

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.086 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**
ADV.(A/S) : **RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, contra o Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, que dispôs sobre a forma de patrocínio da União e de suas autarquias e fundações à GEAP – Autogestão em Saúde, para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos:

Eis o inteiro teor do ato impugnado:

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

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

§ 1º O valor dos repasses mensais de que trata o caput será correspondente aos valores que seriam ressarcidos, nos termos do caput do [art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990](#)[art. 230 da Lei nº 8.112, de](#)

ADI 5086 MC / DF

1990, aos servidores ou empregados ativos, aposentados, seus dependentes e pensionistas, na forma do auxílio de que trata o caput do art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, em razão de dispêndios com planos de saúde ou com seguros privados de assistência à saúde.

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

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

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

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

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

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

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação”.

Sustenta o requerente, em síntese, a inconstitucionalidade do mecanismo adotado no art. 3º do decreto, de atribuir ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a competência para celebrar convênios com a GEAP, em nome da União, tenciona modificar, por meio

ADI 5086 MC / DF

de decreto editado pelo Poder Executivo, o arcabouço legal e constitucional que levou ao entendimento do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal de que eram ilegais os convênios firmados com a GEAP.

Afirma, mais, que,

“o Decreto viabilizou mecanismo de contratação direta da citada entidade assistencial, sem realização de prévia licitação, criando uma reserva de mercado contrária ao princípio da livre iniciativa insculpido no art. 170 da CF, além de afrontar o princípio da separação dos poderes por atribuir, a uma entidade privada, prerrogativas de entes públicos e criar hipótese de dispensa de licitação sem edição de lei específica em afronta ao art. 37, XXI, da CF.

Observe-se que o TCU já reputou ilegais os convênios firmados por citada autogestão, excetuando-se apenas aqueles entre a entidade e os seus patrocinadores em seu ato constitutivo, quais sejam, o INSS, a DATAPREV e os Ministérios da Saúde e da Previdência.

(...)

Desse modo, se no momento da constituição da GEAP, ou seja, do registro de seu estatuto no cartório, não houve a expressa manifestação da vontade da União, que estaria se fazendo representar como fundadora da GEAP, não há como esta situação ser regularizada mediante a edição de um decreto de atribui ao Ministério do Planejamento a competência para assinar convênios em nome da União, pois, continuará a existir uma prestação de serviços por uma entidade que não faz parte da Administração Pública que, por imposição constitucional, deve submeter-se ao prévio procedimento licitatório.

A única forma de a União instituir uma entidade é sua criação por meio de lei. Apenas por meio de lei é que a União poderia instituir ou figurar como fundadora de uma entidade. Somente por meio de um processo legislativo que resultasse na aprovação de uma lei, ou seja, ato normativo primário com obrigatória participação do Poder Legislativo, que a União poderia criar uma operadora de planos de saúde para atuar no mercado e criar uma reserva de mercado para os

ADI 5086 MC / DF

beneficiários que possuem vínculo estatutário ou empregatício com a Administração Pública. Por meio desta estatização, poderia a União intervir no mercado de assistência à saúde suplementar para criar uma operadora de planos destinada a prestar serviços apenas aos servidores públicos, gerida com recursos públicos e com a consequente obrigação de prestar contas, submetendo-se ao controle e fiscalização financeira pelo Tribunal de Contas. Este ponto constou expressamente do item 9.9 do Acórdão 458/2004-TCU.

Dessa forma, ao se procurar suplantar a orientação judicial fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 3º do Decreto s/ nº, de 07 de outubro de 2013 malferiu o princípio da prévia realização de licitação, além do princípio da livre iniciativa e da separação dos poderes, na medida em que, sob o pretexto de exercitar poder regulamentar conferido ao Poder Executivo para organizar a administração federal, inovou autonomamente no cenário normativo para criar uma reserva de mercado a ser exercida por uma entidade privada, e sem respeitar o necessário processo legislativo ordinário para a edição de leis que, de acordo com a Carta Maior, é imprescindível para a criação ou instituição de entidade estatal que intervém no cenário econômico, como também para a previsão de hipótese de exceção à regra da licitação prévia para a contratação de entidades privadas não integrantes da Administração Pública” (fls. 4-6).

Aponta ainda, violação ao art. 2º da Constituição, ante a existência de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que assentam a inconstitucionalidade da celebração desse tipo de convênio, bem como ao art. 22, XXVII, da Lei Maior, que estabelece competência privativa à União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Sobre o *periculum in mora*, alega que a continuidade da contratação

ADI 5086 MC / DF

ilegal do particular com o poder público “*irá causar prejuízo astronômico aos cofres públicos*”, pois, como se sabe, esta Suprema Corte já assentou a ilegalidade de convênios firmados com a GEAP, independentemente de procedimento licitatório.

Pede a concessão de medida liminar, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, para suspender a eficácia do art. 3º e de seu parágrafo único do Decreto s/nº de 7 de outubro de 2013, inclusive com a atribuição de efeitos retroativos à cautelar, nos termos do § 1º, *in fine*, do art. 11 da Lei n. 9.868/99.

No mérito, pugna pela procedência do pedido formulado na representação de inconstitucionalidade “*e a consequente nulidade dos ajustes contratuais firmados entre a GEAP e o Poder Público pela ausência do prévio procedimento licitatório*” (fl. 15).

É o breve relatório. Decido o pedido liminar.

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

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

“Entendo que o acórdão do Tribunal de Contas da União não merece reparos, uma vez que a GEAP Fundação de Seguridade Social não se enquadra nos requisitos que

ADI 5086 MC / DF

excepcionam a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para a consecução de convênios de adesão com a Administração Pública.

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

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

Art. 1º. A assistência à saúde do servidor ativo ou inativo e de sua família, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações, será prestada mediante:

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

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

(...)

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

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

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

'A GEAP é pessoa jurídica de direito privado, não pertencente à

ADI 5086 MC / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 5086 MC / DF

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

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

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

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

Embora tenha obtido registro definitivo da Agência Nacional de Saúde na modalidade autogestão patrocinada, o modelo de gestão da GEAP não se caracteriza como de autogestão para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004, de sorte que não pode aquela fundação firmar convênios com órgãos e entidades da Administração Pública, que não sejam seus patrocinadores, sem licitação, com o

ADI 5086 MC / DF

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

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

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

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

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

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

Nesses termos, renovando o meu pedido de vênias ao ilustre Relator, acompanho a divergência iniciada pela Ministra Cármen Lúcia para denegar a ordem, assentando que não há qualquer ilegalidade ou violação à direito de quem quer que seja no acórdão do Tribunal de Contas da União, que vedou a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, excetuados os patrocinadores originais da GEAP, a celebração

ADI 5086 MC / DF

de novos convênios que objetivem a prestação de serviços de assistência à saúde para os respectivos servidores”.

Isso posto, presentes os requisitos necessários ao exame de urgência, **defiro em parte** o pedido de medida liminar, *ad referendum* do Egrégio Plenário, para suspender a eficácia do art. 3º e parágrafo único do Decreto Presidencial de 7 de outubro de 2013, sem atribuição de efeito retroativo, ou seja, preservados os convênios celebrados, cujos servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas e respectivos grupos familiares já aderiram a prestação dos serviços de assistência à saúde oferecido pela GEAP – Autogestão em Saúde.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Brasília, 28 de janeiro de 2014.

Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**
Presidente em exercício