

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

1. PRELIMINARES

1.1. Natureza secundária do ato normativo impugnado

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) questiona o **art. 3º, caput e parágrafo único, do Decreto s/n, de 7 de outubro de 2013**, que autorizou o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a celebrar convênios, em nome da União, para a prestação de serviços de assistência à saúde pela GEAP - Autogestão em Saúde, bem como facultou às respectivas autarquias e fundações a aderir, na condição de patrocinadoras, ao convênio com a GEAP - Autogestão em Saúde firmado pela União.

No entanto, observo que os preceitos impugnados foram editados com esteio na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, em seu art. 230, § 3º, inc. I, inserido pela Lei nº 11.302, de 10 de maio de 2006, autorizou a União e suas entidades autárquicas e fundacionais a celebrar os mencionados convênios com entidades de autogestão por elas patrocinadas.

Desta feita, o decreto questionado não guarda relação de primariedade com a Constituição Federal, uma vez que é ato inequivocamente regulamentar, de caráter secundário, hierarquicamente inferior aos comandos contidos na Lei nº 8.112/1990, que disciplinou a prestação de serviços de assistência à saúde a servidores públicos federais. Vide:

Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento.

(...)

§ 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; (Incluído pela Lei nº 11.302 de 2006)

Com efeito, atos normativos secundários não se submetem ao controle concentrado de constitucionalidade, visto que a análise de sua validade passa, necessariamente, pelo cotejo das normas infraconstitucionais a que está diretamente subordinado. A respeito do tema, leciona, na doutrina, o Ministro **Roberto Barroso** :

“Atos normativos secundários. Atos administrativos normativos – como **decretos regulamentares** , instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – **não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição** . Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (I) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação”. (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181 – grifou-se).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é pacífica no sentido da inadmissibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos secundários. Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE ABSTRATO DE ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME DA LEI NA QUAL SE FUNDAMENTA O ATO REGULAMENTADOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de não se admitir o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo secundário por ser necessário o exame da lei na qual aquele se fundamenta, não impugnada na presente ação. (ADI nº 6.117 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgado em 13/10/2020, DJe 27/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 41.149/2008 DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRETENSÃO INCOMPATÍVEL COM A VIA DA AÇÃO DIRETA. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Vocacionada ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, a ação direta de inconstitucionalidade não constitui meio idôneo para impugnar a validade de ato regulamentar e secundário em face de legislação infraconstitucional. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (ADI nº 4.127 AgR/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Rosa Weber**, julgado em 16/10/2014, DJe de 5/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – UNIÃO GERAL DOS TRABALHADORES (UGT) – CENTRAL SINDICAL – ILEGITIMIDADE ATIVA – NORMA QUESTIONADA DE NATUREZA REGULAMENTAR – RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 4. A resolução atacada é carecedora de relação normativa de primariedade em face da Constituição Federal, uma vez que é ato inequivocamente regulamentar, hierarquicamente inferior aos comandos contidos na Lei nº 8.900/94, e, nessa linha, insuscetível de ser atacado por meio de ação direta de inconstitucionalidade. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (ADI nº 4.224-AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgado em 1º/8/2011, DJe de 8/9/2011).

Nessa linha, o art. 3º, *caput* e parágrafo único, do Decreto presidencial s/n, de 7 de outubro de 2013, é insuscetível de ser atacado por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

1.2. Ausência de impugnação de todo o complexo normativo

A instauração do processo objetivo de controle de constitucionalidade tem por objeto precípuo – e necessário – a retirada do ordenamento jurídico de normas em contraste com a Constituição Federal (antinomia de caráter vertical).

Tem esta Corte, contudo, evitado a realização de juízos abstratos sobre a legitimidade de determinado ato normativo quando, por limitação encontrada no pedido de declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento da pecha, ainda que possível, torna-se esvaziado de sentido e utilidade.

É o que ocorre no caso de ausência de impugnação de todo o complexo normativo incidente sobre determinada realidade jurídica.

Nessa situação, o reconhecimento da inconstitucionalidade de apenas um dos dispositivos regulamentadores afigura-se insuficiente, uma vez que o conteúdo normativo eventualmente inconstitucional continua a incidir por obra de outro ato normativo não impugnado na inicial da ação direta.

Na presente ação, relembro, questiona-se a possibilidade da União celebrar convênios com a GEAP – Autogestão em Saúde, para prestação de serviços de assistência à saúde de seus servidores, conforme previsão do art. 3º, *caput* e parágrafo único, do Decreto presidencial s/nº, de 7 de outubro de 2013.

A norma impugnada faz remissão ao art. 230, § 3º, inc. I, da Lei nº 8.112/1990, que disciplina a assistência à saúde de servidores públicos federais e estipula as modalidades pelas quais os serviços serão prestados: (i) mediante convênios com entidades de autogestão, ou (ii) mediante contratos, precedidos de licitação, com operadoras de planos e seguros privados.

Por sua vez, o Decreto nº 4.978, de 3 de fevereiro de 2004, regulamenta o art. 230 da Lei nº 8.112/1990 e reitera as modalidades – convênio ou contrato - pelas quais a assistência à saúde dos servidores vinculados ao Poder Executivo da União será prestada. Vejamos:

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

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. (Incluída pelo Decreto nº 5.010, de 2004)

Conforme bem observado pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 938/2020 – Plenário (Processo nº 045.710/2012-0), em que se reconheceu a possibilidade de a Geap celebrar a convênio com entes públicos federais, **essa possibilidade não seria impactada pela aferição de constitucionalidade do dispositivo ora questionado, pois a Lei 8.112/1990 e o Decreto nº 4.978/2004 são instrumentos normativos suficientes para fundamentar tais acordos.**

Assim, a falta de impugnação de todo o conjunto normativo que autoriza a celebração dos convênios objeto da impugnação impossibilita a realização de juízo abstrato sobre a constitucionalidade da norma que se pretende invalidar.

Tampouco poderia esta Corte, em ofensa ao princípio da demanda e da inércia da jurisdição, ampliar oficiosamente o espectro do pedido de declaração de inconstitucionalidade. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDIMENTO CONTRADITÓRIO ESPECIAL, DE RITO SUMÁRIO, PARA O PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL, POR INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA: 1) DEPÓSITO EM DINHEIRO, PELO EXPROPRIANTE, DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS, INCLUSIVE CULTURAS E PASTAGENS ARTIFICIAIS; 2) DEPÓSITO EM TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA, PARA A TERRA NUA. ARTS. 14 E 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76, DE 06.07.93. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. 1. Os arts. 14 e 15 da Lei Complementar nº 76/96, são parte de um sistema que disciplina o pagamento e o recebimento de indenização por

desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. 2. O acolhimento da impugnação de algumas normas de um sistema (arts. 14 e 15), via ação direta, indissolavelmente ligadas a outras do mesmo sistema (art. 16), não impugnadas na mesma ação, implica em remanescer no texto legal dicção indefinida, assistemática, imponderável e inconseqüente. 3. Impossibilidade do exercício ex-offício da jurisdição para incluir no objeto da ação outras normas indissolavelmente ligadas às impugnadas, mas não suscitadas pelo requerente. 4. Ação direta não conhecida, ressalvando-se a possibilidade da propositura de nova ação que impugne todo o sistema” (ADI nº 1.187/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgado em 27/3/1996, DJ de 30/5/1997).

Tendo em conta esse quadro, a jurisprudência da Corte impõe o não conhecimento da ação, diante da ausência de interesse de agir:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.208/2001 E LEI 12.852/2013 - ESTATUTO DA JUVENTUDE. MEIA-ENTRADA. REVOGAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA E ALTERAÇÃO SUBSTANTIVA DA LEI 12.852/2013 PELA LEI 12.933/2013. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO À TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A revogação, ou substancial alteração, do complexo normativo impõe ao autor o ônus de apresentar eventual pedido de aditamento, caso considere subsistir a inconstitucionalidade na norma que promoveu a alteração ou revogação (ADI 2.542, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe de 27/10/2017). 2. A impugnação deficitária de complexo normativo unitário configura vício processual, comprometendo o interesse de agir e impedindo o conhecimento da ação. Precedentes: ADI 4.227, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 31/3/2016; ADI 2.422 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014; ADI 2.174, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, Tribunal Pleno, DJ de 7/3/2003. 3. In casu, havido reforço e complementação substancial da matéria em exame pela Lei 12.933/2013, o requerente manteve-se inerte, deixando de promover o aditamento do pedido, mesmo transcorrido considerável lapso de tempo desde a inovação legislativa. 4. Agravo regimental conhecido e desprovido. (ADI nº 2.595 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, julgado em 18/12/2017, DJe de 02/02/2018)

LEGITIMIDADE – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – PROCESSO OBJETIVO. (...) COMPLEXO NORMATIVO – IMPUGNAÇÃO –

TOTALIDADE. Ausente vínculo unitário a enlaçar, sob os ângulos do conteúdo e da abrangência, diplomas normativos diversos, descabe articular a inexistência de impugnação à totalidade do complexo normativo, circunstância a implicar, em tese, a inviabilidade da ação direta. (...) (ADI nº 6.087, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgado em 21/08/2019, DJe de 23/09/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR 339/2006 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROVIMENTO 4/1999 DO CORREGEDOR-GERAL DO ESTADO. POSSIBILIDADE DE LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO POR POLICIAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. SUPOSTA OFENSA À REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS ENTRE AS POLÍCIAS CIVIS E MILITARES. ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 339/2006. REPRODUÇÃO DO TEOR DO ARTIGO 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA. VÍCIO PROCESSUAL QUE COMPROMETE O INTERESSE DE AGIR. PROVIMENTO DO CORREGEDOR-GERAL DO ESTADO. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 69 DA LEI FEDERAL 9.099/1995. CONFLITO DE LEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 3. A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. (...) 6. Agravo desprovido. (ADI nº 3.954 AgR/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Luiz Fux**, julgado em 27/03/2020, DJe de 15/10/2020)

Concluo, portanto, que **a presente ação não comporta conhecimento.**

Não obstante, caso fique vencido quanto ao conhecimento da ação, no mérito, julgo improcedente o pedido, pelas razões expostas a seguir.

2. MÉRITO

2.1. Breve histórico da GEAP

Faz-se relevante uma breve digressão sobre o histórico da entidade denominada GEAP.

Antes da configuração que apresenta atualmente, a instituição era chamada de **GEAP - Fundação de Seguridade Social**, cujo estatuto foi aprovado por portaria do Ministério da Previdência Social (Portaria MPAS nº 4.624, de 13 de março de 1990), tendo sido instituída mediante escritura pública registrada em cartório sem a inclusão da União Federal como co-instituidora. À época, a entidade operava tanto o plano de previdência quanto a saúde complementar dos servidores.

A análise do Tribunal de Contas da União quanto ao estatuto e às características da **GEAP - Fundação de Seguridade Social** levaram o órgão a concluir que haveria irregularidades nos convênios firmados entre a entidade e órgãos da administração pública que não figuravam como seus patrocinadores, considerando tratar-se de pessoa jurídica de natureza privada, a qual não estaria inserida na exceção à exigência de licitação. O Acórdão nº 458/2004 – Plenário (Processo nº 006.301/1996-7), Relator o Ministro **Ubiratan Aguiar**, recebeu o seguinte sumário:

Tomada de Contas da Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Saúde, exercício de 1995. Constatada a celebração de Convênio de Adesão entre a GEAP - Fundação de Seguridade Social e o Ministério da Saúde, sem a realização de procedimento licitatório, para a prestação de serviços de assistência à saúde dos servidores do órgão. Estabelecimento do devido processo legal com a oitiva das partes. Acolhimento das justificativas. **GEAP é pessoa jurídica de natureza privada, sem fins lucrativos**, constituída sob o ordenamento da hoje revogada Lei nº 6.435/77, que regulava as entidades fechadas de previdência privada, autorizada, pela exceção contida no art. 76 da Lei Complementar nº 109/2001, nova Lei da Previdência Complementar, a continuar prestando assistência à saúde dos participantes e assistidos de seus planos de benefícios, com atuação sob a modalidade de autogestão multipatrocinada, mediante autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Regularidade do Convênio de Adesão nº 01/95 e de seus termos aditivos, assim como dos convênios celebrados com os entes detentores da legítima condição de patrocinadores da entidade. **Obrigatoriedade de licitação para a celebração de quaisquer outras avenças com os demais entes da administração pública que não sejam legítimos detentores da condição de patrocinadores.** Superveniência da regulamentação do art. 230 da Lei nº 8.112/90 por meio da edição

do Decreto nº 4.978/2004, alterado pelo Decreto nº 5.010/2004, que estabeleceu que a assistência à saúde do servidor, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações será prestada por intermédio de convênios a serem firmados com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurada a gestão participativa, ou por contratos, respeitada a Lei nº 8.666/93. **Edição do decreto não afasta a obrigatoriedade de licitar quando se pretende o relacionamento de natureza contratual entre entidades privadas e a administração pública. Admissão, em caráter excepcional, da subsistência, até o término de seus respectivos prazos de vigência, dos convênios atualmente em vigor, celebrados entre a fundação e os diversos entes da administração pública, não detentores da condição de legítimos patrocinadores da GEAP, não admitida qualquer forma de renovação, prorrogação ou celebração de quaisquer termos aditivos que visem a estender a vigência dos instrumentos.** Expedição de alerta, em caráter normativo, para a obrigatoriedade de ser observada, ao término da vigência dos instrumentos cuja subsistência se admite, a necessidade da adoção de procedimento licitatório, em obediência à lei e à Constituição Federal. Contas julgadas regulares com ressalva, com quitação aos responsáveis. Procedência parcial das representações apensadas aos autos. Outras determinações. Ciência aos interessados e a outros órgãos e autoridades da administração pública (grifos nossos).

O acórdão do TCU foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal por meio do **Mandado de Segurança nº 25.855/DF**, impetrado pela Federação Nacional dos Sindicatos de Servidores Públicos Federais em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social (FENASPS). Na ocasião, prevaleceu o entendimento da Ministra **Cármen Lúcia**, que não vislumbrou violação a direito líquido e certo por parte do TCU, ao argumento de que **a GEAP e a Administração Pública teriam um vínculo meramente contratual, o que não dispensaria o regular procedimento licitatório**. Vejamos a ementa do julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GEAP – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO DE ADESÃO POR ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO PATROCINADORES. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: IMPRESCINDIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 1º, INC. II, DO DECRETO N. 4.978/2004). 1. A natureza jurídica contratual do vínculo negocial que a GEAP mantém com a Administração Federal, cujo núcleo é a obrigação de prestar serviço de assistência à saúde

visando a uma contraprestação pecuniária, impõe regular procedimento licitatório, observados os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e Lei 8.666/1993. 2 . **O modelo de gestão da GEAP não se caracteriza como de autogestão para os fins previstos no art. 1º, I, do Decreto 4.978/2004: impossibilidade de firmar convênios com órgãos e entidades da Administração Pública, que não sejam seus patrocinadores, sem licitação** . 3. Não há violação a direito líquido e certo no acórdão do Tribunal de Contas da União que vedou aos órgãos e às entidades da Administração Pública Federal, excetuados os patrocinadores originários da GEAP, a celebração de novos convênios para a prestação de serviços de assistência à saúde para os respectivos servidores. 4. Mandado de segurança denegado. (MS nº 25.855, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Redatora p/ acórdão Min. **Cármem Lúcia** , julgado em 20/03/2013, DJe de 22/09/2014, grifos nossos)

Esse foi o contexto fático-jurídico que fundamentou a concessão parcial da medida cautelar.

Ocorre que, em 2013, a GEAP passou por intervenção da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) e **sofreu uma cisão em duas entidades distintas, quais sejam, a GEAP - Autogestão em Saúde e a GEAP – Previdência** . Enquanto a primeira acolheu a gestão dos planos de saúde, a segunda passou a ser responsável pela administração dos benefícios previdenciários.

Após o processo de cisão, foi editado o Decreto s/n, 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, o qual foi questionado no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, mediante a presente ação direta.

Diante das alterações implementadas na entidade, **o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.855/2016 – Plenário (Processo nº 031.342 /2013-2)**, da relatoria do Ministro **Raimundo Carreiro**, no qual se deliberou acerca de representação oferecida pelo Deputado Luiz Carlos Hauy contra o decreto presidencial em questão, **reconheceu que não subsistiam os fundamentos que levaram ao entendimento anterior da Corte de Contas** , assentando o seguinte:

“(…) em 2013 a fundação foi dividida em duas entidades, dando origem à Fundação GEAP Previdência e à GEAP Autogestão em Saúde, com esta segunda recebendo autorização da ANS para operar

planos de saúde. O estatuto da nova GEAP contemplou regras de transparência e paridade entre patrocinadores e beneficiários nos conselhos de administração e fiscal.

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

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

Recentemente, o TCU se debruçou mais uma vez sobre o tema, ao analisar consulta efetuada pelo Ministro das Relações Exteriores acerca da “*possibilidade de órgão da Administração Direta celebrar novo convênio, para fins de manutenção da prestação de assistência à saúde suplementar, com entidade que esteja registrada junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) como operadora na modalidade de autogestão, em especial com a Geap, até o julgamento definitivo da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (STF)*”.

No Acórdão nº 938/2020 – Plenário (Processo nº 045.710/2012-0), da relatoria do Ministro **Walton Alencar Rodrigues**, o TCU esclareceu que, **independentemente do resultado do julgamento da presente ação direta, “as mudanças estatutárias na Geap supriram lacunas e habilitaram a entidade a celebrar a convênio com entes públicos federais em consonância com a Lei 8.112/1990, o Decreto 4.978/2004 e as normas editadas pela ANS, tornando irrelevante a discussão quanto à constitucionalidade do art. 3º e seu parágrafo único, do Decreto Presidencial de 7/10/2013, objeto da ADI 5086”**.

Nesse sentido, arremata que, “[u] ma vez que o mérito TC 031.342/2013-2 foi julgado favoravelmente à celebração de convênios dentre a Geap e órgãos públicos e, em que pese não ter sido julgado o mérito da ADI 5086, as lacunas que o Decreto Presidencial de 7/10/2013 buscava suprir foram regulamentadas pelo novo estatuto da Geap, tendo a matéria sido pacificada no âmbito do TCU”.

Vislumbro, portanto, que as circunstâncias que levaram este Supremo Tribunal a concluir pela ilegalidade dos convênios firmados pela GEAP com órgãos da administração pública não mais persistem, tendo em vista as

alterações estatutárias implementadas pela instituição. Nesse sentido, também não vigoram os motivos pelos quais foi concedida parcialmente a medida cautelar na presente ação.

Esclarecido o contexto fático subjacente ao caso, passo à análise das alegações do requerente.

2.2. Da improcedência do pedido

O requerente fundamenta a petição inicial sob os argumentos de que, em suma, a norma questionada teria (i) usurpado a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação; (ii) estipulado indevidamente hipótese de contratação direta pela Administração Pública; (iii) contrariado a separação dos poderes, ao desconsiderar decisões do TCU e do STF que consideraram ilegais os convênios firmados pela GEAP; e (iv) violado os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, ao criar uma reserva de mercado que barraria a participação de outras empresas na prestação dos mesmos serviços.

Como restará demonstrado, o Decreto s/nº, de 7 de outubro de 2013, ao disciplinar a forma de patrocínio da União à GEAP – Autogestão em Saúde, não estipulou hipótese inédita de contratação direta, mas limitou-se a fazer remissão a instituto já previsto em lei e na Constituição, qual seja, o convênio administrativo.

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a “ *saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação* ”.

Além de dispor sobre os serviços públicos de saúde, a Constituição, no *caput* do art. 199, possibilita a participação da iniciativa privada no setor, a qual se dará, nos termos do parágrafo único, “ *de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos* ”.

A **assistência à saúde de servidores públicos federais** é disciplinada pelo art. 230 da Lei nº 8.112/1990, que admite a prestação dos respectivos serviços “ *pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou*

entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou **mediante convênio** ou contrato, ou ainda na forma de auxílio”.

Extraí-se, ainda, do dispositivo de lei, a autorização (i) para que a União **celebre convênios com entidades de autogestão por ela patrocinadas**, visando a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores, ou (ii) para que firme contratos, mediante licitação, para que o serviço seja prestado por operadoras de planos e seguros privados.

Importa observar que a lei dá tratamento distinto aos convênios e contratos, o que se justifica pelas diferentes características dos institutos. Para a compreensão desse aspecto, registro a lição de **José dos Santos Carvalho Filho** sobre o tema:

“Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

Como bem registra a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, **convênio e contrato não se confundem**, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes.

No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é almejado pelas partes do contrato” (Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 27ª ed. 2014, p. 225, grifou-se).

Os dois institutos também se diferenciam quanto à necessidade de procedimento licitatório prévio, consoante assevera Carvalho Filho:

“A celebração dos convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia, como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/1993 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. **Por outro lado, no verdadeiro convênio, inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos**

necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação ” (Manual de Direito Administrativo . São Paulo: Atlas, 27ª ed. 2014, p. 226, grifou-se).

A propósito, este Tribunal já decidiu ser dispensável a realização de licitação prévia para a celebração de convênios. Confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL. **CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116.** I. - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II. - Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III. - **Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica .** IV. - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93. (Inq nº 1.957, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Carlos Velloso** , julgado em 11/05/2005, DJ de 11/11/2005)

O convênio é, portanto, instituto do direito administrativo que nada tem de ineditismo, pelo que a sua menção no Decreto s/n, de 7 de outubro de 2013, não significou uma “ hipótese de dispensa de licitação sem edição de lei específica ”, conforme afirmado pelo requerente.

Desta feita, **não prosperam os argumentos quanto à suposta contrariedade ao art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, vez que o decreto impugnado não estipulou nova forma de contratação direta e, conseqüentemente, não usurpou a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, consoante o art. 22, inc. XXVII, da Carta Magna .**

Para que não restem dúvidas quanto ao tema, registro que as características exigidas pelo art. 230 da Lei nº 8.112/1990 e pelo Decreto nº 4.978/2004 para que uma entidade possa estabelecer convênios com a administração pública para prestação de serviços de assistência à saúde são: (i) natureza de entidade fechada de autogestão; (ii) sem fins lucrativos; (iii) com gestão participativa; e (iv) patrocínio do órgão interessado .

Consta do Estatuto da GEAP – Autogestão em Saúde tratar-se de uma “ *Fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos* ”

, qualificada juridicamente como operadora de plano de saúde, na **modalidade de autogestão** multipatrocinada, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira ” (art. 1º).

Ainda, quanto aos patrocinadores dos planos de saúde, o estatuto arrola os “ *órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da **União, Estados, Distrito Federal e Municípios**, incluindo suas respectivas autarquias e fundações de direito público* ” (art. 7º, § 1º).

Quanto à gestão participativa, verifica-se a **inclusão de patrocinadores e beneficiários na formação do patrimônio (art. 9º) e na composição do Conselho de Administração (art. 16, § 1º) e do Conselho Fiscal (art. 20, § 1º)**.

Como se vê, a GEAP – Autogestão em Saúde está inserida na hipótese do art. 1º, inc. I, do Decreto nº 4.978/2004, cujo teor remete a uma das formas de prestação de serviços de assistência à saúde autorizadas pelo art. 230, § 3º, da Lei nº 8.112/1990. Portanto, não haveria qualquer vedação para que a instituição firmasse convênios para a prestação de tais serviços aos servidores da administração pública federal, sem a necessidade de realização de procedimento licitatório, eis que superados os óbices indicados pelo Tribunal de Contas da União e por este Supremo Tribunal para tanto.

Assim sendo, rejeito também a alegada violação ao art. 2º da Constituição Federal, eis que, ao contrário do que afirma o requerente, **as alterações estatutárias da GEAP – Autogestão em Saúde foram ao encontro das decisões do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, habilitando a instituição para pactuar com a administração pública**

Não foi outra a conclusão da Procuradoria-Geral da República:

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

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

Diante desse novo quadro fático, atualmente a GEAP se enquadra como entidade de autogestão, o que lhe permite celebrar convênios com a administração federal, dispensado procedimento licitatório. Isso desnatura a alegada ofensa ao princípio da legalidade e ao art. 37, XXI, da CR" (doc. 74).

Por fim, **não há que se cogitar a violação à livre iniciativa e à livre concorrência.**

A livre concorrência e a livre iniciativa fundamentam a ordem econômica constitucional e dizem respeito à liberdade dos agentes econômicos para o exercício de suas atividades, **dentro de determinado mercado**, sem embaraços por parte do Estado e, além disso, protegidos do abuso de poder econômico " *que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* " (art. 173, § 4º, da CF/88).

Segundo José Afonso da Silva, os dois princípios " *se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista* " (**Curso de direito constitucional positivo** . São Paulo: Malheiros, 32ª Ed., p. 795, 2009).

Tenho, todavia, que os preceitos aplicáveis à concorrência de mercado não se aplicam às entidades da natureza da GEAP, ou seja, às autogestões.

No ponto, cabe reiterar ser o interesse público que fundamenta a celebração de um convênio entre uma entidade privada e a Administração, o que, no caso da GEAP – Autogestão em Saúde, consubstancia-se no acesso dos servidores públicos a serviços de assistência à saúde. Nesse contexto, a ideia de competitividade perde sentido, diante do objetivo de mútua colaboração entre as partes.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) define operadoras de autogestão nos seguintes termos:

"As autogestões são pessoas jurídicas privadas que operam planos de saúde direcionados a um **grupo específico de beneficiários** (como, por exemplo, associados integrantes de uma determinada categoria

profissional, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos). Essas pessoas jurídicas **não comercializam planos de saúde no mercado**. As autogestões devem, obrigatoriamente, ter em seus conselhos deliberativos representantes dos beneficiários e de seu mantenedor /patrocinador” (Disponível em http://www.ans.gov.br/texto_lei_pdf.php?id=2269. Acesso em 23/4/2021).

Perceba-se, assim, que as entidades de autogestão não estão inseridas na lógica do mercado, vez que, além de não terem como finalidade a auferição de lucro, atendem a beneficiários integrantes de grupos determinados, com os quais não têm uma relação de consumo. Nesse sentido, não entram em concorrência direta com empresas que administram planos de saúde privados, as quais contam com escopo e finalidade diversos.

Não por acaso, noticiou a Presidência da República acerca da relevância da GEAP – Autogestão em Saúde para a saúde dos servidores idosos que, caso estivessem submetidos à lógica privada dos planos de saúde, não teriam condições de arcar com respectivas despesas. Vejamos:

“15. Relevante destacar, ainda, o papel que as operadoras de autogestão têm na Administração Pública Federal, pois abrangem um grande número de servidores, em geral, com mais idade e menor poder aquisitivo, atuam como reguladores de preço de mercado, inibindo uma disparada dos valores praticados pelas demais operadoras de planos de saúde privados, além de não possuírem finalidade lucrativa e assegurarem uma gestão participativa, por meio da atuação de servidores eleitos e indicados pela Administração Pública Federal na gestão da entidade.

16. Além disso, considerando a natureza jurídica dessas entidades, a participação efetiva, tanto da APF quanto dos servidores na gestão das mesmas, temos que há um manifesto interesse mútuo na forma de contratação, o que propicia, ainda, uma maior segurança jurídica para manutenção desses vínculos jurídicos por mais tempo. Por outro lado, tal convergência de interesses, no caso das operadoras com fins lucrativos, não ocorre, na medida em que essas somente prolongarão a vigência dos contratos enquanto presente vantagem financeira.

17. No caso específico da GEAP, é importante levar em conta que ela é a operadora de autogestão com maior número de vidas sob sua tutela (mais de seiscentos mil), das quais a esmagadora maioria é composta de pessoas maiores de 59 anos, faixa etária que, se tentar buscar serviços de assistência à saúde junto a operadoras privadas, ou terão custo excessivamente alto, ou simplesmente não obtêm êxito em contratar.

18. Considerando essas dificuldades, pode-se afirmar que centenas de milhares de pessoas (servidores. ativos ou inativos, seus dependentes e pensionistas), na hipótese de terem de se desligar da entidade, poderiam não conseguir contratar outro plano de saúde - quer por não conseguirem suportar o alto custo, quer por não ser do interesse de operadoras particulares em função da idade avançada.

19. Portanto, também sob este prisma, deve ser analisada a presente questão, dado que é manifesto o interesse do Poder Público em garantir o pleno acesso à assistência à saúde, sendo certo que impedir ou limitar a atuação de entidade de autogestão responsável por tamanho número de vidas, caracterizar-se-ia como uma verdadeira limitação de possibilidades concretas de efetivar tal acesso " (doc. 32 – grifos nossos).

De outra banda, importa mencionar que, embora a GEAP preste serviços de assistência à saúde exclusivamente a servidores públicos, estes não se encontram obrigados a estabelecer qualquer pacto com a instituição, pois **permanece intacta a liberdade de escolher entre o plano oferecido pela entidade de autogestão e todos os outros disponíveis no mercado** . É o que ressaltou a Presidência da República:

“Ressalte-se. para afastar eventual alegação de reserva de mercado ou prejuízo à concorrência, que não há qualquer obrigatoriedade de os servidores contratarem a GEAP - Autogestão em Saúde e que o valor que a União repassaria à GEAP por servidor é o mesmo valor do auxílio pago ao que optar por plano de saúde privado. A intenção do Estado brasileiro foi de, atendendo ao pleito dos próprios servidores, ampliar o leque de opções. cabendo aos servidores escolher o plano a ser contrato, sopesando os prós e os contras de cada alternativa” (doc. 32).

Rejeito, portanto, a alegada contrariedade à livre iniciativa e à livre concorrência, sob a perspectiva de que entidades de autogestão não concorrem com os atores do mercado privado e, ao mesmo tempo, não limitam a capacidade de escolha dos consumidores quanto ao plano de saúde que melhor lhes atenda.

3. DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo **não conhecimento** da ação direta de **inconstitucionalidade** e, conseqüentemente, pela **cassação da decisão que concedeu parcialmente a medida cautelar** .

Caso vencido quanto ao não conhecimento, no mérito, **julgo improcedente o pedido e, igualmente, casso a decisão que concedeu parcialmente a medida cautelar**.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/05/2021 00:00