



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 022656019

São Paulo, 31 de outubro de 2019

EMENTA Nº 12.070 - PGM

Contratos de gestão e parcerias na área da saúde. Prazo máximo de duração.

O disposto no §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 não é aplicável aos convênios, cabendo à SMS avaliar disciplinar a matéria, caso julgue apropriado, bem como reavaliar periodicamente a conveniência em se prorrogar o convênio ou iniciar procedimento de seleção pública.

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO: Aplicabilidade do §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 (com redação dada pelo Decreto nº 58.376/18) aos convênios.

Informação nº 1.662/2019 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Coordenadoria Geral do Consultivo

Senhora Coordenadora Geral

A d. assessoria jurídica de SMS questiona acerca da aplicação do art. 15, §3º, do Decreto nº 52.858/11 (inserido pelo Decreto nº 58.376/18) aos convênios. Segundo dispõe a norma legal:

§ 3º O contrato de gestão na área da saúde poderá, a critério da Administração Municipal, ser renovado por períodos sucessivos, iguais ou menores ao inicial, mediante decisão fundamentada que aponte as novas metas previstas e as expectativas para o novo ciclo, observado o prazo máximo de 20 (vinte) anos.

Inobstante a regra supratranscrita apenas se referir de forma expressa aos contratos de gestão (lembrando que o Decreto no qual tal regra está inserida dispõe especificamente sobre os contratos de gestão), SMS/AJ entendeu que **"por ser o contrato de gestão uma espécie de convênio administrativo, consoante ADIn nº 1.923/DF, tal disposição é aplicável, analogicamente, aos convênios, havendo atualmente, portanto, normativa que suporta a vigência de convênios e contratos de gestão, na área da saúde, para além dos 60 (sessenta) meses previstos na Lei Federal nº 8.666/93"**. Em seguida, opinou pelo encaminhamento da questão a esta Coordenadoria.

É o relato do necessário.

Conforme manifestado por SMS/AJ no SEI 019678257, esta Procuradoria Geral possui precedente no sentido de que, embora os convênios administrativos devam estabelecer prazo de vigência, não é aplicável a eles o prazo máximo de duração de 60 meses, previsto no art. 57, II, da Lei federal nº 8.666/93 (Informação nº 1.094/2013 – PGM.AJC), cabendo a pasta avaliar periodicamente a conveniência de realização de novo processo seletivo para o objeto.

Diante da alteração promovida pelo Decreto nº 58.376/18 ao Decreto nº 52.858/11, inserindo no diploma legal, dentre outras regras, um prazo máximo de 20 anos para a vigência dos contratos de gestão na área da saúde, SMS/AJ entendeu caber a aplicação da norma, por analogia, aos convênios da pasta, considerando a proximidade entre tais instrumentos jurídicos.

De fato, na ADI nº 1.923, o STF indicou que contratos de gestão seriam espécies de convênios^[1], o que tornaria os primeiros espécies dos segundos, que seriam um gênero mais amplo, a albergar também outras formas parcerias. Mas, para além das dificuldades de se trabalhar com a 'natureza' jurídica das coisas (ainda mais dos convênios, que não possuem um conceito legal definido), essa relação de continência pode eclipsar uma relação de continência ainda maior, de todas essas parcerias como espécies do gênero contratual (aqui falamos de contrato em sentido amplo, qualificado como um negócio jurídico bilateral) – o que, por certo, não é suficiente para atrair para todas as espécies de acordos bilaterais (ou plurilaterais) de vontades, destinados a conformar uma relação jurídica, o mesmo regime jurídico. Fosse assim, não faria sentido a divisão entre as espécies, como instrumentos jurídicos que gozam de certas particularidades.

Contratos de gestão guardam certas peculiaridades em relação aos termos de fomento e de colaboração previstos na Lei federal nº 13.019/14, que por sua vez têm as suas características próprias que os diferem dos convênios sumariamente previstos na Lei federal nº 8.666/93 (ou do que sobrou deles, depois do advento da Lei nº 13.019/14), que também diferem, em grande medida, dos contratos previstos na mesma Lei nº 8.666/93 e de outras modalidades contratuais que incorporam um regime de preço, como as concessões, previstas em inúmeros diplomas legais.

Daí porque a importação de regras, por analogia, entre estes regimes, não pode ser feita tão facilmente, sob pena de descaracterização e engolimento de um pelo outro. Se o legislador regulou de forma diferente espécies contratuais, é porque quis conferir a elas sinais distintivos, por mais que se aproximem em maior ou menor grau em termos de regime jurídico. E a disciplina pelo legislador abrange não apenas o que ele impôs (os comandos de ordem pública), como também os espaços de discricionariedade (ou liberdade) que deixou para o gestor público, que não podem ser encaradas

como omissões ou lacunas.

No âmbito do direito constitucional, afirmou Paulo Branco:

Nessas hipóteses, o interprete pode ver-se convencido de que a hipótese concreta examinada pelo aplicador não foi inserida pelo constituinte no âmbito de certa regulação, porque o constituinte não quis atribuir ao caso a mesma consequência ligou às hipóteses similares de que tratou explicitamente. A omissão da regulação, nesse âmbito, terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída. Fala-se, em situações tais, que houve um “silêncio eloquente” do constituinte, que obsta a extensão da norma existente para a situação não regulada explicitamente. (Curso de Direito Constitucional, 12ª ed., versão digital, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91/92)

O silêncio eloquente é, nas palavras de Maria Helena Diniz, "*opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal*" (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

Pois bem. Voltando à questão colocada neste processo, a Lei federal nº 9.637/98, que disciplinou os contratos de gestão, não previu prazo máximo de duração para tais parcerias (mesmo porque a ideia original do legislador era a substituição de órgãos públicos por parcerias de longo prazo com entidades previamente qualificadas). A Lei municipal nº 14.132/06, que regulamenta tais ajustes no âmbito municipal, tampouco estabelece prazo máximo. Da mesma forma, a Lei federal nº 13.019/14 não prevê prazo máximo de duração para os termos de parceria nela previstos, o mesmo ocorrendo com os convênios regulados pela Lei nº 8.666/93 (cf. Informação nº 1.094/2013 – PGM.AJC, supramencionada). A Lei federal nº 9.790/99, que dispõe sobre as OSCIPs, também não impõe um prazo máximo.

Portanto, analisando a regulamentação legal dos instrumentos de parceria com entidades sem fins lucrativos, baseados em um regime de custo (e não de preço), podemos verificar que têm em comum a ausência de um prazo máximo pré-estabelecido. Ao não impor um prazo máximo, a lei delegou ao gestor público discricionariedade para discipliná-lo ou fixá-lo nas hipóteses que entender pertinentes. Não enxergamos em tais hipóteses, portanto, uma lacuna nas normas gerais quanto ao tema, mas silêncio eloquente do legislador.

Isso não impediu a Administração Pública de regulamentar a questão no plano infralegal, para algumas parcerias, num exercício de (auto)contenção da discricionariedade originalmente conferida pela lei. Assim, no que diz respeito aos termos de fomento e de colaboração, o Decreto municipal nº 57.575/16 previu um limite de 5 anos, prorrogáveis até o máximo de 10 anos:

Art. 36. O termo de colaboração ou termo de fomento estabelecerá sua vigência, que deverá corresponder ao tempo necessário para a execução integral do respectivo objeto, limitada ao prazo máximo de 5 (cinco) anos, prorrogáveis até o limite de 10 (dez) anos nos casos de parceria cujo objeto tenha natureza continuada e desde que tecnicamente justificado.

Parágrafo único. O limite previsto neste artigo não se aplica aos acordos de

E, no caso dos contratos de gestão, o recente §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 (inserido pelo Decreto nº 58.376/18) previu prazo máximo de 20 anos, conforme anteriormente mencionado.

No caso dos convênios, não há, pelo que foi noticiado pela Saúde, decreto disciplinando prazo máximo. Analisando o processo que deu origem ao Decreto nº 58.376/18 (PA 6018.2018/0026464-4), notamos que a ideia inicial era, de fato, estabelecer um prazo máximo também para os convênios, mas acabou que a minuta proposta – ao final acatada pelo Prefeito – alterava apenas o decreto que disciplina os contratos de gestão. Assim, para os convênios, em nossa opinião, continuou a haver um silêncio eloquente, o que afasta a possibilidade de importação da regra de outro regime jurídico por analogia.

De mais a mais, caso necessitássemos de alguma integração normativa no que diz respeito ao prazo máximo dos convênios, parece-nos que deveria ser empregado o prazo do art. 36 do Decreto municipal nº 57.575/16, eis que os convênios estão mais próximos dos termos de fomento e de colaboração do que dos contratos de gestão (pois nestes, ao contrário do que ocorre com aqueles, a entidade precisa ostentar uma qualificação especial). Como entendemos que não é o caso de lacuna – e portanto, tampouco é o caso de emprego de analogia – parece-nos que os convênios continuam a não ter prazo máximo de duração normativamente previsto.

Isto não impede que a própria Secretaria, caso entenda conveniente, discipline a questão por Portaria. Como a disciplina seria, de qualquer forma, restrita à saúde (como, aliás, ocorreu no §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11, que tratou apenas dos contratos de gestão na área da saúde), nada impede que o titular da pasta trate de matéria, prevendo um prazo máximo, se entender que a regra é conveniente e adequada.

A ausência de um prazo máximo de duração normativamente previsto tampouco constitui óbice para a reavaliação periódica quanto à conveniência em lançar chamamento público, caso se constate que isso poderá levar a ganhos de eficiência ou econômicos no desenvolvimento do objeto da parceria, como esta Procuradoria e como SNJ já haviam assentado por ocasião da Informação nº 1.094/2013 – PGM.AJC.

Sub censura.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA

Procurador Assessor – AJC

OAB/SP nº 227.775

PGM

[1] Citamos trecho da ementa do acórdão:

"12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput)."



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Bracet Miragaya, Procurador do Município**, em 07/11/2019, às 14:00, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **022656019** e o código CRC **EB081E6B**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 022656186

São Paulo, 31 de outubro de 2019

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO: Aplicabilidade do §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 (com redação dada pelo Decreto nº 58.376/18) aos convênios.

Cont. da Informação nº 1.662/2019 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Senhora Procuradora Geral

Encaminho a Vossa Senhoria manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral, que acompanho, no sentido da inaplicabilidade do §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 aos convênios, sem prejuízo: (i) da possibilidade de disciplina da matéria pela pasta interessada, caso julgue conveniente; (ii) da reavaliação periódica quanto à conveniência em se prorrogar o ajuste ou iniciar procedimento de seleção.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO

Coordenadora Geral do Consultivo Substituta

OAB/SP 175.186

PGM



Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO**, **Procurador Chefe**, em 08/11/2019, às 17:00, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **022656186** e o código CRC **B9329C10**.

Referência: Processo nº 6018.2019/0051255-0

SEI nº 022656186



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 022656241

São Paulo, 11 de novembro de 2019

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO: Aplicabilidade do §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 (com redação dada pelo Decreto nº 58.376/18) aos convênios.

Cont. da Informação nº 1.662/2019 – PGM.AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

Senhor Secretário

Encaminho, o presente, a Vossa Senhoria, com a manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo, que endosso, no sentido da inaplicabilidade do §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858/11 aos convênios, sem prejuízo: (i) da possibilidade de disciplina da matéria pela pasta interessada, caso julgue conveniente; (ii) da reavaliação periódica quanto à conveniência em se prorrogar o ajuste ou iniciar procedimento de seleção.

MARINA MAGRO BERINGHS MARTINEZ

PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO

OAB/SP 169.314

PGM

RBM

Aplicabilidade do §3º do art. 15 do Decreto nº 52.858 aos convênios – prazo máximo de duração PA 6018.2019.0051255-0



Documento assinado eletronicamente por **Marina Magro Beringhs Martinez, Procurador(a) Geral do Município**, em 11/11/2019, às 12:01, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **022656241** e o código CRC **59DAE878**.

Referência: Processo nº 6018.2019/0051255-0

SEI nº 022656241