



EMPRESA DE CINEMA E AUDIOVISUAL DE SÃO PAULO

Assessoria Jurídica Executiva

Rua Líbero Badaró, 293, 22º andar, conjunto 22B - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01009-907

Telefone: (11) 3117-3100

São Paulo, 14 de abril de 2022.

Ao

Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Av. Professor Ascendino Reis, nº 1.130

São Paulo/SP – CEP 04027-000

A/C: Exmo. Sr. Conselheiro Eduardo Tuma

Ofício nº 08/2022/Spcone

Ref:

Ofícios SSG nº 13.015/2022, 13.016/2022 e 13.017/2022

Processo TC nº 003916/2022

ASSUNTO: Acompanhamento – Edital - Realização de licitação na modalidade pregão eletrônico, tendo por critério de julgamento o menor preço global das propostas objetivando a prestação de serviços de desenvolvimento tecnológico (programação) e infraestrutura computacional para desenvolvimento da nova fase da plataforma SpconePlay, conforme especificações do Edital e seus anexos

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator,

Vimos pelo presente apresentar as informações da Empresa de Cinema e Audiovisual de São Paulo S.A. (Spcone) referentes aos Ofícios SSG supra, que tratam do acompanhamento do Edital nº 03/2022/Spcone, pregão eletrônico para a contratação de serviços de desenvolvimento tecnológico e infraestrutura computacional para desenvolvimento da nova fase da plataforma SpconePlay.

Houve recomendação de suspensão da sessão pública de abertura do pregão, originalmente prevista para o dia 11/03/2022 às 10:30 hs., tendo a empresa informado da suspensão conforme correspondência eletrônica datada de 10/03/2022 (doc.Anexo 01).

Inicialmente, cumpre-nos destacar a importância e necessidade de que o certame seja retomado o mais rápido possível, considerando os prazos estimados de prestação dos serviços e o cronograma intentado pela Spcone para ter a nova plataforma SpconePlay em operação.

Como consta da justificativa no processo SEI nº 8610.2022/0000239-0, a operação da plataforma hoje é viabilizada mediante uma parceria mantida com terceira, entretanto, esta parceria se encerra em junho/2022.

Tendo em vista os prazos estimados necessários para o desenvolvimento da plataforma no novo modelo intentado, a Spcine tem a necessidade de seguir com o certame o quanto antes de maneira a não prejudicar o oferecimento de sua plataforma e, consequentemente, o interesse público subjacente das usuárias.

Assim, rogamos que as justificativas e manifestações da empresa exaradas no presente sejam avaliadas com a urgência necessária para que se permita a célere republicação do Edital e retomada da licitação em análise, o que só ocorrerá após aval expresso deste E.Tribunal.

Outrossim, cumpre-nos também esclarecer brevemente o que se espera da contratação em apreço. A SpcinePlay é a única plataforma pública de *streaming* do Brasil, importante canal difusão da produção audiovisual brasileira, com grande foco em São Paulo. A curadoria exhibe filmes licenciados diretamente às distribuidoras/produtoras e também das principais mostras e festivais de cinema de São Paulo, contando atualmente com mais de 1.300 (um mil e trezentos) conteúdos em seu catálogo.

Após um estágio inicial de implementação, a plataforma experimentou um enorme crescimento de público com a pandemia, com a Spcine adotando uma política temporária de gratuidade completa dos conteúdos ofertados, o que ajudou a consolidação do serviço junto às usuárias.

Neste momento, intenta a Spcine expandir as funcionalidades da plataforma para uma nova fase de operação, objetivando a contratação de uma empresa especializada para o desenvolvimento e manutenção continuada da plataforma em sua nova fase. Assim, os serviços intentados serão de natureza contínua e permanente, superando o mero desenvolvimento e entrega do produto e incluindo também a manutenção técnica e tecnológica continuada após desenvolvimento inicial.

A Spcine realizou uma Mesa Técnica em 30/03/2022 junto com a equipe deste E.Tribunal para alinhamento técnico dos entendimentos, objetivando assim a melhor solução possível para os apontamentos efetuados.

Passamos então à análise de mérito. A equipe de auditoria realizou os seguintes apontamentos e conclusões em seu relatório preliminar de acompanhamento, sobre os quais apresentamos as considerações da Spcine:

4.1. As propostas de preços apresentadas pelas empresas Mediastream e Xstreaming não foram formatadas para adequarem-se à modelagem do Anexo II do Edital. Em decorrência, a SPCINE não dispões de meios para elaborar adequadamente os valores de referência e efetuar o cálculo da média a fim de subsidiar a tomada de decisão ao longo do procedimento de disputa. Diante do exposto, a pesquisa de preços deve ser reformulada.

Como exposto na justificativa, a Spcine conta com uma consultoria especializada para auxílio em todas as questões técnicas inerentes à contratação intentada.

A realização da pesquisa de preços na fase preparatória da licitação levou em consideração o que se esperava da prestação dos serviços de acordo com o caderno técnico elaborado, apesar de não ser formatada formalmente nos moldes do Anexo 02 do Edital nº 03/2022/Spcline, que foi elaborado neste formato de maneira a tornar clara e objetiva a análise no momento do pregão e estabelecer um padrão único a todas as licitantes concorrentes.

Em fase de pesquisa de preços, mesmo de acordo com o caderno técnico referenciado, as licitantes tendem a apresentar diferenciais de seus preços, visto que cada uma organiza seus recursos tecnológicos e humanos de uma maneira, mas no momento do pregão, as propostas devem naturalmente ser formatadas no mesmo modelo.

De acordo com a recomendação, informamos que a Spcline irá realizar nova pesquisa de preços referenciais formatadas em parâmetro único para atendimento do apontamento, seguindo o novo modelo de proposta de preços elaborado conforme recomendação da conclusão 4.3.

4.2. Não há no processo administrativo (Processo Eletrônico nº 8610.2022/0000239-0) o registro de reserva de recursos, o que impossibilita a realização do certame, em infringência ao art. 2º inc. VII do Decreto Municipal n. 44.279/03.

Neste ponto, cabe o esclarecimento acerca de como a Spcline maneja e operacionaliza os recursos sob sua gestão para a execução de políticas públicas audiovisuais na cidade de São Paulo.

Os recursos aprovados nas respectivas dotações orçamentárias anuais são repassados à Spcline via contrato que se assemelha a um contrato de gestão, para execução de acordo com plano de trabalho pré-aprovado integrante do respectivo instrumento.

Estes contratos, formalizados principalmente entre Spcline e Secretaria Municipal de Cultura, transferem à Spcline a gestão dos recursos municipais que, quando no caixa da empresa, se submetem aos controles e regras contábeis de execução próprias aplicáveis à Spcline de acordo com sua natureza jurídica.

No caso desta licitação, os recursos foram transferidos à Spcline no bojo do Contrato nº 01/2019/SMC-CPAR, que tem em seu plano de trabalho a meta de desenvolvimento da nova plataforma da SpclinePlay (doc.Anexo 02), se encontrando disponíveis no caixa da empresa na conta corrente nº 19757-2 para o exercício financeiro de 2022 (doc.Anexo 03).

Cumprе esclarecer ainda que o valor disponível em conta corrente é referente a todas as ações previstas no plano de trabalho acumulado de um respectivo contrato, que engloba variados exercícios, sendo que a Spcline maneja tais recursos de acordo com a previsão contratual e presta contas de sua execução à Secretaria Municipal de Cultura.

Outrossim, vale notar que os valores discriminados para cada ação no citado plano de trabalho podem ser adequados em caso de variação conforme o desenvolvimento da ação e, neste caso, conforme o resultado da licitação, como consta de permissivo da cláusula sétima do instrumento

contratual.

Neste sentido, os valores discriminados para a ação foram estimados quando de sua previsão no plano de trabalho, e provavelmente serão adequados após o resultado da licitação e efetiva definição dos valores envolvidos.

Este procedimento de gestão de recursos se deve ao fato de a empresa originalmente não operar seus recursos pelo Sistema de Orçamento e Finanças (SOF) da Prefeitura Municipal de São Paulo (PMSP), mas sim manejar e executar seus recursos mediante os controles contábeis próprios que lhe são aplicáveis em função de sua natureza jurídica empresarial.

Assim, os recursos manejados pela empresa para execução da política pública audiovisual no município de São Paulo, em conformidade com seu objeto e função social, são recebidos pela Spcine via contratos e ajustes congêneres mantidos com Secretarias e/ou outros órgãos da Administração Pública, onerando as dotações orçamentárias respectivas, e após são contabilizados e manejados pela empresa seguindo os preceitos jurídicos e contábeis aplicados de acordo com sua própria natureza jurídica, ou seja, não restritos a preceitos aplicáveis à Administração Direta necessariamente.

Isso inclui também a realização de reserva e empenho de recursos no sistema SOF da PMSP, que a princípio não era realizado pela empresa. A empresa tem, temporariamente, operado o sistema SOF diretamente com a emissão de reservas e empenhos apenas para efeitos de controle orçamentário em uma situação de dependência financeira temporária, mas é certo que o manejo dos recursos financeiros recebidos de outros órgãos e entidades para execução das políticas públicas por parte da empresa juridicamente prescinde das mesmas regras orçamentárias aplicáveis aos órgãos da Administração Direta.

Por esta razão, a prática da empresa sempre foi no sentido de manifestação sobre disponibilidade e origem de recursos indicando a conta corrente pelos quais serão manejados estes recursos pela empresa, e não dotações orçamentárias específicas.

Neste sentido e por esta mesma razão, a própria Lei Federal nº 13.303/2016 não exige, como informação necessária nos contratos formalizados pelas empresas estatais, a identificação da dotação orçamentária pelas quais correrão as despesas do contrato (art.69), ao contrário do que faz a Lei Federal nº 8.666/1993 em seu correlato art.55, V, ou mesmo a novel Lei Federal nº 14.133/2021 em seu art.92, VIII.

Essa diferenciação de exigência de informação necessária no contrato das estatais ocorre justamente porque a empresa estatal não necessariamente opera e maneja seus recursos pelos sistemas orçamentários e financeiros aplicáveis à Administração Direta, mas sim pelas regras de contabilidade próprias que lhe são aplicáveis de acordo com sua natureza.

Assim, a exigência do art.2º, VII, do Decreto Municipal nº 44.279/2002 deve ser interpretada de acordo com a Lei Federal nº 13.303/2016, que não exige nos contratos firmados pelas estatais a indicação do *crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica*.

Destarte, a indicação de disponibilidade de recursos é realizada mediante ateste da área

técnica responsável, no caso, a manifestação da Gerência Administrativa e Financeira exarada no Encaminhamento SEI 058971385 (doc.Anexo 04) atestando a disponibilidade dos recursos em conta corrente da Spcine e a origem destes.

Este ateste da área técnica responsável conta com fé pública e atende ao exigido pelo referido Decreto sem perder de vista os preceitos jurídicos e contábeis sob o qual opera a empresa estatal.

4.3. A metodologia de avaliação da menor preposta prevista no Anexo II deve ser alterada.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer a adoção da metodologia em questão.

Como citamos, a Spcine maneja e executa recursos advindos principalmente da Administração Direta (mormente da Secretaria Municipal de Cultura) para a realização dos programas e ações sob sua responsabilidade de acordo com seu objeto e função social.

E em que pese a empresa não estar vinculada ao princípio da anualidade orçamentária e poder manejar os recursos sob sua gestão de acordo com os preceitos de contabilidade a si aplicáveis, ainda assim a continuidade dos programas e ações de caráter permanente, como a ora avaliada, exigem a previsão e repasse de recursos anualmente a cada exercício para o seu custeio.

Destarte, ainda que se preveja um contrato com vigência jurídica de mais de um ano, é certo que o contrato permanece sob condição resolutiva expressa na existência de recursos financeiros previstos no exercício seguinte para continuidade de custeio das despesas (como consta do item 6.8 do Anexo 05 – minuta do contrato).

Em razão dessa condição resolutiva e da dependência de existência de recursos financeiros previstos nos exercícios subsequentes para continuidade da execução contratual, a Spcine entendeu por bem que as propostas de preços fossem ofertadas e avaliadas pelo referencial de 12 (doze) meses.

Outrossim, ainda que o contrato possa ser prorrogado por sucessivos períodos até o limite de 05 (cinco) anos, é certo que pela mesma razão exposta acima a Spcine não pode garantir a continuidade do contrato para além do exercício, que depende necessariamente da existência e do repasse de recursos para a estatal.

Logo, entendeu a empresa que não haveria razão em se estabelecer uma metodologia de avaliação de propostas que levasse em conta exercícios futuros, devido à sua incerteza inerente.

Torna ainda mais incerto este cenário o fato de que o período de desenvolvimento pode naturalmente sofrer atrasos, como é relativamente comum em atividades desta natureza, o que tornaria o período total de execução continuada incerto, visto que este apenas se inicia e passa a ser mensalmente remunerado após a conclusão e aceite do produto desenvolvido em todas as suas fases.

Inobstante, compreendemos a lógica exposta pela equipe de Auditoria e concordamos que uma análise das propostas considerando todo o possível período de vigência contratual, incluindo a execução continuada em sucessíveis prorrogações de prazo, podem indicar com mais clareza a proposta economicamente mais vantajosa para a Administração.

Assumindo que a metodologia mais adequada de análise deve levar em consideração também uma prospecção de custos de execução continuada para exercícios futuros, a Spcine propõe a seguinte metodologia de análise:

$$\text{Valor 1} + (\text{Valor 2} * 55) = \text{Valor global da proposta}$$

Onde:

Valor 1 = Valor proposto para o desenvolvimento

Valor 2 = Valor mensal proposto para a execução continuada

Com isto, leva-se em consideração a possibilidade limite de 60 (sessenta) meses de vigência do contrato, sendo que os 05 (cinco) primeiros meses são previstos para o desenvolvimento (não havendo remuneração mensal da execução continuada conforme item 1.10, §1º, da minuta de contrato, e tendo em mente ainda que este pode sofrer atrasos), permitindo-se à Spcine avaliar o custo efetivo total das propostas tomando por parâmetro o prazo de vigência máximo do contrato, que é certamente a intenção da empresa visto que a SpcinePlay é uma ação e um produto de caráter permanente da empresa, mas que, como ressaltamos, a Spcine não pode necessariamente garantir.

Entendemos que se a metodologia de análise pretende levar em conta a prospecção de execução continuada para exercícios futuros, então só faz sentido que seja aplicada se levarmos em consideração o prazo máximo possível de vigência contratual de 60 (sessenta) meses, ainda que, repetimos, não haja garantias concretas de que o contrato de fato será vigente por todo este período.

Em vista do raciocínio supra, submetemos ao E.Tribunal o Anexo 02 do Edital reformulado com o novo modelo de propostas de preços (doc.Anexo 05), destacando ainda que este novo modelo será utilizado para realização de nova pesquisa de preços referenciais padronizados de maneira a garantir a segurança do valor referencial da licitação (conforme apontamentos da conclusão 4.1).

4.4. A previsão do item 5.7 parágrafo único do edital não encontra respaldo na legislação de regência. Também não há previsão no edital de subcontratação dos serviços, de modo que deve o item deve ser retificado.

O item 5.7, parágrafo único, do Edital foi previsto desta forma visto que é relativamente comum que empresas que atuam no ramo de desenvolvimento tecnológico tenham mais de um estabelecimento prestador, compartilhando entre estes aspectos pontuais de desenvolvimento do produto ou solução contratada.

Assim, compreendendo a realidade de mercado inerente à prestação dos serviços, a

Spicine entendeu por bem já prever de forma expressa que a licitante que pretenda prestar serviços formalmente por outro estabelecimento deverá garantir o cumprimento das exigências habilitatórias por parte deste, como maneira de evitar a “subcontratação informal”, por assim dizer, ainda que no caso não se trate de subcontratação propriamente dita.

Inobstante, compreendemos a fundamentação no apontamento realizado pela equipe de Auditoria e informamos que retiramos tal possibilidade do Edital conforme recomendação do apontamento.

4.5. A previsão do item 6.2 da minuta do contrato deve ser retirada do edital.

4.7. O item 6.6 da minuta de contrato deve ser retificado pois não é possível a previsão de renovação automática do contrato.

Analizamos estes apontamentos conjuntamente pois relacionados a um mesmo argumento jurídico. Referidos itens estabelecem:

6.2. Caso não haja interesse na prorrogação ou nas hipóteses de rescisão, à Spicine é assegurado o direito de exigir que a Contratada prossiga na execução do Contrato pelo prazo de até 90 (noventa) dias, mediante devida remuneração, para viabilizar a formalização de novo contrato e evitar solução de continuidade nos serviços prestados.

6.6. O presente Contrato renovar-se-á automaticamente por novo período ao fim de sua vigência caso as partes não se manifestem em sentido contrário e ajam como se contratantes fossem, sem prejuízo da oportuna regularização contratual e processual.

A equipe de Auditoria entende que tais itens devem ser retirados pois não encontrariam respaldo na legislação aplicável.

Inicialmente, cumpre-nos informar que ambos os itens foram removidos da minuta contratual de acordo com a recomendação exarada, conforme nova minuta que submetemos para análise deste E.Tribunal (doc.Anexo 05).

Inobstante o acatamento da recomendação, entendemos pertinente esclarecer o raciocínio jurídico utilizado pela empresa na sua previsão inicial. Ambos os itens foram previstos de maneira a evitar a solução de continuidade nos serviços prestados em prejuízo último às usuárias e ao interesse público envolvido.

Neste sentido, o item 6.5 como originalmente previsto tinha intenção de permitir que a Spicine exigisse da contratada continuidade nos serviços prestados, mediante devida remuneração, em caso de desinteresse em eventuais prorrogações contratuais ou em caso de hipótese de interrupção abrupta na prestação, com o objetivo de viabilizar à estatal tempo adequado até a realização de nova licitação e contratação e evitando que a mesma tenha de se socorrer de uma contratação direta emergencial, o que possivelmente implicaria em trocas constantes de prestadoras de serviço e que

poderia acabar atuando em prejuízo do funcionamento adequado da plataforma e suas funcionalidades.

Esta preocupação se relaciona principalmente ao fato de que a plataforma precisa estar em operação permanente e a Spcine deve evitar a todo custo a interrupção de seu funcionamento já que, em fases posteriores, a intenção é que a mesma possa ter seu uso temporariamente licenciado a usuárias externas que poderão expandir a programação e curadoria da plataforma com a criação de canais próprios, após devida aprovação da Spcine.

Já o item 6.6, da mesma forma, permitiria que se considerasse a prorrogação contratual nas hipóteses em que eventuais falhas procedimentais ou outros fatores impedissem a formalização desta prorrogação tempestivamente, obviamente sem prejuízo da obrigatoriedade de oportuna regularização processual e contratual e da eventual apuração de responsabilidades.

Em que pese a ausência de previsão expressa neste sentido, jurídica e legalmente entendemos que a Lei Federal nº 13.303/2016 objetiva justamente conferir maior autonomia às empresas estatais em seus procedimentos para que possam atuar no mercado e pactuar soluções para imprevistos que não tem como ser antevistos e, portanto, expressamente previstos pela referida legislação.

Não por outra razão, o diploma é expresso ao estabelecer em seu art.68 que os contratos formalizados pelas estatais se subsomem aos preceitos de direito privado naquilo que não contrariarem as disposições expressas da lei.

A Lei Federal nº 13.303/2016, ao contrário da Lei Federal nº 8.666/1993, **não determina a nulidade do contrato verbal realizado com as estatais**. Dispõe apenas em seu artigo 73 que *A redução a termo do contrato poderá ser dispensada no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista.*

Observa-se que a lei não dispõe expressamente que a não redução a termo configuraria automaticamente a nulidade do instrumento ou de seus efeitos, como o faz expressamente a Lei Federal nº 8.666/1993. Entendemos que se tal nulidade não foi tratada expressamente pelo novo diploma é porque a nulidade do contrato verbal ou de suas consequências não é uma determinação inafastável da lei, mas algo a ser avaliado caso a caso.

Neste sentido, pelos preceitos de direito privado certamente deve-se considerar que os contratos verbais são reconhecidos se atendidos os requisitos do negócio jurídico, conforme artigo 104 da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil), a saber, i) agente capaz, ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e iii) forma prescrita ou não defesa em lei, todos elementos que estariam presentes em uma eventual prorrogação automática de contrato caso permitida (obviamente, sem prejuízo da oportuna regularização processual e contratual posterior e eventual apuração de responsabilidade pela não adoção tempestiva dos procedimentos formais).

Esta diferenciação de tratamento da nulidade entre os dois diplomas federais é, a nosso ver, intencional e plenamente justificável se considerarmos, como citamos supra, que a dinâmica de funcionamento da Administração Direta (para a qual voltada a Lei Federal nº 8.666/1993) diverge imensamente daquela das empresas públicas e sociedades de economia mista (para a qual voltada a Lei Federal nº 13.303/2016), em função de suas naturezas extremamente diversas.

Assim, o art.60, Parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993 determina expressamente a nulidade do contrato verbal com a Administração Direta tendo em vista que, para estes órgãos, não se admite qualquer despesa sem o prévio empenho dos recursos correspondentes, conforme preconiza o art.60 da Lei Federal nº 4.320/1964, sendo que a liquidação das despesas empenhadas terá por base sempre os documentos que as justificam, incluindo o contrato e a própria nota de empenho que normalmente lhe é anexo (art.63, §2º, da Lei Federal nº 4.320/1964).

Ocorre que as empresas públicas e sociedades de economia mista não trabalham com notas de empenho ou empenhamento prévio de recursos, tendo em vista que estes são manejados pelos critérios de contabilidade aplicados à sua natureza empresarial e não pelos preceitos contábeis da Lei Federal nº 4.320/1964. Desta forma se verifica, por exemplo, que a Lei Federal nº 13.303/2016 não exige, como cláusula necessária dos contratos (art.69), a indicação do crédito pelo qual correrá a despesa (demonstrado pelo empenhamento dos recursos), ao contrário do exigido pela Lei Federal nº 8.666/1993 (art.55) para os contratos da Administração Direta.

Ainda que a Spcine esteja momentaneamente emitindo nota de reserva e empenho para suas despesas, isto ocorre em função de uma situação de dependência provisória que por critérios procedimentais da Administração Direta exige da empresa a utilização do Sistema de Orçamento e Finanças (SOF) da Prefeitura Municipal de São Paulo, e não por uma obrigação legal do Estatuto Jurídico das Estatais.

Ou seja, ainda que não haja previsão legal expressa, é certo que a Lei Federal nº 13.303/2016 objetiva estabelecer um arcabouço em que se permite à empresa estatal que estabeleça soluções jurídicas possíveis à luz do mercado em que atua e dos problemas que possivelmente enfrentará na execução de seus contratos e que não podem, naturalmente, ser previstos de antemão pela lei, razão pela qual cita expressamente a subsunção destes contratos aos preceitos de direito privado.

Tal diferenciação de tratamento se justifica principalmente porque os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/1993 (ou mesmo da novel Lei Federal nº 14.133/2021) não se aplicam de maneira perfeitamente identificada à atuação das estatais, atuação que diverge imensamente daquela da Administração Direta, em especial por não se aplicar os mesmos procedimentos e mecanismos previstos já que as estatais atuam, principalmente, pautadas pela legislação de regência de acordo com sua natureza jurídica.

Reiteramos este ponto porque nos parece essencial considerar que determinados dispositivos da Lei Federal nº 8.666/1993 não se coadunarão perfeitamente com a execução contratual de uma estatal, não podendo sequer haver aplicação subsidiária por ausência de identidade de situações jurídicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim escreve (*Curso de Direito Administrativo*, 25ª Edição, Ed. Malheiros: São Paulo, 2007):

(...) se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, quando atinentes ao cumprimento da finalidade industrial ou comercial para que tenha sido criada, salvo alguma exceção mas adiante anotada, serão sempre regidas pelos Direito Privado.

Nesse sentido, os contratos regidos pelas estatais devem ser privados e não administrativos, a responsabilidade deve ser a mesma aplicada às entidades privadas e as obrigações tributárias também devem ser as mesmas das empresas privadas que operam no mesmo setor.

Da mesma forma, o procedimento licitatório também não deve ser o mesmo aplicado às pessoas jurídicas de direito público.

O autor ainda leciona:

Sem dúvida, a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isso é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vistas das quais foram criadas. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstarão à obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.

Daí por que o artigo em apreço decidiu que o adequado seria, em um estatuto próprio para tais entidades, legalmente estabelecido, fixar normas de licitação específicas para elas, obedientes apenas aos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – que são os nominalmente referidos na cabeça do art.37), naturalmente sem as peias estritas que existem no regime jurídico licitatório comum do Poder Público e, como é de se presumir, com hipóteses de dispensa e de inexigibilidade adaptadas a suas naturezas. (destacamos)

Com a publicação da Lei Federal nº 13.303/2016 foi finalmente criado o estatuto jurídico das empresas estatais com a finalidade precípua (dentre outras) de atender ao mandamento constitucional de que estas devem ser regidas por regras licitatórias e contratuais próprias e diferenciadas daquelas aplicáveis à Administração Direta.

Portanto, com a entrada em vigor da referida lei, não há mais que se falar em aplicação da Lei de Licitações às empresas públicas e sociedades de economia mista, visto potenciais conflitos entre dispositivos desta e a natureza da atividade exercida e dos contratos formalizados pelas estatais.

Marçal Justen Filho, ao tratar do assunto, assim discorre (*Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017):

4. A Lei Federal nº 13.303/2016

A Lei Federal nº 13.303/2016 configura-se como estatuto previsto no art.173, §1º, da CF/1988. A longa demora na produção da disciplina específica sobre licitações e contratos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica acarretou dificuldades muito significativas.

4.1 A influência da Lei 8.666/1993 e da jurisprudência do TCU

Ainda assim, a disciplina da Lei 13.303/2016 foi altamente influenciada pela 8.666 e pela jurisprudência do TCU. O grande desafio reside em interpretar e aplicar os dispositivos segundo uma principiologia autônoma. Não é cabível reputar que, não obstante a edição da Lei 13.303/2016, a disciplina da Lei

8.666 continua a ser aplicável.

4.2 A ausência de aplicação subsidiária da Lei 8.666

Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.

Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.

Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas. (destacamos)

Na opinião do autor, da qual compartilhamos, a regra é que a Lei Federal nº 8.666/1993 não se aplica nem mesmo de forma subsidiária, exceto no caso de omissões e, ainda assim, somente quando houver identidade nas situações disciplinadas.

Neste sentido, se não há na Lei Federal nº 13.303/2016 dispositivo que regule quais são as situações e regramentos específicos aplicáveis nas hipóteses de prorrogação contratual, ao contrário da Lei Federal nº 8.666/1993, então é certo que não deve ser aplicável de maneira subsidiária o art.65 deste diploma, por absoluta falta de identidade no tratamento legislativo das situações jurídicas.

Ao contrário, a Lei Federal nº 13.303/2016, em seu art.69, estabelece expressamente que devem constar do contrato alguns elementos essenciais, como hipóteses de rescisão, prazos, direitos e responsabilidades das partes, mas em nenhum momento referida legislação limita hipóteses de prorrogação contratual ou suas condições e, se não o faz expressamente, é justamente pela autonomia conferida à estatal para que possa avaliar tais condições de acordo com a natureza de execução de seus contratos, submetendo-se, de qualquer forma, aos preceitos de direito privado.

4.6. O item 6.3 da minuta de contrato deve ser retificado para ficar coerente com o item 9.9 do edital, prevendo que o reajuste será contado a partir da data de apresentação da proposta.

4.8. O item 6.3 da minuta de contrato deve ser retificado para ficar coerente com o item 9.9 do edital, prevendo que o reajuste será contado a partir da data de apresentação da proposta.

Tratamos ambas as conclusões conjuntamente por serem derivadas do mesmo apontamento fático. Informamos que o antigo item 6.3 da minuta do contrato (atual item 6.2) foi alterado de acordo com a recomendação contida no apontamento, passando a constar com a seguinte redação:

6.2. O preço poderá ser reajustado observada a periodicidade anual que terá como termo inicial a data de apresentação da proposta, calculado pelo índice IPC-FIPE, desde que ainda economicamente

vantajoso.

4.9. Não há, no edital, cronograma com a especificação dos prazos para o desenvolvimento da plataforma Spcine Play. Também faltam cláusulas especificando o modo como será realizado o recebimento provisório da solução, o recebimento definitivo bem como se será necessário algum tipo de treinamento da equipe contratante, de modo que todas essas informações devem compor o instrumento convocatório.

Data venia, referido cronograma consta do Anexo 01 do Edital (Termo de Referência), que em suas ps.29-31 prevê:

Cronograma de execução

Fase 1.

· Em 03 (três) meses a empresa deve apresentar versão de produção (versão para uso) dos seguintes recursos:

o Frontend - Admin

§ Cadastro de obra

§ Cadastro de usuários

§ Ingest

§ Encoder

§ Segurança

§ Player de visionamento

§ Busca

o Backend

§ Backup

§ CMS

§ Ingest

§ Encoder

§ CDN

§ Storage

Fase 2. 01 (um) mês depois da primeira entrega:

Frontend

· Admin Spcine

o Dashbord Analytics

o Construtor de páginas

· Admin Cliente

o Cadastro de Obra

- o *Ingest*
- o *Encoder*
- o *Dashbord Analytics - dos conteúdos do admin cliente*
- o *Player de visionamento*
- *Cliente*
- o *Telas de acesso - Landpage e Hotpage*
- o *Biling*
- o *Client admin*
- o *Busca*
- o *Telas de visionamento de catálogo (Prateleiras)*
- o *player completo*
- Backend*
- *Biling*
- *Player*
- *Busca*

Fase 3. 01 (um) mês após a segunda fase:

Frontend

- *Interface developer*
- *Integração usuários interface developer*
- *Tokem de acesso API*
- *APP de celular e Tablet*
- *APP de televisões conectadas*

Backend

- *Todas as API em funcionamento*
- *Acesso API Testado*

Ou seja, o cronograma de execução total do desenvolvimento é de 05 (cinco) meses, sendo 03 (três) meses para a Fase 01, 01 (um) mês para a Fase 02 e 01 (um) mês para a Fase 03. Cumpre notar que após o desenvolvimento da Fase 01 a plataforma já estará em condições de operação junto ao público, com as Fases 02 e 03 incorporando funcionalidades adicionais.

Destacamos que a minuta contratual prevista no Anexo 05 do Edital e submetida à apreciação deste E.Tribunal teve seu item 1.6 modificado para também fazer constar os prazos de desenvolvimento conforme Termo de Referência.

Quanto ao modo de recebimento, este se dá através da disponibilização à Spcine de um ambiente de homologação do produto e de suas funcionalidades a cada nova fase desenvolvida, para a realização de testes, conforme expressamente definido no item 1.8 da minuta de contrato.

Como cada fase prevista encerra funcionalidade próprias, distintas e independentes, com a plataforma já em condições de operação junto ao público após a entrega da Fase 01, o ateste será definitivo para cada fase respectiva.

Por fim, quanto à previsão de treinamento de equipe própria da contratante, informamos que **não** há previsão deste serviço justamente porque a intenção da Spcine é que a operação técnica da plataforma fique sob a responsabilidade integral da contratada.

A Spcine não dispõe de pessoal próprio suficiente ou com as qualificações apropriadas para que a operação técnica e tecnológica do produto seja realizada diretamente pela própria contratante.

Assim, o objetivo da contratação, que possui para além do desenvolvimento do produto a sua manutenção permanente em regime de execução continuada, é justamente permitir que a contratada se responsabilize pela operação técnica da plataforma, enquanto a Spcine permanece com o controle curatorial e direcionamento das relações negociais com terceiras e usuárias externas.

Conclusão

Sendo o que cumpria, submetemos ao crivo de V.Sas. a minuta do Edital nº 03/2022/Spcline e de seus Anexos 02 (modelo de proposta de preços) e 05 (minuta do contrato) com as adequações necessárias (doc.Anexo 05), bem como justificamos itens que entendemos pela não alteração para avaliação.

Como ressaltamos no início, rogamos celeridade na análise e oportuna autorização de retomada do certame, em vista dos prazos estimados de desenvolvimento da plataforma e do cronograma disposto pela Spcine para evitar interrupção longa na disponibilização da plataforma SpclinePlay ao público.

Viviane Ferreira

Diretora Presidente

Empresa de Cinema e Audiovisual de São Paulo S.A.



Viviane Ferreira
Presidente

Em 18/04/2022, às 16:04.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **061659774** e o código CRC **408E7956**.