Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Processo	-	TC/012251/2020 (Tramitam em conjunto os processos TC/011173/2020, TC/012023/2020, TC/013590/2020 e TC/012251/2020)
Representante	-	Sindicato dos Músicos Profissionais no Estado de São Paulo
Representada	-	Fundação Theatro Municipal de São Paulo
Objeto	-	Representação interposta em face do edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é a seleção de organização social de cultura para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados, por meio de contrato de gestão que valorize seus artistas e honre a importância histórica e contemporânea deste conjunto para a Cidade de São Paulo

31ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. FTMSP. Seleção de organização social de cultura para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados por meio de contrato de gestão. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/011173/2020, TC/012023/2020, TC/013590/2020 e TC/012251/2020, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

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, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 23 de março de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
EDUARDO TUMA – Relator

/cv

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 20/04/2022 16:04:00 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 27/04/2022 10:54:50 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

31ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL – PLENO

Itens 11º a 14º

11)TC 11.173/2020 - Fundação Theatro Municipal de São Paulo - Acompanhamento - Verificar se o Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é a seleção de organização social de cultura para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados, por meio de contrato de gestão, que valorize seus artistas e honre a importância histórica e contemporânea deste conjunto para a cidade de São Paulo, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste (FHMC) (Processo Eletrônico) (Tramita em conjunto com os TCs 12.023/2020, 12.251/2020 e 13.590/2020)
12)TC 12.023/2020 - Sociedade de Concertos de São Paulo - Fundação Theatro Municipal de São Paulo - Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é a seleção de Organização Social de Cultura para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados, por meio de Contrato de Gestão, que valorize seus artistas e honre a importância histórica e contemporânea deste conjunto para a cidade de São Paulo (FCCF) (Processo Eletrônico) (Tramita em conjunto com os TCs 11.173/2020, 12.251/2020 e 13.590/2020)
13)TC 13.590/2020 - Sociedade de Concertos de São Paulo - Fundação Theatro Municipal de São Paulo - Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é a seleção de Organização Social de Cultura para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados, por meio de Contrato de Gestão, que valorize seus artistas e honre a importância histórica e contemporânea deste conjunto para a cidade de São Paulo (JT) (Processo Eletrônico) (Tramita em conjunto com os TCs 11.173/2020, 12.023/2020 e 12.251/2020)
14)TC 12.251/2020 - Sindicato dos Músicos Profissionais no Estado de São Paulo - Fundação Theatro Municipal de São Paulo - Representação interposta em face do Edital de Chamamento Público 01/FTMSP/2020, cujo objeto é a seleção de Organização Social de Cultura para gerenciamento do Complexo Theatro Municipal e dos corpos artísticos a ele vinculados, por meio de Contrato de Gestão, que valorize seus artistas e honre a importância histórica e contemporânea deste conjunto para a cidade de São Paulo (CJG) (Processo Eletrônico) (Tramita em conjunto com os TCs 11.173/2020, 12.023/2020 e 13.590/2020)

RELATÓRIO

TC 11.173/2020:

Trata-se de acompanhamento do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, tendo por objeto a seleção de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social de Cultura - OSC, para efetuar a gestão dos objetos culturais vinculados ao Complexo Theatro Municipal.

De acordo com o Relatório Preliminar da Auditoria (peça 14), esta concluiu que o referido instrumento não reunia condições de prosseguimento, nos seguintes termos:

4.1. A documentação de regularidade jurídica, fiscal e trabalhista (Item 10.2 do Edital) deve ser exigida de todos os proponentes, a fim de que seja analisada durante o processo de habilitação no certame, obedecendo à sistemática estabelecida nos itens 5.3 a 5.5 do Edital, conforme art. 22, inciso III, art. 23, inciso II, c/c arts. 27 e 28 do DM 52.858/2011. (Item 3.4.3.2).

4.2. Ausência de previsão de comprovação da satisfatória situação econômica-financeira dos proponentes, por meio do cálculo de índices contábeis usualmente aceitos. Deve ser acrescentada essa exigência no Edital, junto com a justificativa dos índices contábeis adotados, que devem possibilitar a efetiva avaliação da situação econômico-financeira da entidade, nos termos do DM 52.858/2011, art. 27, inciso II, e §1º. (Item 3.4.3.2)

4.3. Os seguintes documentos não foram solicitados dos participantes no certame: comprovante de regularidade perante a Seguridade Social e de regularidade perante a Fazenda Estadual, pertinente ao ramo de atividade da entidade e quanto aos

tributos relacionados com a prestação licitada; declaração de idoneidade e declaração de que não cumpre as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93; e ato constitutivo da entidade, com a prova da composição da diretoria em exercício (DM 52.858/2011, art. 27, incisos II, III, IV e V e §2º, c/c DM 44.279/2003, art. 37, incisos IV e VI). (Itens 3.4.3.2, 3.4.3.3, 3.4.3.4 e 3.4.3.5).

4.4. Discrepância nos valores previstos para 2020 e 2021. Quanto à origem dos repasses em 2020, o item 11.15 do Edital não informa o valor específico que será utilizado de cada dotação orçamentária. Ademais, não foram encontrados, nos autos do processo administrativo, estudos realizados visando confirmar se os preços praticados atualmente no Termo de Colaboração estão dentro do preço de mercado e se são compatíveis com o que se almeja da próxima contratação. É necessária a apresentação da criteriosa composição do valor estimado, que deve seguir parâmetros rígidos e realistas. (Item 3.4.4)

4.5. Os itens 8.1 a 8.4 do Edital devem ser interpretados conforme os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a fim de que se admitam recursos administrativos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da publicação da ata da sessão pública, quanto à desclassificação (inabilitação) em razão do não preenchimento de requisitos de participação no chamamento público (itens 5.10.5 e 5.12 do Edital), não só recursos quanto ao resultado preliminar (classificação) da seleção (item 6.11 do Edital). (Item 3.4.5)

4.6. Não constam nos autos do processo administrativo os parâmetros técnicos utilizados para fixação das metas e indicadores descritos.

Para fins de controle, tais dados deverão estar devidamente embasados, tendo em vista que se trata de metas básicas obrigatórias e metas para apuração de remuneração variável. (Item 3.4.6)

4.7. No eixo de avaliação III - "Qualidade da proposta técnica", não há parâmetros objetivos e concretos para a avaliação dos atributos 'vanguarda', 'excelência' e 'experimentação', dos critérios 7 e 8. Desse modo, os atributos destes critérios devem ser reformulados, com regras e conceitos precisos, aferíveis e claros, possibilitando um julgamento objetivo e transparente. (Item 3.4.7.3)

4.8. Quanto ao critério 14, do eixo de avaliação V, não se mostra razoável o desconto de pontos devido a ressalvas ou advertências em parcerias com aprovação da prestação de contas.

Ademais, não se pode prorrogar os efeitos de decisão de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração cujos prazos já tenham transcorrido, tampouco da declaração de inidoneidade, que já foi objeto de reabilitação. As sanções administrativas devem gerar efeitos dentro dos limites da legalidade, produzindo efeitos determinados, de acordo com a extensão definida pelo ato administrativo sancionador. Da mesma forma, a expressão 'sem ressalvas' do Critério 15 deve ser retirada. (Item 3.4.7.5)

4.9. A pontuação atribuída a cada proponente, por critério avaliado, deve ser devidamente motivada, de forma clara e específica, conforme decisão do STFADI 1.923/DF, a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, conferindo transparência ao julgamento, possibilitando inclusive a ampla defesa e o contraditório real às entidades participantes. (Item 3.4.7)

4.10. Os prazos para prestação de contas, referente à execução do Contrato de Gestão, apresentam divergências, devendo ser harmonizados - Item 13.2 do Edital de Chamamento e itens 2.1.23 e 2.1.24 da Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.5)

4.11. Os prazos para análise das prestações de contas, por parte da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização e da Comissão de Avaliação, bem como o prazo para recurso da decisão, apresentam divergências, devendo ser harmonizados - Itens 13.3 a 13.5 do Edital de Chamamento e itens 7.4, 7.4.1 e 7.8 da Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.5)

4.12. Há incongruências no anexo II – 'Cronograma de Desembolso', da Minuta do Contrato de Gestão. Nos anos de 2021-2024, quanto à parte fixa, a 4º parcela aparece como avaliando novamente o primeiro trimestre do ano. E, na primeira parcela dos anos de 2022-2025, não há avaliação do último trimestre do ano anterior. Quanto à parcela variável, o cronograma faz referência ao segundo semestre como sendo de agosto a dezembro. E, quanto ao ano de 2025, não há previsão de avaliação das metas qualitativas em julho. (Item 3.6)

4.13. A FTMSP deve justificar a necessidade da abertura de Conta de emergência, para utilização por motivos de caso fortuito ou força maior, com recursos públicos, tendo em vista que é obrigação da contratada "efetuar a contratação dos seguros patrimoniais e de responsabilidade civil, relacionados aos imóveis e atividades avençados, com coberturas em valores compatíveis com as edificações e usos". (Item 3.6)

4.14. A FTMSP deve justificar a possibilidade de uso da conta de contingência para cobrir despesas com acordos judiciais ou condenações transitadas em julgado de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos geradores ocorridos durante a vigência contratual, principalmente especificando o que consideraria culpa leve apta a transferir para o Poder Público responsabilidades da contratada. (Item 3.6)

Obs.:

5. CORREÇÕES FORMAIS

5.1. Os itens 10.2.1 e 10.2.3 do Edital são iguais. (Item 3.4.3.2)

5.2. No item 7.5 da Minuta do Contrato de Gestão, as informações serão prestadas pela CONTRATADA, e a referência deve ser ao item 5.6, posto que não há item 5.7 na Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.5)".

Após o relatório da Auditoria, o então Conselheiro Relator determinou a suspensão do Certame, decisão que foi referendada pelo Plenário (peças 15 e 22).

Na sequência, intimada a Origem, esta apresentou esclarecimentos (peças 23 e 25), que foram analisados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle (peça 50), assim concluindo o Órgão Técnico acerca do edital em epígrafe:

"(...) concluímos que o mesmo não reúne condições de prosseguimento, devido às seguintes irregularidades:

4.1. O processo administrativo não foi instruído com os documentos que justifiquem a escolha dos índices contábeis citados pela FTMSP em sua manifestação prévia, demonstrando sua adequabilidade e efetividade na avaliação da situação econômico-financeira da entidade, nos termos do DM 52.858/2011, art. 27, §1º. (Item 3.4.3.2 do relatório)

4.2. Não foram encontrados, nos autos do processo administrativo, estudos realizados visando confirmar se os preços praticados atualmente no Termo de Colaboração estão dentro do preço de mercado e se são compatíveis com o que se almeja da próxima contratação. É imprescindível a apresentação da criteriosa composição do valor estimado, que deve seguir parâmetros rígidos e realistas.

Salientamos também a necessidade de atenção na publicação do edital, quanto aos valores estimados, bem como a necessidade de especificar os recursos advindos de cada dotação orçamentária. (Item 3.4.4 do relatório)

4.3. Não constam nos autos do processo administrativo os parâmetros técnicos utilizados para fixação das metas e indicadores descritos. Para fins de controle, tais dados deverão estar devidamente embasados, tendo em vista que se trata de metas básicas obrigatórias e metas para apuração de remuneração variável. (Item 3.4.6 do relatório)

4.4. Não há, nos autos do processo administrativo, parâmetros objetivos para a avaliação dos atributos 'vanguarda', 'excelência', 'experimentação', dos critérios 7 e 8, com regras e conceitos precisos, aferíveis e claros, possibilitando um julgamento objetivo e transparente. (Item 3.4.7.3 do relatório)

4.5. Não há, nos autos do processo administrativo, as alterações propostas pela FTMSP para o critério 14 ou a redistribuição dos pontos de forma a se preservar a legalidade, objetividade e transparência na seleção. Salientamos também a necessidade de supressão da expressão 'sem ressalvas' do critério 15. (Item 3.4.7.5 do relatório)

4.6. Não constam, nos autos do processo administrativo, os métodos propostos pela FTMSP em sua manifestação prévia para se conferir maior transparência ao processo seletivo, motivando a pontuação atribuída a cada proponente, por critério avaliado, possibilitando inclusive a ampla defesa e o contraditório real às entidades participantes. Conforme decisão do STF-ADI 1.923/DF, a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF. (Item 3.4.7 do relatório)

4.7. Ausência de embasamento jurídico para a utilização de recursos públicos para cobrir despesas da contratada com acordos judiciais ou condenações transitadas em julgado de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos geradores durante a vigência contratual, nos casos em que há culpa leve (definida pela Origem como aquela em que o agente comprovadamente age com diligência, mas ainda assim ocasiona um dano). (Item 3.6 do relatório)

Irregularidades que podem ser superadas caso a FTMSP retifique e republique o Edital de acordo com as propostas de ajustes encaminhadas a este Tribunal:

4.8. O apontamento 4.1 do relatório preliminar, no sentido de que a documentação de regularidade jurídica, fiscal e trabalhista (Item 10.2 do Edital) seja exigida de todos os proponentes, a fim de que sua análise ocorra durante o processo de habilitação no certame, obedecendo à sistemática estabelecida nos itens 5.3 a 5.5 do Edital, conforme art. 22, inciso III, art. 23, inciso II, c/c arts. 27 e 28 do DM 52.858/2011. (Item 3.4.3.2 do relatório)

4.9. O apontamento 4.3 do relatório preliminar, no sentido de que sejam solicitados dos participantes no certame os seguintes documentos: comprovante de regularidade perante a Seguridade Social e de regularidade perante a Fazenda Estadual (pertinente ao ramo de atividade da entidade e quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada); declaração de idoneidade e declaração de que não cumpre as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93; e ato constitutivo da entidade, com a prova da composição da diretoria em exercício (DM 52.858/2011, art. 27, incisos II, III, IV e V e §2º, c/c DM 44.279/2003, art. 37, incisos IV e VI). (Itens 3.4.3.2, 3.4.3.3, 3.4.3.4 e 3.4.3.5 do relatório)

4.10. O apontamento 4.5 do relatório preliminar, no sentido de se admitir recursos administrativos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da publicação da ata da sessão pública, quanto à desclassificação (inabilitação) em razão do não preenchimento de requisitos de participação no chamamento público, em

harmonia com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (Item 3.4.5 do relatório)

4.11. O apontamento 4.10 do relatório preliminar, no sentido de harmonizar os prazos para prestação de contas, referente à execução do Contrato de Gestão- Item 13.2 do Edital de Chamamento e itens 2.1.23 e 2.1.24 da Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.5 do relatório)

4.12. O apontamento 4.11 do relatório preliminar, no sentido de harmonizar os prazos para análise das prestações de contas, por parte da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização e da Comissão de Avaliação, bem como o prazo para recurso da decisão – Itens 13.3 a 13.5 do Edital de Chamamento e itens 7.4, 7.4.1 e 7.8 da Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.5 do relatório)

4.13. O apontamento 4.12 do relatório preliminar, no sentido de sanar as incongruências do anexo II – 'Cronograma de Desembolso', da Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.6 do relatório)

4.14. O apontamento 4.13 do relatório preliminar, no sentido de retirar do edital a previsão de Conta de emergência, que seria aberta com recursos públicos para casos fortuitos ou de força maior, tendo em vista que é obrigação da contratada "efetuar a contratação dos seguros patrimoniais e de responsabilidade civil, relacionados aos imóveis e atividades avençados, com coberturas em valores compatíveis com as edificações e usos". (Item 3.6 do relatório)

Erros formais a serem corrigidos na republicação do edital:

4.15. Os itens 10.2.1 e 10.2.3 do Edital são iguais. (Item 3.4.3.2 do relatório)

4.16. No item 7.5 da Minuta do Contrato de Gestão, as informações serão prestadas pela CONTRATADA, e a referência deve ser ao item 5.6, posto que não há item 5.7 na Minuta do Contrato de Gestão. (Item 3.5 do relatório)".

Na sequência, a Origem (peças 67 e 69), após tomar conhecimento das conclusões apresentadas pela Auditoria, providenciou nova minuta de Edital para análise dos Órgãos Técnicos. Ato contínuo, a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle seu deu nos seguintes termos (peça 74):

"*(...) foram sanados os itens 2.1 [apontamento 4.1 do relatório conclusivo da SFC], 2.4 [apontamento 4.4 do relatório conclusivo da SFC], 2.6 [apontamento 4.6 do relatório conclusivo da SFC], 2.8 [apontamento 4.8 do relatório conclusivo da SFC], 2.10 [apontamento 4.10 do relatório conclusivo da SFC], 2.11 [apontamento 4.11 do relatório conclusivo da SFC], 2.12 [apontamento 4.12 do relatório conclusivo da SFC], 2.13 [apontamento 4.13 do relatório conclusivo da SFC], 2.15 [apontamento 4.15 do relatório conclusivo da SFC] e 2.16 [apontamento 4.16 do relatório conclusivo da SFC]. Por outro lado, ainda estão pendentes de atendimento os seguintes apontamentos:*

3.1. Em que pese a Origem ter adicionado ao processo administrativo as receitas e despesas referentes a 2019, reiteramos a necessidade de estudos visando confirmar se os preços praticados atualmente no Termo de Colaboração estão dentro do preço de mercado e se são compatíveis com o que se almeja da próxima contratação (objetivos e metas). É imprescindível a apresentação da criteriosa composição do valor estimado, que deve seguir parâmetros rígidos e realistas. (Item 2.2 deste relatório) [apontamento 4.2 do relatório conclusivo da SFC].

3.2. Ainda não constam nos autos do processo administrativo os parâmetros técnicos utilizados para fixação das metas e indicadores descritos. Para fins de controle, reiteramos que tais dados deverão estar devidamente embasados, tendo em vista que se trata de metas básicas obrigatórias e metas para apuração de

remuneração variável. (Item 2.3 deste relatório) [apontamento 4.3 do relatório conclusivo da SFC].

3.3. O critério 14 está novamente avaliando a experiência da entidade, que já é valorada no eixo I; e não está explicitada, no item 7 da minuta do edital (peça 67, fls. 18/28), as regras (metodologia) para atribuição de pontos neste critério. (Item 2.5 deste relatório) [apontamento 4.5 do relatório conclusivo da SFC].

3.4. Tendo em vista as obrigações legais e contratuais, notadamente as obrigações trazidas nos itens 2.1.8 e 2.1.9 da Minuta do Contrato de Gestão- peça 67, fls. 92/93, reiteramos a necessidade de embasamento jurídico para se transferir, ao Poder Público responsabilidades tributárias, cíveis, trabalhistas e previdenciárias da contratada, provenientes de fatos geradores ocorridos durante a vigência contratual, cuja responsabilidade seja imputada à CONTRATADA, mesmo sendo casos que não caracterizam hipóteses de culpa (negligência, imprudência e/ou imperícia) ou dolo, reconhecidos judicialmente. (Item 2.7 deste relatório) [apontamento 4.7 do relatório conclusivo da SFC].

3.5. Das Irregularidades que dependiam de correção do Edital, salientamos que a minuta elaborada pela Origem ainda não contém a exigência de comprovação de regularidade perante a Seguridade Social (DM 52.858/2011, art. 27, §2º, c/c DM 44.279/2003, art. 37, inciso VI); e no item 10.7 da minuta do contrato ainda há referência à devolução dos recursos da conta de emergência, devendo ser retificado. (Itens 2.9 e 2.14 deste relatório) [apontamentos 4.9 e 4.14 do relatório conclusivo da SFC]".

Na sequência, a Fundação Theatro Municipal de São Paulo apresentou novas justificativas à peça 84 e a Auditoria assim opinou acerca dos referidos argumentos da Origem:

(...) os itens 2.2 [apontamento 4.3 do relatório conclusivo da SFC] e 2.5 [apontamentos 4.9 e 4.14 do relatório conclusivo da SFC] (...) foram sanados, ainda estando pendentes de atendimento os seguintes aspectos dos apontamentos dos itens 2.1 [apontamento 4.2 do relatório conclusivo da SFC], 2.3 [apontamento 4.5 do relatório conclusivo da SFC] e 2.4 [apontamento 4.7 do relatório conclusivo da SFC] (...):

3.1. O somatório do quadro do anexo II (peça 84, fl. 69) não confere (a soma dos valores é R$ 112.470.000,00, não R$ 112.469.000,00), devendo ser corrigido e harmonizado com a minuta do contrato de gestão (item 4.2.1- peça 84, fl. 104) (Item 2.1 deste relatório).

3.2. Os itens 6.2 e 6.3 (peça 84, fl. 16) devem ser corrigidos, posto que ainda fazem referência a 16 critérios de avaliação, e o item 6.2 trata de um quadro inexistente (Item 2.3 deste relatório).

3.3. Considerando que o item 3.1.11 trata da utilização de recursos públicos com obrigações a priori da contratada (pagamento de dívidas líquidas e certas, de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos gerados ocorridos durante a vigência contratual, sem culpa ou dolo da entidade), salientamos que o procedimento descrito no item 4.7.2 (peça 84, fl. 106) deve incluir a necessidade de parecer jurídico prévio, analisando os fatos, os efeitos e a validade jurídica do caso apreciado. (Item 2.4 deste relatório)".

Diante das alterações que foram apresentadas pela Origem na minuta de Edital, o Egrégio Plenário autorizou a retomada do certame (peças 93 e 94), com anuência dos Órgãos Técnicos (peças 105 – SFC e 111 e 112 - AJCE), contanto que fossem apresentadas as seguintes adequações:

"1- Corrigir e harmonizar com a minuta do contrato de gestão o somatório do quadro do anexo II (peça 84, fls. 69).

2- Providenciar a correção dos itens 6.2 e 6.3 (peça 84, fl. 16), posto que ainda fazem referência a 16 critérios de avaliação e o item 6.2 trata de um quadro inexistente.

3 – Retificar o procedimento descrito no item 4.7.2 (peça 84, fl. 106), com a inclusão da necessidade de parecer jurídico prévio, considerando que o item 3.1.11 trata da utilização de recursos públicos com obrigações a priori da contratada (pagamento de dívidas líquidas e certas, de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos gerados ocorridos durante a vigência contratual, sem culpa ou dolo da entidade)".

Ressalte-se que o Conselheiro Relator determinou que o presente TC 11.173/2020 passasse a tramitar em conjunto com os TCs 12.023/2020, 13.590/2020 e 12.551/2020 (peça 106).

Na oportunidade de se manifestar, a Procuradoria da Fazenda do Município opinou nos seguintes termos:

"(...) 4. A Auditoria constatou, posteriormente, que a Origem efetuou as correções necessárias e cumpriu as condições estabelecidas pelo E. Plenário (Peça 95).

5. Não por outra razão, a D. AJCE opinou pela regularidade do edital (Peça 111).

(...) na esteira das manifestações da AUD e da AJCE, e considerando as correções efetuadas pela Origem, requer seja o edital julgado regular".

Por derradeiro, a Secretaria Geral acompanhou os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que todas as determinações apontadas em sede de Plenário foram devidamente efetuadas pela Origem:

"Acompanho o entendimento da SFC e da AJCE no sentido da inexistência de óbices ao prosseguimento do certame, haja vista as correções promovidas no Edital pela Fundação Theatro Municipal (Peças 105 e 111/112)".

É o Relatório do TC 11.173/2020.

TC 12.023/2020:

De acordo com o Relatório Preliminar da Secretaria de Fiscalização e Controle (Peça 13), a Representante insurgiu-se contra os seguintes itens do Edital:

"2.1. Prazo para apresentação das propostas (peça 01); (...)

2.2. Violação à isonomia, à impessoalidade e cerceamento da competitividade do edital (peça 01); (...)

2.3. Da notória ineficiência do compartilhamento de profissionais com outros equipamentos (peça 01); (...)

2.4. Desvio de finalidade decorrente da valorização de sanções administrativas (peça 01); (...)

2.5. Incoerência dos critérios para aferir parcerias com instituições internacionais (peça 01); (...)

2.6. Da ofensa ao Princípio do Julgamento Objetivo. Da inexatidão dos critérios de vanguarda, experimentação, excelência, abertura e alto desempenho (peça 01); (...)

Em relação ao item 2.1 (*Prazo para apresentação das propostas*), a Representante afirma que o prazo para apresentação de documentos e propostas técnicas foi inferior a 15 dias, mas segundo a Auditoria, realizou-se consulta pública por 15 dias, contendo parâmetros para o contrato de gestão do Theatro Municipal, o que garantiu ciência aos interessados de que o chamamento público ocorreria *a posteriori*, tendo a Especializada se manifestado nos seguintes termos:

> *"A Consulta ficou disponível para o público durante 15 dias no início do ano de 2020, na plataforma: http://participemais.prefeitura.sp.gov.br/ (Processo SEI 8510.2020/0000255-4, documentos 032309418 e 032310087).*
> *Quanto à reabertura do prazo devido à retificação, não houve alteração substancial no Edital. A alteração ocorreu apenas para isentar os proponentes de terem a ata registrada, constando a aprovação pelo Conselho de Administração da participação da Organização Social no chamamento público e a aprovação do Programa de Trabalho, permitindo a apresentação do protocolo do pedido de registro da ata em Cartório.*
> *De modo que consideramos* ***improcedente*** *o ponto representado"* (grifo nosso).

Quanto ao item 2.2 (*Violação à isonomia, à impessoalidade e cerceamento da competitividade do edital)*, a Representante alega que os critérios de avaliação no Edital privilegiam um seleto grupo de Organizações Sociais que já têm contratos de gestão em curso para equipamentos culturais; aduz que o edital "limita a comprovação de experiência dos profissionais e das entidades participantes aos últimos cinco anos", a ponto de privilegiar "as entidades que estão com contratos de gestão vigentes ou perto de seu encerramento". No entanto, a Equipe de Fiscalização não identificou nenhuma irregularidade quanto a esse quesito, tendo opinado no seguinte sentido:

> *"A experiência prévia com contratos de gestão é critério para julgamento das propostas, não é requisito para participação no certame.*
> *(...) quanto à experiência de diretores e equipe gerencial (critérios 5 e 6), esta não se restringe a contratos de gestão, podendo ser 'experiência em gestão na área cultural, em instituições públicas ou privadas, segundo a relevância da experiência, nos últimos cinco anos' (peça 11, fl. 16).*
> *De modo que consideramos* ***improcedente*** *o ponto representado"* (grifo nosso).

Na sequência, ao tratar do item 2.3 (*Da notória ineficiência do compartilhamento de profissionais com outros equipamentos*), visto que a Representante, alicerçado em auditoria realizada pela Controladoria Geral do Município, sobre a execução do contrato de parceria em vigência para o TMSP e a Praça das Artes, sustentou a tese de que "o compartilhamento de profissionais, além de ineficiente, é também antieconômico" e pode gerar "problemas operacionais na rotina da programação", a Auditoria opinou nos seguintes termos:

> *"A FTMSP alega que as condições estabelecidas para o compartilhamento de profissionais, previstas no item 11.12.4, asseguram a economicidade dos recursos. O próprio item 11.12.4 explicitaria condições que asseguram a economicidade caso haja compartilhamento de profissionais.*
> *Entretanto, o relatório da Controladoria Geral do Município não corrobora com essa alegação. E, considerando a complexidade do objeto licitado, bem como considerando que o compartilhamento de dirigentes e outros profissionais reduz a remuneração custeada pelo Contrato de Gestão ao mesmo tempo que reduz o tempo dedicado às atividades envolvidas, a* ***FTMSP deve justificar de que forma esse tipo de previsão editalícia é econômica e benéfica para o Poder Público****"* (grifos nossos).

Com relação ao item 2.4 (*Desvio de finalidade decorrente da valorização de sanções administrativas*), na medida em que a Representante discordou da valorização individualizada de sanções administrativas como forma de desconto de

pontuação no certame, incluindo as pregressas e cumpridas pelo administrado, a Coordenadoria opinou pela **procedência** desse ponto da Representação, amparada nos seguintes argumentos:

> *"Quanto ao critério 14, não se mostra razoável o desconto de pontos devido a ressalvas ou advertências em parcerias com aprovação da prestação de contas.*
> *(...) Vale ressaltar que o DM 52.858/11, art. 27, inciso IV, já exige que os proponentes apresentem declaração de que não estão cumprindo as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93.*
> *As sanções administrativas devem gerar efeitos dentro dos limites da legalidade, com finalidade específica, produzindo efeitos determinados, de acordo com a extensão definida pelo ato administrativo sancionador.*
> *(...) a metodologia deve ser revista e reformulada, de modo a conferir legalidade, objetividade e transparência na seleção, conforme decisão do STF-ADI 1.923/DF, a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF.*
> *O ponto representado é procedente".*

Em referência ao item 2.5 (*Incoerência dos critérios para aferir parcerias com instituições internacionais*), diante da alegação da Representante de que a exigência em destaque "não se justifica, visto que o próprio Edital veda a realização de qualquer ação internacional dos corpos estáveis do TMSP ou da programação do equipamento em território estrangeiro, com recursos do contrato de gestão", ao concluir pela **improcedência** deste ponto da Representação, a Auditoria opinou nestes termos:

> *"De fato, não há incoerência entre a adoção de um critério de pontuação baseado na experiência prévia dos proponentes em parcerias com entidades internacionais congêneres, com pontuação de 5% do total, e a condição, definida no termo de referência, que parcerias internacionais que venham a ser estabelecidas utilizem recursos extraorçamentários.*
> *Dessa forma o ponto representado é improcedente".*

Quanto ao item 2.6 (*Da ofensa ao Princípio do Julgamento Objetivo. Da inexatidão dos critérios de vanguarda, experimentação, excelência, abertura e alto desempenho*), a Representante, ao sustentar que os termos empregados são "genéricos, sem uma definição concreta", a resultar em análise subjetiva por parte da Comissão Especial de Seleção, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela **procedência** das alegações quanto a esse ponto do edital, por meio destes argumentos:

> *"(...) Não há parâmetros objetivos para a avaliação dos atributos 'vanguarda', 'excelência', 'experimentação', dos critérios 7 e 8.*
> *A falta de uma definição concreta e precisa dos atributos compromete o princípio do julgamento objetivo, segundo o qual os critérios e parâmetros de seleção devem ser precisos, afastando subjetivismos. Conforme decisão do STF-ADI 1.923/DF, a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF.*
> *Desse modo, os atributos destes critérios devem ser reformulados, com regras e conceitos precisos, aferíveis e objetivos, conferindo transparência ao julgamento, possibilitando inclusive a ampla defesa e o contraditório real às entidades participantes.*
> *O ponto representado é procedente".*

Após as manifestações da Secretaria Municipal de Cultura (peça 25), haja vista que o então Conselheiro Relator[1] suspendeu, *ad cautelam*, o certame em 5 de outubro de 2020 (TC 11.173/2020, peça 15), a Auditoria apresentou seu Relatório Conclusivo (peça 30), tendo considerado parcialmente procedente a Representação e reiterado o parecer anterior pela improcedência quanto ao alegado nos itens 2.1, 2.2 e 2.5.

No que diz respeito ao item 2.3, reiterou a necessidade de a FTMSP justificar de que forma a possibilidade de compartilhamento de profissionais é econômica e benéfica para o Poder Público, diante de três referenciais:

> *"(1) o relatório da Controladoria Geral do Município; (2) a complexidade do objeto licitado; e que (3) o compartilhamento de dirigentes e outros profissionais reduz a remuneração custeada pelo Contrato de Gestão ao mesmo tempo que reduz o tempo dedicado às atividades envolvidas".*

Quanto ao item 2.4, opinou, naquela fase processual, pela sua procedência, visto que a Origem informou que retiraria o critério 14 do Edital, relativo à valorização de sanções administrativas, nestes termos:

> *"Até que sejam incluídos, nos autos do processo administrativo, a redistribuição dos pontos de forma a se preservar a legalidade, objetividade e transparência na seleção, conforme proposto pela FTMSP, reiteramos que o ponto representado é procedente".*

Finalmente, em relação ao item 2.6, opinou pela sua procedência, com a ressalva de que a Origem se comprometesse a revisar esse ponto do Edital, mediante a seguinte dicção:

> *"(...) a Origem informou que irá revisar os atributos, a fim de pontuar positivamente as propostas que se mostrarem aderentes a tais atributos.*
>
> *Até que sejam incluídos, nos autos do processo administrativo, os parâmetros objetivos para a avaliação dos atributos 'vanguarda', 'excelência', 'experimentação', dos critérios 7 e 8, conforme proposto pela FTMSP, reiteramos que o ponto representado é procedente".*

Instada a se manifestar acerca do acrescido aos autos pela Origem (peças 43 e 49), a Auditoria (peça 53) reiterou pela procedência do item 2.3 (*ineficiência do compartilhamento de profissionais com outros equipamentos*):

> *"Nos autos do processo administrativo não foi justificado de que forma a possibilidade de compartilhamento de profissionais é econômica e benéfica para o Poder Público, considerando: (1) o relatório da Controladoria Geral do Município; (2) a complexidade do objeto licitado; e que (3) o compartilhamento de dirigentes e outros profissionais reduz a remuneração custeada pelo Contrato de Gestão ao mesmo tempo que reduz o tempo dedicado às atividades envolvidas, motivo pelo qual reiteramos o apontamento".*

Quanto ao item 2.4 (*Desvio de finalidade decorrente da valorização de sanções administrativas*), reiterou a síntese do Relatório Conclusivo, qual seja, pela sua procedência:

> *"Ressaltamos no relatório conclusivo que não se mostra razoável o desconto de pontos devido a ressalvas ou advertências em parcerias com aprovação da prestação de contas; e que não se pode prorrogar os efeitos de decisão de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração cujos prazos já tenham*

[1] Edson Simões.

transcorrido, tampouco da declaração de inidoneidade, que já foi objeto de reabilitação.

Salientamos que este critério está novamente avaliando a experiência da entidade, que já é valorada no eixo I. Dessa forma, foi destacada a necessidade de a metodologia ser revista e reformulada, de modo a conferir legalidade, objetividade e transparência na seleção. Reiteramos esta necessidade".

E quanto ao item 2.6 (*ofensa ao Princípio do Julgamento Objetivo. Da inexatidão dos critérios de vanguarda, experimentação, excelência, abertura e alto desempenho*), tendo a Origem acrescentado à minuta as referidas definições, de forma a sanar as impropriedades do aludido apontamento, assim se manifestou a Auditoria:

"Com as definições dos atributos 'vanguarda', 'excelência', 'experimentação', dos critérios 7 e 8 (peça 43, fls. 24/25), consideramos sanado este apontamento. Salientamos apenas a necessidade de fundamentar a atribuição de pontos dos critérios, explicitando de que forma cada proposta concreta apresenta determinado atributo, conforme estabelecido na própria minuta do edital (peça 43, fl. 14):

'6.1.1. A pontuação atribuída a cada proponente, por critério de pontuação, será devidamente motivada, de forma explícita e específica'".

Diante do acrescido pela Origem com o intuito de sanar as irregularidades pendentes (peça 68), a Auditoria, instada a se manifestar, apresentou novo parecer acerca das questões ainda pendentes (peça 70):

Item 2.3 (*Da notória ineficiência do compartilhamento de profissionais com outros equipamentos*)

"Destacamos que a possibilidade de compartilhamento de funcionários, ainda que sua previsão no edital tenha o objetivo de coibir práticas abusivas através de sua regulamentação, deve vir acompanhada de estudos sobre a economicidade e o benefício para o Poder Público deste compartilhamento.

Assim, reiteramos a necessidade de se demonstrar de que forma a possibilidade de compartilhamento de profissionais é econômica e benéfica para o Poder Público, considerando: (1) o relatório da Controladoria Geral do Município; (2) a complexidade do objeto licitado; e que (3) o compartilhamento de dirigentes e outros profissionais reduz a remuneração custeada pelo Contrato de Gestão ao mesmo tempo que reduz o tempo dedicado às atividades envolvidas".

Item 2.4 (*Desvio de finalidade decorrente da valorização de sanções administrativas*)

"*Analisando a minuta revisada (peça 65), de 25.02.2021, verificamos que algumas correções nestes itens já foram realizadas. Entretanto, subsistem correções a serem feitas nos itens 6.2 e 6.3 (peça 65, fl. 16), pois fazem referência a 16 critérios, e o item 6.2, que trata de um quadro inexistente no item:*

6.2. Para a emissão do parecer técnico, a Comissão Especial de Seleção considerará quatro eixos de avaliação e dezesseis critérios de julgamento, apresentados no quadro abaixo:

6.3. Com base na documentação apresentada no ato da inscrição, a Comissão Especial de Seleção atribuirá pontuação total a cada uma das Organizações Sociais proponentes habilitadas na sessão pública, ou após apreciação de eventual recurso interposto, correspondente ao somatório

da pontuação atribuída em cada um dos 16 critérios de julgamento acima mencionados e metodologia definida no capítulo 7 a seguir (grifamos)".

Em síntese, a Auditoria concluiu:

"Quanto ao item 2.3 do relatório conclusivo, reiteramos que a FTMSP deve justificar de que forma a possibilidade de compartilhamento de profissionais é econômica e benéfica para o Poder Público, considerando: (1) o relatório da Controladoria Geral do Município; (2) a complexidade do objeto licitado; e que (3) o compartilhamento de dirigentes e outros profissionais reduz a remuneração custeada pelo Contrato de Gestão ao mesmo tempo que reduz o tempo dedicado às atividades envolvidas (Item 2.1 deste relatório).

3.2. Quanto ao item 2.4 do relatório conclusivo, salientamos que os itens 6.2 e 6.3 (peça 65, fl. 16) devem ser corrigidos, posto que ainda fazem referência a 16 critérios de avaliação, e o item 6.2 trata de um quadro inexistente (Item 2.2 deste relatório)".

Instada se pronunciar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento da Inicial, nos termos regimentais deste Tribunal de Contas (artigo 55) e do artigo 113, §1º, da Lei Federal n. 8.666/1993 (peça 82).

Com relação às questões pendentes do Edital, a começar pelo ponto envolvendo o *compartilhamento de profissionais com outros equipamentos*, alusivo ao item 2.3, diante do que se extrai dos autos do TC 11.173/2020, em que consta a decisão plenária, exarada na 3.131ª Sessão Ordinária, na qual o E. Plenário referendou a proposta de retomada do Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020 e superou tal questão, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela "prejudicialidade desta alegação", nos seguintes termos:

"(...) No que tange aos item 2.3 da exordial, da perspectiva jurídica, haja vista a r. decisão plenária, que considerou superadas as alegações relativas ao compartilhamento de profissionais, em virtude das justificativas apresentadas pela Origem, bem como o exame técnico, que considerou não haver óbice para o prosseguimento deste procedimento, em razão do atendimento das condicionantes determinadas por esta E. Corte de Contas, como se pode verificar nos autos TC 11173/2020, opina-se pela prejudicialidade desta alegação".

Quanto ao item 2.4, relativo ao *desvio de finalidade decorrente da valorização de sanções administrativas*, em face da retirada da aludida valoração pela Origem, em atendimento à condicionante imposta por esta E. Corte de Contas no TC 11.173/2020, a AJCE opinou pela perda superveniente do objeto dessa alegação, assim consignando em seu parecer:

*"No que se refere ao questionamento de valoração das sanções administrativas – experiência em gestão de recursos – prevista no critério 14 do instrumento convocatório (**item 2.4 da exordial**), embora a Origem tenha informado a exclusão do mencionado critério, que foi tratado, especificamente, no item 4.5 da Conclusão do Relatório de Acompanhamento de Edital, o E. Plenário determinou a [...] a correção dos itens 6.2 e 6.3 (peça 84, fl. 16), posto que ainda fazem referência a 16 critérios de avaliação e o item 6.2 trata de um quadro inexistente [...]', de acordo com a **condicionante 2** prevista na mencionada r. decisão.*

(...) naqueles autos, houve determinação de elaboração de novo exame para acompanhamento das condicionantes acima exaradas pela Equipe Técnica, tendo sido apresentadas conclusões no sentido do atendimento

das r. determinações, bem como da não constatação de óbice ao prosseguimento do certame".

No que se refere ao item 2.6 (*inexatidão dos critérios de vanguarda, experimentação, excelência, abertura e alto desempenho*), a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela perda do objeto desse ponto da Representação, sob a premissa de que fosse republicado o instrumento convocatório com as devidas correções, de acordo com o proposto à peça 93[2].

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na oportunidade de se manifestar, acompanhou os Órgãos Técnicos, tendo se manifestado sob estes termos:

"Bem por isso, a Procuradoria da Fazenda Muncipal, à vista de tudo aquilo que dos autos consta, se permite acompanhar a unanimidade aqui registrada na totalidade das anteriores promoções e requer seja a representação exordial julgada totalmente improcedente no que concerne aos itens 2.1, 2.2 e 2.5 do pedido exordial, o reconhecimento da prejudicialidade de seu item 2.3 e a perda de objeto relativos aos itens 2.4 e 2.6".

Por derradeiro, em face de todo o exposto, a Secretaria Geral (peça 44) opinou pelo conhecimento da exordial, uma vez que "preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade", e, no mérito, opinou no seguinte sentido:

"pela improcedência dos pontos 2.1, 2.2 e 2.5; pela prejudicialidade do tópico 2.3; e, da perda superveniente do objeto no tocante aos pontos 2.4 e 2.6".

É o Relatório do TC 12.023/2020.

TC 13.590/2020:

Conforme mencionado, o TC em análise refere-se a aditivo da Representação anteriormente autuada sob o TC n. 12.023/2020, referindo-se, portanto, ao mesmo Requerente, objeto e em face do mesmo Edital de Chamamento Público, qual seja, o de nº 01/2020/FTM.

De acordo com o Relatório Preliminar da Secretaria de Fiscalização e Controle (Peça 14), a Representante, ao aditar a Inicial, insurgiu-se também contra o seguinte item do Edital:

"2.1. Violação à isonomia, à impessoalidade e cerceamento da competitividade do edital (peça 01); (...)".

Em relação ao referido item, a que a Representante atribui "flagrante inconstitucionalidade que ainda permanecerá no Edital caso sejam mantidos os critérios n. 1 e 3 do Eixo I de avaliação" (peça 1), esta se contrapõe às exigências do certame quanto à "experiência comprovada no gerenciamento de equipamentos, programas ou projetos culturais públicos ou privados de porte/complexidade semelhante (da mesma área de atuação ou de áreas diferentes), nos últimos cinco anos", bem como à experiência prévia "em parcerias firmadas nos últimos 5 (cinco) anos via Contrato de Gestão", o que configuraria, no entendimento da Autora da Inicial, na imposição de

[2] "(...) Ante o exposto, submeto a referendo do Pleno, PROPOSTA DE RETOMADA do Edital de Chamamento Público nº 001/2020, da Fundação Theatro Municipal de São Paulo, devendo a Origem:
1- Corrigir e harmonizar com a minuta do contrato de gestão o somatório do quadro do anexo II (peça 84, fls. 69).
2- Providenciar a correção dos itens 6.2 e 6.3 (peça 84, fl. 16), posto que ainda fazem referência a 16 critérios de avaliação e o item 6.2 trata de um quadro inexistente.
3 – Retificar o procedimento descrito no item 4.7.2 (peça 84, fl. 106), com a inclusão da necessidade de parecer jurídico prévio, considerando que o item 3.1.11 trata da utilização de recursos públicos com obrigações *a priori* da contratada (pagamento de dívidas líquidas e certas, de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos gerados ocorridos durante a vigência contratual, sem culpa ou dolo da entidade).
Determino à Auditoria deste Tribunal de Contas o acompanhamento das medidas anunciadas pela Origem e das condicionantes ora exaradas, bem como a posterior análise do contrato e o acompanhamento da respectiva execução."

obstáculos à competitividade.

Diante das alegações da Representante, a Auditoria opinou:

"(...) ressaltamos que não se trata de 'exigências', posto que não são requisitos para participação no certame.

(...) a experiência da entidade com volume orçamentário e/ou quantitativo de pessoal equiparáveis ao Teatro Municipal pode ser comprovada mediante a gestão concomitante (simultânea) de programas, projetos ou parcerias distintas, da mesma área de atuação ou em áreas diferentes.

A alegação de privilégio indevido à Associação de Cultura, Educação e Assistência Social Santa Marcelina, que fará a gestão provisória da FTMSP até a conclusão do Chamamento Público em análise, não merece prosperar.

Isso porque o critério em comento é valorado em até 05 pontos, em um universo de 100 pontos. Para cada ano de experiência ou programa/projeto será atribuída pontuação entre zero e um ponto, de acordo com o porte e a relevância da experiência relatada, até o máximo de 5 pontos (peça 12, fl. 14). Sendo assim, considerando que a mencionada entidade (Associação de Cultura, Educação e Assistência Social Santa Marcelina) assinou termo de colaboração para o período de 01/11/2020 a 30/04/2021 (conforme publicação no DOC de 29.10.2020), ela poderá obter até 0,5 ponto com a experiência a ser adquirida nos 6 meses de atuação. Ora, meio ponto em um total de 100 pontos possíveis não é algo desarrazoado, tampouco se trata de privilégio indevido.

Quanto ao critério nº 3, 'experiência comprovada em gestão por parcerias via contrato de gestão, nos últimos cinco anos, aprovadas pelo órgão público contratante', é valorado em até 05 pontos. Para cada ano de experiência sem intercorrência de problemas de gestão, será atribuída pontuação entre zero e um ponto, até o máximo de 5 pontos (peça 12, fl. 15).

Conforme destacado no relatório conclusivo do TC 012023/2020, a experiência prévia em contratos de gestão é avaliada apenas neste Critério de nº 3.

(...) as experiências da representante com projetos culturais ou outras formas de parceria com o Setor Público poderão ser valoradas através dos outros critérios que compõem o eixo I.

De modo que consideramos improcedente a representação".

Após serem oficiadas, a Fundação Theatro Municipal apresentou manifestação prévia quanto às alegações da Representante (peça 22) e a Secretaria Municipal de Cultura deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar defesa.

Na sequência, o Conselheiro Relator determinou a conversão do Relatório da peça 14 em Relatório Conclusivo[3] (peça 31).

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 32 e 33), ao acompanhar a Auditoria, opinou pela improcedência da Representação, nestes termos:

"(...) consideramos presentes os requisitos de admissibilidade da Representação em comento.

No mérito, contudo, entendemos que os pontos levantados pela

[3] Decisão fundamentada no artigo 2º, § 2º, da Resolução nº 18/2019 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Representante não se referem a requisitos de participação no certame, mas, sim, de avaliação de sua capacidade em relação aos critérios de avaliação predefinidos no edital, motivo pelo qual opinamos pela Improcedência da Representação apresentada pela Sociedade de Concertos de São Paulo (Instituto Baccarelli), acompanhando a conclusão da Auditoria".

Por ordem do Conselheiro Relator, o presente TC passou a tramitar em conjunto com os TC's 11.173/2020 e 12.251/2020 (peça 39).

Na oportunidade de se manifestar, a Procuradoria da Fazenda Municipal sustentou a improcedência da Representação, sob estes termos:

"*Considerando todos os elementos que instruem este processado, esta Procuradoria da Fazenda, com base e fundamento nos judiciosos posicionamentos da Douta Assessoria Jurídica dessa E. Corte, requer que a presente representação seja julgada improcedente".*

Por derradeiro, em face de todo o exposto, a Secretaria Geral (peça 50), ao acompanhar os Órgãos Técnicos, opinou no seguinte sentido:

"acompanho as conclusões trazidas pelos Órgãos Técnicos desta Egrégia Corte de Contas.

Por todo o exposto, opino, s.m.j., pelo conhecimento da Representação formulada pela Sociedade de Concertos de São Paulo – Instituto Baccarelli, em face do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020 da Fundação Theatro Municipal, vez que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, e, no mérito, pela sua total improcedência".

Este o Relatório do TC 13.590/2020.

<u>TC 12.251/2020:</u>

De acordo com o Relatório Preliminar da Secretaria de Fiscalização e Controle (Peça 11), o Representante insurgiu-se contra os seguintes itens do Edital:

"2.1. Reajuste dos valores do contrato (peça 01, fl.03); (...)
2.2. Prazo para apresentação das propostas (peça 01, fl. 03); (...)
2.3. Definições subjetivas (peça 01, fl. 03); (...)
2.4. Portfólio de realizações (peça 01, fl. 03); (...)
2.5. Comprovação de parcerias (peça 01, fl. 03); (...)
2.6. Comprovação de parcerias internacionais (peça 01, fl. 03); (...)
2.7. Mesma pessoa participante na Comissão de Seleção e Comissão de Avaliação (peça 01, fl. 04); (...)
2.8. Irregularidades na composição do Conselho Deliberativo (peça 01, fls. 05/07); (...).

Em relação ao item 2.1 (*Reajuste dos valores do contrato*), o Representante afirma que não houve previsão de nenhum tipo de reajuste no edital, pondo em dúvida se nos exercícios subsequentes haverá alguma recomposição. Para a Coordenadoria, caberia à FTMSP justificar tal omissão, tendo opinado no seguinte sentido:

"existe a possibilidade da revisão contratual, que é o instrumento oportuno para promover o reequilíbrio econômico-financeiro diante da ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis com consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

A revisão contratual não depende de previsão expressa no edital

licitatório, ou no contrato, nem respeita uma periodicidade mínima (...), porém o edital é omisso quanto a reajustes por recomposição inflacionária, cabendo à FTMSP justificar esse ponto" (destaques nossos).

Quanto ao item 2.2 (*Prazo para apresentação das propostas)*, o Representante alegou que o prazo de 20 dias do edital configura-se insuficiente, ao passo que a Auditoria opinou, quanto a esse ponto da Representação, pela sua **improcedência**, nestes termos:

"O Decreto Municipal 52.858/11, art. 25, § 1º, dispõe que: 'A data-limite para apresentação dos programas de trabalho pelas Organizações Sociais não poderá ser inferior a 15 (quinze) dias, contados da data da publicação do edital de Chamamento Público no Diário Oficial da Cidade'. Sendo assim, o prazo da seleção em comento atendeu ao dispositivo normativo.

(...)

Assim, consideramos improcedente o ponto representado".

Na sequência, ao tratar do item 2.3 (*Definições subjetivas*), visto que o Representante sustentou a tese de que considera um item do edital "subjetivo e que pode demonstrar tendência na pontuação", a Auditoria considerou **improcedente** esse ponto, mediante os argumentos a seguir:

"O trecho citado faz parte dos objetivos do edital (item 2.2 do Edital), não correspondendo a item de pontuação. Assim, consideramos improcedente neste aspecto".

Com relação ao item 2.4 (*Portfólio de realizações*), na medida em que o Representante põe em dúvida se haveria, de fato, instituições habilitadas a cumprir o elenco de realizações, a Coordenadoria opinou pela **improcedência** desse ponto da Representação, mediante os seguintes argumentos:

"Assim, verifica-se que a experiência prévia com contratos de gestão é critério para julgamento das propostas, não é requisito para participação no certame.

Considerando a complexidade da gestão dos equipamentos da FTMSP é razoável que esta utilize critérios que possam priorizar as experiências já realizadas pelas proponentes.

(...).

Assim, consideramos improcedente o ponto representado".

Em referência ao item 2.5 (*Comprovação de parcerias*), diante da alegação do Representante de que a exigência de 8 comprovações seria um "número muito alto para a realidade cultural do país", ao opinar pela **improcedência** deste ponto da Representação, a Auditoria manifestou-se nestes termos:

"Considerando a complexidade da gestão dos equipamentos da FTMSP é razoável que esta utilize critérios que possam priorizar as experiências já realizadas pelas proponentes.

Assim, consideramos improcedente o ponto representado".

Quanto ao item 2.6 (*Comprovação de parcerias internacionais*), o Representante sustentou que "poucas instituições serão capazes de cumprir com as exigências desse quesito", mas Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela **improcedência** das alegações:

"(...) verifica-se que o contido no do item 3.1.2-J do edital é critério para julgamento das propostas, não é requisito para participação no certame.

Considerando a complexidade da gestão dos equipamentos da FTMSP é razoável que esta utilize critérios que possam priorizar as experiências já

realizadas pelas proponentes.

(...) Assim, consideramos improcedente o ponto representado".

Por sua vez, no que diz respeito ao item 2.7 (*Mesma pessoa participante na Comissão de Seleção e Comissão de Avaliação*), o Representante questiona se única pessoa incumbida de várias atribuições no certame licitatório não incorreria em ofensa aos princípios de impessoalidade e objetividade e, além disso, configuraria "indícios de direcionamento para a escolha da entidade vencedora" da licitação. No entanto, a Auditoria opinou pela **improcedência** dessas alegações.

Com relação ao item 2.8 (*Irregularidades na composição do Conselho Deliberativo*), a Auditoria opinou pela **improcedência** das alegações do Representante, mediante os seguintes argumentos:

"Tomando como base o estabelecido nos dispositivos legais, concordamos com os esclarecimentos prestados pela FTMSP, pois se tratam de situações distintas: a apuração dos votos determina qual dentre os candidatos foi eleito, a publicação da Portaria no DO atende ao art. 11 do Estatuto com designação dos membros do Conselho Deliberativo pelo Secretário, e a posse é uma das deliberações na reunião do colegiado.

Pelo exposto, concluímos que a representação é improcedente neste aspecto".

Na sequência, a Auditoria apresentou seu Relatório Conclusivo (peça 17), em consideração ao que foi trazido aos autos pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo e pela Secretaria Municipal de Cultura, tendo reiterado o parecer anterior pela improcedência da Representação quanto ao alegado nos itens 2.2 a 2.8 e considerou esclarecida a questão pendente quanto ao item 2.1 (*Reajuste dos valores do contrato*), mediante estes termos:

"(...) Considerando os esclarecimentos encaminhados pela FTMSP: (a) que o edital em tela exigiu apenas a apresentação de proposta orçamentária referente ao exercício de 2021, para fins de análise da Comissão de Seleção; (b) que o valor previsto para a execução do período total de vigência do contrato de gestão consiste em estimativa, sendo somente possível usar como base o que efetivamente consta da LOA, assinalando que o total está expresso em valores correntes de 2020; (c) que a planilha de execução orçamentária está dividida entre despesas de caráter contínuo (que tendem a se manter, sendo apenas reajustadas de acordo com a inflação ou por força de lei) e despesas variáveis de acordo com a programação (vinculadas às metas de programação propostas pela Organização Social e aprovada pelo Município); (d) e que a cada ano, na elaboração da proposta da Lei Orçamentária Anual, cabe à Fundação Theatro Municipal estimar o montante de recursos públicos que serão destinados a custear a execução do contrato de gestão, considerando a variação de preços de suas despesas fixas e variáveis, e a estimativa de receitas decorrentes de captação e outras receitas próprias, em observância ao princípio da anualidade que rege a elaboração e execução do orçamento público; consideramos justificada a ausência de índice de reajuste ou recomposição dos valores, observando porém, que no relatório da auditoria de acompanhamento do certame em tela (TC 12023/2020 - item 4.1 da conclusão) foi apontada a necessidade da FTMSP apresentar, dentre outras, criteriosa composição do valor estimado.

*Assim, **consideramos improcedente o ponto representado**"* (destaques

nossos).

Instados a se manifestar, deixaram transcorrer *in albis* o aludido prazo a sra. Maria Emilia Nascimento Santos, Diretora-Geral/FTMSP; a Comissão Especial de Seleção, através de seu Presidente/FTMSP; o Sr. Hugo Possolo de Soveral Neto, Secretário/SMC; e o Sindicato dos Músicos Profissionais do Estado de São Paulo, conforme certificado à peça 27.

Na oportunidade de se pronunciar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou "pela possibilidade de conhecimento desta *Representação*, inobstante não preenchidos os requisitos de admissibilidade", tendo assim consignado (peças 31/32 e 38/39):

> *"(...) haja vista as informações e/ou justificativas apresentadas pela Origem, quanto ao reajuste dos valores do contrato a ser firmado – consideradas suficientes pela Especializada –, da perspectiva jurídica, entende-se que não há questão a ser acrescida neste aspecto.*
> *Ante o exposto, com amparo no exame técnico à peça 17 dos autos, opina-se pela improcedência total desta Representação, sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro Relator considerar pertinentes*".

A Procuradoria da Fazenda Municipal arguiu a improcedência da Representação, sob estes termos:

> "A Procuradoria da Fazenda Municipal, ciente de todo o processado, e com amparo nas manifestações dos Órgãos Técnicos e Especializados dessa E. Corte de Contas (peças 17, 38 e 39), requer a total improcedência da Representação, uma vez reconhecida a regularidade dos atos administrativos em exame*".*

Por derradeiro, em face de todo o exposto, a Secretaria Geral (peça 44) opinou no seguinte sentido:

> *"Primeiramente, há que se esclarecer que a ora Representante não comprovou sua existência legal com a juntada de documentos hábeis, deixando de atender as exigências contidas nos requisitos de admissibilidade descritos no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município, assim, a rigor, a Representação não deve ser conhecida, o que pode acontecer, excepcionalmente, por mera liberalidade.*
> *(...) acompanho as conclusões trazidas pelos Órgãos Técnicos desta Egrégia Corte de Contas.*
> *Por todo o exposto, opino, s.m.j., apesar de não preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, excepcionalmente, pelo conhecimento da Representação formulada SINDICATO DOS MÚSICOS PROFISSIONAIS NO ESTADO DE SÃO PAULO em face do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020 da Fundação Theatro Municipal, e, no mérito, pela sua total improcedência".*

Este o Relatório do TC 12.251/2020.

VOTO

Conforme se extrai da instrução processual, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle procedeu ao acompanhamento do Edital de Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020, da Fundação Theatro Municipal, concluindo, preliminarmente, pela existência de irregularidades que motivaram a suspensão do Certame por este Tribunal de Contas.

Diante das correções que foram apresentadas pela Origem e a confecção de nova minuta, foi autorizada a retomada do certame pelo Pleno, tendo os Órgãos Técnicos opinado ao final pela regularidade do edital em epígrafe.

De outro lado, no que tange à Representação tratada no **TC 12.023/2020**, os Órgãos Técnicos pronunciaram-se pela improcedência quanto às alegações relativas ao prazo para apresentação das propostas (item 2.1), violação à isonomia, à impessoalidade e cerceamento da competitividade do edital (item 2.2) e à incoerência dos critérios para aferir parcerias com instituições internacionais (item 2.5).

Com relação ao alegado pela Representante acerca da ineficiência do compartilhamento de profissionais com outros equipamentos (item 2.3), diante das mudanças no Edital, tal apontamento foi considerado sanado pelo Plenário desta Corte de Contas no TC 11.173/2020, por ocasião da retomada do procedimento licitatório, restando assim prejudicada a matéria.

No que atina ao ponto do Edital envolvendo desvio de finalidade decorrente da valoração de sanções administrativas (item 2.4), o Pleno deste Tribunal de Contas, ao referendar a proposta de retomada de Edital do Chamamento Público nº 001/FTMSP/2020[4] (TC 11.173/2020), condicionou a exclusão do referido critério de avaliação, a qual se concretizou *a posteriori* nos respectivos autos, ensejando, por isso, a perda superveniente do objeto da alegação contida na Exordial.

Por derradeiro, quanto à questão do Edital envolvendo ofensa ao Princípio do Julgamento Objetivo, dada a inexatidão dos critérios de "vanguarda", "experimentação", "excelência", "abertura" e "alto desempenho" (item 2.6), em face das correspondentes alterações, acatadas por este Tribunal, configurou-se a correspondente perda do objeto de tais impugnações.

No que diz respeito ao **TC 13.590/2020**, a alegação foi de que teria havido violação à isonomia, à impessoalidade e cerceamento da competitividade.

Nestes autos, os Órgãos Técnicos pronunciaram-se pela improcedência das alegações contidas na aludida Representação, pois, com base nos critérios relativos ao Contrato de Gestão, regulados, em essência, pelo artigo 37, § 8º, incisos I a II, da Constituição Federal de 1988[5], não há como se acolher a alegação de que os critérios de avaliação fixados pelo Edital se referiram a "exigências", tampouco a "requisitos de participação", mas sim de "competição".

---

[4] O Edital do Chamamento Público n. 001/FTMSP/2020 visa à seleção de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social de Cultura, para efetuar a gestão dos objetos culturais vinculados ao Complexo Theatro Municipal.

[5] Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]
§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:
I - o prazo de duração do contrato;
II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
III - a remuneração do pessoal."

Por fim, com relação ao **TC 12.251/2020**, alusivo à Representação de mesmo objeto, formulada pelo Sindicato dos Músicos Profissionais no Estado de São Paulo em face do mesmo edital, os Órgãos Técnicos pronunciaram-se pela improcedência da Representação quanto aos itens 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 e 2.8[6]. Quanto ao item 2.1, esclarecida pela Origem a questão pendente acerca do *reajuste dos valores do contrato*, não se verifica nenhuma mácula acerca do Edital de Chamamento Público nº 01/2020/FTM.

No caso, restou demonstrado que as irregularidades detectadas pela Auditoria e os questionamentos contidos nas Representações aqui analisadas foram respondidos e solucionados pela Origem, o que foi reconhecido e endossado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, assim como pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral.

Com amparo nos **artigos 71, III, da CF/1988 e no artigo 48, III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo**, que tratam do exercício da fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública, este Tribunal de Contas suspendeu a licitação, que só foi retomada após a correção de todos os pontos suscitados pela Auditoria desta Corte de Contas.

O controle preventivo, já durante a primeira etapa do certame, com a suspensão da licitação e determinação de providências e correções para sua retomada, demonstra a efetividade em se prevenir futuros danos ao erário, razão pela qual o edital foi sustado e revisto, como condição para que a licitação prosseguisse.

Para que este controle seja eficaz, deve ser realizado em tempo útil, ou seja, de forma contemporânea, para que seja possível adequação do instrumento convocatório. E para que seja efetivo, precisa ser concomitante, pois assim contribui para a consecução dos objetivos da Administração e na prestação de um serviço de qualidade à população, notadamente em objetos como o contratado, que envolve o direito à saúde. Isto sem contar no controle de gastos, evitando-se o desperdício de dinheiro público.

Neste sentido, corroborando a pertinência da correção de editais em decorrência da atuação dos Tribunais de Contas e do próprio Poder Judiciário:

> **RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO – PRETENSÃO À CORREÇÃO DE IRREGULARIDADES, REPUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO EDITAL E A REABERTURA DO PRAZO PARA O INGRESSO E A PARTICIPAÇÃO DE EVENTUAIS INTERESSADOS - POSSIBILIDADE. 1. <u>Existência e a presença de irregularidades no respectivo Edital, com prejuízo ao Erário Público e aos licitantes, passível de reconhecimento e correção, caracterizada</u>... <u>4. Necessidade de correção do referido Edital e posterior republicação,</u>**

[6] - **2.2.** Prazo para apresentação das propostas;
2.3. Definições subjetivas;
2.4. Portfólio de realizações;
2.5. Comprovação de parcerias;
2.6. Comprovação de parcerias internacionais;
2.7. Mesma pessoa participante na Comissão de Seleção e Comissão de Avaliação;
2.8. Irregularidades na composição do Conselho Deliberativo.

com a reabertura do prazo, para apresentação das eventuais propostas dos licitantes. 5. Ordem impetrada em mandado de segurança, concedida. 6. Sentença, ratificada, inclusive, com relação aos encargos da condenação e os ônus decorrentes da sucumbência. 7. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, desprovidos. TJ/SP - Apelação Cível nº 1000373-45.2018.8.26.0596 - 5ª Câmara de Direito Público – Acórdão publicado em 10.04.2019

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.

Intimem-se.

Publique-se.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 07 de março de 2022.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 01/04/2022 11:10:32 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo