

04-03-20

SEB

=====

23 TC-023856/026/08

Recorrente: Secretaria de Estado da Cultura – Alessandro Soares – Chefe de Gabinete.

Assunto: Contrato de gestão entre a Secretaria de Estado da Cultura e A CASA – Museu de Arte e Artefatos Brasileiros, objetivando a operacionalização da gestão e a execução de atividades e serviços no Museu da Casa Brasileira, no valor de R\$12.860.000,00.

Responsáveis: João Sayad e Andrea Matarazzo (Secretários de Estado da Cultura à época), Renata Cunha Bueno Meillão (Diretora Presidente), Marta Villares Ribeiro e Maria Eduarda Barros de Tomasi Mellão (Diretoras).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares o contrato de gestão e seus termos aditivos, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, bem como aplicou multa ao responsável, João Sayad, no valor de 160 Ufesp, na conformidade do artigo 104, inciso II, da mencionada Lei. Acórdão publicado no D.O.E. de 29-06-17.

Procurador da Fazenda: Denis Dela Vedova Gomes.

=====

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRO SETOR. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. QUALIFICAÇÃO E CONTRATO DE GESTÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. PROVIMENTO.

Em prestígio ao princípio da segurança jurídica, é possível a relevação de falhas semelhantes às constatadas em outros processos celebrados antes da mudança de entendimento jurisprudencial desfavorável da Corte.

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto pela **SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA** contra o v. acórdão da C. Segunda Câmara¹, que julgou irregulares o Contrato de Gestão nº 26/2008, de 02-05-08, e respectivos termos aditivos² celebrados entre a **RECORRENTE** e **A CASA –**

¹ Prolatado em sessão de 06-06-17, pelo voto dos Conselheiros Dimas Ramalho, Relator, e Antônio Roque Citadini, Presidente, e do Auditor Substituto de Conselheiro Josué Romero (fl. 1642).

² 1º TA, de 17-09-08, que teve por finalidade acrescer o valor de R\$ 110.000,00, estabelecer a importância de R\$ 2.110.000,00 para o exercício financeiro de 2008 e incluir no Anexo Técnico I o Programa de Trabalho de 2008 e alterações no Anexo Técnico II, Sistema de Pagamento;

2º TA, de 22-12-08, objetivando acrescentar o valor de R\$ 150.000,00, estabelecer a importância de R\$ 2.260.000,00 para o exercício de 2008 e incluir no Anexo Técnico I o Programa de Trabalho de 2008 e alterações no Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento;

3º TA, de 17-02-09, firmado para alterar o item 12 da cláusula segunda, com a determinação de apresentar trimestralmente e anualmente relatórios de atividades, estabelecer a importância de R\$ 3.000.000,00 para o exercício de 2009 e incluir no Anexo Técnico I o Programa de Trabalho de 2009 e o Anexo II do Sistema de Pagamento.

4º TA, de 26-08-09, com o fim adicionar o item 22 na cláusula segunda, relativo à sujeição da OS às normas arquivísticas do Sistema de Arquivos do Estado de São Paulo – SAESP, acrescentar o valor de R\$ 800.000,00,

MUSEU DE ARTES E ARTEFATOS BRASILEIROS, objetivando o fomento e a operacionalização da gestão e da execução das atividades e dos serviços na área cultural no Museu da Casa Brasileira, com prazo de vigência de 04 anos e no valor de R\$ 12.860.000,00.

Em consequência, determinou o acionamento do artigo 2º, XV e XXVII, da Lei Complementar estadual nº 709/93, para as comunicações e adoção de medidas pertinentes, e aplicou multa de 160 (cento e sessenta) Ufesp a João Sayad, responsável pelos atos praticados.

Segundo o disposto no voto condutor (fls. 1629/1636), o decreto de irregularidade foi proclamado em razão das seguintes falhas, contrárias aos princípios da Administração Pública, em especial ao princípio da legalidade:

- a) a ausência de publicação da minuta do contrato;
- b) a falta de publicação de convocação pública de Organizações Sociais já classificadas na área de interesse;
- c) a elaboração da proposta de orçamento pela Administração, sem qualquer apresentação pela Entidade, mesmo consistindo em requisito obrigatório para a qualificação como organização social;

estabelecer a importância de R\$ 3.800.000,00 para o exercício de 2009 e incluir no Anexo Técnico I o Programa de Trabalho 2009 e o Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento.

5º TA, de 24-11-09, celebrado para acrescentar o valor de R\$ 207.040,00, estabelecer a importância de R\$ 4.007.040,00 para o exercício de 2009 e alterar o Anexo Técnico I, o Programa de Trabalho de 2009, e o Anexo II Sistema de Pagamento;

6º TA, de 21-12-09, objetivando o acréscimo de R\$ 800.000,00, estabelecer a importância de R\$ 4.000.000,00 para o exercício de 2010 e incluir no Anexo Técnico I o Programa de Trabalho de 2010 e o Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento.

7º TA, de 17-09-10, firmado para o acréscimo de R\$ 317.000,00, estabelecer a importância de R\$ 4.317.000,00 para o exercício de 2010, determinar as condições de pagamento, alterar o Anexo I o Programa de Trabalho de 2010 e o Anexo Técnico II Sistema de Pagamento;

8º TA, de 17-01-11, destinado ao acréscimo de R\$ 500.000,00, estabelecer a importância de R\$ 4.000.000,00 para o exercício de 2011, determinar as condições de pagamento e alterar o Anexo Técnico I, o Programa de Trabalho, e o Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento;

9º TA, de 23-05-11, que teve o objetivo de reduzir o valor em R\$ 80.000,00, estabelecer a importância de R\$ 3.920.000,00 para o exercício de 2011, determinar as condições de pagamento e alterar o Anexo Técnico I – Programa de Trabalho e o Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento;

10º TA, de 07-11-11, com o fim de acrescentar o valor de R\$ 593.550,00, estabelecer a importância de R\$ 4.513.550,00 para o exercício de 2011, determinar as condições de pagamento e alterar o Anexo Técnico I, o Programa de Trabalho de 2011, e o Anexo II – Sistema de Pagamento;

11º TA, de 31-01-12, visando acrescentar o valor de R\$ 460.000,00, estabelecer a importância de R\$ 1.620.000,00 para o exercício de 2012, determinar as condições de pagamento e alterar o Anexo Técnico I, o Programa de Trabalho de 2012, e o Anexo Técnico II, Sistema de Pagamento.

d) a omissão quanto à apresentação da relação das entidades que manifestaram interesse na celebração do contrato de gestão.

Além disso, reconheceu a incidência do princípio da acessoriedade sobre os termos aditivos.

1.2 A **Recorrente** (fls. 1644/1648) defendeu a atuação transparente, com a divulgação das minutas dos contratos de gestão a serem firmados com organizações sociais, ainda que em momento anterior à celebração.

Ressaltou que, na época em que firmado o contrato de gestão, a Secretaria mantinha editais de convocação para que as interessadas pudessem ser qualificadas como organizações sociais, inexistindo, contudo, entidades que demonstrassem interesse, de modo que a Contratada seria a única com qualificação necessária para o ajuste, revelando a inviabilidade de competição e a ineficácia de um chamamento público.

Além disso, destacou a adoção de medidas para estimular a qualificação, com o aprimoramento do procedimento anterior e o saneamento dos pontos destacados por este Tribunal, resultando a duplicação do número de entidades qualificadas e viabilizando a realização de chamamentos públicos a partir de 2009.

Por outro lado, em relação à elaboração do orçamento pela Secretaria e não pela Entidade, alegou que no início das contratações com organizações sociais os recursos seriam escassos, quase insuficientes para a gestão dos equipamentos culturais.

Por isso, os instrumentos seriam pactuados conforme a disponibilidade dos recursos, sendo necessário que a interessada tivesse ciência do numerário disponível para elaborar seu plano de trabalho.

Também afirmou que, sendo A CASA – Museu de Arte e Artefatos Brasileiros a única entidade qualificada, não haveria como apresentar a relação das entidades que manifestaram interesse no contrato.

Ressaltou, ainda, que essa entidade foi contratada em razão da compatibilidade com o Museu da Casa Brasileira, apresentando as melhores condições técnicas, de expertise e os propósitos para a gestão do museu.

Assim, requereu o conhecimento e o provimento do recurso, com a reforma da decisão e o julgamento regular da matéria.

1.3 A Procuradoria da Fazenda do Estado (fls. 1654/1655) observou um significativo aprimoramento institucional desde a celebração do contrato de gestão em 2008.

Destacou julgamentos deste Tribunal que demonstrariam a exiguidade do prazo como objeto de recomendação, as peculiaridades das contratações dessa espécie e a discricionariedade da escolha da organização social pela Administração, indicativos de que deveria ser aferida unicamente a economicidade do ajuste.

Destarte, sugeriu o **conhecimento e provimento** do apelo.

1.4 O Ministério Público de Contas obteve vista dos autos e certificou que o processo não foi selecionado para manifestação, nos termos do disposto no Ato nº 006/2014-PGC (fl. 1655v).

1.5 A Secretaria-Diretoria Geral (fls. 1657/1659) considerou que, mesmo com a inobservância dos requisitos legais, deva ser ponderada a obtenção da melhor gestora.

Isso porque, a Administração manteve por aproximadamente oito meses a abertura de inscrições para qualificação de organizações sociais de cultura, por meio de ato convocatório divulgado na imprensa oficial, ao qual ocorreu apenas A CASA.

Como na oportunidade somente essa entidade detinha a qualificação, foi escolhida para os serviços de gestão, inexistindo direcionamento à instituição específica.

Além disso, quanto ao orçamento, entendeu que o plano de trabalho dependeu do volume de recursos disponíveis para os serviços, informação que só poderia ser dada pela Secretaria.

Ressaltou, por fim, o período desde a contratação celebrada em meio à recente inovação dessas parcerias, quando não tinham contornos muito delineados.

Dessa forma, manifestou-se pelo **conhecimento** do recurso e, no mérito, pelo seu **provimento**.

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 29-06-17 (fl. 1642); e o recurso, protocolado em 19-07-17 (fl. 1644). É, portanto, tempestivo.

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo **conhecimento**.

3. VOTO DE MÉRITO

3.1 As razões recursais têm potencial para infirmar os fundamentos da decisão atacada.

De início, é possível observar que o procedimento para o contrato de gestão se opôs ao regime jurídico administrativo, fragilizando os princípios que norteiam a atuação do Poder Público, consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal³.

Essa lesão decorreu da inobservância às disposições normativas estabelecidas na legislação que regulamenta a matéria atinente às organizações sociais, especificamente a Lei nº 9.637/98 e a Lei Complementar estadual nº 846/98.

Da disciplina dada por essas normas é possível observar dois procedimentos distintos, dispostos nos Capítulos I, Seções I e III daquelas leis, direcionados às entidades sem fins lucrativos.

³ Artigo 37, Lei nº 8.666/93. A administração pública direta e indireta de qualquer dos 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.

Um deles refere-se à *qualificação*, oportunidade na qual a pessoa jurídica que atenda determinadas condições receberá o título de organização social. O outro trata dos atos para a celebração do *contrato de gestão*, momento em que as entidades qualificadas podem celebrar ajustes com o Poder Público para o desenvolvimento de um específico interesse mútuo de relevância social.

Dessa forma, sendo procedimentos distintos, a divulgação da convocação de entidades para a *qualificação* como organização social, que a Recorrente defende ter adotado, não afasta a necessária publicidade prévia para eventuais *contratos de gestão* em objetos com necessidade constatada pela Administração, que ela decida contratar, nos termos do artigo 6º, §§ 3º e 4º, I, da Lei Complementar estadual nº 846/98⁴, possibilitando o comparecimento de entidades interessadas.

Do mesmo modo, não é possível afirmar que inexistiam outras entidades qualificadas como organizações sociais de cultura à época, quando o Portal da Transparência do Estado de São Paulo traz lista de entidades qualificadas em período anterior à celebração do contrato de 2008, com o recebimento da qualificação pelas primeiras entidades em 2004⁵.

Nesse cenário, não foi adequada a opção pela ausência de convocação, exigência legal. Sem isso também não houve a publicação de entidades que tivessem respondido à convocação, manifestando interesse no ajuste, nos termos do artigo 6º, § 4º, II, da Lei Complementar estadual nº 846/98 (conforme Nota de Rodapé nº 04).

⁴ Artigo 6º, Lei Complementar estadual nº 846/98. "Para os efeitos desta lei complementar, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de uma parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas à área da saúde ou da cultura. (...)"

§3º - A celebração dos contratos de que trata o "caput" deste artigo, com dispensa da realização de licitação, será precedida de publicação da minuta do contrato de gestão e de convocação pública das organizações sociais, através do Diário Oficial do Estado, para que todas as interessadas em celebrá-lo possam se apresentar.

§ 4º - O Poder Público dará publicidade:

I - da decisão de firmar cada contrato de gestão, indicando as atividades que deverão ser executadas; e
II - das entidades que manifestarem interesse na celebração de cada contrato de gestão".

⁵ Consulta disponível "http://www.transparenciacultura.sp.gov.br/organizacaoes-sociais-de-cultura/os-qualificadas/". Acesso em 29-10-19.

Além disso, inexistiu a publicação prévia da minuta do contrato de gestão a ser celebrado mediante dispensa de licitação, nos termos do artigo 6º, § 3º, da Lei Complementar estadual nº 846/98 (conforme Nota de Rodapé nº 04).

Ressalto que a minuta divulgada através da imprensa oficial em 06-10-06 foi apenas um modelo genérico, com as disposições essenciais, para ser adotado nos contratos de gestão firmados com a Secretaria de Cultura, sem objeto estabelecido, não atendendo, portanto, aquela disposição legal (fls. 41/42).

Assim, não foram observadas fases essenciais, com omissão sobre as publicações do ato de convocação, da relação de eventuais interessadas no ajuste e da minuta de contrato a ser firmada.

Por último, inadequada a elaboração do orçamento pela Secretaria, nos termos efetivados.

Nesse contexto, observa-se que o procedimento para o contrato de gestão, também encontrado em outros ajustes firmados pela Recorrente, não foi adequado à luz das normas mencionadas.

Apesar disso, observo que a jurisprudência desta Corte, excepcionalmente, diante do princípio constitucional da segurança jurídica, não tem declarado a irregularidade dos ajustes com falhas dessa espécie anteriores a 2010.

Isso, porque este Tribunal apenas passou a repreender tais condutas a partir de 2010, como se observa no julgamento do TC-029519/026/07⁶, em 21-09-10, com a declaração de regularidade de contrato de gestão de 2007, mas acompanhada de recomendações.

Ponderando essa mudança de entendimento, a Corte entendeu pela adoção de recomendações nos ajustes celebrados em período anterior à alteração jurisprudencial, como se observa pelas decisões proferidas nos

⁶ Primeira Câmara, sessão de 21-09-10, relatoria do Conselheiro Renato Martins Costa. Trânsito em julgado em 19-10-10.

processos TC-033266/026/05, TC-030803/026/06⁷, TC-033267/026/05⁸ e TC-014907/026/06⁹. Deste último, julgado pelo E. Plenário, colaciono excerto:

Sobeja, entretanto, gravame remanescente e a que já me referi genericamente, consistente na falta da convocação específica de entidades, na forma estabelecida no parágrafo 3º, do artigo 6º da Lei Complementar Estadual nº 846/967.

Observe-se, por oportuno, que a exteriorização do procedimento administrativo adotado, qual seja, a Resolução expedida pela Secretaria da Cultura, é uma forma de garantir o cumprimento do princípio da publicidade, mas não se presta a substituir a convocação pública de OS's para celebração de contratos específicos.

Isto porque a intenção de admitir a qualificação de novas entidades como Organização Social, a teor do disposto no § 3º, do artigo 6º da Lei Complementar 846/98 não se confunde nem se substitui à divulgação da intenção da Administração em celebrar determinado contrato de gestão com entidades já qualificadas (§ 4º, do mencionado diploma legal), na busca tanto da proposta mais vantajosa quanto da maior competição, procedimento não observado.

Verifico, entretanto, que o ajuste data de 2005, anterior, portanto, às decisões mais rigorosas da Corte a respeito da matéria⁸ e muito embora verificados também aqui os desacertos a que me referi de modo genérico, penso possa ser acolhida, excepcionalmente, a defesa, mais em razão do prestígio e seriedade de que goza a contratada do que pelo proceder da Administração.

⁸ 'De que são exemplos os TC's 15758-026-08 – 2ª Cam. Sessão de 09.11.10 _ Rel. Eminentíssimo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga; 1856-026-07 – 2ª Câmara, sessão de 08.06.10, Rel. Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale e 1861-026-07 2ª Cam. Sessão de 27.07.10'."

Assim, considerando que o contrato de gestão aqui examinado foi celebrado em 2008, excepcionalmente, diante do posicionamento adotado por esta Corte, da segurança jurídica e das novas disposições do Decreto-Lei nº 4.657/42 - LINDB, reformo a decisão para afastar a irregularidade declarada.

Sem prejuízo, serve a fundamentação deste voto para reiterar as recomendações há muito feitas, devendo a Secretaria se ater às disposições normativas pertinentes expostas, sob pena de futuras declarações de irregularidades.

⁷ Primeira Câmara, sessão de 29-04-14, relatoria da Conselheira Cristiana de Castro Moraes. Trânsito em julgado em 11-06-14.

⁸ Segunda Câmara, sessão de 01-10-13, de minha relatoria. Trânsito em julgado em 31-10-13.

⁹ Tribunal Pleno, sessão de 13-03-13, relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Trânsito em julgado em 15-04-13.

3.2 Com a decretação da regularidade do instrumento principal e a inexistência de outros vícios nos termos aditivos declarados pela decisão recorrida, também são regulares os termos aditivos em exame.

3.3 Ante o exposto, acolho em parte as manifestações da PFE e da SDG e voto pelo **provimento** do recurso, para o fim de reformar a decisão recorrida e julgar regulares o contrato de gestão e seus termos aditivos, com as recomendações expostas no corpo deste voto, cancelando-se, por consequência, a multa aplicada ao então Secretário João Sayad.

Sala das Sessões, 04 de março de 2020.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO