II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-412/2026

Processo	-	TC/009980/2021
Embargante	-	Sustenidos Organização Social de Cultura
Objeto	-	Embargos de declaração opostos em face do Acórdão de 08/02/2023 – Sociedade de Concertos de São Paulo – Instituto Baccarelli – Secretaria Municipal de Cultura (atual Secretaria Municipal de Cultura e Economia Criativa)/Fundação Theatro Municipal de São Paulo – Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é selecionar organização social de cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos a ele vinculados, na Cidade de São Paulo

3.418ª Sessão Ordinária

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SMC. GERENCIAMENTO DO COMPLEXO THEATRO MUNICIPAL E CORPOS ARTÍSTICOS. PRETENSÃO INFRINGENTE. 1. Afastada a preliminar de nulidade, alegada sob o pretexto de falta de oportunidade de realizar sustentação oral, haja vista que foi garantida a publicidade da sessão de julgamento com identificação dos Patronos dos interessados e foi observado o prazo legal estabelecido. Art. 156, § 1º, RITCMSP. 2. Denotada pretensão infringente pela embargante, dirigida à rediscussão do mérito, inexistindo contradição, obscuridade ou omissão a serem sanados. Art. 147, § 3º, RITCMSP. CONHECIDOS. REJEITADOS. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro Substituto RUBENS CHAMMAS.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos embargos de declaração, pois são tempestivos e atendem aos requisitos regimentais dispostos no art. 144 do RITCMSP.

ACORDAM, à unanimidade, em preliminar, em afastar a alegada omissão por parte do Acórdão, visto que no voto, acompanhado pela unanimidade do Pleno, o princípio da motivação foi atendido, assegurado o contraditório e a ampla defesa, denotando-se pretensão infringente pela embargante, dirigida à rediscussão do mérito, que não se coaduna ao presente momento processual, consoante § 3º do art. 147 do RITCMSP.

ACORDAM, à unanimidade, no mérito, em rejeitar os embargos de declaração opostos, inexistindo contradição, obscuridade ou omissão a serem sanados.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, JOÃO ANTONIO e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de julho de 2026.

RICARDO TORRES – Vice-presidente no exercício da presidência
RUBENS CHAMMAS – Conselheiro Substituto Relator

/smv

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO RUBENS CHAMMAS – RELATOR

TC/009980/2021

RELATÓRIO

Egrégio Plenário,

Trata-se do julgamento dos Embargos de Declaração, opostos por Sustenidos Organização Social de Cultura (peça 257), em face do Acórdão (peça 219), proferido na 3.260ª Sessão Ordinária, realizada em 08.02.2023, no qual consta:

> *ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos, por admissibilidade, observando, quanto ao interposto pela Fundação Theatro Municipal, a peculiaridade da suspensão da contagem dos prazos processuais durante o período de recesso, e, quanto ao interposto pela Sustenidos Organização Social de Cultura, em razão da espontaneidade, superando a falta de intimação do Acórdão, denotando-se legitimidade e interesse recursal, posto que o objeto do presente procedimento interfere diretamente na sua esfera de direitos.*
>
> *ACORDAM, à unanimidade, preliminarmente, em afastar a alegação, aventada pela recorrente Fundação Theatro Municipal, de desconsideração da legislação de regência adequada à seleção de Organização Social, posto que no preâmbulo do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020 consta que a parceria será formalizada por Contrato de Gestão, conforme, entre outros, o Decreto Municipal 52.858/2011, e que a menção à Lei Federal Cód. 042 (Versão 05) 2 8.666/1993 relaciona-se às declarações referentes às penalidades previstas nos incisos do artigo 87 do mesmo diploma legal.*
>
> *ACORDAM, à unanimidade, no mérito, em linha com o posicionamento da Subsecretaria de Controle Externo,*

acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em dar provimento parcial às razões de recurso aduzidas pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo e pela Sustenidos Organização Cultural, para alterar o ponto 2 do Acórdão recorrido, confirmando-se a correta pontuação dos pareceres de prestações de contas, referente ao Critério 3 do Eixo I.

ACORDAM, ainda no mérito, à unanimidade, em negar provimento quanto ao recorrido relativo ao ponto 3 do referido Acórdão, no que tange à comprovação do devido trânsito em julgado dos pareceres de prestações de contas recebidas, mantendo-o inalterado.

ACORDAM, à unanimidade, quanto à irresignação de ambos os apelantes sobre o ponto 4 do Acórdão, relacionado ao Critério 6 do Eixo II, em negar provimento aos recursos quanto ao Sr. Camilo Carrara com a entidade vencedora, e em dar provimento aos apelos quanto ao Sr. Arildo Colares dos Santos, haja vista que seu tempo de atuação em projetos da entidade vencedora não foi objeto da representação, mas considerando que a matéria foi alcançada pela extensão e limites da temática da análise, ensejando-se a reforma do Acórdão neste tópico, em nada alterando o total já aferido no Eixo II.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, sobre o ponto 5 do Acórdão, relacionado ao Critério 11 do Eixo IV, em negar provimento aos recursos, mantendo-se, nesse quesito, o Acórdão recorrido.

ACORDAM, à unanimidade, em acolher o pedido de afastamento de determinação de abertura de apuração preliminar em face dos servidores que compuseram a comissão de seleção, por não vislumbrar dolo ou má-fé nas irregularidades e por não se tratar de uma análise completa do acompanhamento de licitação, no caso Chamamento Público.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, à vista da determinação contida no Acordão, fundada na Súmula 473 do STF, e tendo a

Fundação Theatro Municipal informado, na peça recursal, que iniciará procedimento administrativo visando à elaboração de novo instrumento convocatório e abertura de Chamamento Público com a finalidade de contratar Organização Social para realizar a gestão do Complexo Theatro Municipal, em determinar à Origem que informe a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, as providências tomadas, notadamente sobre o novo edital anunciado.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício, com cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Cód. 042 (Versão 05) 3 Acórdão, à Fundação Theatro Municipal de São Paulo, em nome de seu dirigente, à Secretaria Municipal de Cultura, em nome de seu Titular, à Presidente da Comissão de Seleção, Sra. Letícia Schwarz, ao Senhor Prefeito Municipal de São Paulo, à Sustenidos Organização Cultural, à Sociedade de Concertos de São Paulo – Instituto Baccarelli, bem como ao terceiro interessado, Associação dos Músicos Instrumentistas do Theatro Municipal de São Paulo – AMITHEM, em nome de seus representantes e de seus advogados constituídos nos autos.

ACORDAM, à unanimidade, ante informações trazidas pela Secretaria Geral desta Corte sobre a aplicação de multa à contratada por "(a) não cumprimento das metas de produção, (b) não observação das boas práticas de economicidade para agendamento de hospedagens (reincidência), (c) alteração sem aviso prévio à FTMSP, do quadro de cargos compartilhados, (d) não envio da integralidade da relação de contratos, (e) reiteradas prorrogações de prazo para ocupação da Praça das Artes, (f) descumprimento de cláusula sobre guarda, limpeza, conservação e bom funcionamento dos imóveis, (g) descumprimento dos prazos para obtenção dos selos de acessibilidade, referente ao 3º trimestre de 2022." (julho a setembro de 2022), em sugerir ao Relator prevento a determinação para que se instaure procedimento de execução contratual.

Em síntese, a Embargante "Sustenidos "alega (peça 257):

- a existência de nulidade absoluta do Acórdão por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob o fundamento de que "a inclusão do processo em pauta para julgamento não seguiu os trâmites necessários, de modo que os patronos da Sustenidos não tiveram a oportunidade de realizar sustentação oral na sessão de julgamento";

- o curtíssimo período de tramitação do processo entre os Gabinetes, restando claro que o recurso da Sustenidos não foi examinado pelo Conselheiro Revisor;

- a existência de omissões por parte do v. Acórdão, por entender que "a maior parte dos fundamentos constantes do Acórdão embargado – em grande parte, aliás, repetições ipsis litteris da decisão originária – foram devidamente endereçados e refutados pela Sustenidos em seu recurso".

Registre-se que a Fundação Theatro Municipal de São Paulo enviou informação (peça 262), replicada pela Secretaria Municipal de Cultura (peças 267 e 268), no sentido de "que serão adotadas as seguintes medidas visando entabular novo edital, e, consequentemente procedimento de chamamento público, *in verbis*:

10. a) Recomposição da Comissão de Avaliação dos Contratos de Gestão da Fundação do Theatro Municipal, nos termos do artigo 20, II, "b", do Decreto Municipal nº 52.858/2011;

11. b) Recomposição da Comissão Especial de Seleção, cujo ônus é processar, analisar, julgar e dirimir os termos do chamamento público, consoante artigo 35, do Decreto Municipal nº 52.858/2011;

12. Ademais, procederá à fundação com a implantação dos estudos de premissas orçamentárias atinentes ao novo contrato de gestão a ser firmado à luz do resultado do chamamento público que será iniciado, sendo tal conduta ônus de sua diretoria de gestão, visto ser a pasta na qual o setor financeiro está subordinado.

13. Por derradeiro, válido destacar que a fundação promoveu abertura de expediente (processo SEI), a fim de promover a tramitação administrativa de todos os atos pertinentes ao procedimento de chamamento público a ser proposto, desde os estudos orçamentários, plano de trabalho, edital, até à homologação do resultado do certame, sendo certo que este tramita por meio do número 8510.2023/0000169-3."

Remetidos os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pelo conhecimento dos Embargos de Declaração, posto que presentes todos os requisitos legais de admissibilidade, e quanto ao mérito, opinou por sua rejeição, nos seguintes excertos (peça 275), acompanhados pelo Assessor Subchefe de Controle Externo (peça 276):

"O julgamento dos Recursos Ordinários ocorreu na 3.260ª Sessão Ordinária do E. Pleno de 08/02/2023, conforme pauta publicada no DOC de 04/02/2023 (anexa), observando, portanto, o prazo estabelecido no § 1º, do art. 156 do Regimento Interno.

Dessa maneira, foi garantida a publicidade da sessão de julgamento, sendo que a publicação contou, inclusive, com a identificação dos advogados dos interessados. Assim, caso a Embargante possuísse interesse em proferir sustentação oral, bastaria apresentar requerimento ao Presidente antes do início da sessão, nos termos do art. 164 do Regimento Interno.

Finalmente, entendo que todas as matérias contidas no v. Acórdão foram debatidas nos autos e as determinações expedidas decorrem logicamente do decidido.

A Embargante alega ainda a existência de omissões por parte do v. Acórdão, por entender que "a maior parte dos fundamentos constantes do acórdão embargado – em grande parte, aliás, repetições ipsis litteris da decisão originária – foram devidamente endereçados e refutados pela Sustenidos em seu recurso".

No entanto, entendo que a Embargante busca, na realidade, sob a alegação de omissão, rediscutir o mérito do processo. Contudo, os Embargos de Declaração não se prestam a esse fim.

O recurso manejado tem por finalidade sanar eventual omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 144 do Regimento Interno, não servindo para atender ao mero inconformismo da parte. A atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios é possível nas excepcionais situações em que, sanada a omissão, contradição, obscuridade ou o erro material, a alteração da decisão surge como consequência necessária.

Dessa forma, tendo em vista a inadequação do meio processual eleito, desnecessário o exame pormenorizado das alegações ventiladas nos Embargos sob o título de omissão, pois trata-se de repetição de matéria de mérito já suficientemente discutida nos autos.

Ante o exposto, concluo pelo conhecimento dos Embargos de Declaração, vez que atendidos os requisitos de admissibilidade. Quanto ao mérito, opino pela rejeição."

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 284), consignou que não restou efetivamente demonstrada a existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material em face do Acórdão prolatado (peça 219), vindo a acompanhar o posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendendo que os Embargos de Declaração não devem ser providos.

A Secretaria Geral (peça 305) entendeu pela admissibilidade dos Embargos de Declaração, tempestivos, devendo ser conhecidos, com supedâneo no art. 144 do Regimento Interno.

Quanto à alegada nulidade do Acórdão embargado, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, entendeu que não assiste razão à Embargante, de vez que os Recursos Ordinários interpostos seguiram o regular tramite, pois após a interposição dos recursos, a instrução processual transcorreu com a análise e manifestação da Auditoria (Peça 165), da Assessoria Jurídica de Controle Externo (Peças 179/180), da Procuradoria da Fazenda Municipal (Peça 189) e da Secretaria Geral (Peças 199/200); em seguimento, os autos foram encaminhados ao Conselheiro Revisor, e incluído em pauta de julgamento pelo Conselheiro Revisor, ato processual de mero expediente, "não há ilegalidade ou, ainda, qualquer prejuízo as partes, no encaminhamento realizado por Assessor do Exmo. Conselheiro Revisor (Peça 202)."

Quanto a alegada tramitação célere, a Secretaria Geral consignou que "é medida adequada a garantir a efetividade da atuação do controle externo, não caracterizando uma ilegalidade", observado o prazo regimental (art. 156, *caput* e § 1º), tendo o julgamento dos Recursos Ordinários ocorrido na 3.260ª Sessão Ordinária de 08.02.2023, conforme pauta publicada no DOC de 04.02.2023.

Portanto, segundo a Secretaria Geral, "foi garantida a publicidade da sessão de julgamento, sendo que a publicação contou, inclusive, com a identificação dos advogados dos interessados. Assim, caso a Embargante possuísse interesse em proferir sustentação oral, bastaria apresentar requerimento ao Presidente antes do início da sessão, nos termos do art. 164 do Regimento Interno."

No mérito, sobre a alegada omissão, "tendo em vista que a fundamentação do v. Acórdão prolatado atende suficientemente ao princípio da motivação, em nada prejudicando o contraditório e a ampla defesa no âmbito processual", restando nítida para a Secretaria Geral a busca pela atribuição de efeitos modificativos, e que os "Embargos de Declaração interpostos não se trata de instrumento adequado à finalidade da Embargante, que demonstrou como intuito a rediscussão da matéria de mérito."

Em conclusão, a Secretária-Geral opinou pelo "conhecimento dos Embargos Declaratórios opostos pela Sustenidos Organização Social de Cultura ("Sustenidos"), eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade." Também, afastou "a nulidade suscitada e, quanto ao mérito, opino pela rejeição do apelo, em face da inexistência de contradição, obscuridade ou omissão a ser sanada no V. Acórdão guerreado."

É o relatório.

VOTO

1. **CONHEÇO** dos **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, pois tempestivos e atendem aos requisitos regimentais dispostos no art. 144 do Regimento Interno.

2. Preliminarmente**, AFASTO** a alegada nulidade do Acórdão embargado, haja vista que a instrução processual dos correlatos Recursos Ordinários transcorreu regimentalmente, com a análise e manifestação da Subsecretaria de Controle Externo, da Assessoria Jurídica, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral.

3. Permanecendo em **preliminar**, registro que os autos deste procedimento, na presente fase, foram encaminhados ao Conselheiro Revisor, cuja inclusão em pauta para julgamento (08.02.2023, publicada no DOC de 04.02.2023) e que dimensiona ato processual de mero expediente, que não carrega em si carga decisória, **não gerou qualquer sorte de prejuízo às partes**, observado o prazo estabelecido no art. 156, § 1º do Regimento Interno deste Tribunal, não havendo impedimento por ter sido realizada por Assessor. Logo, não cabe **a alegação de falta de oportunidade de realizar sustentação oral**, haja vista que foi garantida a publicidade da sessão de julgamento com identificação dos Patronos dos interessados.

4. Sob a mesma perspectiva, a alegada **tramitação célere, entre os gabinetes deste Relator e do Conselheiro Revisor**, **não se traduz em ilegalidade ou afronta à legislação deste Tribunal.** Caracteriza-se, sim, como medida a garantir a consecução do controle externo, atento à importância do julgamento dos recursos ordinários. Registre-se que a Fundação Theatro Municipal, em suas razões recursais, já havia anunciado a elaboração de novo instrumento convocatório e abertura de Chamamento Público para contratar Organização Social para realizar a gestão do Complexo Theatro Municipal, determinação constante do Acórdão embargado.

5. No **MÉRITO**, com amparo no entendimento da Secretaria Geral, que acompanhou a Assessoria Jurídica, **AFASTO A ALEGADA OMISSÃO** por parte do Acórdão, posto que no voto, **ACOMPANHADO PELA UNANIMIDADE DO PLENO**, o princípio da motivação foi atendido, assegurado o contraditório e a ampla defesa, denotando-se pretensão infringente pela embargante, dirigida à rediscussão do mérito, que não se coaduna ao presente momento processual, consoante § 3º, do art. 147 do Regimento Interno.

6. Nestes termos, **REJEITO** os **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos, inexistindo contradição, obscuridade ou omissão a serem sanados.

7. Após as medidas regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

É como voto.

RUBENS CHAMMAS
Conselheiro Substituto

II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-2/2023

Processo	-	TC/009980/2021
Recorrentes	-	Fundação Theatro Municipal de São Paulo e Sustenidos Organização Social de Cultura
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 1º/12/2021 – Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli) – Secretaria Municipal de Cultura/Fundação Theatro Municipal de São Paulo – Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é selecionar organização social de cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos a ele vinculados para a Cidade de São Paulo

3.260ª Sessão Ordinária

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. SMC. Seleção de Organização Social de Cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos. Decisão que julgou parcialmente procedente a representação interposta contra procedimento licitatório eivado de vícios. 1. Os prazos são suspensos durante o período de recesso. 2. A espontaneidade do licitante supera a falta de intimação do Acórdão, denotando legitimidade e interesse recursal, posto que o objeto interfere diretamente na sua esfera de direitos. 3. A pontuação obtida pela entidade vencedora referente ao Critério 3 do Eixo 1, qual seja, a gestão eficiente de recursos, comprovada por relatórios de auditorias e ou prestação de contas, nos últimos dez anos, seguiu as regras do Edital. 4. A pontuação da contratada no critério 6 do Eixo II, qual seja, experiência dos principais dirigentes, quadros gerenciais e artísticos diretamente ligados à entidade e/ou às ações e projetos realizados, deve ser mantida, pois se, neste caso, foram computadas as experiências de dois profissionais, também é certo que o tempo de experiência de apenas um deles é suficiente a atender aos critérios do edital. 5. A pontuação relacionada ao Critério 11 do Eixo IV, qual seja, a avaliação da qualidade da proposta orçamentária da instituição, foi mantida pois não apresenta distorções relevantes e atende as proporções necessárias para cumprir o objetivo do orçamento, pagamento de folha de pessoal, demais despesas administrativas e despesas com programação. 6. Acolhido o pedido de afastamento de determinação de abertura de apuração preliminar em face dos servidores que compuseram a comissão de seleção, por não vislumbrar dolo ou má-fé nas irregularidades e por não se tratar de uma análise completa do acompanhamento de licitação. CONHECIDOS. PROVIDOS PARCIALMENTE. DETERMINAÇÃO. 1. Informe a este Tribunal as providências acerca do novo procedimento administrativo visando à elaboração de novo instrumento convocatório e abertura de Chamamento Público com a finalidade de contratar Organização Social para realizar a gestão do Complexo Theatro Municipal. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos, por admissibilidade, observando, quanto ao interposto pela Fundação Theatro Municipal, a peculiaridade da suspensão da contagem dos prazos processuais durante o período de recesso, e, quanto ao interposto pela Sustenidos Organização Social de Cultura, em razão da espontaneidade, superando a falta de intimação do Acórdão, denotando-se legitimidade e interesse recursal, posto que o objeto do presente procedimento interfere diretamente na sua esfera de direitos.

ACORDAM, à unanimidade, preliminarmente, em afastar a alegação, aventada pela recorrente Fundação Theatro Municipal, de desconsideração da legislação de regência adequada à seleção de Organização Social, posto que no preâmbulo do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020 consta que a parceria será formalizada por Contrato de Gestão, conforme, entre outros, o Decreto Municipal 52.858/2011, e que a menção à Lei Federal 8.666/1993 relaciona-se às declarações referentes às penalidades previstas nos incisos do artigo 87 do mesmo diploma legal.

ACORDAM, à unanimidade, no mérito, em linha com o posicionamento da Subsecretaria de Controle Externo, acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em dar provimento parcial às razões de recurso aduzidas pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo e pela Sustenidos Organização Cultural, para alterar o ponto 2 do Acórdão recorrido, confirmando-se a correta pontuação dos pareceres de prestações de contas, referente ao Critério 3 do Eixo I.

ACORDAM, ainda no mérito, à unanimidade, em negar provimento quanto ao recorrido relativo ao ponto 3 do referido Acórdão, no que tange à comprovação do devido trânsito em julgado dos pareceres de prestações de contas recebidas, mantendo-o inalterado.

ACORDAM, à unanimidade, quanto à irresignação de ambos os apelantes sobre o ponto 4 do Acórdão, relacionado ao Critério 6 do Eixo II, em negar provimento aos recursos quanto ao Sr. Camilo Carrara com a entidade vencedora, e em dar provimento aos

apelos quanto ao Sr. Arildo Colares dos Santos, haja vista que seu tempo de atuação em projetos da entidade vencedora não foi objeto da representação, mas considerando que a matéria foi alcançada pela extensão e limites da temática da análise, ensejando-se a reforma do Acórdão neste tópico, em nada alterando o total já aferido no Eixo II.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, sobre o ponto 5 do Acórdão, relacionado ao Critério 11 do Eixo IV, em negar provimento aos recursos, mantendo-se, nesse quesito, o Acórdão recorrido.

ACORDAM, à unanimidade, em acolher o pedido de afastamento de determinação de abertura de apuração preliminar em face dos servidores que compuseram a comissão de seleção, por não vislumbrar dolo ou má-fé nas irregularidades e por não se tratar de uma análise completa do acompanhamento de licitação, no caso Chamamento Público.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, à vista da determinação contida no Acordão, fundada na Súmula 473 do STF, e tendo a Fundação Theatro Municipal informado, na peça recursal, que iniciará procedimento administrativo visando à elaboração de novo instrumento convocatório e abertura de Chamamento Público com a finalidade de contratar Organização Social para realizar a gestão do Complexo Theatro Municipal, em determinar à Origem que informe a este Tribunal, **no prazo de 30 (trinta) dias**, as providências tomadas, notadamente sobre o novo edital anunciado.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício, com cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acórdão, à Fundação Theatro Municipal de São Paulo, em nome de seu dirigente, à Secretaria Municipal de Cultura, em nome de seu Titular, à Presidente da Comissão de Seleção, Sra. Letícia Schwarz, ao Senhor Prefeito Municipal de São Paulo, à Sustenidos Organização Cultural, à Sociedade de Concertos de São Paulo – Instituto Baccarelli, bem como ao terceiro interessado, Associação dos Músicos Instrumentistas do Theatro Municipal de São Paulo – AMITHEM, em nome de seus representantes e de seus advogados constituídos nos autos.

ACORDAM, à unanimidade, ante informações trazidas pela Secretaria-Geral desta Corte sobre a aplicação de multa à contratada por "(a) não cumprimento das metas de produção, (b) não observação das boas práticas de economicidade para agendamento de hospedagens (reincidência), (c) alteração sem aviso prévio à FTMSP, do quadro de cargos compartilhados, (d) não envio da integralidade da relação de contratos, (e) reiteradas prorrogações de prazo para ocupação da Praça das Artes, (f) descumprimento de cláusula sobre guarda, limpeza, conservação e bom funcionamento dos imóveis, (g) descumprimento dos prazos para obtenção dos selos de acessibilidade, referente ao 3º trimestre de 2022." (julho a setembro de 2022), em sugerir **ao Relator prevento** a determinação para que se instaure procedimento de execução contratual.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDUARDO TUMA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda "ad hoc" CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de fevereiro de 2023.

JOÃO ANTONIO – Conselheiro no exercício da Presidência
DOMINGOS DISSEI – Relator

/hc

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO DOMINGOS DISSEI – RELATOR

Processo: TC/009980/2021

Egrégio Plenário

Nos autos da Representação movida pela Sociedade de Concertos de São Paulo – Instituto Baccarelli, são analisados, na presente fase processual, os Recursos Ordinários interpostos pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo – FTMSP, e Sustenidos Organização Social de Cultura, em face do Acórdão, resultado do deliberado por votação unânime na 3.187ª Sessão Ordinária, ao 01.12.2021, publicado no DOC de 16.12.2021, às páginas 124 e 125, em cuja ementa consta o seguinte:

1. ACORDÃO QUESTIONADO: ementa, parte dispositiva e determinações

> *REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. SMC. FTMSP. Seleção de Organização Social de Cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos a ele vinculados. 1. Indevida pontuação das licitantes, mediante a aceitação de documentos em desacordo com as exigências do edital. 2. O procedimento licitatório deve guardar estrita vinculação com o edital que o publicizou, sob pena de ilegalidade, conforme os artigos 3º e 4º, da Lei 8.666/93. 3. É pressuposto para a segurança jurídica de procedimento licitatório, que este tenha sido resultado de decisões proferidas em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital. 4. Inexiste segurança jurídica em contratação eivada de ilegalidade. 5. Cabe à Administração Pública adotar as medidas cabíveis para solucionar situação contrária ao interesse público primário, em franca oposição ao princípio da segurança jurídica, segundo o qual, o dever da Administração Pública é agir dentro dos limites da legalidade e, quando assim não for, atuar para solucionar casos de ilegalidade. CONHECIDA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÕES. 1. Adote as medidas necessárias para sanear as irregularidades apontadas, levando-se em conta que a Administração possui o poder/dever de "anular seus próprios atos, quando eivado de vícios que os tornem ilegais. Súm. 473, STF. 2. Instaure processo administrativo para apurar os responsáveis pelos atos ilegais praticados. Votação unânime.*

Vê-se que a Representação foi conhecida e julgada parcialmente procedente, posto que:

> *1. Houve indevida pontuação das licitantes, mediante a aceitação de documentos em total desacordo com as exigências previamente impostas no edital, em patente ofensa aos princípios constitucionais da vinculação ao instrumento convocatório, ao julgamento objetivo e à igualdade de participação, resultado da classificação alcançada pela Origem em ato eivado de ilegalidade o que, por conseguinte tem o condão de macular todo o procedimento;*
>
> *2. Os pareceres de prestações de contas apresentados não foram pontuados de forma que atendesse ao disposto no edital, com a indicação expressa de pelo menos dois dos seguintes parâmetros: economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros, controle eficiente dos recursos;*
>
> *3. Os pareceres de prestações de contas recebidos e pontuados não comprovaram o devido trânsito em julgado administrativo exigido no edital;*
>
> *4. A avaliação dos documentos para a prova de experiência dos principais quadros artísticos, em especial o de direção, não foi realizada por meio da correta aferição de currículos e portfólios, não tendo sido constatada a atividade junto à licitante pelo tempo mínimo de 2 anos, nem tampouco verificado, na mídia especializada do setor, o histórico da carreira dos artistas indicados (análise qualitativa por meio de critérios objetivos);*
>
> *5. A exequibilidade dos orçamentos não foi avaliada levando em conta as exigências editalícias de que os valores do Fundo de Provisionamento não devem integrar a estruturação da Peça Orçamentária, nem no grupo de receitas, nem no grupo de despesas, uma vez que os montantes deverão ser destinados exclusivamente ao pagamento de direitos trabalhistas relativos ao período aquisitivo anterior do Contrato de Gestão.*

Ainda no Acórdão, considerando a indevida pontuação das licitantes, que culminou nas ilegalidades apuradas, e a relevância da contratação, consta determinação à Fundação Theatro Municipal de São Paulo para adotar medidas no sentido da anulação ou revogação de seus próprios

atos, com amparo na Súmula 473 do STF, informando este Tribunal no prazo de 05 (cinco) dias as providências tomadas, e para instaurar processo administrativo para apurar os responsáveis, individualizando-se as condutas para eventual aplicação de sanções, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa.

2. CONTRATO DE GESTÃO Nº 02/ FTMSP/2021: informações

Sobre o Termo de Ajuste para a Gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e seus corpos artísticos, registre-se que decorreu da homologação e adjudicação do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020 (DOC de 18.05.2021), celebrada com a Sustenidos Organização Social de Cultura, sob o Contrato de Gestão nº 02/ FTMSP/2021, assinado em 28.05.2021 (DOC em 29.05.2021), no valor inicial de R$ 565.383.002,34 (quinhentos e sessenta e cinco milhões, trezentos e oitenta e três mil, dois reais e trinta e quatro centavos) por 05 (cinco) anos.

3. EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 001/FTMSP/2020: autorização de retomada

Ainda sobre o Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, foi autorizada pelo Plenário, à unanimidade, sua retomada na 3.131ª Sessão Ordinária, em 17.03.2021, observadas as medidas determinadas pelo Conselheiro Relator (TC/011173/2020, peça 93).

Registre-se que, embora determinado nos autos do Acompanhamento do Edital (TC TC/011173/2020, peça 93), por ocasião da Retomada do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, a posterior análise do contrato e o acompanhamento da respectiva execução, em consulta ao Sistema e-TCM não foram localizados procedimentos sobre o Contrato de Gestão nº 02/ FTMSP/2021.

3.1 EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 001/FTMSP/2020: Acompanhamento (TC/011173/2020) e Representações (TC/012023/2020, TC/013590/2020 e TC/012251/2020)

No voto englobado (TC/011173/2020, peça 121, fl. 21) dos mencionados TC/011173/2020 (Acompanhamento do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020), TC/012023/2020, TC/013590/2020 (Representações apresentadas pela Sociedade de Concertos de São Paulo - Instituto Baccarelli) e TC/012251/2020 (Representação apresentada pelo Sindicato dos Músicos Profissionais no Estado de São Paulo), publicado no DOC de 14.04.2022:

> *"Ante o exposto, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir e passam a integrar a presente*

decisão, JULGO REGULAR o Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, lançado pela Secretaria Municipal de Cultura (SMC).

CONHEÇO DAS REPRESENTAÇÕES E, NO MÉRITO: Quanto à Representação do TC 12.023/2020, JULGO-A IMPROCEDENTE quanto aos itens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.5 e PREJUDICADA PELA PERDA DO OBJETO quanto aos itens 2.4 e 2.6. Quanto às Representações tratadas nos TC´s 12.551/2020 e 13.590/2020, JULGO-AS IMPROCEDENTES."

4. REPRESENTAÇÃO TC/009980/2021: Razões de Impugnação

Esta Representação, TC/009980/2021, foi apresentada pela Sociedade de Concertos de São Paulo - Instituto Baccarelli em 14.06.2021, alegando irregularidades nas metodologias de avaliação, inobservando as regras editalícias e razões de recurso administrativo trazidas pela ora Representante, quanto ao:

(a) Critério 3, do Eixo I (gestão eficiente de recursos, comprovada por relatórios de auditorias e/ou prestação de contas, nos últimos dez anos):

Síntese: segundo o Instituto Baccarelli, Sustenidos não teria comprovado (i) o atendimento aos parâmetros do Edital para 2 (dois) pareceres e (ii) não teria comprovado o trânsito em julgado administrativo de nenhuma das prestações de contas analisadas.

Excertos:

"(i) ... Os pareceres apresentados pela SUSTENIDOS não destacaram economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros e controle eficiente dos recursos. Análise subjetiva da Comissão passível de nulidade;

(ii) escolha, por parte da Comissão de Seleção, dos melhores pareceres apresentados pela SUSTENIDOS. Ausência de previsão editalícia nesse sentido. Necessidade de adoção de critério objetivo para a escolha dos pareceres. Análise subjetiva da Comissão passível de nulidade;" (peça 10)

(b) Critério 6, do Eixo II (experiência dos principais dirigentes, quadros gerenciais e artísticos apresentados pelas participantes):

Síntese: segundo o Instituto Baccarelli, Sustenidos não teria comprovado a atuação de um dos integrantes pelo tempo exigido pelo Edital.

Excerto:

> *"(i) ... Imprescindível necessidade de análise qualitativa dos currículos apresentados. Ofensa a proporcionalidade e razoabilidade nos pontos obtidos pela SUSTENIDOS;" (idem)*

(c) Critério 11, do Eixo IV (proposta orçamentária das participantes para pontuar a distribuição mais eficiente do valor anual por grupo de despesa, e a alocação mais adequada e exequível dos recursos):

Síntese: aduziu ainda o Instituto Baccarelli, que a Sustenidos teria incorporado valores da conta de provisionamento em sua peça orçamentária sem demonstrar que esses valores seriam utilizados especificamente nos casos estabelecidos.

Excerto:

> *"(i) da inexequibilidade da proposta orçamentária da SUSTENIDOS;" (ibidem)*

(d) o Instituto Baccarelli questionou, ainda, o julgamento da prestação de contas de Organizações Sociais, que é feito pelo TCE-SP.

> *"(iii) indícios de irregularidades nas contas apresentadas à Comissão de Seleção, pela SUSTENIDOS, conforme despachos proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP);"(ibid)*

No pedido, a Representante requer que seja declarada a nulidade do Despacho de Homologação e Adjudicação do certame, assim como seja reformulada a decisão de classificação proferida pela Comissão de Seleção.

4.1. REPRESENTAÇÃO TC/009980/2021: Fase Instrutória

Com a instrução do feito, a Auditoria entendeu pela procedência da Representação, nos seguintes itens, conforme Relatório Conclusivo (peça 35), reiterado (peça 64) após defesas apresentadas:

> *3.1. Quanto à avaliação do critério de julgamento 3, do eixo I, não foi comprovado o atendimento aos parâmetros do edital para dois pareceres avaliados da entidade vencedora. Ademais, não foi comprovado, em*

nenhuma das cinco prestações de contas analisadas, o trânsito em julgado administrativo (item 2.1);

3.2. Quanto à avaliação do critério de julgamento 6, do eixo II, não restou comprovada a atuação do Sr. Camilo Carrara por, no mínimo, 02 anos em projetos da Sustenidos Organização Social de Cultura (item 2.2);

3.3. Quanto à avaliação do critério de julgamento 11 do Eixo IV, a incorporação dos valores da conta de provisionamento por parte da entidade vencedora em sua peça orçamentária ocorreu sem demonstração de que estes valores serão utilizados especificamente nos casos estabelecidos (pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo for anterior à assinatura do contrato de gestão) (item 2.3).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 70 e 71) acompanhou a conclusão da Especializada, no sentido da procedência parcial da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a perda de objeto da Representação, em razão da mesma ter sido interposta nesta Corte de Contas após os atos de homologação e adjudicação, os quais pleiteia a anulação, e, subsidiariamente opinou pela a improcedência da Representação, em defesa dos atos praticados pela Administração (peça 74).

A Secretaria-Geral acompanhou o entendimento da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido do conhecimento e procedência parcial da Representação.

4.2. REPRESENTAÇÃO TC/009980/2021: Voto do Relator

Em seu voto, o Conselheiro Relator registrou que (excertos da peça 80):

Sobre o Critério 3, do Eixo I (item 3.1 do Relatório de Auditoria):

"... houve nítida e irregular atribuição de pontos, não apenas à empresa classificada em primeiro lugar, como também à Representante, segundo afirmado pela própria Origem em suas justificativas."

"... a decisão da comissão julgadora tem seu embasamento de validade no edital enquanto o critério de julgamento do edital se justifica diretamente na ordem jurídica."

"... em relação ao critério de julgamento de uma licitação, o fator mais relevante é que ele seja objetivo, sob pena de configurar ilegalidade insanável."

"o Julgamento do Critério 3, do Eixo I, procurava, nos termos do edital, avaliar a gestão eficiente de recursos, comprovada por meio de relatórios de auditorias e/ou análise de prestação de contas em parcerias realizadas pelas Licitantes nos últimos dez anos ou em curso. O Edital exigia necessariamente o trânsito em julgado administrativo da prestação de contas apresentada

(...). Conforme se comprovou na instrução, a Organização Social Sustenidos não comprovou o preenchimento dos aludidos parâmetros para dois dos cinco pareceres avaliados. Além disso, não demonstrou o necessário trânsito em julgado para todas as cinco prestações de contas analisadas."

"... as prestações de contas recebidas e admitidas pela Comissão Julgadora não atendiam às exigências do edital."

"A alegação da Fundação Theatro, no sentido de que não é da praxe administrativa certificar em seus processos o trânsito em julgado de suas decisões administrativas, não é apta a afastar a exigência prevista no o Item 7.1 do Edital."

Sobre o critério de julgamento 6, do Eixo II (item 3.2 do Relatório da Auditoria):

"Restou demonstrado nos autos que os artistas indicados pela entidade vencedora Sustenidos Organização Social de Cultura não atenderam a mencionada exigência editalícia, invalidando o recebimento da pontuação concedida."

"Nem a Fundação Theatro tampouco a entidade Sustenidos apresentaram a documentação exigida no edital apta a comprovar a vinculação do Sr. Camilo Carrara com a entidade. A documentação apresentada fez prova de vinculação do artista por apenas 3 meses e 1 (um) dia quando o edital exigia tempo mínimo de 2 anos."

"... houve impugnação à pontuação do Sr. Ari Colares, que igualmente não teria apresentado documentação apta a comprovar o exigido tempo de vínculo com a Entidade. Em análise a documentação constante do sistema SEI é possível verificar que há pertinência nas alegações da Representante também nesse aspecto."

"... a Origem, com absoluta impertinência, chegou a argumentar que, 'em que pese a primeira classificada não atendesse aos requisitos exigidos no edital, a segunda classificada também não os preencheria'."

"... no intuito de justificar os próprios atos, houve evidente confissão, por parte da Origem, de prática de ilegalidades durante o procedimento licitatório. Tal fato poderia, inclusive, ensejar o requerimento, pelos interessados, de refazimento de todo o certame."

"... a Origem aceitou inadequadamente, a título de comprovação de prévia experiência, atestado apresentado pela entidade Sustenidos que se referia à contratação emergencial ..."

"... tendo em vista que a classificação se mostrou indevida, a própria contratação emergencial poderia ser questionada."

Sobre o critério de julgamento 11, do Eixo IV (item 3.3 do Relatório da Auditoria):

"... restou evidenciado que a pontuação da Entidade Sustenidos também se mostrou

irregular, eis que a incorporação dos valores da conta de provisionamento (no montante de R$ 2.535.103,84 -dois milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, cento e três reais e oitenta e quatro centavos) por parte da entidade vencedora em sua peça orçamentária ocorreu sem a demonstração exigida no edital, de que estes valores seriam utilizados especificamente para pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo fosse anterior à assinatura do contrato de gestão."

Em conclusão, *"... a não vinculação do administrador aos estritos termos do edital e a ausência de julgamento objetivo são motivos para a presente intervenção, na qualidade de órgão de controle, fazendo com que o desvio de conduta perpetrado por meio de classificação indevida seja anulado, restabelecendo-se a ordem em todo o processo licitatório.",* e conheceu da Representação, declarou a indevida pontuação das licitantes, e determinou a adoção de medidas de anulação ou revogação, por força da Súmula 473 do STF, além de instaurar processo administrativo para apurar as responsabilidades.

4.3 COTEJO ENTRE OS ITENS IMPUGNADOS NA REPRESENTAÇÃO (TC/009980/2021) E NOS PROCEDIMENTOS DE ACOMPANHAMENTO DO EDITAL (TC/011173/2020) E OUTRAS REPRESENTAÇÕES (TC/012023/2020, TC/013590/2020 e TC/012251/2020):

Conforme transcrições de excertos dos autos do Acompanhamento do Edital (TC/011173/2020) e de outras Representações (TC/012023/2020, TC/013590/2020 e TC/012251/2020) feitas nos itens (3) e (3.1) *supra*, foi constatado que a Origem procedeu às correções necessárias, tendo sido autorizada a retomada do certame, e, no voto englobado de todos esses procedimentos, o Edital foi julgado regular, e as denúncias, improcedentes e prejudicadas.

Cotejando-se os itens impugnados em tais representações e as correções procedidas em sede de Acompanhamento do Edital aos questionamentos feitos nos presentes autos (TC 9.980/2021), nota-se que coincidência quanto aos Eixo I – critério 3 ("gestão eficiente de recursos" e trânsito em julgado das prestações de contas) e Eixo II – critério 6 ("experiência na área cultural"), e o Eixo IV – critério 11 (exequibilidade do "valor total da proposta") não foi objeto de impugnação.

Assim, tem-se como premissa a escorreita redação dos critérios impugnados na presente Representação, posto que o Edital foi julgado regular, e as pretéritas representações, inclusive apresentadas pela ora entidade indignada, foram julgadas improcedentes e prejudicadas.

5. RECURSOS

Recursos Ordinários foram interpostos pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo – FTMSP, e Sustenidos Organização Social de Cultura, respectivamente em 03.02.2022 e 29.03.2022.

5.1 RECURSO ORDINÁRIO DA FUNDAÇÃO THEATRO MUNICIPAL DE SÃO PAULO – FTMSP

Em síntese, no Recurso Ordinário interposto pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo – FTMSP (peça 129), alega-se o seguinte:

- Em sede preliminar: Lei 8.666/93 não é aplicada a chamamento público: decisão STF (ADI 1.923-DF); deveria ser aplicado o Decreto 52.858/2011 (regra para seleção de Organizações Sociais no Município de São Paulo)

> *"... verifica-se que o Poder Público, na seleção de Organização Social com a qual firmará contrato de gestão, não está vinculado ao regramento da Lei 8.666/93, muito embora haja dever de obediência aos princípios constitucionais insertos no "caput" do artigo 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que foi plenamente observado pela Comissão de Avaliação do Chamamento nº 01/FTM/2020, na medida em que motivou todas as suas decisões e aplicou o mesmo regramento para todos os concorrentes ..." (fl. 3, peça 129)*
>
> *{...}*
>
> *"Em verdade, o procedimento de seleção de organizações sociais, no âmbito do Município de São Paulo, está previsto no Decreto nº 52.858/2011, mais especificamente em seus artigos 23 e seguintes.*
>
> *A desconsideração da legislação de regência adequada para análise do certame, por si só, é fundamento suficiente para reforma do v. acórdão recorrido e torna imperiosa uma nova apreciação do certame por este E. Plenário, desta feita, à luz do regramento de fato aplicável." (idem)*

- Sobre as irregularidades apontadas (síntese e excertos):

Critério 3, do Eixo I: (a) indevida pontuação/(b) pareceres de prestações de contas e trânsito em julgado: rebate as irregularidades, e informa a aplicação isonômica dos critérios para todos os concorrentes

> *"... se a Organização Social apresentasse parecer de contas aprovadas sem nenhum destaque, com um ou até dois destaques, a ela seria atribuído 1 ponto por parecer. A partir do terceiro destaque, seriam atribuídos 2 pontos por parecer." (fl. 4, peça 129)*
>
> *{...}*

"... não eram exigidos "pelo menos dois" parâmetros, mas tão somente a aprovação das contas para que fosse atribuída ao participante do certame 1 ponto no critério 3 do Eixo I." (idem)

{...}

"O que houve, em verdade, foi uma leitura divergente do instrumento convocatório por parte da Auditoria deste E. TCM, o que conduziu o v. acórdão recorrido, com a devida vênia, à conclusão equivocada ... (vide item 2 da parte dispositiva do Acórdão)" (ibidem)

{...}

"A premissa utilizada pela equipe de auditoria e encampada pelo v. acórdão recorrido no sentido de que a exigência era de trânsito em julgado dentro do órgão em que foi proferido cada parecer não consta no Edital e, por isso, não pode servir como base para julgamento das propostas, sob pena de violação à vinculação ao instrumento convocatório." (fl. 7, peça 129)

{...}

"... reiteramos o entendimento de que a Comissão de Seleção do Edital de Chamamento nº 01/FTMSP/2020 agiu corretamente ao não exigir a comprovação do trânsito em julgado junto ao TCE dos relatórios de prestação de contas apresentados pelas participantes, primeiro porque tal condição não estava prevista no edital, segundo, porque, até o momento, não há o mínimo indício de que os posicionamentos fixados nesses pareceres foram objeto de alteração ou sequer de impugnação, e terceiro porque o critério de seletividade na análise das prestações de contas instituído pela Resolução SDG nº 15/2015 do TCE/SP traz uma situação em que nem todas prestações são analisadas/julgadas pela Corte de Contas, o que acarreta uma situação não isonômica.

Importante ressaltar, ainda, que a mesma regra foi utilizada para a avaliação de todas as entidades participantes do Edital de Chamamento Público, não havendo qualquer ofensa ao Princípio da Isonomia que deve reger todos os atos administrativos." (idem)

Critério 6, do Eixo II: (c) análise dos currículos: análises feitas anteriormente; mesmo que retirada essa pontuação da Sustenidos, continua vencedora do Chamamento Público

"A organização Sustenidos apresentou (...) os currículos e portfólios dos artistas Ari Colares (...) e Camilo Carrara (...) demonstrado mediante contratos de prestação de

serviços (...). A Comissão compreendeu, assim, que atuação do artista não se dá de forma ininterrupta junto à instituição, mas sim por projetos, na forma especificada pelo edital, o que atesta seu vínculo, já que a exigência editalícia não impunha a necessidade de um vínculo formal e ininterrupto." (ibidem)

{...}

"(...) o Instituto Baccarelli apresentou nome de um artista, Wilson Simoninha, cuja vinculação foi demonstrada por meio de uma carta assinada pelo artista (...) na qual o artista menciona projetos pontuais, de durações variadas (...). Essa carta foi considerada suficiente pela Comissão Especial de Seleção, que deu como atendido o requisito editalício. O mesmo se deu com o artista Camilo Carrara, isonomicamente (...)" (ibid)

{...}

"Neste sentido, equivocou-se a Auditoria desta Corte de Contas (...)" (fl. 8, peça 129)

{...}

"Importante ressaltar que o edital previa comprovação de vínculo, contudo, sem especificar qual a natureza desta comprovação que poderia ser contratual, celetista ou outro vínculo." (idem)

{...}

"(...) ainda que houvesse um equívoco da Comissão na atribuição de pontos a Sustenidos, caso se entendesse que não foi comprovado o prazo mínimo de vínculo exigido pelo edital em relação ao artista Camilo Carrara e a pontuação (5 pontos) fosse retirada da organização social, o resultado do chamamento público não mudaria (...)." (ibidem)

"(...) as organizações culturais Sustenidos e Baccarelli ficariam empatadas com 83 pontos, de forma que seria necessário aplicar os critérios de desempate estabelecidos no Edital. (item 6.8.1 do Edital, maior pontuação no Critério 7)" (fl. 9, peça 129)

{...}

"(...) a Sustenidos obteve maior pontuação nesse quesito - 15 pontos contra 13,5 pontos do Instituto Baccarelli - e seria, portanto, vencedora do chamamento público, tendo em vista que a pontuação desse quesito não foi alterada na fase recursal (...)" (idem)

Critério 11, do Eixo IV: (d) orçamentos não foram avaliados corretamente: não influenciou a decisão da Comissão de Seleção, pois sua mudança não altera o resultado do certame

"(...) a FTMSP logrou demonstrar no Ofício nº 315/FTMSP/2021, em resposta ao Relatório Preliminar de

Análise de Representação, que o valor de R$ 2.535.103,84 corresponde a 4/12 da folha de pagamento relativa às férias e décimos terceiros salários, atinentes ao período aquisitivo cumprido pelos funcionários durante a vigência do Termo de Colaboração anterior ao Chamamento.

"Portanto, estaria correto o entendimento da Comissão de Seleção ao considerar que a proposta apresentada pela Sustenidos para os primeiros 12 (doze) meses da vigência do contrato de gestão atingiu os critérios de eficiência, exequibilidade, proporcionalidade e economicidade, previstos na proposta orçamentária, especialmente, por alocar devidamente os recursos do fundo de provisionamento". (ibid)

{...}

"Não havia exigência nas orientações para elaboração da proposta orçamentária de que as despesas fossem listadas de forma separada (...)" (fl. 10, peça 129)

{...}

"(...) dentro da previsão das despesas com recursos humanos, não havia exigência de divisão dos gastos com salários, férias, décimo terceiro entre outros encargos, tampouco havia exigência de distinção de tais despesas com especificação do período aquisitivo correspondente.

A exigência (...) encampada pelo v. acórdão recorrido (...) não encontra respaldo no edital do chamamento, e, portanto, não poderia ter sido exigida pela Comissão de Seleção à época da análise da proposta orçamentária.

(...) a exigência indicada no item 4.7.3 do Edital, invocada pela Auditoria em seu Relatório conclusivo, relacionada à comprovação da movimentação da conta de provisionamento, é direcionada à Contratada, ou seja, apenas àquela entidade que viesse a firmar contrato de gestão com a Municipalidade (...)" (idem)

{...}

Tratando-se, portanto, de nítida obrigação de prestação de contas durante a execução orçamentária, por questão lógica, não poderia ser ela imposta às participantes do certame antes da assinatura do contrato. No entanto, como sua utilização é permitida, sem prévia autorização pela Fundação, a intenção de se valer dos valores provisionados poderia, sim, constar na proposta orçamentária, uma vez que faria frente a despesas trabalhistas a serem executadas em 2021." (fl. 10, peça 129)

{...}

"O Eixo IV pretendia avaliar a qualidade da proposta orçamentária da instituição.

{...}

A restrição mais importante para elaboração da proposta orçamentária é que ela deveria respeitar o limite da LOA de 2021 somado aos esforços de captação.

{...}

Sendo assim, o julgamento do Critério 11 do Eixo IV tratou de avaliar o valor total e clareza da proposta orçamentária para os 12 primeiros meses de vigência do contrato de gestão e alocação dos recursos com eficiência (...)" (fl. 11, peça 129)

{...}

A pontuação total da Sustenidos nesse quesito foi 7,5 pontos de um total de 10 pontos possíveis.

(...) a avaliação se deu sobre "grupo de despesa, alocação eficiente e exequível dos recursos de forma adequada, proporcional e econômica" e quanto a isso, a proposta do Instituto Baccarelli foi considerada satisfatória, assim como a da Sustenidos, recebendo os mesmos 6 pontos (...)

{...}

(...) A utilização do fundo de provisionamento na proposta da Organização Sustenidos não teve qualquer impacto na verificação do primeiro item – "distribuição eficiente do valor anual por grupo de despesa, alocação eficiente e exequível dos recursos de forma adequada, proporcional e econômica" (fl. 12, peça 129)

{...}

"(...) no parecer do processo da Comissão de Seleção (...):

'Relativo ao Eixo IV - Critério 11 - Valor total da proposta e clareza da proposta orçamentária para os 12 primeiros meses de vigência do contrato de gestão e alocação dos recursos com eficiência – item (a) distribuição eficiente do valor anual por grupo de despesa, alocação eficiente e exequível dos recursos de forma adequada, proporcional e econômica, a proposta da Sustenidos Organização Social de Cultura enquadra-se em "quando a proposta prever a distribuição eficiente dos recursos". A referida proposta não apresenta distorções relevantes em comparação com o que se apresenta no ANEXO II - QUADRO DE REFERÊNCIA PARA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, e atende as proporções necessárias para cumprir minimamente com o objetivo do orçamento, pagamento de folha de pessoal, demais despesas administrativas e despesas com programação. Pontuação atribuída: 6 (seis) pontos.'" (fl. 13, peça 129)

- Sobre as determinações:

(e) FTMSP deve sanear as irregularidades/(g) FTMSP deve instaurar processo administrativo: comissão de seleção atuou nos estritos limites de sua competência

> *"(...) não se vislumbra na atuação da Comissão de Seleção dolo ou erro grosseiro a ensejar a abertura de processo administrativo para apurar responsabilidade (...)" (idem)*

(f) FTMSP deve informar as medidas tomadas em cinco dias: para o aproveitamento dos atos não invalidados, o processo de seleção deve retornar à fase de julgamento das propostas; a anulação de todo o chamamento é medida extrema

> *"(...) é de rigor a manutenção dos atos praticados no bojo do Chamamento Público nº 01/2020/FTM e não alcançados pelo decisum (...)" (fl. 14, peça 129)*
>
> *{...}*
>
> *"No caso em tela, o aproveitamento dos atos não invalidados significa que o processo deve retornar à fase de julgamento das propostas, em que a Comissão de Seleção deverá rever a pontuação dos participantes do certame exclusivamente em relação aos critérios de julgamento que foram considerados viciados pelo v. acórdão recorrido." (idem)*

- Pedido formulado:

Anulação gerará custos de desmobilização para a contratada (Sustenidos)

Risco de indenização

Paralisação imediata da programação do Theatro Municipal

Nova contratação emergencial gera custos elevados e tem prazo reduzido

Sugestão de modulação dos efeitos do Acórdão:

- Contrato com a Sustenidos continue vigente até a celebração de um novo contrato de gestão (pela retomada do chamamento ou pela realização de um novo certame)

- Justificativa: Sustenidos tem executado o contrato de forma satisfatória; encerrado procedimento de chamamento, Sustenidos pode ser vencedora novamente; Jurisprudência do TCU

> *"A anulação imediata do Contrato de Gestão gerará custos de desmobilização para a Contratada e, possivelmente, dever de a Administração indenizá-la. Além disso, haveria a paralisação imediata da programação do Theatro Municipal, frustrando a agenda já designada para o*

exercício e a oferta de serviços públicos artísticos à população paulistana." (fl. 15, peça 129)

{...}

"Assim sendo, mostra-se medida de prudência a manutenção do contrato de gestão firmado com a Sustenidos até o encerramento do Chamamento Público para seleção de Organização Social para a gestão do Theatro Municipal." (fl. 16, peça 129)

{...}

"(...) pugna-se pelo provimento integral do Recurso Ordinário interposto, para o fim de julgar improcedente a Representação e manter o resultado do Chamamento Público nº 01/FTMSP/2020

Caso não seja este o entendimento desta Corte, roga-se:

(a) que seja possibilitado o saneamento do feito, aproveitando-se os atos administrativos não inquinados pelas ilegalidades mencionadas no v. acórdão;

(b) que sejam modulados os efeitos do julgado, a fim de que o Contrato de Gestão firmado com a Sustenidos continue produzindo efeitos até o encerramento do novo Chamamento Público;

(c) que seja afastada a determinação de abertura de apuração preliminar em face dos servidores que compuseram a Comissão de Seleção, uma vez que não há nos autos evidência de dolo ou erro grosseiro." (fl. 16, peça 129)

Ainda, informou que iniciará procedimento administrativo visando à elaboração de novo edital e abertura de chamamento público com a finalidade de contratar organização social para realizar a gestão do Complexo Theatro Municipal se, ao final, o Recurso Ordinário restar improvido por essa Egrégia Corte.

5.2 RECURSO ORDINÁRIO DA SUSTENIDOS ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE CULTURA

Em síntese, no Recurso Ordinário interposto pela Sustenidos Organização Social de Cultura (peça 152), alega-se o seguinte:

- Sustenidos celebrou Contrato de Gestão nº 02/FTMSP/2021 em 28.05.2021

- Proposta foi pontuada corretamente:

Critério 3 do Eixo I – "gestão eficiente de recursos" e trânsito em julgado das prestações de contas:

"(...) o Edital previu que seria atribuído 1 (um) ponto a toda prestação de contas que fosse aprovada, por meio de parecer que destacasse o atendimento de "até" dois dos parâmetros elencados." (fl. 6, peça 152)

{...}

"(...) considerando que todos os pareceres apresentados pela Sustenidos foram expressamente aprovados, não há de se aventar ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Muito pelo contrário: data venia, o incorreto entendimento da i. Auditoria desse E. TCM, se adotado, é que violaria o expressamente prevê o Edital." (fl. 8, peça 152)

{...}

"Leia-se e releia-se o Edital e em nenhum lugar se encontrará exigência expressa de que se deveria apresentar ou exigir a certidão de trânsito em julgado administrativo das decisões. Com efeito, o Edital limita-se a afirmar que o material de avaliação serão "pareceres de apreciação de prestações de contas [...] com trânsito em julgado administrativo

In casu, as prestações apresentadas foram devidamente aprovadas pelos órgãos administrativos competentes há vários meses – ou, em alguns casos, anos -, sem que tenha havido qualquer notícia ou interposição de recurso. Não há dúvida, portanto, de que o requisito foi preenchido." (idem)

{...}

"Ao exigir o trânsito em julgado administrativo, portanto, evidentemente não se estava referindo à esfera controladora, da qual integra o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, mas sim à esfera administrativa relacionada ao ente federativo que contratou a entidade.

E essa situação foi devidamente analisada pela Comissão de Seleção:

Item 2.1 do Relatório de Análise de Representação: "Quanto à exigência de decisão definitiva do TCESP, não consisti a em exigência prevista no edital, nem poderia, pois a competência do Tribunal de Contas não representa em fase recursal das decisões adotadas na esfera administrativa. A decisão com trânsito em julgado consiste naquela contra a qual não caiba mais recursos. Na esfera administrativa, as decisões atingem o trânsito em julgado quando não cabem mais recursos dentro do próprio órgão que a proferiu." (fl. 9, peça 152)

Critério 6 do Eixo II –"experiência na área cultural"

> *"A previsão editalícia foi clara ao exigir para a análise do quadro artístico "a comprovação de, no mínimo, 02 anos de atuação em projetos da OS". A bem da verdade, o Edital jamais previu que o vínculo deveria existir de forma ininterrupta, ou que o tempo dedicado a cada um dos projetos, quando somados, montariam a 2 (dois) anos de duração. Muito pelo contrário: previu que o artista deveria possuir vínculo com a organização para atuação em projetos há, no mínimo, 2 (dois) anos.*
>
> *{...}*
>
> *No caso concreto, o Sr. Camilo Carrara possui o vínculo de prestador de serviços, por projetos, desde 2016.*
>
> *(...) o Sr. Ari Colares pelo tempo previsto. Conforme demonstrado por meio de documentos juntados aos autos, o artista possui vínculo celetista com a entidade há mais de 2 (dois) anos." (fl. 11, peça 152)*

Critério 11 do Eixo IV: exequibilidade do "valor total da proposta"

> *"(...) Nas Orientações Gerais para Elaboração da Proposta Orçamentária, constante do Termo de Referência do Edital, não consta qualquer exigência de que a proposta orçamentária deve discriminar as despesas de forma separada, com a indicação da respectiva fonte de receita que seria utilizada." (fl. 13, peça 152)*
>
> *{...}*
>
> *"(...) a obrigação imposta pelo referido item (4.7.3 do Edital) se refere à execução orçamentária do contrato, e não à elaboração de sua proposta. Trata-se de exigência a ser exigida apenas após a assinatura do contrato." (fl. 14, peça 152)*

- Leitura incorreta dos critérios de seleção

- Imposição de deveres não previstos no edital violam princípios da Administração Pública

> *"Como se viu do exame dos tópicos acima, os 3 (três) principais pontos e conclusões do v. acórdão recorrido se baseiam em leituras impróprias dos termos do Edital, que acabam por gerar obrigações jamais previstas originalmente – e que, portanto, a Sustenidos e a Comissão não eram exigidas a cumprir." (fl. 15, peça 152)*

- Necessidade de Modulação dos efeitos do Acórdão:

> *"(...) fato é que a anulação da pontuação da Sustenidos nos itens indicados não tem o condão de alterar o resultado final." (fl. 16, peça 152)*
>
> *"Caso se aceitasse a impugnação aos pontos atribuídos pela Comissão quanto ao Critério 3 do Eixo I, a pontuação da Sustenidos seria diminuída em 5 (cinco) pontos, levando-a a um total de 83 (oitenta e três) pontos, empatando com o Instituto Baccarelli.*
>
> *No que diz respeito ao Eixo II e Eixo IV, contudo, tem-se que a adoção do entendimento do v. acórdão recorrido também alteraria a pontuação do Instituto Baccarelli.*
>
> *{...}*
>
> *Da mesma forma, no caso do Critério 11 do Eixo IV, a proposta orçamentária do Instituto Baccarelli também apresentou receitas e despesas que, sob seus aspectos formais, afiguram-se como indevidos. Como demonstrado pela FTMSP em seu recurso, por exemplo, a proposta do Instituto Baccarelli contabilizou (i) permutas como receitas de captação e (ii) despesas com a captação referente à Lei Rouanet como despesas administrativas, sem a previsão de pagamento para empresa de apoio de captação da lei de incentivo federal, como de praxe.*
>
> *Nesse caso, assim, a pontuação de ambas as entidades seria alterada na mesma medida, de modo que o resultado final do Chamamento geraria situação de empate. (idem)*
>
> *{...}*
>
> *"(...) em caso de situação de empate, será selecionada a Organização Social com maior pontuação no Critério 7", e como a Sustenidos obteve a maior pontuação nesse quesito (15 pontos, face a 13,5 pontos do Instituto Baccarelli), não restam dúvidas de que o resultado do Chamamento Público restaria inalterado." (fl. 17, peça 152)*

- Pedido formulado:

reforma integral do acórdão: manter resultado do Chamamento Público

ou

reforma parcial do acórdão: advertência à FTMSP para futuras licitações, mantendo-se o contrato atual

> *"(...) mesmo que esse E. TCM continue a entender que determinadas irregularidades pontuais ocorreram, a Sustenidos requer que os efeitos desse v. acórdão sejam*

alterados, para não impor medida excessivamente onerosa às partes.

Essa posição está em consonância com o disposto no artigo 21, parágrafo único da LINDB

{...}

(...) a Sustenidos requer que esse E. TCM reforme o v. acórdão recorrido quanto à sua determinação para que se anule o Contrato celebrado com a Sustenidos, para impor advertência e determinação à FTMSP para que se atenha, nos futuros chamamentos públicos e licitações, aos pontos levantados por essa E. Corte de Contas." (fl. 17, peça 152)

{...}

"Impor à FTMSP, assim, a necessidade de dar início a um novo Chamamento afigura-se medida excessiva, extremamente onerosa ao Erário e ao interesse público. Afinal, geraria significativos custos, como aqueles referentes (i) a eventual realização de contratação emergencial para a gestão do Complexo Theatro Municipal, (ii) à desmobilização da atual gestão, (iii) à realização de novo chamamento, incluindo a repetição de atos já perfeitamente lícitos e válidos, bem como (iv) a eventuais indenizações devidas à Sustenidos.

(...) a advertência à FTMSP afigura-se como medida mais razoável." (fl. 19, peça 152)

{...}

"(i) se reforme integralmente o v. acórdão recorrido, mantendo o resultado do Chamamento Público, seja porque as suas conclusões foram equivocadas, seja porque, ainda que reputadas corretas, o que se admite apenas para fins de argumentação, o resultado do Chamamento não se alteraria; ou (ii) subsidiariamente, se reforme parcialmente o v. acórdão recorrido, a fim de que esse E. Tribunal de Contas limite-se a advertir a FTMSP para que, em futuros chamamentos públicos ou procedimentos licitatórios, atente-se aos pontos elencados na decisão, mantendo-se incólume o contrato de gestão assinado com a Sustenidos." (fl. 20, peça 152)

6. MANIFESTAÇÃO DA AUDITORIA SOBRE OS RECURSOS (peça 165)

6.1 SOBRE A TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS, a Auditoria entende que foi atendida em ambas apelações.

Segundo a Auditoria, a interposição do recurso pela FUNDAÇÃO THEATRO MUNICIPAL DE SÃO PAULO foi tempestiva, registrando:

> *"(...) que a Fundação Theatro Municipal de São Paulo foi intimada em 05.01.2022 (peça 92), tendo confirmado o recebimento em 10.01.2022 (peça 95).*
>
> *De acordo com a Portaria 05/2021, a contagem de prazos processuais ficou suspensa de 17/12/2021 até 20/01/2022, a partir de quando se reiniciou. O recurso foi interposto em 04.02.2022, sendo dessa forma tempestivo." (fl. 7, peça 165)*

E, sobre o mesmo critério, para o recurso da SUSTENIDOS ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE CULTURA:

> *"Não vislumbramos a intimação da Sustenidos a respeito do acórdão. No entanto, em 30.03.2022 ela interpôs recurso voluntário, de modo que seu comparecimento espontâneo convalidou a ausência da intimação do acórdão.*
>
> *Dessa forma, diante do comparecimento espontâneo pela Sustenidos, concluímos que seu recurso deve ser conhecido, não havendo o que tratar de intempestividade." (fl. 9, peça 165)*

6.2 SOBRE O CRITÉRIO 3, DO EIXO I, a Auditoria (Coordenadoria II) registrou:

> *"As alegações da FTMSP e da Sustenidos não merecem prosperar quando se levam em conta os dois aspectos relacionados ao apontamento: pontuação para cada parecer considerando o atendimento aos parâmetros elencados no edital e trânsito em julgado administrativo." (fl. 16, peça 165)*

Portanto, nesse critério, a Auditoria manteve o entendimento consignado na fase instrutória (peças 16 e 36), pois à entidade vencedora, Sustenidos, foi atribuído 01 (um) ponto a cada um dos dois pareceres, considerando a aprovação dos mesmos pelos órgãos de controle, logo, constatada a razoabilidade no uso dos recursos financeiros e controle eficiente, porém não foi comprovado o trânsito em julgado, exigência editalícia, nas cinco prestações de contas analisadas, o que, segundo a Auditoria, poderia ter sido feito mediante a obtenção de certidão ou cópia dos autos do processo administrativo.

Em síntese, a Coordenadoria II consignou (fl. 18, peça 165):

> *"Diante do exposto, entendemos pelo provimento dos recursos no que tange ao primeiro ponto (atribuição de 01*

> *ponto) e pelo seu não provimento em relação ao segundo ponto (trânsito em julgado)."*

6.3 SOBRE O CRITÉRIO 6, DO EIXO II, a Auditoria (Coordenadoria II) registrou:

> *"As alegações da FTMSP e da Sustenidos merecem prosperar em parte."*

Para avaliar se não restou comprovada a atuação do Sr. Camilo Carrara por, no mínimo, 02 anos em projetos da Sustenidos Organização Social de Cultura, a Auditoria buscou a metodologia para atribuição de pontuação, composta por duas avaliações, que devem ser combinadas:

> *"(1) sólida carreira e/ou qualificação reconhecida pela mídia especializada do setor cultural dos profissionais apresentados na área de atuação bem como (2) comprovação de, no mínimo, 02 anos de atuação em projetos da OS."*

Na fase instrutória (fl. 18, peça 35), a Auditoria manifestou-se pela procedência do apontamento da representante *(3.2. Quanto à avaliação do critério de julgamento 6, do eixo II, não restou comprovada a atuação do Sr. Camilo Carrara por, no mínimo, 02 anos em projetos da Sustenidos Organização Social de Cultura)*.

Todavia, sobre a vinculação de Sr. Arildo Colares dos Santos, cujo tempo de atuação em projetos da entidade vencedora não foi objeto da representação, enseja a reforma do Acórdão, em razão da extensão e dos limites do questionamento do pedido; porém, nota-se que procedendo-se ao acolhimento das razões de recursos nesse quesito, referente ao Sr. Arildo Colares dos Santos, a pontuação da Sustenidos permanece.

> *"... considerando que o Critério 6 do Eixo II do Edital exige a demonstração de atuação na área cultural de no mínimo 01 artista vinculado diretamente à OS e/ou às ações e projetos já realizadas pela mesma, se mantida a pontuação concedida à Sustenidos em razão do vínculo referente ao Sr. Ari Colares, a pontuação aferida à Sustenidos com relação a este requisito deve permanecer a mesma."*

6.4 SOBRE O CRITÉRIO 11, DO EIXO IV, a Auditoria (Coordenadoria II) registrou:

> *"As alegações não merecem prosperar.*
> *(...)*
> *No edital não ficou estabelecida a possibilidade de incorporação inicial destes recursos como se fossem de custeio para o primeiro ano, desconsiderando-se a natureza jurídica de uma conta de provisionamento.*

(...)
O v. Acórdão concluiu que a exequibilidade dos orçamentos não foi avaliada levando em conta as exigências editalícias ..."

Assim, a Auditoria manteve seu entendimento, expresso desde o Relatório Preliminar (fls. 17/18, peça 16), devendo ser mantido o Acórdão nesse quesito.

Em conclusão (fls. 36/37, peça 165), após análise dos recursos interpostos pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo e Sustenidos Organização Social de Cultura, a Auditoria entende pelo conhecimento, atendidos os aspectos da tempestividade e regularidade postulatória, e no mérito:

Pelo provimento dos recursos sobre o ponto 2 do Acórdão (*infra*): refere-se à atribuição de 01 (um) ponto a cada um dos 5 (cinco) pareceres de prestação de contas escolhidos, sem a devida e necessária menção expressa a quais dos dois parâmetros mínimos mencionados no edital teriam sido atendidos; ou seja, a entidade Sustenidos recebeu a pontuação correta no Critério 3, do Eixo I, devendo ser alterado o Acórdão.

Acórdão: 2. Os pareceres de prestações de contas apresentados não foram pontuados de forma que atendesse ao disposto no edital, com a indicação expressa de pelo menos dois dos seguintes parâmetros: economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros, controle eficiente dos recursos;

Pelo desprovimento dos recursos sobre o ponto 3 do Acórdão (*infra*): refere-se à comprovação do trânsito em julgado das prestações de contas, ou seja, a entidade Sustenidos não cumpriu exigência editalícia, também do Critério 3, do Eixo I, devendo ser mantido o Acórdão.

Acórdão: 3. Os pareceres de prestações de contas recebidos e pontuados não comprovaram o devido trânsito em julgado administrativo exigido no edital;

Pelo desprovimento do recurso quanto ao Sr. Camilo Carrara com a entidade vencedora, e pelo provimento do recurso quanto ao Sr. Ari Colares, relacionados ao ponto 4 do Acórdão (*infra*): refere-se ao Critério 6, do Eixo II, sobre a atribuição de pontos pelos artistas vinculados à entidade com experiência em gestão de espaços e/ou projetos culturais, curadoria e/ou atuação direta nas atividades artísticas, por no mínimo 2 anos, nos últimos 10 (dez) anos, a decisão deve ser mantida.

Acórdão: 4. A avaliação dos documentos para a prova de experiência dos principais quadros artísticos, em especial o de direção, não foi realizada por meio da correta

> *aferição de currículos e portfólios, não tendo sido constatada a atividade junto à licitante pelo tempo mínimo de 2 anos, nem tampouco verificado, na mídia especializada do setor, o histórico da carreira dos artistas indicados (análise qualitativa por meio de critérios objetivos);*

Pelo desprovimento dos recursos sobre o ponto 5 do Acórdão (*infra*): refere-se ao Critério 11, do Eixo IV, da incorporação dos valores da conta de provisionamento por parte da entidade vencedora em sua peça orçamentária ocorreu sem demonstração de que estes valores serão utilizados especificamente nos casos estabelecidos**, devendo ser mantido o Acórdão**, conforme registro da Auditoria de que "a conta de provisionamento prevista no item 4.7.3 destina-se ao pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo for anterior à assinatura do contrato de gestão, com procedimento específico de controle sobre a movimentação da conta, que condiz com sua natureza jurídica de recursos vinculados" (fl. 34, peça 165).

> *5. A exequibilidade dos orçamentos não foi avaliada levando em conta as exigências editalícias de que os valores do Fundo de Provisionamento não devem integrar a estruturação da Peça Orçamentária, nem no grupo de receitas, nem no grupo de despesas, uma vez que os montantes deverão ser destinados exclusivamente ao pagamento de direitos trabalhistas relativos ao período aquisitivo anterior do Contrato de Gestão.*

7. MANIFESTAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA DE CONTROLE EXTERNO SOBRE OS RECURSOS (peças 179/180)

7.1 SOBRE A ADMISSIBILIDADE, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pelo conhecimento de ambos os recursos, nos seguintes termos (excertos):

> *"Entendo que ambos os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade. Consigno que, embora a Sustenidos Organização Social de Cultura não tenha sido intimada do V. Acórdão, seu comparecimento supre a falta de intimação, passando a correr o prazo recursal a partir da sua inequívoca ciência da R Decisão. Assim, seu recurso é tempestivo. Entendo também pela existência de legitimidade e de interesse recursal, na medida em que a R. Decisão deste Egrégio Tribunal de Contas pode interferir diretamente na sua esfera de direitos." (fls. 5/6, peça 179)*

7.2 SOBRE AS QUESTÕES DE MÉRITO, a Assessoria Jurídica de Controle Externo,

entendendo trazerem matéria técnico-fática, referente às avaliações dos parâmetros para pontuação das propostas apresentadas à Origem (Fundação Theatro Municipal de São Paulo), aos quadros artísticos e à peça orçamentária, com amparo na análise realizada pelo Órgão Técnico, opinou pelo parcial provimento.

Assim, conforme aduzido pela Auditoria, a Assessoria Jurídica de Controle Externo:

Pelo provimento dos recursos sobre o ponto 2 do Acórdão, mesmo que os pareceres apresentados não fizessem destaque algum ou destacassem um ou dois pontos dos parâmetros, deveria ser atribuído 1 ponto a cada um deles, devendo ser alterado o Acórdão.

Pelo desprovimento dos recursos sobre o ponto 3 do Acórdão, o trânsito em julgado é uma exigência prevista no edital, devendo tal situação ser verificada documentalmente, havendo outros modos de comprovação do trânsito em julgado que não a apresentação de certidão, devendo ser mantido o Acórdão.

Sobre o ponto 4 do Acórdão, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, quanto à análise qualitativa dos currículos, improcedente o questionamento da Representante, na medida em que não houve impugnação específica dos currículos, mas sim a comparação entre os currículos das proponentes, opina pelo provimento dos recursos, tal como a Auditoria; quanto ao tempo de vínculo entre os artistas e as proponentes, tendo a Representação questionado o tempo do vínculo do Sr. Camilo Carrara, pelo desprovimento dos recursos, mantendo-se o Acórdão, e por não ter questionamento em relação tempo de vínculo do Sr. Ari Colares, pela revisão do Acórdão, tal como a Auditoria. Registre-se que a Assessoria Jurídica de Controle Externo fez a seguinte observação:

> *"... a manutenção do V. Acórdão no sentido da incorreta avaliação dos documentos para a prova de experiência dos quadros artísticos em relação ao tempo de vínculo do Sr. Camilo Carrara já implica, por si só, no comprometimento da decisão da Comissão de Seleção na avaliação das propostas." (fl. 9, peça 179)*

Pelo desprovimento dos recursos sobre o ponto 5 do Acórdão, conforme o posicionamento da Auditoria, mantendo-se o Acórdão, na medida em que "... incorreta a incorporação deste saldo na peça orçamentária, sem demonstração de que estes valores serão utilizados especificamente nos casos estabelecidos (pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo for anterior à assinatura do contrato de gestão)" (fl. 35, peça 165).

E sobre a alegada ausência de erro grosseiro ou dolo da Comissão, ao aproveitamento de atos não eivados de vício ou mesmo à modulação de efeitos do Acórdão, a Assessoria Jurídica entendeu se tratar de pontos cuja avaliação e possível repercussão cabe aos Julgadores.

Em conclusão (fl. 11, peça 179), após análise dos recursos interpostos pela Fundação

Theatro Municipal de São Paulo e Sustenidos Organização Social de Cultura, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela admissibilidade, atendidos os aspectos da tempestividade e regularidade postulatória, e no mérito, com amparo na análise realizada pela Auditoria, pelo seu parcial provimento, com endosso do Assessor Subchefe de Controle Externo (peça 180).

Em seguimento, no andamento processual, constam requerimentos de vista formulados pela Sociedade de Concertos de São Paulo – Instituto Baccarelli (peça 182) e Fundação Theatro Municipal de São Paulo (peça 186), ambos deferidos.

8. MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICPAL (peça 189)

Amparada em sua manifestação de primeira instância, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o provimento dos recursos ordinários, reformando-se o acórdão, declarando integralmente improcedente a representação, de tal sorte a se reconhecer a higidez dos atos praticados.

9. MANIFESTAÇÃO DA SECRETARIA GERAL (peças 199/200)

Opinou pelo conhecimento dos recursos ordinários apresentados pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo e pela entidade Sustenidos, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, pelo não provimento de ambos, em razão de inexistirem fatos ou elementos novos capazes de ensejar a modificação do r. julgado, devendo-se manter irretocável o Acórdão debatido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTO

1. Em julgamento, Recursos Ordinários interpostos pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo – FTMSP, e Sustenidos Organização Social de Cultura, em face do Acórdão, resultado do deliberado por votação unânime na 3.187ª Sessão Ordinária, nos autos da Representação apresentada pela Sociedade de Concertos de São Paulo - Instituto Baccarelli.

2. Conheço dos referidos Recursos por admissibilidade, observando, quanto ao interposto pela Fundação Theatro Municipal a peculiaridade da suspensão da contagem dos prazos processuais durante o período de recesso, e, quanto ao interposto pela Sustenidos, em razão da espontaneidade, superando a falta de intimação do Acórdão, denotando-se legitimidade e interesse recursal, posto que o objeto do presente procedimento interfere diretamente na sua esfera de direitos.

3. Em preliminar, afasto a alegação, aventada pela recorrente Fundação Theatro Municipal, de desconsideração da legislação de regência adequada à seleção de Organização Social, posto que no Preâmbulo do Edital de Chamamento Público nº 01/FTMSP/2020 consta que a parceria será formalizada por Contrato de Gestão, conforme, entre outros, o Decreto Municipal nº 52.858/2011, e a menção à Lei Federal nº 8.666/1993 relaciona-se às declarações referentes às penalidades previstas nos incisos, do art. 87 dessa.

4. O escopo do procedimento de Representação está constrito aos itens impugnados na peça inicial. Destaco que na fase recursal houve alteração do entendimento da Auditoria, por sua Coordenadoria II, acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, relativamente ao outrora apurado na fase instrutória do feito, passando a ser no sentido de que a pontuação obtida pela entidade vencedora no Critério 3 do Eixo I seguiu as regras do edital, e a manutenção da pontuação da contratada no Critério 6 do Eixo II, em razão do vínculo de Sr. Ari Colares à entidade Sustenidos Organização Cultural.

5. Ressalte-se que segundo as regras editalícias, o Critério 3 do Eixo I vale até 05 (cinco) pontos para cada projeto apresentado pela entidade licitante. Os pareceres de prestação de contas de 05 (cinco) parcerias selecionadas da Sustenidos Organização Cultural, receberam cada um 01 (um) ponto, subtotalizando, no Critério 3 do Eixo I, 05 (cinco) pontos.

6. Na pontuação da vencedora no Critério 6 do Eixo II, foram computadas as experiências dos Senhores Arildo Colares dos Santos e Camilo Carrara; todavia, vale frisar que é suficiente a demonstração de atuação na área cultural de no mínimo 01 artista vinculado diretamente à entidade e/ou às ações e projetos realizados.

7. Portanto, o Critério 6 do Eixo II, rejeitada a experiência do Senhor Camilo Carrara, a Sustenidos permaneceria com 10 (pontos), em razão da experiência de Senhor Arildo Colares dos Santos, e nada alteraria a pontuação final do Eixo II.

8. Considerando que no presente procedimento, o Critério 11 do Eixo IV, cuja impugnação à pontuação conferida à entidade Sustenidos Organização Cultural é objeto da presente Representação, conforme instrução realizada, o apontamento restou mantido, implicando na perda de pontos.

9. Portanto, neste procedimento de Representação, aplicando-se a metodologia de pontuação informada no Parecer Técnico da Comissão Especial de Licitação (DOC, 22.04.2021 – Edição Suplementar – SEI 042956166), seriam retirados pontos da Sustenidos no Eixo IV.

10. No mérito, estrito à matéria questionada na fase recursal da presente Representação, em linha com o posicionamento da Subsecretaria de Controle Externo, acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, voto pelo provimento parcial das razões de recurso aduzidas pela fundação Theatro Municipal de São Paulo e da sustenidos organização cultural para alterar o ponto 2 do acórdão, confirmando-se a correta pontuação dos pareceres de prestações de contas, referente ao critério 3 do eixo i.

11. Ainda relacionado ao Critério 3 do Eixo I (no que tange à comprovação do devido

trânsito em julgado dos pareceres de prestações de contas recebidas) voto pelo não provimento dos recursos sobre o ponto 3 do Acordão, o mantendo inalterado, conforme o voto condutor proferido pelo Conselheiro Relator Eduardo Tuma, na 3.187ª Sessão Ordinária, em 01.12.2021.

12. Quanto à irresignação de ambos os apelantes sobre ponto 4 do Acórdão, relacionado ao Critério 6 do eixo II, voto pelo não provimento dos recursos quanto ao sr. Camilo Carrara com a entidade vencedora, e pelo provimento dos recursos quanto ao sr. Arildo Colares dos Santos, haja vista que seu tempo de atuação em projetos da entidade vencedora não foi objeto da Representação, porém, considerando que a matéria foi alcançada pela extensão e limites da temática da análise, ensejando-se a reforma do Acórdão neste tópico, em nada alterando o total já aferido, no Eixo II.

13. Sobre o Ponto 5 do Acórdão, relacionado ao Critério 11 do Eixo **IV**, proposta orçamentária das participantes para pontuar a distribuição mais eficiente do valor anual por grupo de despesa, e a alocação mais adequada e exequível dos recursos, voto pelo não provimento dos recursos, mantendo-se o acórdão nesse quesito, conforme o voto condutor proferido pelo Conselheiro Relator Eduardo Tuma, na 3.187ª Sessão Ordinária, em 01.12.2021.

14. Acolho o pedido de afastamento da determinação de abertura de apuração preliminar em face dos servidores que compuseram a comissão de seleção, por não vislumbrar dolo ou má-fé nas irregularidades e por não se tratar de uma análise completa do acompanhamento de licitação, no caso Chamamento Público.

15. Nessa esteira, à vista da determinação contida do Acordão, fundada na Súmula 473 do STF, e tendo a Fundação Theatro Municipal informado, na peça recursal, que iniciará procedimento administrativo visando à elaboração de novo instrumento convocatório e abertura de chamamento público com a finalidade de contratar organização social para realizar a gestão do Complexo Theatro Municipal, mantenho a determinação à Origem para que informe a este Tribunal, agora no prazo de 30 (trinta) dias, as providências tomadas, notadamente sobre o novo edital anunciado, no prazo de 30 (trinta) dias.

16. Determino, ainda, que sejam oficiados sobre o teor deste voto e do Acórdão a ser prolatado, a Fundação Theatro Municipal de São Paulo, em nome de seu dirigente, a Secretaria Municipal de Cultura, em nome de seu Titular, a Presidente da Comissão de Seleção, Sra. Letícia Schwarz, o Senhor Prefeito Municipal, a Sustenidos Organização Cultural, a Sociedade de Concertos de São Paulo - Instituto Baccarelli, bem como o terceiro interessado Associação dos Músicos Instrumentistas do Theatro Municipal de São Paulo – AMITHEM, em nome de seus representantes e de seus advogados constituídos nos autos.

17. Por derradeiro, ante informações trazidas pela Secretaria Geral sobre a aplicação de multa à contratada por "(a) não cumprimento das metas de produção, (b) não observação das boas práticas de economicidade para agendamento de hospedagens (reincidência), (c) alteração sem aviso prévio à FTMSP, do quadro de cargos compartilhados, (d) não envio da integralidade da

relação de contratos, (e) reiteradas prorrogações de prazo para ocupação da Praça das Artes, (f) descumprimento de cláusula sobre guarda, limpeza, conservação e bom funcionamento dos imóveis, (g) descumprimento dos prazos para obtenção dos selos de acessibilidade, referente ao 3º trimestre de 2022." (julho a setembro de 2022), sugiro ao Relator prevento a determinação para que se instaure procedimento de execução contratual.

18. Encaminhe-se cópia do Acórdão prolatado a todos os interessados e cumpridas as formalidades regimentais, arquivem-se os presentes autos.

É como voto.

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro TCMSP

GAN/SMAS/ecg/

II – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/009980/2021
Representante	-	Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli)
Representada	-	Secretaria Municipal de Cultura/Fundação Theatro Municipal – FTMSP
Objeto	-	Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é selecionar Organização Social de Cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos a ele vinculados para a Cidade de São Paulo

3.187ª Sessão Ordinária

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. SMC. FTMSP. Seleção de Organização Social de Cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos a ele vinculados. 1. Indevida pontuação das licitantes, mediante a aceitação de documentos em desacordo com as exigências do edital. 2. O procedimento licitatório deve guardar estrita vinculação com o edital que o publicizou, sob pena de ilegalidade, conforme os artigos 3º e 4º, da Lei 8.666/93. 3. É pressuposto para a segurança jurídica de procedimento licitatório, que este tenha sido resultado de decisões proferidas em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital. 4. Inexiste segurança jurídica em contratação eivada de ilegalidade. 5. Cabe à Administração Pública adotar as medidas cabíveis para solucionar situação contrária ao interesse público primário, em franca oposição ao princípio da segurança jurídica, segundo o qual, o dever da Administração Pública é agir dentro dos limites da legalidade e, quando assim não for, atuar para solucionar casos de ilegalidade. CONHECIDA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÕES. 1. Adote as medidas necessárias para sanear as irregularidades apontadas, levando-se em conta que a Administração possui o poder/dever de "anular seus próprios atos, quando eivado de vícios que os tornem ilegais. Súm. 473, STF. 2. Instaure processo administrativo para apurar os responsáveis pelos atos ilegais praticados. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA, tendo o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BAREIRINHAS se manifestado, nos termos do artigo 165 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, em julgá-la parcialmente procedente, para declarar que:

1. Houve indevida pontuação das licitantes, mediante a aceitação de documentos em total desacordo com as exigências previamente impostas no edital, em patente ofensa aos princípios constitucionais da vinculação ao instrumento convocatório, ao julgamento objetivo e à igualdade de participação, resultado da classificação alcançada pela Origem em ato eivado de ilegalidade o que, por conseguinte tem o condão de macular todo o procedimento;
2. Os pareceres de prestações de contas apresentados não foram pontuados de forma que atendesse ao disposto no edital, com a indicação expressa de pelo menos dois dos seguintes parâmetros: economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros, controle eficiente dos recursos;
3. Os pareceres de prestações de contas recebidos e pontuados não comprovaram o devido trânsito em julgado administrativo exigido no edital;
4. A avaliação dos documentos para a prova de experiência dos principais quadros artísticos, em especial o de direção, não foi realizada por meio da correta aferição de currículos e portfólios, não tendo sido constatada a atividade junto à licitante pelo tempo mínimo de 2 anos, nem tampouco verificado, na mídia especializada do setor, o histórico da carreira dos artistas indicados (análise qualitativa por meio de critérios objetivos);
5. A exequibilidade dos orçamentos não foi avaliada levando em conta as exigências editalícias de que os valores do Fundo de Provisionamento não devem integrar a estruturação da Peça Orçamentária, nem no grupo de receitas, nem no grupo de despesas, uma vez que os montantes deverão ser destinados exclusivamente ao pagamento de direitos trabalhistas relativos ao período aquisitivo anterior do Contrato de Gestão.

ACORDAM, à unanimidade, diante das ilegalidades apuradas e considerando a relevância do caso concreto, que envolve a contratação para a gestão da Fundação Theatro, no valor inicial de R$ 565.383.002,34 (quinhentos e sessenta e cinco milhões, trezentos e oitenta e três mil, dois reais e trinta e quatro centavos) pelo prazo de 5 (cinco) anos e, com amparo no que dispõe o inciso IX do artigo 71 da Constituição Federal e o artigo 49 da Lei Federal 8.666/93, em determinar à Fundação Theatro Municipal que:

a-) adote as medidas necessárias para sanear as irregularidades apontadas, sobretudo a partir da análise do quanto exposto no item 1 supra, relativamente à possível mácula de todo o procedimento, levando-se em conta que a Administração possui o poder/dever de "anular seus próprios atos, quando eivado de vícios que os tornem ilegais pois dele não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos, a apreciação

judicial," no exercício regular da revisão dos próprios atos, por força da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, devendo comunicar, a esta Corte de Contas, **no prazo de 5 (cinco) dias**, as providências tomadas;

b-) instaure processo administrativo com a finalidade de apurar os responsáveis pelos atos ilegais praticados, individualizando as condutas para efeito de eventual aplicação de sanção àqueles que deram causa aos atos ora julgados irregulares, ressaltando a necessidade de ser assegurado o devido contraditório e ampla defesa a todos os envolvidos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Fundação Theatro Municipal de São Paulo, à Secretaria Municipal de Cultura, à Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli), aos Excelentíssimos Senhores Prefeito do Município de São Paulo e Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, à Secretaria do Governo Municipal, à Procuradoria Geral do Município e à Controladoria Geral do Município de São Paulo.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais dispostas no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de dezembro de 2021.

JOÃO ANTONIO – Presidente
EDUARDO TUMA – Relator

/cv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA – RELATOR

Processo: TC/009980/2021 – Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli) – Secretaria Municipal de Cultura/Fundação Theatro Municipal – FTMSP – Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é selecionar Organização Social de Cultura para fazer o gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos Corpos Artísticos a ele vinculados para a Cidade de São Paulo

---

RELATÓRIO

Trata estes autos de Representação apresentada pela **Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli)**, em face do resultado do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020 da **Fundação Theatro Municipal de São Paulo**, cujo objeto é a seleção de Organização Social de Cultura (OSC) para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados, por meio de Contrato de Gestão, mediante as condições estabelecidas em Edital e seus anexos (peça 01 e documentos às peças 02/09).

Inicialmente, o edital foi publicado no DOC em 11.09.2020, sendo que as inscrições foram recebidas até o dia 01.10.2020. A sessão pública de abertura dos envelopes estava agendada para o dia 06.10.2020, das 09h às 11h. Entretanto, em 05.10.2020, nos autos do acompanhamento do edital (TC/011173/2020, peça 15), o então relator determinou a suspensão *ad cautelam* do certame. A decisão foi referendada à unanimidade pelo Egrégio Plenário (TC 011173/2020, peça 22).

Após providências da Origem para sanar os achados da equipe técnica, durante a 3.131ª Sessão Ordinária desta Corte de Contas, em 17.03.2021, o Plenário, à unanimidade, autorizou a retomada do certame, observadas as medidas determinadas pelo Conselheiro Relator (TC/011173/2020, peça 94).

A sessão pública telepresencial de abertura dos envelopes foi realizada nos dias 13 e 16 de abril de 2021. A homologação do certame e a adjudicação do objeto licitado foram publicadas no DOC em 18.05.2021. (Peça 14, fls.1/4 e 125). Por fim, foi celebrado com o adjudicatário Sustenidos Organização Social de Cultura, CNPJ/ME sob o nº 01.891.025/0001-95, o Contrato de Gestão nº 02/ FTMSP/2021, assinado em 28.05.2021 e publicado no DOC em 29.05.2021 (peça 15).

Após a realização do certame, foi autuada a presente Representação (peça 10), cujo detalhamento consta da peça 1, onde, em síntese, foi relatado que:

- em 22.04.2021 foi publicado no Diário Oficial da Cidade o Parecer Técnico da Comissão de Seleção contendo a classificação provisória do certame (peça 06), abrindo-se o prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de recursos, nos termos do item 8.1.2 do Edital. A classificação provisória foi estabelecida da seguinte forma:

Eixos	Baccarelli	Santa Marcelina	Sustenidos
Eixo I	15	25	23
Eixo II	25	15	25
Eixo III	27,5	16,5	29
Eixo IV	15,5	4	10
Total	83	60,5	87
Fonte: DOC de 22.04.2021 (peça 14, fl. 90).			

- os 08 (oito) pontos de diferença do Eixo I entre a Representante (BACCARELLI) e a

primeira classificada (SUSTENIDOS) foram decisivos na concorrência e acabaram sendo atribuídos a esta última justamente em virtude dos pareceres dos Contratos de Gestão por ela apresentados. Isto é, exceto pela experiência anterior no modelo jurídico "Contrato de Gestão", a ora Representante seria a vencedora do Chamamento;

- que a Comissão de Seleção ofendeu as metodologias de avaliação estabelecidas no Edital, adotou providencias não previstas no instrumento convocatório e ignorou elementos importantes trazidos pela Representante em sede de recurso administrativo, permitindo a homologação e adjudicação do objeto à primeira classificada de forma contrária ao ordenamento jurídico em vigor;

- que as seguintes irregularidades foram cometidas na avaliação do Eixo I: (i) ofensa à metodologia de avaliação prevista no Edital. Os pareceres apresentados pela SUSTENIDOS não destacaram economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros e controle eficiente dos recursos. Análise subjetiva da Comissão passível de nulidade; (ii) escolha, por parte da Comissão de Seleção, dos melhores pareceres apresentados pela SUSTENIDOS. Ausência de previsão editalícia nesse sentido. Necessidade de adoção de critério objetivo para a escolha dos pareceres. Análise subjetiva da Comissão passível de nulidade; (iii) indícios de irregularidades nas contas apresentadas à Comissão de Seleção, pela SUSTENIDOS, conforme despachos proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP);

- que as seguintes irregularidades foram cometidas na avaliação do Eixo II: (i) ofensa à metodologia de avaliação prevista no Edital. Imprescindível necessidade de análise qualitativa dos currículos apresentados. Ofensa a proporcionalidade e razoabilidade nos pontos obtidos pela SUSTENIDOS;

- que as seguintes irregularidades foram cometidas na avaliação do Eixo IV: (i) da inexequibilidade da proposta orçamentária da SUSTENIDOS.

Ao final a Representante requer que seja declarada a nulidade do Despacho de Homologação e Adjudicação do certame proferido pelo Ilmo. Diretor Geral da FTMSP, assim como que seja reformulada a decisão de CLASSIFICAÇÃO proferida pela Comissão de Seleção.

Os autos foram encaminhados à Subsecretaria de Fiscalização e Controle (peça 12), que em seu Relatório Preliminar de Análise de Representação em face do resultado do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020 da Fundação Theatro Municipal (peça 16), assim pontuou em sua conclusão:

> **3. CONCLUSÃO**
>
> Após a análise das alegações da **SOCIEDADE DE CONCERTOS DE SÃO PAULO (Instituto Baccarelli)**, CNPJ 55.446.132/0001-33, em face do resultado do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, concluímos nesse Relatório Preliminar que:
>
> **3.1.** Quanto à avaliação do critério de julgamento 3, do eixo I, recomendamos a intimação da Comissão Especial de Seleção da FTMSP para esclarecimentos e apresentação de documentos que comprovem os requisitos estabelecidos no edital para atribuição de pontos neste critério para entidade vencedora **(item 2.1)**;
>
> **3.2.** Quanto à avaliação do critério de julgamento 6, do eixo II, recomendamos a intimação da Comissão Especial de Seleção da FTMSP para justificar de que forma os artistas indicados pelo Sustenidos Organização Social de Cultura atendem ao primeiro requisito (sólida carreira e/ou qualificação reconhecida pela mídia especializada do setor cultural dos profissionais apresentados na área de atuação), uma vez que lhes foram atribuídos nota máxima neste quesito; e para

comprovar a vinculação do Sr. Camilo Carrara com a referida entidade por no mínimo 2 anos. **(item 2.2)**;

3.3. Quanto à avaliação do critério de julgamento 11 do Eixo IV, no que se refere à incorporação, pela entidade vencedora, do valor de provisionamento de R$ 2.535.103,84 (dois milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, cento e três reais e oitenta e quatro centavos) em sua peça orçamentária, consideramos procedente a representação **(item 2.3)**.

Ressaltamos que nossa análise restringiu-se a atribuição de pontos nos critérios de avaliação 3, 6 e 11, impugnados pelo representante.

Informamos que a homologação do certame e a adjudicação do objeto licitado foram publicadas no DOC em 18.05.2021. E, em 28.05.2021, foi assinado com Sustenidos Organização Social de Cultura, CNPJ/ME sob o nº 01.891.025/0001-95, o Contrato de Gestão nº 02/ FTMSP/2021, publicado no DOC em 29.05.2021 (peça 15).

Determinei, com fundamento no artigo 101 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, a expedição de ofícios dirigidos à Fundação Theatro Municipal de São Paulo e à Secretaria Municipal de Cultura, a fim de que tomassem ciência do relatório preliminar da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, manifestando-se no prazo de até 15 dias acerca das conclusões alcançadas (peça 17).

Devidamente oficiadas, a FTMSP apresentou defesa na peça 26, enquanto a SMC deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi concedido.

Em sua defesa (peça 26), a FTMSP alegou que, no que concerne ao primeiro apontamento constante no item 2.1 do relatório de auditoria, concorda integralmente com o entendimento da Comissão Especial de Seleção, sendo que a Diretoria Geral da FTMSP negou provimento ao recurso da entidade ora Representante neste aspecto, conforme Despacho doc. SEI 044370941. Expôs que a "*conclusão da comissão de seleção de que a aprovação das contas pelos órgãos de controle pressupõe o reconhecimento ao menos de razoabilidade e controle de eficiente pelas instâncias de controle, ainda que implicitamente, conforme justificado no parecer da comissão, embora não haja previsão expressa no edital, é entendimento correto já que a essência do trabalho de controle contas é justamente o julgamento destes critérios*".

Usou como argumento que a Organização Social vencedora do certame apresentou pareceres com aprovação das contas apresentadas, prolatados pela Secretaria de Estado da Cultura, em sede de controle interno, e pelo Tribunal de Contas do Estado, em sede de controle externo, sendo falsa a afirmativa que nenhum dos pareceres fazia menção expressa à razoabilidade e ao controle eficiente de recursos.

Consignou que o edital não deveria ser interpretado literalmente e que essa metodologia de julgamento foi adotada pela Comissão de Seleção de maneira isonômica a todos os participantes.

Quanto ao segundo apontamento constante no item 2.1 do Relatório de Análise de Representação, por entender correto o raciocínio da Comissão Especial de Seleção, a Diretoria Geral da FTMSP também negou provimento ao recurso interposto pela entidade ora representante. Ressaltou que não se exigia no edital decisão definitiva do TCESP, uma vez que o referido Tribunal não tem competência recursal das decisões adotadas na esfera administrativa

Quanto às irregularidades na avaliação do critério de julgamento 6 do Eixo II (item 3.2 da Conclusão), a FTMSP alegou que a análise pela comissão dos currículos dos Senhores Arildo Colares e Camilo Carrara levou em consideração a experiência de ambos e seus vínculos com a instituição; e que a comissão analisou o portfólio e o site vinculados a cada um deles e desta análise

constatou os requisitos de sólida carreira e reconhecimento pela mídia especializada.

Em relação às possíveis irregularidades na avaliação do critério de julgamento 11 do Eixo IV (item 3.3 da Conclusão), que se refere à incorporação, pela entidade vencedora, do valor de provisionamento de R$ 2.535.103,84 (dois milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, cento e três reais e oitenta e quatro centavos) em sua peça orçamentária, a FTMSP alegou que "*o fundamento adotado pela Coordenação de Controle e Fiscalização, de que os recursos de provisionamento não poderiam ser incluídos na proposta orçamentária por abranger verbas rescisórias futuras, que não são passíveis de definição no momento da elaboração das propostas, não se sustenta*", com o seguinte fundamento: "*os recursos do fundo de provisionamento, sem que nenhum funcionário seja demitido, sem que seja paga verba rescisória a nenhum funcionário desligado, serão totalmente esgotados apenas com o pagamento de férias e décimos terceiros salários relativos ao período aquisitivo pré contrato de gestão com a organização Sustenidos*" (fl. 12 da peça 26).

Encaminhados os autos para a SFC (peça 31), esta apresentou seu Relatório Conclusivo (peça 35), no qual concluiu pela Procedência da Representação, nos seguintes termos:

> 3. CONCLUSÃO
>
> Após a análise das alegações da **SOCIEDADE DE CONCERTOS DE SÃO PAULO (Instituto Baccarelli)**, CNPJ 55.446.132/0001-33, em face do resultado do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, concluímos nesse Relatório Conclusivo que a representação é procedente nos seguintes aspectos:
>
> **3.1.** Quanto à avaliação do critério de julgamento 3, do eixo I, não foi comprovado o atendimento aos parâmetros do edital para dois pareceres avaliados da entidade vencedora. Ademais, não foi comprovado, em nenhuma das cinco prestações de contas analisadas, o trânsito em julgado administrativo **(item 2.1)**;
>
> **3.2.** Quanto à avaliação do critério de julgamento 6, do eixo II, não restou comprovada a atuação do Sr. Camilo Carrara por, no mínimo, 02 anos em projetos da Sustenidos Organização Social de Cultura **(item 2.2)**;
>
> **3.3.** Quanto à avaliação do critério de julgamento 11 do Eixo IV, a incorporação dos valores da conta de provisionamento por parte da entidade vencedora em sua peça orçamentária ocorreu sem demonstração de que estes valores serão utilizados especificamente nos casos estabelecidos (pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo for anterior à assinatura do contrato de gestão) **(item 2.3)**.
>
> Ressaltamos que nossa análise restringiu-se a atribuição de pontos nos critérios de avaliação 3, 6 e 11, impugnados pelo representante.

Considerando as conclusões da Coordenadoria II no relatório conclusivo de análise da representação, determinei, com fundamento no artigo 101 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, a expedição de ofícios dirigidos à Fundação Theatro Municipal de São Paulo, à Secretaria Municipal de Cultura, à Representante e ao contratado Sustenidos Organização Social de Cultura, a fim de que cientifiquem-se do referido e, considerando que se trata de contrato já assinado e em curso, manifestem-se, no prazo de até 5 dias, acerca das conclusões alcançadas.

A OSC SUSTENIDOS apresentou sua defesa à peça 53, com anexos (peças 54 a 56), alegando em síntese que entende ser a condução do processo seletivo de responsabilidade da entidade contratante, a Fundação Theatro Municipal. E que todo o objeto do edital foi atendido, sendo que seu resultado decorre da avaliação objetiva de qual entidade seria a mais apta a gerir o Complexo Theatro Municipal, diante das metas e diretrizes estabelecidas no Chamamento Público.

Quanto aos pareceres de avaliação de contas e a suposta ausência de trânsito em julgado

administrativo, alegou que não há como se exigir dela (Sustenidos) que apresente prova negativa para comprovar o trânsito em julgado administrativo.

No que concerne à comprovação de atuação do Sr. Camilo Carrara por, no mínimo, 02 anos em projetos da Sustenidos, alegou que, "*no presente momento, considerar que não basta demonstrar que a entidade tem relação com o artista há mais de dois anos, mas acrescentar a exigência de que sejam pelo menos dois anos ininterruptos significa criar exigência não prevista no edital*".

Por fim, em relação ao item da conta de provisionamento, afirmou que não haveria razão "*para segregar o valor entre as despesas no orçamento, como uma conta de resgate para a execução orçamentária de 2022 a 2025, uma vez que o saldo da conta se esgotará no próprio ano de 2021*".

Já a FTMSP trouxe suas considerações aos autos na peça 57. Quanto ao apontamento de que a Origem não logrou demonstrar que em dois dos pareceres de prestação de contas analisados pela Comissão de Seleção apresentados pela organização social Sustenidos houve destaque de até dois dos parâmetros, como estabelecido no Edital, justificou que o "*trabalho realizado pela Comissão de Seleção do Chamamento nº 01/FTMSP/2020 não se limitou a uma busca de palavras, mas, sim, a uma análise no conteúdo dos pareceres apresentados pelas par6cipantes do chamamento, de modo a identificar a menção expressa do atingimento dos conceitos de economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros, controle eficiente dos recursos, nas prestações de contas apresentadas*".

Em relação à ausência de comprovação de trânsito em julgado administrativo de todos os pareceres de análise de prestação de contas pontuados pela Comissão de Seleção, alegou, em síntese (fl. 03 da peça 57), que "*não havia exigência no edital de chamamento de comprovação documental do trânsito em julgado administrativo dos pareceres de apreciação de prestações de contas apresentados pelas organizações sociais participantes, mas, sim, a característica da definitividade é que era considerada determinante*".

Considerou, portanto, que quando não há recurso de nenhum interessado, a coisa julgada administrativa de aprovação das contas torna-se definitiva para a administração pública, sendo "*esta a condição dos pareceres apresentados pelas organizações sociais que foram considerados pela comissão de seleção*".

Quanto à não comprovação da atuação do Sr. Camilo Carrara por, no mínimo, 02 anos em projetos da Sustenidos Organização Social de Cultura, alegou a Origem que a análise da comissão do currículo do artista Camilo Carrara levou em consideração a experiência e seu vínculo com a instituição, e que a comissão analisou o portfólio e o site vinculados a ele e, desta análise, constatou que os requisitos necessários para pontuação estavam presentes".

E, finalmente, quanto à avaliação do critério de julgamento 11 do Eixo IV, alegou a origem (fl.10 da peça 57), que "*a ausência da demonstração de que os recursos do fundo provisionado seriam utilizados especificamente nos casos estabelecidos (pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo for anterior à assinatura do contrato de gestão) por parte da entidade vencedora em sua peça orçamentária, não altera o juízo realizado pela Comissão de Seleção ao atribuir a nota do critério 11*".

E que a restrição mais importante para elaboração da proposta orçamentária é que ela deveria respeitar o limite da LOA de 2021 somado aos esforços de captação. Nenhuma proposta poderia ir além do valor determinado, sendo essa restrição o parâmetro de avaliação sobre a capacidade de elaboração do orçamento e de alocá-lo de forma eficiente.

A SMC novamente deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi concedido, assim como a Representante.

Em nova análise (peça 64), a SFC ratificou sua conclusão exarada na peça 35, nos seguintes termos:

> **3. CONCLUSÃO**
> **Após a análise dos documentos enviados por Sustenidos Organização Social de Cultura (peças 53 a 56) e da manifestação da Fundação Theatro Municipal de São Paulo (peça 57), ratificamos as conclusões do relatório conclusivo (peça 35).**

A AJCE (peças 70 e 71) acompanhou a conclusão da Especializada, no sentido da procedência parcial da Representação.

Em sua manifestação a PFM requereu a perda de objeto da Representação, em razão da mesma ter sido interposta nesta Corte de Contas após os atos de homologação e adjudicação, os quais pleiteia a anulação.

Subsidiariamente opinou pela a improcedência da Representação em defesa dos atos praticados pela Administração. (peça 74)

Por fim, a Secretaria-Geral acompanhou o entendimento da Auditoria e da AJCE no sentido do conhecimento e procedência parcial da Representação.

É o relatório.

VOTO

O Representante impugna a classificação final do certame indicada no parecer técnico da comissão de seleção, em razão de indevida atribuição de pontos à empresa classificada em primeiro lugar (Sustenidos Organização Social de Cultura) por ofensa às metodologias e critérios estabelecidos no edital, alegando, ainda, que a Comissão Julgadora teria adotado providências não previstas na Lei, ignorando elementos importantes trazidos por ela em sede de recurso administrativo.

Alega que a diferença de 8 (oito) pontos no eixo I, entre a Representante e a Organização declarada vencedora, e a pontuação atribuída indevidamente à Sustenidos nos eixos II e IV teriam sido decisivas para a alteração do resultado final do procedimento licitatório.

Com razão a Representante.

A conclusão da Auditoria, corroborada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, manteve-se, ao final da instrução, pela procedência da Representação no tocante à indevida atribuição de pontos na avaliação dos critérios de julgamento 3, do eixo I, 6 do eixo II e 11 do Eixo IV.

O referido entendimento trouxe luz à conduta indevida praticada pela Comissão de Seleção do Theatro Municipal, durante o procedimento licitatório, ao agir em desconformidade com as cláusulas do Edital.

Conforme se verá, houve nítida e irregular atribuição de pontos, não apenas à empresa classificada em primeiro lugar, como também à Representante, segundo afirmado pela própria Origem em suas justificativas.

Ao contrário do *caput* do artigo 41 da Lei Federal 8666/93, que impõe ideia genérica de vinculação ao edital, o artigo 44 do mesmo diploma estabelece expressa vinculação entre o julgamento que será realizado na etapa de proposta e o critério definido no edital tendo, o julgamento fundamento direto no próprio edital, de modo que é com base nele que se afere a legalidade da decisão da comissão de julgamento.

O mesmo raciocínio se aplica ao fundamento de validade do critério de julgamento adotado no edital, de maneira que este tem por obrigação a observância da ordem jurídica vigente, devendo o julgamento das propostas observar as regras previamente impostas no edital.

Nesses termos, a decisão da comissão julgadora tem seu embasamento de validade no edital enquanto o critério de julgamento do edital se justifica diretamente na ordem jurídica.

Portanto, estando as regras estabelecidas no edital em consonância com a ordem jurídica, será esse o instrumento que dará fundamento de validade à decisão da comissão de licitação.

Não sem outro motivo, sob o ponto de vista do tratamento isonômico, a condição mais importante do edital é a que envolve o critério de julgamento. E, em relação ao critério de julgamento de uma licitação, o fator mais relevante é que ele seja objetivo, sob pena de configurar ilegalidade insanável.

Por isso, e nos termos da própria natureza da licitação, eventual julgamento subjetivo desconfigura o próprio fundamento do certame, vez que a licitação tem como pressuposto constitucional o tratamento isonômico, e este, o julgamento objetivo.

O desrespeito ao princípio do julgamento objetivo pode ensejar a nulidade dos atos praticados. Nesse sentido, Zanella Di Pietro, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."[20]

No mesmo pensar, confirma Odete Medauar que: "o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito."

No caso dos autos, o Julgamento do Critério 3, do Eixo I[1], procurava, nos termos do edital, avaliar a gestão eficiente de recursos, comprovada por meio de relatórios de auditorias e/ou análise de prestação de contas em parcerias realizadas pelas Licitantes nos últimos dez anos ou em curso.

O Edital exigia necessariamente o trânsito em julgado administrativo da prestação de contas apresentada e permitia a atribuição de 1 a 2 pontos para os pareceres que destacassem excelência na gestão dos recursos, com a indicação expressa, respectivamente, de 2 a 3 dos seguintes parâmetros: economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros e controle eficiente dos recursos.

---

[1] (item 3.1 do relatório da Auditoria)

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Conforme se comprovou na instrução, a Organização Social Sustenidos não comprovou o preenchimento dos aludidos parâmetros para dois dos cinco pareceres avaliados. Além disso, não demonstrou o necessário trânsito em julgado para todas as cinco prestações de contas analisadas.

Inobstante o não atendimento das exigências do item 7.1 do edital, a Comissão atribuiu indevida e imotivadamente 01 (um) ponto a cada um dos 5 (cinco) pareceres escolhidos, sem a devida e necessária menção expressa a quais dos dois parâmetros mínimos mencionados no edital teriam sido atendidos.

Em que pese que a justificativa para a pontuação nos termos do edital devesse se dar de maneira expressa pela Comissão Julgadora – fato que não se efetivou para nenhuma das 5 (cinco) prestações, maculando, por si só, a pontuação atribuída a esses documentos – tem-se que, quanto ao mérito dos documentos, a Auditoria desta Corte concluiu, depois de analisar os despachos proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) nas prestações de contas apresentadas pela Sustenidos que, apenas 3 (três) dos 5 (cinco) pareceres avaliados comprovaram e destacaram o atendimento aos parâmetros estabelecidos no edital.

Em outras palavras, também por seu conteúdo, as prestações de contas recebidas e admitidas pela Comissão Julgadora não atendiam às exigências do edital.

Não prospera, em absoluto, a argumentação da Origem no sentido de que os Acórdãos emitidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo teriam deixado "subentendido" o preenchimento dos requisitos.

Não há que se falar em pressupostos atendidos de forma presumida. Trata-se de ato administrativo que deve cumprir as exigências formais prevista em lei e no edital, a exemplo da expressa motivação, imprescindível ao ato para sua validade.

Consoante destacado pela Auditoria, "não há qualquer declaração do TCE-SP no sentido de ter havido controle eficiente dos recursos e/ ou clareza das informações nos referidos convênios firmados que justificasse a pontuação deferida à entidade Sustenidos."

Outra irregularidade relevante foi a admissão, pela Origem, de forma injustificada, de prestações de contas, apresentadas pela entidade Sustenidos, referentes a Contratos de Gestão executados durante os exercícios de 2015 a 2019, sem que estas fossem acompanhadas da necessária comprovação de seu trânsito em julgado, em flagrante desrespeito aos termos dispostos no Edital.

A Auditoria foi enfática ao destacar que "quanto ao trânsito em julgado administrativo, dentro do órgão em que foi proferido cada parecer, não foi apresentada nenhuma comprovação."

A alegação da Fundação Theatro, no sentido de que não é da praxe administrativa certificar em seus processos o trânsito em julgado de suas decisões administrativas, não é apta a afastar a exigência prevista no o Item 7.1 do Edital, que previu expressamente este requisito no material de avaliação, até porque, o trânsito em julgado poderia ter sido comprovado pela entidade vencedora por outros meios de prova idôneos, tal como a obtenção de certidão ou cópia dos autos

do processo administrativo, a fim de comprovar o trânsito em julgado expresso nos autos, ou, se fosse o caso, o decurso do prazo recursal legal.

Não há respaldo legal ou jurisprudencial para se presumir o trânsito em julgado dos referidos pareceres por terem sido favoráveis à entidade parceira eis que implicaria ausência de interesse recursal da entidade prestadora de contas.

Isso porque, conforme a Lei Estadual 10.177/1998 e o Regimento Interno do TCE/SP, os legitimados para recorrer não se resumem às partes da relação jurídica estabelecida, não sendo possível, portanto, a presunção do trânsito em julgado, eis que pode prejudicar interesse de terceiros, que possam ter seus direitos subjetivos atingidos pela decisão.

Assim, cabia à Fundação Theatro comprovar documentalmente que a entidade declarada vencedora atendeu aos requisitos estabelecidos no edital, para que lhe fossem atribuídos pontos nesse critério. Na ausência desta comprovação, ao serem pontuados documentos que não atendiam as exigências do edital, tem-se configurada clara ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Sobre a Vinculação ao edital, o mestre Hely Lopes Meirelles assim preleciona:

"a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)."[2]

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado sobre o tema, a exemplo do decidido no Recurso Especial 1.178.657-MG, cuja ementa foi assim redigida:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA.*
>
> *(..)*
>
> *2. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital."*

---

[2] (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 256-257)

Por certo, aceitar documentação diversa da exigida no edital é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, ferindo o princípio da igualdade entre os licitantes.

Com efeito, restou comprovada, também, a violação ao princípio do julgamento objetivo inerente a todas as seleções públicas, ao se adotar critério subjetivo e não isonômico para a seleção dos documentos da entidade vencedora, em detrimento das demais participantes.

O critério de julgamento 6, do eixo de avaliação II[3], tratava da comprovação, pelas licitantes, de atuação na área cultural por meio de, no mínimo, 01 (um) até 02 (dois) artista (s) vinculado (s) diretamente à organização social e/ou às ações e projetos já realizados pela mesma, devendo ser comprovada por seu currículo, onde deveria constar experiência em gestão de espaços e/ou projetos culturais, curadoria e/ou atuação direta nas atividades artísticas, por no mínimo 2 anos, nos últimos 10 (dez) anos.

Restou demonstrado nos autos que os artistas indicados pela entidade vencedora Sustenidos Organização Social de Cultura não atenderam a mencionada exigência editalícia, invalidando o recebimento da pontuação concedida.

Nem a Fundação Theatro tampouco a entidade Sustenidos apresentaram a documentação exigida no edital apta a comprovar a vinculação do Sr. Camilo Carrara com a entidade. A documentação apresentada fez prova de vinculação do artista por apenas 3 meses e 1 (um) dia quando o edital exigia tempo mínimo de 2 anos.

Não obstante o não cumprimento da exigência posta no edital, a entidade recebeu pontuação máxima para esse quesito, como se houvesse atendido as exigências editalícias.

Frise-se, outrossim, que a despeito da Auditoria não ter se manifestado a respeito, também houve impugnação à pontuação do Sr. Ari Colares, que igualmente não teria apresentado documentação apta a comprovar o exigido tempo de vínculo com a Entidade. Em análise a documentação constante do sistema SEI é possível verificar que há pertinência nas alegações da Representante também nesse aspecto.

Sobre a comprovação de vinculação dos artistas integrantes do corpo diretivo, destaque-se que a Origem, com absoluta impertinência, chegou a argumentar que, "em que pese a primeira classificada não atendesse aos requisitos exigidos no edital, a segunda classificada também não os preencheria". Tal afirmação em nada se presta à defesa dos procedimentos adotados pela Origem.

Ao contrário, a assunção da ilegalidade pela Origem, não apenas quanto à primeira classificada, mas também quanto às demais, cobre de dúvidas a regularidade da pontuação dada a todas as participantes.

Sobre a citada alegação da Origem, apesar de a Auditoria ter destacado que os "referidos critérios não possuíam caráter eliminatório, mas, apenas classificatório" é certo que, no intuito de justificar os próprios atos, houve evidente confissão, por parte da Origem, de prática de ilegalidades durante o procedimento licitatório. Tal fato poderia, inclusive, ensejar o requerimento, pelos interessados, de refazimento de todo o certame.

---

[3] (item 3.2 do relatório de auditoria)

Além disso, em flagrante violação aos termos do edital, a Origem aceitou inadequadamente, a título de comprovação de prévia experiência, atestado apresentado pela entidade Sustenidos que referia-se à contratação emergencial firmada com a própria Fundação Theatro no decorrer do procedimento licitatório, sendo que tal ajuste apenas se efetivou por ser a Sustenidos a então organização classificada em primeiro lugar.

Com efeito, tendo em vista que a classificação se mostrou indevida, a própria contratação emergencial poderia ser questionada.

Finalmente, quanto à avaliação do critério de julgamento 11, do Eixo IV[4], restou evidenciado que a pontuação da Entidade Sustenidos também se mostrou irregular, eis que a incorporação dos valores da conta de provisionamento (no montante de R$ 2.535.103,84 -dois milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, cento e três reais e oitenta e quatro centavos) por parte da entidade vencedora em sua peça orçamentária ocorreu sem a demonstração exigida no edital, de que estes valores seriam utilizados especificamente para pagamento de direitos trabalhistas, 13º salário e férias de pessoal cujo período aquisitivo fosse anterior à assinatura do contrato de gestão.

Decerto, o procedimento licitatório, além de dever observar os princípios a que está submetida a Administração Pública, em prol da proteção dos interesses de toda a coletividade (art. 37, caput, da Constituição Federal), deve guardar estrita vinculação com o edital que o publicizou, sob pena de ilegalidade, conforme também se infere do disposto nos artigos 3º e 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

> *"Art. 3º- A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*
>
> *Art. 4º- Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos."*

A respeito dessa característica, sobreleva o seguinte excerto do magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> *"(...) o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente. (...) No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que*

[4] (item 3.3. do relatório da Auditoria)

equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório".

Em julgamento recente, o STJ reiterou precedentes ao fixar que "impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência" sendo que "a observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade." [5]

No mesmo sentido confira-se o decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 1000221-05.2021.8.26.0624, Voto nº 20930, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007300-47.2021.8.26.0000 de 09/06/2021 do Órgão Especial do TJSP, dentre outros.

Assim sendo, e tendo em vista ser entendimento corrente na doutrina e na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes, tem-se que este é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação sendo certo que, ao descumprir normas editalícias, a Administração frustrou a própria razão de ser da licitação e violou os princípios que norteiam a atividade administrativa, tais como o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Deveras, a não vinculação do administrador aos estritos termos do edital e a ausência de julgamento objetivo são motivos para a presente intervenção, na qualidade de órgão de controle, fazendo com que o desvio de conduta perpetrado por meio de classificação indevida seja anulado, restabelecendo-se a ordem em todo o processo licitatório.

Registre-se, ainda, que a competência constitucionalmente atribuída às Cortes de Contas tem estreita relação com o princípio da segurança jurídica, alicerce do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, o papel do Controle Externo da Administração Pública ganha expressão diante de situações como a presente, na qual resta clara a ilegalidade que maculou o certame em análise. Seria descumprir os mandamentos constitucionais deixar de apontar flagrante desrespeito a princípio básico das licitações.

A tarefa que este Tribunal exerce ao reconhecer a procedência da Representação consubstancia a segurança jurídica necessária à preservação do interesse público. Ao ressaltarmos e declararmos a ilegalidade constante destes autos, concedemos à Administração Pública a possibilidade de, ciente de tal vício, buscar meios para fazer cessar atividade eivada desde a origem que, de maneira direta, desrespeitou o interesse público e, de forma frontalmente ilegal, também desatendeu ao princípio da igualdade entre os licitantes.

Implicaria omissão relevante e inescusável a hipótese desta Corte de Contas fechar os olhos diante de tamanha irregularidade, especialmente em relação a certame que ostenta valor inegavelmente expressivo. Tal fato redobra a responsabilidade no exercício de nossa competência,

---

[5] RESP 1178657 (outros RESP 595079, ROMS 17658).

sendo certo que não podemos deixar de apontar as causas de invalidade que, afirme-se, não se confundem com mero juízo de conveniência e oportunidade, revelando-se o que há de mais gravoso dentre as irregularidades atribuíveis aos atos administrativos, qual seja, a nulidade.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União possui entendimento pacificado no sentido de que não existe segurança jurídica em contratação eivada de ilegalidade. Nesse viés confiram-se os Acórdãos 570/2013 - Plenário, 2.069/2008 - Plenário e 1.767/2008 - Plenário e Decisão 680/2000 também do Plenário.

Em recente julgado do Plenário, o Tribunal de Contas da União ressaltou que "o regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá direito adquirido à manutenção de erros observados (...) trata-se da aplicação dos princípios da boa-fé contratual e probidade administrativa."[6]

Destarte, é pressuposto para a segurança jurídica de procedimento licitatório, que este tenha sido resultado de decisões proferidas em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital.

Para o Superior Tribunal de Justiça "É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei –, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa".[7]

Nas exitosas palavras do desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos "como cediço, a licitação é regida, dentre outros, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de sorte que a Administração e os licitantes estão sujeitos à fiel observância do conteúdo das cláusulas editalícias, em prol da segurança jurídica e da assecuração (*sic*) da igualdade de concorrência."[8]

Dessa forma, a presente decisão tem a finalidade de proteger a Administração ao buscar higidez ao contrato firmado com Organização Social que fará a Gestão do Theatro Municipal pelos próximos 5 (cinco) anos, indicando que o pleno exercício dos controles interno e externo, além do controle social, são absolutamente necessários para conferir estabilidade e segurança jurídica aos atos praticados.

Reitere-se, por derradeiro, que caberá à Administração Pública Municipal, diante de todos os apontamentos trazidos pelo Tribunal, especialmente por meio de seus órgãos técnicos, de maneira exaustiva e fundamentada, adotar as providências cabíveis para solucionar situação delicada e contrária ao interesse público primário, em franca oposição ao princípio da segurança jurídica, segundo o qual, o dever da Administração Pública é agir dentro dos limites da legalidade

---

[6] (Acórdãos nº 854/2016 e nº 117/2014, Plenário)
[7] *STJ, RE nº 144.750/SP.*
[8] (TJ/RJ, AC nº 0477291-23.2011.8.19.0001, Rel. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, j. em 04.05.2016.)

e, quando assim não for, atuar para solucionar casos de ilegalidade como o presente.

Diante de todo o exposto, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir e passam a integrar o presente voto, CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, e, NO MÉRITO, JULGO-A PARCIALMENTE PROCEDENTE para declarar que:

1. Houve indevida pontuação das Licitantes, mediante a aceitação de documentos em total desacordo com as exigências previamente impostas no edital, em patente ofensa aos princípios constitucionais da vinculação ao instrumento convocatório, ao julgamento objetivo e à igualdade de participação, resultado da classificação alcançada pela Origem em ato eivado de ilegalidade o que, por conseguinte tem o condão de macular todo o procedimento;

2. Os pareceres de prestações de contas apresentados não foram pontuados de forma que atendesse ao disposto no edital, com a indicação expressa de pelo menos dois dos seguintes parâmetros: economicidade, eficiência, clareza das informações, razoabilidade no uso dos recursos financeiros, controle eficiente dos recursos;

3. Os pareceres de prestações de contas recebidos e pontuados não comprovaram o devido trânsito em julgado administrativo exigido no edital;

4. A avaliação dos documentos para a prova de experiência dos principais quadros artísticos, em especial o de direção, não foi realizada por meio da correta aferição de currículos e portfólios, não tendo sido constatada a atividade junto à Licitante pelo tempo mínimo de 2 anos, nem tampouco verificado, na mídia especializada do setor, o histórico da carreira dos artistas indicados (análise qualitativa por meio de critérios objetivos);

5. A exequibilidade dos orçamentos não foi avaliada levando em conta as exigências editalícias de que os valores do Fundo de Provisionamento não devem integrar a estruturação da Peça Orçamentária, nem no grupo de receitas, nem no grupo de despesas, uma vez que os montantes deverão ser destinados exclusivamente ao pagamento de direitos trabalhistas relativos ao período aquisitivo anterior do Contrato de Gestão.

Diante das ilegalidades apuradas e considerando a relevância do caso concreto, que envolve a contratação para a gestão da Fundação Theatro, no valor inicial de R$565.383.002,34 (quinhentos e sessenta e cinco milhões, trezentos e oitenta e três mil, dois reais e trinta e quatro centavos) pelo prazo de 5 (cinco) anos e, com amparo no que dispõe o inciso IX, do artigo 71[9] da

---

[9] *o Tribunal de Contas da União (TCU), tem se manifestado no sentido de que, embora àquela Corte de Contas Federal não possa anular ou sustar contratos administrativos, tem competência constitucional, conforme o artigo 71, inciso IX, para fixar prazo para que a autoridade administrativa adote as medidas necessárias a anular o contrato e, se for o caso, a licitação de que se originou, conforme exposto a seguir:*
- Acórdão 2105/2008-Plenário: "[...] fixar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno/TCU, o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, para que o Dnit adote as medidas necessárias com vistas a anular a Concorrência nº 350/2006, e, em consequência, o contrato dela decorrente, tendo em vista as irregularidades apontadas nesta representação, que

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Constituição Federal e o artigo 49 da Lei Federal 8666/93[10], expeça-se ofício dirigido à Fundação Theatro Municipal com as seguintes determinações:

a- Que a Origem adote as medidas necessárias para sanear as irregularidades apontadas, sobretudo a partir da análise do quanto exposto no item 1 supra, relativamente à possível mácula de todo o procedimento, levando-se em conta que a Administração possui o poder/dever de *"anular seus próprios atos, quando eivado de vícios que os tornem ilegais pois dele não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos, a apreciação judicial,"* no exercício regular da revisão dos próprios atos, por força da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, devendo comunicar, a esta Corte de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias, as providências tomadas.

b- Que a Origem instaure processo administrativo com a finalidade de apurar os responsáveis pelos atos ilegais praticados, individualizando as condutas para efeito de eventual aplicação de sanção àqueles que deram causa aos atos ora julgados irregulares, ressaltando a necessidade de ser assegurado o devido contraditório e ampla defesa a todos os envolvidos.

Encaminhe-se cópia do Relatório, Voto e Acordão aos Excelentíssimos Senhores Prefeito Municipal e Presidente da Câmara Municipal, à Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli), à Fundação Theatro Municipal – FTMSP, à Secretaria Municipal de Cultura, à Controladoria Geral do Município e à Procuradoria da Fazenda Municipal.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 01 de dezembro de 2021.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

---

importaram em inobservância dos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade, previstos nos arts. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e 3o, caput, da Lei nº 8.666/1993;".
- Acórdão 2343/2009-Plenário: "[...] Por pertinente, faço incorporar a essas razões, ainda, a sugestão oferecida pelo douto Subprocurador-Geral, Dr. Paulo Soares Bugarin, no sentido de que, no que se refere à preliminar suscitada pelos recorrentes (de que o TCU não possui competência para determinar a rescisão de contrato administrativo) , o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Mandado de Segurança nº 23.550/DF, assim se manifestou sobre a matéria:
- "EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.".

[10] Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente *para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.*