Plenário daquela Casa, e que, nos termos do Parecer aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais, propõe alteração no art. 34 da Lei nº 9.656,

de 1998, para incorporar exceção à regra nele contida nos termos a seguir:

“Art. 34.

Parágrafo único. O disposto no caput desse artigo não se aplica às entidades de autogestão constituídas sob a forma de fundação, de sindicato ou de associação, que na data da publicação desta lei já prestavam serviços de assistência à saúde, e às entidades filantrópicas, as quais poderão, alternativamente, constituir filial ou departamento com número de Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas sequencial ao da pessoa jurídica principal, desde que sejam asseguradas condições para adequada segregação patrimonial, administrativa, financeira e contábil, na forma do regulamento. (NR)”

Aprovada essa modificação na norma legal, estaria, definitivamente, afastada qualquer necessidade de constituição de nova entidade fechada de autogestão específica para firmar contratos ou convênios de prestação de saúde, em lugar da atual configuração da GEAP que, com efeito, conjuga numa mesma entidade as naturezas de entidade fechada de previdência complementar e entidade fechada de autogestão em saúde, já reconhecida pelos respectivos órgãos reguladores e fiscalizadores.



SBN Quadra 01 Bloco H Edifício ANFIP

Brasília - DF - CEP: 70040-907

Site: www.anfip.org.br

e-mail: info@anfip.org.br

Telefone: 61-3251 8100 | Fax: 61-3326 6078

www.anfip.org.br