TC 435/2017

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. SMC. Seleção de propostas. Gerenciamento e realização das atividades do Teatro Municipal de São Paulo. Termo de Colaboração. Lei 13.019/14. Permissão da partição de um maior número de concorrentes. ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO para que nos casos futuros a Administração motive o modelo de contratação de forma mais clara. Votação por maioria.

TC citado 1.276/14-57.

3.043ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, em acolher o edital de chamamento público, diante da superação dos apontamentos inicialmente apresentados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar a expedição de ofício ao Secretário Municipal de Cultura, informando-o do teor deste Acórdão, com a recomendação de que, nos casos futuros, proceda à motivação mais detalhada do modelo de contratação escolhido.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, consoante voto proferido em separado, que julgou irregular o edital.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de junho de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Refere-se o presente processo à análise de acompanhamento do Edital de Chamamento Público 001/FTMSP/2017, cujo objeto é a seleção de propostas para a celebração de parceria com a Prefeitura Municipal de São Paulo, por intermédio da Fundação Theatro Municipal, através da celebração de Termo de Colaboração para o gerenciamento e realização das atividades, programas e corpos artísticos.

Referido edital foi publicado pela Secretaria Municipal da Cultura – SMC no Diário Oficial da Cidade em 27.4.2017 e em seu sítio eletrônico, com previsão para recebimento das inscrições até às 18 horas de 29.5.2017 e regido pela Lei Federal 13.019/14, a qual é regulamentada, no âmbito municipal, pelo Decreto Municipal 57.575/16.

Assinalou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle que a referida lei estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

Informou, ainda, que a Organização da Sociedade Civil é uma entidade privada sem fins lucrativos; portanto, não distribui seus lucros, mas aplica-os integralmente na consecução do respectivo objeto social. Desde 01.01.2017, o regime jurídico aplicável às parcerias entre os municípios e essas entidades é aquele estabelecido pela Lei Federal 13.019/2014, também conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC.

Por expressa determinação do Marco Regulatório, a Lei Federal 8.666/93, que dispõe sobre normas gerais de licitação, não é mais aplicada às parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, exceto quando se tratar de ajuste destinado à assistência à saúde.

Com isso, a celebração de parceria entre o Município de São Paulo e a Organização da Sociedade Civil deve seguir exclusivamente as regras estabelecidas pelo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

Afirmou, ainda, a Auditoria que se encontra em vigor o Contrato de Gestão 001/2013, entabulado entre a Fundação Theatro Municipal de São Paulo e o Instituto Brasileiro de Gestão Cultural – IBGC, cujo objeto é o fomento e a operacionalização da gestão e execução de atividades e serviços na área da

cultura, em relação à temporada artística e dos corpos artísticos ligados ao Theatro Municipal, pelo prazo de 04 anos (de 24.7.2013 a 24.7.2017).

Aludido contrato foi julgado irregular por este Tribunal de Contas, assim como os seus Termos de Aditamento 01 a 11, as prestações de contas do IBGC dos exercícios de 2013 e 2014 e o balanço das contas do Theatro Municipal de 2013 e 2014.

Propriamente sobre o Edital de Chamamento Público 001/FTMSP/2017, ora sob exame, assinalou a Auditoria:

"De acordo com o item 01 do Edital (fl. 261), a finalidade do chamamento público é a seleção de propostas para a celebração de parceria com a Prefeitura Municipal de São Paulo, por intermédio da Fundação Theatro Municipal, através da celebração de termo de colaboração, cujo objeto consiste no gerenciamento e realização das atividades, programas e corpos artísticos abaixo discriminados:

a) Theatro Municipal de São Paulo;
b) Praça das Artes;
c) Corpos artísticos profissionais e semi profissionais;
d) Acervos;
e) Central Técnica de Produções Artísticas Chico Giacchieri.

De acordo com o art. 2º inciso VII da Lei Federal 13.019/2014, termo de colaboração é o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Os objetivos elencados no Edital são selecionar a melhor proposta da organização da sociedade civil inscrita para o gerenciamento dos equipamentos culturais; cumprir a política e missão da Fundação Theatro Municipal definidos para o Theatro Municipal e seus complexos; trazer maior economicidade na prestação de serviços culturais e agilizar o processo de concretização das demandas culturais.

O valor total de recursos disponibilizados, conforme item 8.1 do Edital (fl. 275) será de até R$ 577.215.000,00 (quinhentos e setenta e sete milhões, duzentos e quinze mil reais) nos exercícios de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021.

No entanto, não há no processo administrativo a demonstração necessária de como a Fundação Theatro Municipal fez o cálculo do valor total da estimativa dos recursos necessários para o objeto de chamamento em questão.

"Não será exigida qualquer contrapartida da organização da sociedade civil selecionada (fl. 276)."

Após análise do Edital de Chamamento Público 001/FTMSP/2017 da Fundação Theatro Municipal, concluiu a Auditoria que "(...) o chamamento não reúne condições de prosseguimento, devido às seguintes irregularidades, apresentadas por ordem de importância:"

"4.1. Considerando que a cláusula décima primeira do Anexo XII determina que a vigência será de 4 anos e que a alínea 'f' do item 3 estabelece que as organizações da sociedade civil devem comprovar possuir experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto no prazo semelhante, não poderão participar do chamamento entidades que foram constituídas há menos de 4 anos, por não serem capazes de comprovar experiência prévia na realização do objeto neste prazo. (item 3.2.4. do relatório)

4.2. Não há no edital o estabelecimento da data da seleção, conforme exige o art. 24 inc. V da Lei Federal 13.019/14, razão pela qual o instrumento deve ser retificado para incluir esta informação. (item 3.4. do relatório)

4.3. Tendo em vista que o inventário dos bens integra o Anexo XIII do Edital, os recursos necessários para equipamentos, materiais permanentes e mobiliários devem também integrar a estimativa de despesas a serem realizadas na execução das ações, já que é possível o planejamento das despesas necessárias para suprir eventual ausência de equipamentos, materiais permanentes e mobiliários, considerando-se que a entidade deve possuir experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou em atividade semelhante em sua natureza, características, quantidade e prazos, conforme alínea 'f' do item 3 (item 3.4.4. do relatório).

4.4. Não há, de forma clara, no plano de trabalho, o estabelecimento de metas qualitativas referentes ao objeto a ser prestado, em infringência ao art. 23 § único da Lei Federal 13.019/14 e o art. 11, § 3º do Decreto Municipal 57.575/16 (item 3.4.5. do relatório).

4.5. O subitem 10.10 do Edital estabelece que o plano de trabalho da parceria poderá ser revisto para alteração de valores ou metas, mediante aditivo. No entanto não há disposição balizando os limites para a alteração de valores e metas. Em analogia ao art. 65 § 1º da Lei Federal 8.666/93, os acréscimos ou supressões que se fizerem no objeto do chamamento devem limitar-se a até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do chamamento (item 3.4.5. do relatório).

4.6. O subitem 5.7 do Edital, ao referenciar os critérios para avaliar a experiência no portfólio de realizações da entidade, confere pontuação às publicações na imprensa dos principais resultados alcançados pela entidade. No entanto essa metodologia dá margem a assimetria de oportunidades, pois eventuais organizações com maior poderio econômico e acesso à mídias teriam maiores

vantagens competitivas, o que não seria o meio mais hábil e isonômico a medir a experiência técnica da entidade, de modo que essa metodologia deve ser revista, a fim de conferir isonomia entre eventuais concorrentes, ajustando-se às hipóteses do art. 25 do Decreto Municipal 57.575/16 (item 3.4.6. do relatório).

4.7. O subitem 5.7, ao referenciar os critérios para a comprovação dos currículos dos dirigentes, não especifica o número de dirigentes cujos currículos podem ser utilizados para esta comprovação nem estabelece há quanto tempo ele deve pertencer aos quadros da instituição, de modo que o Edital deve aclarar essas informações (item 3.4.6. do relatório).

4.8. O Edital de Chamamento não traz a previsão do art. 27, § 1º do Decreto Municipal 57.575/16, que determina que terminado o prazo para envio das propostas, a unidade que promove o chamamento público deverá publicar, no sítio oficial da Administração Pública na internet, listagem contendo o nome de todas as organizações da sociedade civil proponentes, com o respectivo CNPJ. Assim, o Edital deve ser retificado para a inserção desta informação (item 3.4.1. do relatório).

4.9. O Anexo X do Edital deve estabelecer a ocasião em que os relatórios mencionados devem ser entregues, de modo a tornar clara a informação para o parceiro privado bem como para permitir que a Administração Pública exija a sua apresentação na data avençada. (item 3.6. do relatório).

4.10. O inciso II do Anexo X trata da prestação de contas mensal. Além dos documentos elencados, a organização da sociedade civil também deve entregar mensalmente, conforme determina o art. 54 do Decreto Municipal 57.575/16, (1) relatório de execução do objeto, assinado pelo seu representante legal, contendo as atividades desenvolvidas para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados, a partir do cronograma acordado; (2) na hipótese de descumprimento de metas e resultados estabelecidos no plano de trabalho, relatório de execução financeira, assinado pelo seu representante legal, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas, assim como notas e comprovantes fiscais, incluindo recibos, emitidos em nome da organização da sociedade civil; (3) extrato bancário da conta específica vinculada à execução da parceria, se necessário acompanhado de relatório sintético de conciliação bancária com indicação de despesas e receitas; (4) material comprobatório do cumprimento do objeto em fotos, vídeos ou outros suportes; (5) relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos, quando for o caso e (6) memória de cálculo do rateio das despesas, quando for o caso (item 3.6. do relatório).

4.11. Não há na minuta do termo de colaboração a previsão da obrigatoriedade de prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública, razão pela qual ela deve ser alterada para se adequar às determinações do art. 42, inciso XVII do MROSC (item 3.7. do relatório).

4.12. A cláusula décima primeira do Anexo XII (minuta do termo de colaboração) deve ser aclarada, pois se a vigência do Termo de Colaboração termina em 4 anos, é incoerente afirmar que o último ano de vigência do termo de colaboração termina em 31 de dezembro de 2021. (item 3.2.3. do relatório)

4.13. Não há no processo administrativo a demonstração necessária de como a Fundação Theatro Municipal fez o cálculo do valor total da estimativa dos recursos necessários para o objeto de chamamento em questão que, conforme item 8.1 do Edital (fl. 275) será de até R$ 577.215.000,00 (quinhentos e setenta e sete milhões, duzentos e quinze mil reais) para os exercícios de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 (item 3.2. do relatório).

4.14. Há infringência ao art. 2º do Decreto Municipal 55.838/2015 uma vez que a autuação do processo não se deu na forma eletrônica (item 3.3. do relatório). Recomendações

4.15. Em atendimento ao art. 24 do Decreto Municipal 57.575/16, a Origem deve aclarar se há, na Comissão de Seleção, pelo menos, um servidor ocupante de cargo de provimento efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da Administração Pública Municipal bem como se seus membros não incorrem nas hipóteses de impedimento elencadas no art. 24, § 3º do mesmo Decreto Municipal (item 3.3. do relatório).

4.16. Não há, no procedimento administrativo, menção à composição e designação da comissão de monitoramento e avaliação. Também não há menção de que o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto deverá considerar os mecanismos de escuta ao público-alvo acerca dos serviços efetivamente oferecidos no âmbito da parceria, aferindo-se o padrão de qualidade definido em consonância com a política pública setorial, conforme estabelece o art. 47 § 3º do Decreto Municipal 57.575/16, razão pela qual recomendamos a inserção dessas informações no Edital (item 3.5. do relatório).

4.17. Conforme art. 50 do Decreto Municipal 57.575/16, o gestor da parceria deverá ser dotado de conhecimento técnico adequado e será designado pela autoridade competente no mesmo ato que autorizar a celebração de ajuste, ou mediante portaria, aplicando-se a ele os mesmos impedimentos constantes do artigo 24, § 3º do Decreto Municipal 57.575/16.

A cláusula 10.1 do Termo de Colaboração designa o gestor da parceria, atribuindo-lhe um rol de competências. Recomendamos que o ato que designa este servidor seja justificado comprovando-se o conhecimento técnico adequado do gestor da parceria (item 3.5. do relatório).

Informamos que o edital foi publicado pela Secretaria Municipal da Cultura – SMC no DOC em 27.04.2017 e em seu sítio eletrônico e as inscrições serão recebidas até às 18 horas de 29.05.2017." (23.5.2017 – folhas 486/504)

Diante disso, esta Relatoria determinou a suspensão "ad cautelam" do certame até o saneamento das irregularidades apresentadas pela Auditoria.

Determinou, ademais, a expedição de ofício dirigido ao senhor Secretário Municipal de Cultura para que se manifestasse sobre o valor estimado de R$ 577.215.000,00 (quinhentos e setenta e sete milhões e duzentos e quinze mil reais), indicado no Termo de Colaboração a ser firmado para o gerenciamento e realização das atividades, programas e corpos artísticos da Fundação Theatro Municipal.

Em sessão de 31.5.2017 do Pleno desta Corte de Contas, foi referendado, à unanimidade, o aludido despacho de suspensão do Edital de Chamamento Público 001/FTMSP/2017. Na ocasião, manifestou-se o Conselheiro Maurício Faria, destacando que a Lei 13.019/14, embora editada em 2014, sua vacatio legis se estendeu até janeiro de 2017 para os Municípios, sendo essa a primeira vez que é submetida ao exame do Plenário desta Corte uma parceria regida pelo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

Tal oportunidade, considerou o Conselheiro, deveria ser aproveitada para estabelecer parâmetros de análise dessas novas parcerias por este Tribunal, ante o que, propôs que fosse determinado à Origem justificar a opção pelo Termo de Colaboração, uma vez que, além desse, outros instrumentos foram introduzidos pela referida lei, sem prejuízo dos já existentes.

Assim sugeriu para que se obtivessem informações claras sobre quais aspectos técnicos ensejaram a escolha do termo de colaboração e suscitar a manifestação da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, o que foi acolhido.

A Secretaria Municipal de Cultura apresentou manifestação e documentos às folhas 514/643. Sobre tal manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle assim se posicionou:

"1. Mantemos os apontamentos 4.2, 4.4 e 4.11 do relatório de auditoria, por tratarem de cláusulas obrigatórias que devem ser inseridas no edital, conforme estabelecido na legislação citada, para o caso de parceria com organizações da sociedade civil;

2. Mantemos o apontamento 4.13 do relatório de auditoria, e consignamos que em que pese não ser razão suficiente a obstar o prosseguimento do chamamento, consideramos ser necessário um melhor detalhamento da estimativa com suporte documental;

3. Consideramos sanados os apontamentos 4.1, 4.3, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.12, 4.16 e 4.17 do relatório de auditoria, desde que o edital seja republicado com as alterações propostas pela Origem;

4. Consideramos sanados, sem mais ressalvas, os apontamentos 4.14 e 4.15 do relatório de auditoria.

Informamos que apesar do ofício encaminhado pelo relator no sentido da suspensão do chamamento, há nos autos notícia de prorrogação do prazo para inscrição/apresentação de propostas em virtude do baixo número de propostas apresentadas (fl. 646).

À consideração de Vossa Excelência." (05.6.2017 – folhas 655/665v.)

Às folhas 666/667, esta Relatoria determinou a expedição de ofício ao Secretário Municipal de Cultura para oferecer esclarecimento sobre a razão de haver optado pelo Termo de Colaboração e determinou a elaboração de nova minuta do Edital de Chamamento, revendo as cláusulas daquele publicado no DOC de 27/04/17 (folhas 645) para constar as cláusulas obrigatórias e alterando os itens 4.1, 4.3, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.12, 4.16 e 4.17, conforme conclusões do Relatório de fls. 501/504.

Às fls. 670/801, a Secretaria Municipal de Cultura apresentou nova manifestação e documentos.

Após, a Auditoria juntou parecer no qual manteve os apontamentos 4.2, 4.4 e 4.11 do seu relatório, assim como o apontamento 4.13, assinalando que esse último não seria razão suficiente para obstar o prosseguimento do chamamento. (21.6.2017 – folhas 804/812)

Em seguida, a Secretaria Municipal de Cultura apresentou esclarecimentos e novos documentos, assim como nova minuta do Edital. (29.6.2017 – folhas 829/1049)

Ante tais esclarecimentos, a Auditoria concluiu em seu parecer:

"3.1. Consideramos sanados os apontamentos 4.2, 4.4 e 4.11 do relatório de auditoria, desde que o edital seja republicado com as alterações propostas pela Origem (...)

3.2. Observamos que a Origem não teceu novos argumentos sobre por que razão a modelagem pretérita, do contrato de gestão, não se mostraria eficaz a ser novamente utilizada nem sobre a alocação de recursos, em que pese não serem razões suficientes a obstar o prosseguimento do chamamento (...)

3.3. Recomendamos, com relação ao apontamento 4.4., o estabelecimento de indicadores de performance agregado à descrição das metas, a fim de facilitar a verificação do seu cumprimento total, parcial ou eventual

descumprimento com o estabelecimento de plano de ações (...)" (07.7.2017 – folhas 1.051/1.055)

Às folhas 1.056/1.057, esta Relatoria autorizou a retomada do certame, desde que a Secretaria Municipal de Cultura promovesse as alterações propostas pela Auditoria, o que foi referendado pelo Pleno em decisão por maioria, uma vez apresentado voto divergente do Conselheiro Maurício Faria.

A Origem manifestou-se apresentando justificativa sobre a adoção do Termo de Colaboração.

E a Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou seu parecer com a seguinte conclusão:

"Por se tratar de assunto eminentemente técnico, destacamos a recomendação da AUD constante no item 3.3.

Quanto ao item 3.2, a Origem apresentou em fl. 1.073 justificativa sobre a adoção do Termo de Colaboração como modelo de contratação.

Aduziu a Origem que o modelo previsto pela Lei Federal 13.019/14 permite a partição de um maior número de concorrentes, já que os institutos do Contrato de Gestão e Termo de Parceria são restritos respectivamente às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Com efeito, a *Lei Federal 9.637/98 prevê em seu art. 5º que somente as Organizações Sociais poderão firmar contrato gestão (...)*

Já a Lei Federal 9.790/99, no seu art. 9º, estabelece que somente organizações qualificadas como OSCIP poderão firmar Termo de Parceria (...):

Por outro lado, o Termo de Colaboração, previsto pela Lei Federal 13.019/14, deve ser celebrado com Organizações da Sociedade Civil (OSC) (...)

O referido diploma definiu as OSC da seguinte forma:

'I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

' Verifica-se que a definição adotada pelo novel diploma é mais abrangente, permitindo a participação de um maior número de concorrentes.

Ante o exposto, sugerimos que o apontamento do item 3.2 seja superado.". (25.9.2017 - folhas 1.078/1.079)

A Assessora Subchefe de Controle Externo acompanhou o parecer do assessor preopinante e sugeriu que, para casos futuros, a Administração se atente para a necessidade de motivar de forma mais detalhada a escolha, no âmbito do processo administrativo de contratação, em virtude das múltiplas formas de criação do vínculo jurídico possíveis para a prestação de serviços desta natureza. (28.9.2017 – folhas 1.080/1.80v.)

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2017. (05.10.2017 – folhas 1.082/1.083)

A Secretaria Geral firmou seu entendimento ao concluir em seu relatório: "Da análise do conteúdo nestes autos, nota-se que os órgãos técnicos deste E. Tribunal apontaram diversas irregularidades no Edital de Chamamento Público n.001/FMSP/2017.

Por outro lado, verifica-se que a Origem apresentou uma nova Minuta de Edital (fls. 829/1049), o que ensejou a retomada do certame referendada em Plenário na 2.931ª. Sessão.

Ao que se refere à utilização do Termo de Colaboração em detrimento ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria entendo que a Origem dispõe de competência discricionária para optar pela modelagem jurídica a ser utilizada.

Sendo assim, acompanho o entendimento da AJCE no sentido de ser superado o item 3.2 (fls. 1054v), com a sugestão de que para casos futuros, a Administração motive, de uma forma mais clara a sua escolha pela forma de ajuste utilizada.

Diante do exposto, opino pelo acolhimento do Edital de Chamamento Público 001/FTMS/2017." (08.11.2017 – folhas 1.085/1.090)

O acompanhamento da licitação do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2017 vem sendo examinado nos autos do TC 08.960/2017, ora em fase de instrução.

É o Relatório.

VOTO

A análise formal do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2017, efetuada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, apontou 17 (dezessete) irregularidades que impediam o prosseguimento do certame, o que foi corroborado pelos demais órgãos opinantes desta Corte de Contas, ensejando a sua suspensão cautelar que, por unanimidade, foi referendada pelo Pleno desta Corte na Sessão Ordinária 2.925ª. Dentre as irregularidades indicadas pela Auditoria, cabe destacar:

"4.1. Considerando que a cláusula décima primeira do Anexo XII determina que a vigência será de 4 [quatro] anos e que a alínea 'f' do item 3 estabelece que as organizações da sociedade civil devem comprovar possuir experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto no prazo semelhante, não poderão participar do chamamento entidades que foram constituídas há menos de 4 [quatro] anos, por não serem capazes de comprovar experiência prévia na realização do objeto neste prazo.

4.2. Não há no edital o estabelecimento da data da seleção, conforme exige o artigo 24, inciso V, da Lei Federal 13.019/14, razão pela qual o instrumento deve ser retificado para incluir esta informação.

4.3. Tendo em vista que o inventário dos bens integra o Anexo XIII do Edital, os recursos necessários para equipamentos, materiais permanentes e mobiliários devem também integrar a estimativa de despesas a serem realizadas na execução das ações, já que é possível o planejamento das despesas necessárias para suprir eventual ausência de equipamentos, materiais permanentes e mobiliários, considerando-se que a entidade deve possuir experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou em atividade semelhante em sua natureza, características, quantidade e prazos, conforme alínea 'f' do item 3 (item 3.4.4. do relatório).

4.4. Não há, de forma clara, no plano de trabalho, o estabelecimento de metas qualitativas referentes ao objeto a ser prestado, em infringência ao artigo 23, parágrafo único, da Lei Federal 13.019/14 e o artigo 11, parágrafo 3º, do Decreto Municipal 57.575/16.

4.5. O subitem 10.10 do Edital estabelece que o plano de trabalho da parceria poderá ser revisto para alteração de valores ou metas, mediante aditivo. No entanto não há disposição balizando os limites para a alteração de valores e metas. *Em analogia ao artigo 65, parágrafo 1º, da Lei Federal 8.666/93, os acréscimos ou supressões que se fizerem no objeto do chamamento devem limitar-se a até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do chamamento. (...*)

4.11. Não há na minuta do termo de colaboração a previsão da obrigatoriedade de prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública, razão pela qual ela deve ser alterada para se

adequar às determinações do artigo 42, inciso XVII, do MROSC [Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil].

Posteriormente, a Secretaria Municipal de Cultura apresentou nova Minuta de Edital, o que possibilitou a retomada do certame, embora a Auditoria mantivesse as seguintes anotações em seu novo parecer:

3.1. Consideramos sanados os apontamentos 4.2, 4.4 e 4.11 do relatório de auditoria, desde que o edital seja republicado com as alterações propostas pela Origem (...)

3.2. Observamos que a Origem não teceu novos argumentos sobre por que razão a modelagem pretérita, do contrato de gestão, não se mostraria eficaz a ser novamente utilizada nem sobre a alocação de recursos, em que pese não serem razões suficientes a obstar o prosseguimento do chamamento (...)

3.3. Recomendamos, com relação ao apontamento 4.4., o estabelecimento de indicadores de performance agregado à descrição das metas, a fim de facilitar a verificação do seu cumprimento total, parcial ou eventual descumprimento com o estabelecimento de plano de ações (...)"

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a recomendação da Auditoria e, quanto à sua observação sobre o modelo de contratação, sugeriu que o apontamento fosse superado, por considerar:

"(...) a Origem apresentou em fl. 1.073 justificativa sobre a adoção do Termo de Colaboração como modelo de contratação.

Aduziu a Origem que o modelo previsto pela Lei Federal 13.019/14 permite a partição de um maior número de concorrentes, já que os institutos do Contrato de Gestão e Termo de Parceria são restritos respectivamente às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Com efeito, a Lei Federal 9.637/98 prevê em seu artigo 5º que somente as Organizações Sociais poderão firmar contrato gestão (...)

Já a Lei Federal 9.790/99, no seu artigo 9º, estabelece que somente organizações qualificadas como OSCIP poderão firmar Termo de Parceria (...):

Por outro lado, o Termo de Colaboração, previsto pela Lei Federal 13.019/14, deve ser celebrado com Organizações da Sociedade Civil (OSC) (...)

O referido diploma definiu as OSC da seguinte forma:

'I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;'

Verifica-se que a definição adotada pelo novel diploma é mais abrangente, permitindo a participação de um maior número de concorrentes."

Com a superação desse apontamento, opinou a Assessoria Jurídica pelo acolhimento do Edital com a sugestão de que a Administração atentasse para a necessidade de motivar de forma mais detalhada a escolha do modelo de contratação, em virtude das múltiplas formas de vínculo jurídico possíveis para a prestação dos serviços desta natureza.

A Secretaria Geral assinalou:

"(...) verifica-se que a Origem apresentou uma nova Minuta de Edital (fls. 829/1049), o que ensejou a retomada do certame referendada em Plenário na 2.931ª. Sessão. Ao que se refere à utilização do Termo de Colaboração em detrimento ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria entendo que a Origem dispõe de competência discricionária para optar pela modelagem jurídica a ser utilizada.

Sendo assim, acompanho o entendimento da AJCE no sentido de ser superado o item 3.2 (fls. 1054v), com a sugestão de que para casos futuros, a Administração motive, de uma forma mais clara a sua escolha pela forma de ajuste utilizada. Diante do exposto, opino pelo acolhimento do Edital de Chamamento Público n. 001/FTMS/2017."

Por fim, adotou a sugestão da Assessoria Jurídica para que, nos casos futuros, a Administração motive de forma mais clara a sua escolha do modelo de ajuste utilizado.

Ante todo o exposto, acompanho as conclusões dos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e ACOLHO o Edital de Chamamento Público 001/2017, diante da superação dos apontamentos inicialmente apresentados pela Auditoria.

Expeça-se ofício dirigido à Secretaria Municipal de Cultura, na pessoa de seu Secretário Municipal, informando-o do teor da presente decisão, com a recomendação de, nos casos futuros, proceder à motivação mais detalhada do modelo de contratação escolhido.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Mauricio Faria

Conforme voto proferido na 2931ª. Sessão Ordinária, realizada aos 12 de julho de 2017, manifestei-me contrariamente à retomada do chamamento ora em análise, por entender que este não possuía, ainda, condições de prosseguimento a ensejar a revogação da medida cautelar de suspensão.

No entanto, restei vencido, razão pela qual foi deliberado pela continuidade do chamamento que visava à seleção de organização da sociedade civil para a celebração de termo de colaboração para gerenciamento e realização das atividades da Fundação Theatro Municipal de São Paulo.

Naquela ocasião o posicionamento adotado deveu-se a três pontos constatados:

(i) ausência de justificativa pela Origem da opção pelo modelo de termo de colaboração, em detrimento de modelo de contrato de gestão, posto que ambos seriam juridicamente válidos;

(ii) ausência de elementos de composição de custo que demonstrassem que o valor estimado para a avença - R$ 577 milhões (quinhentos e setenta e sete milhões) seria suficiente e adequado;

(iii) ausência de elaboração de um plano de trabalho prévio completo, pela Origem, o que é requisito para a celebração de um termo de colaboração, nos termos da Lei Federal 13.019/14.

Posteriormente à referida Sessão Ordinária, manifestaram-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral.

Em síntese, nessa fase processual, a Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se sobre o primeiro ponto suscitado em meu voto – ausência de justificativa para a opção pelo termo de colaboração – no que foi acompanhada pelos demais. Segundo o Órgão Jurídico, seria juridicamente válida uma escolha pelo modelo de contrato de gestão ou pelo novo regramento da Lei Federal 13.019/14, em que está previsto o termo de colaboração.

Desta forma, entendeu passível de superação o apontamento (i), diante das justificativas apresentadas pela Origem, sugerindo, no entanto, que, para casos futuros, a Administração se atentasse para a necessidade de motivar de forma mais detalhada a escolha, no âmbito do processo administrativo de contratação.

Entendo, a respeito, que realmente seria possível vislumbrar, em tese, que a situação fática exposta pela Origem se amoldaria ao

termo de colaboração e, ao mesmo tempo, ao contrato de gestão, cabendo a escolha à Administração.

Contudo, com a devida vênia ao posicionamento esposado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que a motivação de escolha não foi devidamente justificada, a macular o edital ora em julgamento.

A justificativa trazida pela Origem e aceita pelos Órgãos Técnicos, da existência de um maior número de organizações da sociedade civil aptas a firmar um termo de colaboração (conforme Lei Federal 13.019/14) em detrimento de um número menor de organizações sociais que poderiam firmar um contrato de gestão (nos termos da Lei Federal 9.637/98) além de frágil, não veio acompanhada de qualquer análise ou estudo que demonstrasse ser verdadeira a hipótese suscitada.

E tanto a possibilidade de maior competição não se sustenta, que o chamamento prosseguiu com o comparecimento de apenas duas organizações da sociedade civil.

Assim, entendo que embora eventualmente os dois instrumentos jurídicos – termo de colaboração e contrato de gestão – fossem aplicáveis, a Origem não apresentou justificativa motivada para a escolha realizada, o que reputo significativo, face ao valor da avença e do prazo projetado para 4 (quatro) anos.

Com relação aos itens (ii) e (iii), reitero a preocupação já externada no voto proferido contrariamente à retomada do certame, já que a estimativa do valor a ser despendido nos próximos anos e quais serão as atividades do plano de trabalho são imprescindíveis a garantir que a avença será devidamente executada.

A experiência extraída do contrato de gestão anterior, cuja análise formal foi realizada no TC 3073/13-60 e acompanhamento de execução empreendido no TC 1.276/14-57, já julgados por esta Corte, demonstra que independentemente do modelo escolhido, os parâmetros de metas, objetivos e estimativa de preços são essenciais.

As falhas e omissões nestes itens acarretam inúmeros aditamentos, modificações do objeto, gerando risco de emprego irregular de recursos públicos, como ocorreu em relação ao contrato firmado com o Instituto Brasileiro de Gestão Cultural – IBGC.

Constata-se, em consulta ao Sistema Átomo Radar, que foi firmado o Termo de Colaboração 01/FTMSP/2017 com o Instituto Odeon, e que, em menos de um ano de vigência, o instrumento sofreu dois aditamentos que incidiram exatamente sobre os valores repassados e nas atividades desenvolvidas.

Concluo, dessa forma, que os itens que embasaram o voto pelo não prosseguimento do chamamento não sofreram modificação e representam ponto de risco para a execução do termo de colaboração.

Diante do exposto, **JULGO IRREGULAR** o edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2017.

Deixo de propor outras medidas face à existência de processo de acompanhamento da execução do Termo de Colaboração 01/FTMSP/2017 no TC 10.432/2018.