

Ofício SSG-GAB 25172/2021

Processo Eletrônico TC/009980/2021

Assunto Representação – Representação em face do Edital de Chamamento Público nº 01/2020/FTM cujo objeto é selecionar 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.

Proc. Externo 8510.2020/0000255-4

Conselheiro Eduardo Tuma

Instância 1ª Instância

Observações *Pede-se o uso das referências relevantes acima.*

São Paulo, 05 de janeiro de 2022.

Excelentíssimo Senhor,

Comunico que foi prolatado Acórdão na Sessão Ordinária nº 3.187 em 01/12/2021, cuja ata foi publicada no DOC de 16/12/2021, pag(s). 124-125, por meio do qual o Tribunal apreciou o processo de Representação acima indicado.

Por fim, solicito especial atenção para as informações complementares que podem ser acessadas na página inicial do **Portal do TCMSP > Processos > Informações Complementares (ofícios e intimações)**.

Atenciosamente.

João Antonio
Presidente

Ao Excelentíssimo Senhor
Presidente
Milton Leite
Câmara Municipal de São Paulo
presidencia@saopaulo.sp.leg.br

/am

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 providências 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 à 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 FTMS 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/FTMS/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 FTMSF 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/FTMSF/2020 não se limitou a uma busca de palavras, mas, sim, a uma análise no conteúdo dos pareceres apresentados pelas participantes 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 I¹, 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)

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 escoreita 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 II³, 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 IV⁴, 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 confirmam-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 atendessem 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 Teatro, 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 71⁹ 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

Constituição Federal e o artigo 49 da Lei Federal 8666/93¹⁰, 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 Acórdão 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.

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. Instaura processo administrativo para apurar os responsáveis pelos atos ilegais praticados. Votação unânime.

ACÓRDÃO

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 atendessem 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

do processo nº

de

1

1

(a)


 Leonardo Batista

Raimundo Batista

Secretário Geral Parlamentar em exercício