

São Paulo, 21 de janeiro de 2020

Ofício nº 010/Odeon/2020

À Secretaria Municipal de Cultura da Prefeitura da Cidade de São Paulo

A/C Secretário Municipal de Cultura Alexandre de Almeida Youssef

Assunto: Termo de Colaboração nº 01/FTMSP/2017 - Recurso contra decisão da Fundação Theatro Municipal de São Paulo que aprovou com ressalvas as contas de 2017 e reprovou as contas de 2018 do Instituto Odeon relativas à execução do Termo de Colaboração para gestão do Complexo Theatro Municipal

Prezado Sr. Secretário Municipal de Cultura, Alexandre de Almeida Youssef

INSTITUTO ODEON, associação sem fins lucrativos de finalidades culturais, titular do CNPJ/MF sob o nº 02.612.590/0001-39 (matriz) e 02.612.590/0004-81 (filial SP), com matriz na Rua dos Inconfidentes, nº 867, 2º andar, bairro Savassi, em Belo Horizonte / MG, CEP 30.140-128, e sede em São Paulo / SP localizada na Praça Ramos de Azevedo, S/N, bairro Sé, CEP 010307-010, gestor do Complexo Theatro Municipal de São Paulo em decorrência do Termo de Colaboração nº 01/FTMSP/2017, firmado com a Fundação Theatro Municipal de São Paulo em 1º de setembro de 2017, vem, por meio do presente, com fundamento no despacho autorizatório nº SEI FTM/DGERAL 024711129 publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo no dia 07 de janeiro de 2020, processo SEI nº 8510.2019/0000740-6, apresentar **RECURSO** contra a decisão de Aprovação com Ressalvas de Contas do Exercício de 2017 e Rejeição de Contas do Exercício de 2018, nos termos em que se segue.

I - PRELIMINARMENTE

1.1 Tempestividade

Nos termos da decisão publicada Diário Oficial da Cidade de São Paulo no dia 07 de janeiro de 2020, processo SEI nº 8510.2019/0000740-6, abriu-se "prazo de 10 (dez) dias úteis para recurso, dirigido à Secretaria Municipal de Cultura, da decisão que manteve a aprovação com ressalvas da prestação de contas de 2017 e rejeitou a prestação de contas de 2018 vinculadas ao Termo de Colaboração nº 01/FTMSP/2017".

A mesma publicação estabeleceu que "os prazos para recursos consignados (...) neste despacho serão contados a partir da notificação por escrito ao Instituto Odeon".



O Instituto recebeu a notificação por escrito no mesmo dia 07 de janeiro de 2020, por meio do Ofício nº 02/FTMSP/2020. Assim, considerando que o prazo recursal é contado excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do fim, é tempestivo o recurso.

1.2 Considerações Iniciais

Inicialmente, o Instituto gostaria de ressaltar que a Comissão Recursal que exarou os pareceres ora recorridos reverteu nada menos que 07 (sete) das 08 (oito) ressalvas às contas de 2017, e 23 (vinte e três) dos 33 (trinta e três) itens originalmente apontados como irregularidades ou ressalvas às contas de 2018. Esse significativo número - 73% dos apontamentos originais - reforça de forma clara o que o Instituto argumenta desde o princípio: que a maior parte das supostas irregularidades e ressalvas são, na verdade, fruto de divergências de forma ou de entendimento entre as partes, absolutamente possíveis de resolução e alinhamento.

A ausência de qualquer acusação de desvio, fraude, má-fé ou dolo, bem como o fato de que diversos itens haviam sido expressamente aprovados ou, ainda, nunca questionados apesar de serem objetos de prestações de contas periódicas, reforçam esse mesmo cenário. O Instituto entende que todos os itens julgados como irregulares ou ressalvas poderiam ter sido resolvidos se os parceiros (Instituto Odeon e Fundação Theatro Municipal) tivessem construído procedimentos e regras claras, comunicado antecipadamente mudanças de entendimentos, ou resolvido divergências e questionamentos ainda no início da parceria.

O que se vê, entretanto, é que o posicionamento da Comissão Recursal - e da própria CGM - atribui exclusivamente ao Instituto Odeon a responsabilidade por qualquer área cinzenta, divergência de entendimentos, mudanças de entendimento posteriores, e divergências de forma, como se de cada um desses itens representasse uma afronta do Instituto a uma regra ou dispositivo claro e indiscutível. Não é o caso.

A própria Fundação não cumpriu oportunamente com todas as suas obrigações previstas no Mrosc, a exemplo de apresentar, logo no início dos trabalhos, um Manual de Prestação de Contas - obrigação que só foi cumprida em 31 de outubro de 2019, por meio do Ofício nº 363/FTMSP/2019. O Grupo de Trabalho constituído pela Secretaria Municipal de Cultura concluiu, em seu Relatório Final de 05 de junho de 2019, que a Secretaria Municipal e a Fundação também incidiram em falhas¹. Além disso, diversos itens hoje considerados

¹ "Por parte da SMC:

- Secretário de Cultura acumulou o cargo de Diretor Geral da Fundação por 13 meses;
- Equívoco na escolha do instrumento a ser estabelecido, tendo o Termo de Colaboração por MROSC diversas fragilidades de governança e monitoramento;
- Conflito de papel institucional e gestão entre SMC e FTM e entre SMC e Odeon

Por parte da FTM:

- Falta de funcionários/falta de reestruturação interna por longo período de tempo
- Aprovação tardia de metas/orçamentos/relatórios
- Falta de clareza no planejamento/falta de diretriz na condução dos processos internos
- Conflito/desgaste de relação entre FTM e Odeon
- Troca constante de diretoria (geral, gestão, formação, produção)
- Monitoramento inexistente por longo período
- Intensa troca de ofícios durante os 16 primeiros meses (mais de 500)
- Repasse sem devidas glosas/advertências
- Negligência e omissão observados em 2017 e principalmente em 2018".

irregulares foram previamente aprovados ou acompanhados diretamente por gestões anteriores da Fundação.

Ou seja, a responsabilidade é, no mínimo, conjunta dos três parceiros. Apesar disso, a Comissão Recursal aponta como **único responsável** o Instituto, a quem, apesar de reconhecer ter-se pautado sempre com boa-fé, chama de “inexperiente”. Como se verá a seguir, essa narrativa ignora os números e realizações do Instituto à frente do Theatro Municipal de São Paulo, que é possivelmente o equipamento cultural mais complexo do Brasil, bem como a regularidade e economicidade na aplicação dos recursos e a consecução das metas.

De forma a garantir um debate proveitoso, o Instituto evitará reproduzir argumentos antigos, ou abordar pontos já superados. O recurso irá se restringir a contrapor os argumentos / fundamentos utilizados pela Comissão Recursal para manutenção das irregularidades remanescentes, incluindo argumentos que digam respeito a mais de um ponto.

Apesar de discordar de sua classificação como ressalvas às prestações de contas, o Instituto informa que não irá recorrer das ressalvas apresentadas às prestações de contas 2017 e 2018, entendendo que as divergências institucionais que ocasionaram as ressalvas já foram equacionadas, não havendo qualquer efeito prático na manutenção das discussões sobre esses tópicos.

II - MÉRITO

2.1 Breve Histórico

Antes de se entrar na discussão sobre o mérito do recurso e das conclusões da Comissão Recursal, é necessário fazer um breve histórico das principais etapas anteriores ao presente recurso, para melhor compreensão do contexto.

O Instituto Odeon, atual gestor do Theatro Municipal de São Paulo, iniciou sua gestão no dia 1º de setembro de 2017, com a assinatura do Termo de Colaboração nº 01/FTMSP/2017, substituindo o antigo gestor, Instituto Brasileiro de Gestão Cultural - IBGC, que encerrou sua gestão envolvido em denúncias de corrupção, desvio de recursos, e uma intervenção judicial.

O Instituto assume a gestão do Complexo Theatro Municipal sem um período adequado de transição, e sem que qualquer ferramenta de gestão ou de prestação de contas fosse herdada da gestão anterior. Apesar de entregar todas as suas prestações de contas nas datas pactuadas, o início da gestão do Instituto é marcado por grandes lapsos temporais sem qualquer análise de suas prestações, o que impossibilita a construção e melhoria de processos internos e prestações de contas.

No início de 2019, após substituição na titularidade da Secretaria de Cultura e posteriormente na Diretoria da Fundação, é constituído Grupo de Trabalho para análise das contas de 2017 e 2018 do Instituto. O grupo conclui pela existência de falhas em todos os

envolvidos na parceria, conforme já citado acima, e a Fundação Theatro Municipal julga as contas do Instituto em seguida, publicando no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, em 05 de junho de 2019, os extratos de julgamento das contas 2017 e 2018. O julgamento é de aprovação com ressalvas das contas 2017 e rejeição das contas 2018. No prazo legal, o Instituto apresenta sua defesa contra o julgamento, e é instituída Comissão Recursal por meio da Portaria nº 020/FTMSP/2019 para análise da defesa do Instituto.

Em paralelo, a Controladoria Geral do Município - CGM, apresenta relatório preliminar de auditoria, respondido pelo Instituto. Com base nas respostas do Instituto, a CGM submete para a Fundação Theatro Municipal seu Relatório Final de Auditoria, já com seu posicionamento acerca das respostas do Instituto. É possível identificar que muitos dos argumentos da Comissão Recursal reproduzem o entendimento da CGM.

A Comissão Recursal, por fim, analisa conjuntamente os apontamentos no Relatório Final de Auditoria da CGM e as defesas apresentadas pelo Instituto, produzindo os pareceres que são objeto do presente recurso. Como já informado acima, é importante destacar que **30 (trinta) dos 41 (quarenta e um) itens originalmente questionados foram devidamente solucionados**, com a manutenção de 11 (onze) apontamentos, sendo oito supostas irregularidades (todas relativas a 2018) e três ressalvas (uma de 2017 e duas de 2018).

Apesar da significativa redução no número de questionamentos, o Instituto entende que os itens remanescentes são fruto de divergências institucionais e de entendimento, sendo passíveis de solução, principalmente diante de uma nova diretoria da Fundação Theatro Municipal, que tem mantido canais de comunicação abertos e construído, em conjunto com o Instituto, ferramentas e procedimentos para melhorias na gestão e nas prestações de contas. Ademais, ressalte-se que algumas mudanças que poderiam ter sido propostas ou implementadas não o foram em face da instabilidade que o Instituto enfrentou desde o início de sua gestão; caso o Instituto estivesse diante de um cenário de maior estabilidade, haveria, naturalmente, maior espaço para implementação de mudanças e melhorias estruturais.

Feito esse histórico, é importante trazer alguns argumentos *macro*, que se aplicam a mais de um dos itens considerados irregulares / ressalvas.

2.2 Do reconhecimento pela fundação da ausência de desvio de recursos, dolo ou fraude

É inegável que o principal critério erigido pelo Mrosc para aprovação ou reprovação das contas, a saber, o cumprimento de metas², foi atendido, conforme Extrato de Julgamento de

² Nos termos da Lei Federal 13.019/2014: "Art. 64. A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas."

Contas publicado em 05 de junho de 2019³. O único ponto controverso – sobre supostas inconsistências no cálculo de algumas metas de 2017 – foi devidamente equacionado, e a própria comissão recursal acatou os argumentos do Instituto sobre esse ponto. Além disso, as irregularidades apontadas no parecer de rejeição das contas de 2018 não são graves (a Fundação afirma que nenhuma delas é uma ilegalidade⁴) e a própria Fundação evidenciou a ausência de dolo, fraude, má-fé ou desvio de recursos por parte da OSC.

Por isso mesmo, tanto o Termo de Colaboração (Cláusula 4.12.1⁵), o Decreto 57.575/2016 (art. 59, §5º) quanto a própria Lei Federal 13.019/2014 (art. 53, §5º) preveem, todos com redação idêntica, a possibilidade de, em caso de rejeição de contas sem dolo ou fraude, mesmo tendo havido dano ao erário, a OSC executar "ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito no termo de colaboração ou de fomento e a área de atuação da organização".

E se há previsão legal para a apresentação de um "novo plano de trabalho", fica evidenciada a recomendação do Mrosc de que eventuais problemas financeiros que não decorram de dolo ou fraude da OSC sejam resolvidos preferencialmente mediante compensações, sem interrupção da parceria, já que isso prejudicaria o equipamento objeto da gestão e, conseqüentemente, iria de encontro ao interesse público.

Importa ainda citar o art. 26 da LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que caminha nesse sentido. Em seu caput, assim dispõe:

"Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial".

³ 2017 - "Assim instruído e mediante realização das metas e objetivos do Plano de Trabalho 2017, em acordo com cláusula 4 – da Prestação de Contas do Termo de Colaboração, assinado entre as partes, e em cumprimento ao art. 59, do Decreto no 57.575/2016, pelo fato de não ter sido encontradas irregularidades no que se refere à realização do objeto do convênio."

2018 - "Assim instruído e mediante realização das metas e objetivos do Plano de Trabalho 2018, em acordo com cláusula 4 – da Prestação de Contas do Termo de Colaboração, assinado entre as partes, e em cumprimento ao art.59 do Decreto no 57.575, pelo fato de não ter sido encontradas irregularidades no que se refere à realização do objeto do convênio."

⁴ Segundo o parecer de rejeição das contas de 2018:

"A gestão compartilhada entre funcionários associados a dois ou mais instrumentos contratuais não era esperada pela FTMS, mesmo não se configurando ato ilegal, conforme Art. 4º do Decreto Municipal nº 57.575/2016 e Lei do MROSC". (p. 25)

"A comissão delibera que esses recursos deveriam ser aplicados no objeto do Termo de Colaboração, haja vista o não alcance das metas de 2018, referentes a ocupação de plateia e ao fato de entendermos que a apropriação desse valor, mesmo que não ilegal, não visou o interesse público, e que o Instituto Odeon, via termo de Colaboração, é devidamente remunerado para a atividade de coordenação geral de projetos" (p. 35).

⁵ "4.12.1. Exaurida a fase recursal, se mantida a decisão, a organização da sociedade civil poderá solicitar autorização para que o ressarcimento ao erário seja promovido por meio de ações compensatórias de interesse público, mediante apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito neste termo e a área de atuação da organização, cuja mensuração econômica será feita a partir do plano de trabalho original, desde que não tenha havido dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral dos recursos".

A análise das constatações realizadas pela Comissão e ratificadas pela Fundação permite ainda identificar clara inobservância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB").

Nos termos do art. 20 da LINDB, as decisões administrativas devem atender parâmetros muito claros, a fim de conferir segurança jurídica aos administrados, como se vê:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Nota-se que a recomendação pelo ressarcimento realizada pela Fundação nunca apresenta medida alternativa menos gravosa, conforme prevê o parágrafo único, art. 20 da LINDB, independentemente do contexto em que o Instituto adotou tais providências. Não há, por exemplo, justificativa sobre a adequação das medidas impostas, nem gradação no julgamento das irregularidades. Se há possibilidade de que certo item seja considerado uma ressalva, não há justificativa que demonstre a necessidade e adequação de seu julgamento como irregularidade; se poderia ser proposta devolução parcial de rubrica ou complementação de prestação de contas, não há justificativa para que a decisão seja de devolução integral, com aplicação retroativa de novo entendimento.

Em análise *macro*, a sugestão pela rescisão do Termo de Colaboração - medida mais gravosa, com razoável possibilidade de ser ineficiente para o erário - não tem sua adequação e necessidade comparadas às demais medidas possíveis, como ressarcimento por meio de medidas compensatórias, aplicação da penalidade de advertência, ou determinação de cessação das despesas a partir da decisão (ao invés de sua aplicação retroativa). Nada impediria, claro, que a Fundação decidisse pela rescisão por outros motivos - por exemplo, por um desejo na mudança no modelo de gestão. Mas, se a proposta de rescisão vem em face da rejeição de contas, então é necessário que haja um estudo de adequação e necessidade para justificá-la.

Ademais, não há qualquer modulação das consequências práticas da decisão, como exigido pelo *caput* do artigo 20. A título de exemplo, o enquadramento como irregular de gastos com Conselho de Administração tem um potencial impacto em outros equipamentos geridos por entidades privadas - ou em contratos futuros - que não é sequer cogitado. Não se pode ignorar que uma decisão dessa natureza irá impactar mais do que apenas as contas 2018 do Instituto - mas não há qualquer posicionamento da Comissão nesse sentido.

Com efeito, essas concessões previstas nos artigos 20 e 26 voltam-se à concretização de bons ajustes para a administração pública, que, via de regra, vivencia as peculiaridades próprias decorrentes de um gerir administrativo cada vez mais complexo e exigente. O acordo, que pode se dar perfeitamente com a adoção de ações compensatórias inclusive,

deve despontar como a solução mais viável e, por isso, a que deva — por imposição constitucional — ser alcançado.

2.3 Do notório e reconhecido cumprimento das metas e objetivos

O Instituto Odeon julga oportuno destacar de início que todas as metas⁶ estabelecidas no Termo de Colaboração foram alcançadas, conforme Extrato de Julgamento de Contas publicado em 05 de junho de 2019⁷, com diversas delas sendo, inclusive, superadas. Além disso, o Theatro Municipal atingiu excelentes resultados e obteve várias premiações. Pode-se afirmar que uma entidade “inexperiente” não teria conquistado essa expressiva *performance*. Vale recordar que durante o período de gestão do Instituto Odeon, o Theatro Municipal de São Paulo recebeu os seguintes prêmios:

2017

Os Pescadores de Pérolas – Melhor Ópera

APCA (Associação Paulista de Críticos de Arte)

Melhores do Ano - Guia Folha 2017

Escolha dos leitores:

Melhor Concerto

1º - *Kubrick em Concerto*, Orquestra Sinfônica Municipal, no Theatro Municipal

2º - *Tributo a John Williams*, Orquestra Sinfônica Municipal, no Theatro Municipal

Melhor Evento para Crianças

3º - *Meu Primeiro Municipal*, série de espetáculos no Theatro Municipal

2018

La Traviata

Prêmio Lauro Machado Coelho de Ópera 2018

Revista Concerto

Missa, de Leonard Bernstein

Música Orquestral 2018

Revista Concerto

A Sagração da Primavera

Melhores Manifestações Artísticas 2018

Antologia - Revista Bravo

2019

Os Mais Amados de São Paulo - Veja São Paulo 2019

Escolha dos paulistanos, categoria Teatro: 1º - Theatro Municipal de São Paulo

Melhores do Ano - Guia Folha 2019

⁶ Entende-se, aqui, por meta aqueles itens a partir dos quais o cumprimento do Termo é avaliado. Apesar de o relatório citar o descumprimento de metas relativas à ocupação de público, deve-se esclarecer que o 3º Aditamento ao Termo de Colaboração estabelece que “as metas referentes à ocupação de público são indicadores de resultado”, diferenciando-as das metas do Termo de Colaboração, de modo que seu não atingimento não acarreta descumprimento das metas contratuais por parte do Instituto.

⁷ 2017 - “Assim instruído e mediante realização das metas e objetivos do Plano de Trabalho 2017, em acordo com cláusula 4 – da Prestação de Contas do Termo de Colaboração, assinado entre as partes, e em cumprimento ao art. 59, do Decreto no 57.575/2016, pelo fato de não ter sido encontradas irregularidades no que se refere à realização do objeto do convênio.”

2018 - “Assim instruído e mediante realização das metas e objetivos do Plano de Trabalho 2018, em acordo com cláusula 4 – da Prestação de Contas do Termo de Colaboração, assinado entre as partes, e em cumprimento ao art.59 do Decreto no 57.575, pelo fato de não ter sido encontradas irregularidades no que se refere à realização do objeto do convênio.”

Escolha dos leitores:

Melhor Concerto

1º - *Beethoven Total*, Orquestra Sinfônica Municipal, no Theatro Municipal

2º - *Tributo a John Williams*, Orquestra Sinfônica Municipal, no Theatro Municipal

Melhor Ópera

1º - *Rigoletto*, Orquestra Sinfônica Municipal e Coro Lírico, no Theatro Municipal

Prêmio Concerto 2019

Maira Ferreira, maestrina assistente Coral Paulistano - Categoria Jovem Talento

No mesmo período, os números do Theatro Municipal são também bastante significativos:

Informações de público e programação gestão Instituto Odeon			
Ano	2017	2018	2019
Total de apresentações dos Corpos artísticos (dentro e fora do Complexo TM)	74	173	182
Total de apresentações no Complexo Theatro Municipal	90	243	252
Público presente nos espetáculos no Complexo Theatro Municipal	63.411	179.644	186.376
Público presente visitas guiadas	9.239	32.475	34.881
Quantidade de visitas guiadas	308	1.488	1.700
NPS (Excelência acima de 75)	n/a	76	77
Seguidores redes sociais	n/a	228.971	331.875
	2017	2018	2019
Título de Ópera	3	4	4
Récitas de Ópera	19	29	35
Apresentações OSM *	17	55	57
Apresentações OER	8	19	24
Concertos Quarteto de Cordas	7	16	17
Apresentações Coro Lírico *	1	14	24
Apresentações Coral Paulistano *	8	33	34
Apresentações Balé da Cidade	15	43	36
*Este número não considera apresentações em óperas			
	2017	2018	2019
Atividades dos corpos artísticos na Sala de Espetáculos	55	128	115
Público em números absolutos das apresentações dos corpos artísticos na Sala de Espetáculos	44.601	128.012	120.342
Ocupação nas apresentações dos corpos artísticos na Sala de Espetáculos	56,30%	69,50%	73,50%
Público presente nos espetáculos no Complexo TM:	63.411	179.644	186.376
Público presente nos espetáculos dos corpos artísticos fora do complexo TM	927	9.899	19.698
Público total das atividades dos corpos artísticos (dentro e fora)	46.381	140.363	145.000

O Instituto entende que uma parceria é um processo de ajustes em desenvolvimento, especialmente numa parceria tão complexa. Entretanto, a avaliação subjetiva pela comissão recursal de que o Instituto não teria apresentado capacidade para gerir o Theatro Municipal se mostra excessiva e ignora os resultados positivos da gestão do Instituto, como a consecução das metas e os números e prêmios acima indicados.

2.4 Do adimplemento substancial do Termo de Colaboração

O Instituto julga ainda pertinente assinalar que os valores ora questionados pela Fundação, equivalem a menos de 0,6% do valor de receita dos anos de 2017 e 2018, sendo medida

desproporcional propor a rescisão e rejeitar as contas de um Termo de Colaboração em que não houve desvio de recursos, dolo ou fraude (conforme demonstrado no tópico específico desta defesa), e que teve 99,4% do valor gerido no período considerados totalmente regulares.

Obviamente que, em se tratando de recursos públicos, não pode haver dos órgãos de controle qualquer complacência com a irregular aplicação de verbas do erário, ainda que em percentual mínimo. Entretanto, conforme já afirmado acima, no caso concreto resta evidente que não ocorreu aplicação irregular ou desvio de recursos públicos; houve, quando muito, algumas poucas falhas, muito em função das dificuldades já reconhecidas nessa complexa parceria, ou até mesmo em virtude da escolha do modelo de gestão pela própria Fundação.

Logo, as supostas falhas apontadas, inerentes às dificuldades enfrentadas pelo Instituto e pela própria Fundação, atingem percentual ínfimo da execução, sem qualquer indício de má aplicação dos recursos públicos ou desvios ilícitos. E por esse motivo não deveriam levar à punição do Instituto, seja para a devolução de recursos seja para a aplicação de sanções.

Mutatis mutandis, aplica-se aqui a Teoria do Adimplemento Substancial, adotada na seara dos contratos privados, segundo a qual não se invalida ou rescinde determinada relação jurídica quando o parceiro cumpriu efetivamente uma parte substancial, considerável de suas obrigações.

Essa teoria, também chamada de “*Substantial Performance*”, tem merecido consideração da doutrina justamente para permitir a mitigação do aparente absolutismo da opção do credor de rescindir a relação jurídica firmada. Por isso mesmo, entende o Instituto que no momento em que o suposto “prejuízo” – que inclusive pode ser restituído por meio de ações compensatórias – é ínfimo (cerca de 0,6% de todo o recurso gerido nos anos de 2017 e 2018), mostra-se desarrazoada a rejeição das contas com a rescisão do Termo de Colaboração firmado.

Faz-se necessário, portanto, observar os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, que têm o objetivo de coibir excessos desarrazoados por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, de forma a evitar restrições desnecessárias. Por força destes princípios, não é lícito ao Poder Público valer-se de medidas restritivas ou formular exigências além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada.

2.5 Dos limites à prerrogativa de autotutela da Administração Pública

É notório que durante o período da parceria, a Fundação passou por frequente troca de diretores e equipe. Entretanto, o Instituto não pode ficar à mercê das mudanças de entendimento destes diretores, arcando sozinho com os ônus de eventuais divergências ou revisões. Ora, se um Diretor Geral da Fundação Theatro Municipal aprova expressamente

um gasto ou procedimento, não é razoável que, posteriormente, novo diretor reforme este entendimento com efeito ex tunc.

Nesse ponto, cumpre assinalar que ocorreu sinalização favorável ou até mesmo mediante autorização expressa da própria Fundação em relação aos itens que estão sendo questionáveis: **(i)** em relação à rubrica de Coordenação Geral prevista no plano anual aprovado na Lei Rouanet, houve aprovação formal quanto à possibilidade de remuneração do Instituto por essa rubrica⁸ ⁹; **(ii)** quanto ao pagamento de direitos autorais pelas coreografias criadas por Ismael Ivo na condição de Diretor Geral do Balé, isso, segundo o referido Diretor, já estava acordado com o antigo Secretário Municipal de Cultura¹⁰, chegando o Diretor, inclusive, a cobrar a solução do caso diretamente ao Prefeito¹¹; **(iii)** relativamente às passagens aéreas e hospedagem, elas sempre estiveram presentes no Plano de Trabalho aprovado e anexo ao Termo de Colaboração, não tendo sido extrapoladas, e, além disso, o Instituto recebeu aprovação formal da Fundação para realizar tais despesas¹²; **(iv)** no que concerne à contratação de consultoria para elaboração do planejamento estratégico, a Fundação participou do processo de contratação desde o início, sendo cientificada antes de ele ser iniciado¹³ e, posteriormente, sendo informada da conclusão do procedimento seletivo que precedeu tal contratação¹⁴. A propósito, a então Diretora Geral da Fundação e o então Secretário Municipal de Cultura foram entrevistados e a Fundação chegou a solicitar a disponibilização dos documentos e informações resultantes da consultoria¹⁵. A participação ativa da Fundação no processo desde o início permitiram ao Instituto presumir, de boa-fé, que ela entendia pela regularidade da contratação; **(v)** por fim,

⁸ Ofício nº 442/FTMSP/2018: "Considerando os argumentos apresentados (...) entendemos que o Instituto Odeon pode sim se remunerar pela rubrica Coordenação Geral do Projeto Anual."

⁹ Acontece que a análise inicial da Fundação foi afetada em grande parte pelas conclusões da Controladoria Geral do Município que, nesse caso, fez grande confusão. A análise detida do parecer da auditoria da CGM não deixa dúvidas de que ela entendeu que o Instituto foi remunerado não pela Coordenação Geral do projeto, mas efetivamente como captadora de recursos (ponto esse que será tratado no recurso contra a decisão de rejeição das contas de 2018).

¹⁰ Conforme e-mail enviado pelo Sr. Ismael Ivo ao Instituto Odeon em 25 de junho de 2018: "Gostaria de solicitar o encaminhamento e soluções referentes a minha revisão salarial acordada com o Secretário André Sturm há seis meses atrás. Por ele, fui autorizado a incluir algumas condições especiais, como um número de viagens internacionais e receber os direitos autorais coreográficos que não são incluídos no meu contrato original".

¹¹ Conforme e-mail enviado pelo Sr. Ismael Ivo ao prefeito Bruno Covas em 07 de setembro de 2018: "Apesar de solicitar uma regularização aos meus direitos autorais e coreográficos, a Fundação do Teatro Municipal e tampouco a Organização Social Odeon não tem respondido."

¹² Ofício nº 330/FTMSP/2017: "Outrossim, esta Fundação acata o pleito de reforma do entendimento exposto no ofício anterior (...) considerando aceitas as justificativas de enquadramento das despesas de deslocamento da equipe no Termo de Colaboração."

¹³ Ofício nº 013/Odeon/2017: "(...) o Planejamento Estratégico requer publicação de Ato Convocatório (...) A contratação de uma empresa externa para elaborar o planejamento estratégico justifica-se porque (...) Portanto, o Instituto Odeon e a consultoria externa têm papéis indissociáveis e complementares"

¹⁴ Ofício nº 036/Odeon/2017: "Preliminarmente, participamos de reunião realizada no dia 06/12/17, que contou com (...) representantes dessa Fundação e da Secretaria Municipal de Cultura, o Exmo. Sr. Secretário Municipal de Cultura ressaltou a importância do Planejamento Estratégico (...). Assim, como já antecipado através do Ofício nº 013/2017, informamos que para a efetiva realização do Planejamento Estratégico, realmente faz-se necessária a contratação de uma consultoria para execução do serviço. (...) Desta forma, foi publicado o Ato Convocatório nº 01/2017 e em 01 de dezembro de 2018 foi publicado o resultado correspondente. Cabe-nos ainda informar que a referida contratação já está em fase de assinatura de contrato (...)."

¹⁵ Ofício nº 260/FTMSP/2018: "(...) considerando o Ato Convocatório 01/2017 cujo resultado se deu a contratação da empresa J. Leiva Comunicações S/S, esta Fundação solicita no ato da entrega do planejamento estratégico, sejam disponibilizados os documentos, dados e demais informações preliminares, nos quais se pautaram o Planejamento Estratégico constante no instrumento contratual (de contratação da consultoria externa)".

vários outros itens hoje questionados já eram conhecidos pela Fundação há muitos meses, a exemplo do uso da conta de provisionamento trabalhista, do pagamento de diárias, da realização de despesas com o Conselho de Administração e da memória de cálculo utilizada no rateio.

A própria Fundação declarou que não há ilegalidade na gestão compartilhada dos equipamentos¹⁶, mesmo entendendo que esse modelo não era “esperado”. Com efeito, o direito da Fundação de rever suas decisões por meio do princípio da autotutela, previsto nas Súmulas nºs 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, ressaltado tanto pela Fundação quanto pela Controladoria, não pode ser invocado de forma superficial e exercido ilimitadamente, afetando atos jurídicos praticados tanto pelo parceiro quanto pelo administrado, em clara oposição à boa-fé e à segurança jurídica (conforme farta doutrina e jurisprudência).

A segurança jurídica apresenta-se, dentro desse contexto, como uma dessas orientações gerais que norteiam a aplicação do Direito, no sentido de garantir um grau de estabilidade e certeza nas relações jurídicas, bem como de previsibilidade acerca das consequências dos atos adotados pelo administrado. Nesse sentido o administrativista Carlos Ari Sundfeld:

“O poder-dever de revisão do ato ilegal, tratando inclusive nas célebres Súmulas 346 e 473 do STF, há de ser, atualmente, meditado à luz da processualização da atividade administrativa, com seu escudo de garantias, tudo com fundamento nos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal. Em nossa visão, o tema hoje comporta novas balizas. De regra, deve-se evitar, até em homenagem à segurança jurídica, a invalidação de ofício do ato administrativo viciado ou irregular”.¹⁷

Também decorre do princípio da segurança jurídica a chamada “teoria das autolimitações administrativas”, que abarca a tese dos atos próprios e dos precedentes administrativos e, de um modo geral, prevê que a Administração Pública, em situações fáticas semelhantes, não pode adotar entendimentos que contradigam ou destoem de seus pronunciamentos anteriores. De acordo com a teoria em questão, praticado determinado ato, o Poder Público deve, em momento posterior, nortear a sua conduta segundo os parâmetros estabelecidos à época da prática do ato original, a fim de manter uma harmonia em suas decisões, evitando o tratamento diferenciado para hipóteses idênticas ou assemelhadas.

O art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB passou por recente alteração em 2018 seguindo a mesma diretriz, que busca a preservação das decisões administrativas como meio de assegurar a estabilização das relações jurídicas, veja-se:

¹⁶ Segundo o parecer de rejeição das contas de 2018:

“A gestão compartilhada entre funcionários associados a dois ou mais instrumentos contratuais não era esperada pela FTMS, mesmo não se configurando ato ilegal, conforme Art. 4º do Decreto Municipal nº 57.575/2016 e Lei do MROSC”. (p. 25)

¹⁷ in Processo administrativo: prazos e preclusões. In SUNDFELD, Carlos Ari. As Leis do Processo administrativo, São Paulo: Malheiros, 2000, p.301.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Assim, a nova lei determinou que o entendimento sobre a correta interpretação do Direito vigente pode mudar, mas eventual nova leitura não poderá ser usada como referência para anular decisões administrativas já consolidadas, especialmente no mesmo âmbito/órgão prolator da decisão.

A aplicação do princípio da autotutela, portanto, não pode ser feita retroativamente de forma indiscriminada. Nesta linha, as supostas irregularidades ora apontadas pela Fundação parecem não ter passado por este importante filtro da segurança jurídica previsto tanto na doutrina clássica quanto na recente alteração da LINDB, deixando de primar pela necessária proteção à confiança e pela estabilidade do sistema jurídico-constitucional. Fica evidente que, diante desse contexto, a medida mais apropriada seria aplicar esses novos entendimentos da Fundação apenas aos casos posteriores.

Feitas essas considerações, o Instituto passa a analisar os itens concretamente apontados como irregularidades nos pareceres ora recorridos.

2.6 Prestação de Contas de 2018 - Itens irregulares

2.6.1 Pagamento de custas para elaboração e confecção de livros de gestão

Inicialmente, é importante destacar que há, neste item, o agrupamento de dois temas bastante distintos: o chamado “Relatório de Gestão”, documento anual por meio do qual o Instituto informa os resultados da sua gestão no ano anterior; e o Planejamento Estratégico do Complexo Theatro Municipal, documento cuja entrega estava expressamente prevista no Termo de Colaboração e cuja produção exigiu a contratação de consultoria especializada.

Não há clareza sobre o critério para agrupamento desses dois temas, que foram analisados (e serão respondidos) de forma separada.

a. Planejamento estratégico

Em breve resumo, a Comissão Recursal afirma que, por se tratar de meta a ser realizada pelo Instituto Odeon, sua elaboração “não envolveria custos (...) com empresas terceiras”, e que não é razoável admitir que cada novo documento ou atividade exija a contratação de consultoria externa, entendendo se tratar de utilização de recursos em desacordo com o plano de trabalho e em finalidade diversa das atividades previstas no Termo de Colaboração. Por fim, ressaltou que não houve comprovação de realização de Ato Convocatório para contratação da consultoria, e que a análise qualitativa sobre o produto final entregue (Planejamento Estratégico) não constitui motivação da irregularidade.

Chama a atenção que esses fundamentos ignoram dois fatos principais: a Fundação foi cientificada, e acompanhou, o processo de contratação e desenvolvimento do Planejamento Estratégico pela consultoria externa; e o Ato Convocatório não apenas foi realizado como foi objeto de comunicação específica com a Fundação, estando devidamente publicado e disponível no site da entidade. Não se enxerga, assim, fundamentos para classificação da despesa como irregular, como se detalhará adiante.

O Planejamento Estratégico é, efetivamente, meta prevista no Plano de Trabalho anexo ao Termo de Colaboração, com data de entrega originalmente prevista para dezembro de 2017. Logo no início de sua gestão, o Instituto envia à Fundação o Ofício no. 13/2017 (anexo), de 03 de novembro de 2017, por meio do qual requer prorrogação do prazo de entrega do Planejamento Estratégico, considerando que o prazo originalmente proposto previa assinatura do Termo de Colaboração em momento anterior, e considerando a necessidade de contratação de consultoria externa que, pelo valor estimado, exigiria publicação de Ato Convocatório. Esse pedido é posteriormente reiterado por meio do Ofício no. 36/2017 (anexo), em que o Instituto também informa que o Ato Convocatório teve resultado positivo, estando em fase de assinatura de contrato com o ganhador.

Se a contratação de consultoria externa fosse tão evidentemente estranha ao Plano de Trabalho e ao Termo de Colaboração, como argumenta a Comissão Recursal, esperava-se que a Fundação respondesse à solicitação do Instituto posicionando-se de forma contrária à contratação dessa consultoria; a Fundação, entretanto, responde por meio do Ofício nº 296/FTMSP/2017 (anexo), em que aprova a prorrogação do prazo.

Durante o desenvolvimento do Planejamento Estratégico, a então Diretora Geral da Fundação e o então Secretário Municipal de Cultura são entrevistados pela consultoria contratada e, às vésperas da entrega do Planejamento Estratégico, a Fundação envia o Ofício no. 260/FTMSP/2018 (anexo), por meio do qual solicita:

“(...) considerando o Ato Convocatório 01/2017 cujo resultado se deu a contratação da empresa J. Leiva Comunicações S/S, esta Fundação solicita no ato da entrega do planejamento estratégico, sejam disponibilizados os documentos, dados e demais informações preliminares, nos quais se pautaram o Planejamento Estratégico constante no instrumento contratual (*de contratação da consultoria externa*)”.

É indiscutível, portanto, que a Fundação Theatro Municipal foi comunicada da necessidade de contratação de Consultoria Externa, da publicação e do resultado do Ato Convocatório nº 01/2017, acompanhou o processo de construção do Planejamento Estratégico, e reconheceu a regularidade da contratação e de sua entrega - não sendo, portanto, razoável a conclusão da Comissão Recursal de que tal contratação seria irregular. Ademais, não há qualquer questionamento sobre a efetiva prestação dos serviços e entrega do produto final, reforçando ainda mais a regularidade da despesa.

O Instituto conta, sim, com corpo técnico adequado para a execução do objeto do Termo de Colaboração, mas isso não significa a execução direta de todas as entregas ou produtos a

ele relacionados. Por exemplo, ainda que tenha equipe técnica de cenografia ou de costureiras, não é escopo do Instituto produzir diretamente todos os figurinos ou cenários, que habitualmente exigem contratação de prestadores de serviço. O Instituto não é responsável pela execução direta de toda a atividade, mas sim a responsabilidade pela gestão, inclusive contratação, acompanhamento, orientação, e validação de entrega quando há necessidade de contratação de um prestador de serviços.

Ademais, surpreende também que os argumentos utilizados pela Comissão sejam de “utilização de recursos em desacordo com o Plano de Trabalho” ou “em finalidade diversa da estabelecida na atividade que se refere o Termo de Colaboração”: é evidente que o desenvolvimento do Planejamento Estratégico do Completo Theatro Municipal de São Paulo, meta prevista no Plano de Trabalho, é a verdadeira definição de recursos utilizados expressamente em decorrência do Plano de Trabalho e na atividade do Termo de Colaboração.

Assim, carece de fundamento a conclusão de que os gastos relativos ao Planejamento Estratégico seriam irregulares.

b. Livro de gestão

Sobre o Relatório de Gestão, argumenta a comissão se tratar de uma publicação voluntária do Instituto Odeon, não se tratando de demanda do Termo e, por isso, não podendo ser custeado pelo mesmo. Haveria necessidade de aprovação prévia para publicação dessa natureza, que poderia ser realizada, por exemplo, apenas eletronicamente.

Apesar de não ser demanda expressa do Termo de Colaboração, o Relatório de Gestão serve para comunicar, de forma clara, entre outras informações, os principais resultados e números da temporada anterior - inclusive reproduzindo informações presentes, por exemplo, no Relatório Anual de Atividades. Trata-se de uma ferramenta de transparência e acesso à informação, cuja produção, além de ter um custo proporcionalmente reduzido, auxilia na propagação dos resultados da gestão do Termo de Colaboração. Tanto a publicação pode ser razoavelmente custeada pelo Termo de Colaboração - e associada às suas atividades - que o questionamento original da Fundação era apenas relativo ao critério de rateio dos gastos oriundos do Relatório de Gestão.

Deve-se ressaltar, também, que os Relatórios de Gestão também servem como instrumento de captação de recursos, ajudando a convencer patrocinadores a aportar recursos no Theatro Municipal, motivo pelo qual desde 2018 os Relatórios de Gestão são incluídos no Plano Anual de Lei de Incentivo - Lei Rouanet. Apenas em 2017 o mesmo foi pago com recursos diretos do Termo, pois ainda não havia a liberação dos recursos daquele plano anual.

Tal questionamento demonstra que, embora houvesse divergência sobre a forma de rateio do custo (se proporcional ao número de páginas de cada livro, ou à tiragem dedicada a cada equipamento), o custo em si sempre foi reconhecido tanto como razoável quanto como

pertinente ao Termo de Colaboração, não sendo razoável que a Comissão Recursal julgue, retroativamente, a integralidade do gasto como irregular.

2.6.2 Da conta de provisionamento de verbas rescisórias

Em resumo, a Comissão Recursal opina que apenas verbas com período aquisitivo anterior a setembro de 2017 poderiam ser pagas com recursos dessa conta; que o Instituto utiliza-se da conta de movimentação geral para custear verbas rescisórias relativas ao período IBGC, fazendo posteriormente a conciliação entre contas; que essa conciliação entre contas dificulta o trabalho de fiscalização e monitoramento da FTM, sendo esperado que os recursos fossem debitados diretamente da conta a que dizem respeito; que a transferência de 99% do saldo então existente na conta, realizada no dia 27/12/2017, foi feita sem autorização e dificulta a fiscalização e o monitoramento; que a utilização da conta de provisionamento como “conta ponte” dificulta também o acompanhamento dos rendimentos financeiros da referida conta; que não houve apresentação de prestação de contas nominal com memória de cálculo do desembolso; e que, por esses motivos, haveria irregularidade por omissão no dever de prestar contas e falta de adequação e aperfeiçoamento de procedimentos.

Inicialmente, é importante destacar que a conclusão pela irregularidade deste item chama a atenção, uma vez que: o Instituto sempre prestou contas sobre o uso da conta de provisionamento e desembolso de verbas rescisórias; Fundação e Instituto têm, atualmente, o mesmo entendimento sobre quais verbas podem ser debitadas da referida conta; e não há sequer risco de que tenha havido dano ao erário. Assim, trata-se de item que, no limite, poderia ser considerado como ressalva por falha formal (o que já seria excessivo), sendo claramente desproporcional a conclusão pela sua irregularidade.

A análise dos argumentos apresentados pela Comissão Recursal aponta para, essencialmente, duas supostas inconformidades que permeiam os argumentos apresentados: a realização de transferências de recursos entre a conta de movimentação geral e a conta de provisionamento; e ausência de apresentação de prestação de contas nominal com memória de cálculo do desembolso.

Sobre a suposta irregularidade na realização de transferências entre as contas, é importante esclarecer que não há possibilidade técnica de que cada conta faça o pagamento direto da parcela das verbas respectivas. Isso se deve ao fato de que, por exemplo, o recolhimento de guias quando de eventual rescisão deve ser feita em pagamento único, sob pena de seja considerado pagamento parcial e, por isso, irregular.

O Instituto concorda que o pagamento por cada conta da fração respectiva seria o modelo ideal, inclusive para facilitar o monitoramento e fiscalização; entretanto, o pagamento da integralidade das verbas rescisórias por uma única conta, com a posterior composição por meio de transferência entre contas, é a única forma de evitar a ocorrência de qualquer irregularidade trabalhista, sendo, portanto, a única alternativa possível.

Ademais, a transferência de 99% do saldo da conta de provisionamento na data de 27/12/2017 foi medida necessária, tendo em vista o atraso na composição do saldo da conta de verbas rescisórias. Por meio do Ofício nº 027/2017 (anexo), de 17 de novembro de 2017, o Instituto comunica à Fundação que ainda não havia sido feito o depósito na conta de provisionamento trabalhista, sendo a data originalmente prevista de depósito 08/09/2017, posteriormente alterada por meio do 1º Aditamento ao Termo de Colaboração para 31/10/2017. O Instituto, no Ofício citado, ressalta que:

(...) Os valores atualmente em atraso comprometem o bom funcionamento do Theatro Municipal de São Paulo, uma vez que todos os orçamentos e planejamento financeiro foram realizados considerando o cronograma de repasses previamente acordado.

Ademais, a ausência de qualquer repasse para composição da conta de provisionamento de verbas rescisórias e encargos impossibilita o pagamento de verbas rescisórias, décimo terceiro salário e adicional de férias para os empregados abarcados pela sucessão trabalhista (...)

Apesar da previsão de depósito em 31/10/2017, a própria Fundação informa, por meio do Ofício nº 342/FTMSP/2017 (anexo), que apenas realizou a composição da conta de provisionamento em 07/12/2017. Ou seja, durante o período de 01/09/2017 a 07/12/2017 o Instituto teve de arcar com as verbas devidas por meio de recursos da conta de movimentação geral, ou ficar inadimplente com obrigações trabalhistas. Assim, ao longo desse período, foi gerado um passivo que deveria ser ressarcido à conta de movimentação geral assim que houvesse recursos para tal na conta de provisionamento trabalhista.

A suposta “transferência não autorizada de 99% do saldo da conta de provisionamento” foi nada mais do que a recomposição do saldo da conta de movimentação geral, que teve de arcar com o custeio das verbas rescisórias e 1ª parcela do 13º salário (com vencimento em 30/11/2017) com período aquisitivo anterior à gestão do Instituto em face do atraso na composição do saldo da conta de provisionamento.

Evidente, assim, que a prática de transferência entre contas não constitui irregularidade, sendo medida que se impõe para uma gestão racional dos recursos disponíveis, com vistas a reduzir o risco trabalhista na gestão do Theatro Municipal de São Paulo.

Sobre a suposta omissão do Instituto no dever de prestar contas, é importante deixar claro: o Instituto presta regularmente contas sobre o desembolso das verbas rescisórias, junto à sua prestação de contas mensal, tendo inclusive desenvolvido planilha que demonstra a composição de todo o passivo trabalhista de período aquisitivo anterior, com a indicação de quais valores permanecem em aberto (anexo).

Existe, sim, uma divergência entre as partes sobre a melhor forma de prestação de contas, tanto que ainda em 2020 há reuniões e ofícios tratando sobre o tema. O Instituto, entretanto, tem trabalhado em conjunto com a Fundação para construir um modelo de prestação de contas que atenda às solicitações da Fundação - o que não constitui

efetivamente uma irregularidade, já que o Instituto de fato presta contas sobre a utilização dos recursos.

Por fim, é essencial destacar que não há qualquer risco de dano ao erário, já que não há questionamento sobre os valores desembolsados a título de verbas rescisórias, apenas discussão sobre qual conta deve custear os valores e a prestação de contas desses valores.

Assim, diante da ausência de dano ao erário, da necessidade das transferências entre contas, e da contínua disponibilidade do Instituto para construção de um modelo de prestação de contas que atenda à Fundação, não se vislumbra qualquer irregularidade ou falha no item ora recorrido a ponto de ser julgado irregular por omissão no dever de prestar contas.

2.6.3 Do pagamento de diárias para o corpo diretivo

A Comissão, em seu relatório, alega que:

“dentre as exigências do Edital de Chamamento 01/FTMSP/2018, para a gestão compartilhada dos equipamentos que compõe a FTMSP, encontra-se a necessidade de o proponente comprovar sede na cidade de São Paulo. Essa exigência não tem por objetivo diminuir a concorrência ou a isonomia, mas, sim, garantir à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública municipal à medida que as organizações sociais lotadas no município de São Paulo fariam uma gestão concomitante, atenta e detalhada do contrato, visando à promoção do desenvolvimento sustentável do Termo de Colaboração.

Ocorre que ao fazer tal alegação, a FTMSP embasa a sua decisão numa premissa equivocada, eis que no edital em que o Instituto sagrou-se vencedor não há qualquer exigência ou requisito no sentido de comprovar sede na cidade de São Paulo.

Muito pelo contrário. O edital é claro ao prever que qualquer entidade que cumpra os requisitos da lei federal 13.019/2014 poderia participar do processo, inclusive aquelas sediadas em outro município. A propósito, essa mesma norma veda a previsão de qualquer cláusula editalícia que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos¹⁸. Portanto, certamente o Tribunal de Contas do Município, quando avaliou o edital antes de sua publicação, apontaria tal falha se ela estivesse prevista no instrumento.

Ora, como a legislação permite a gestão compartilhada e o consequente rateio¹⁹ de despesas (que inclusive foi aprovado pela Fundação no plano de trabalho apresentado), e,

¹⁸ Art. 24, § 2º, II.

¹⁹ O modelo de rateio, aliás, vem sendo cada vez mais aceito - a título de exemplo, o Termo de Referência do Contrato de Gestão para gestão do Museu da Língua Portuguesa prevê, em seu artigo 13º, que “Caso a CONTRATADA seja selecionada em Convocação Pública para celebração de mais de um Contrato de Gestão simultaneamente, os recursos para remuneração de dirigentes e equipe administrativa que venham a ser comuns aos diversos Contratos de Gestão deverão ser divididos entre cada um, proporcionalmente ao seu valor total, de maneira a garantir mais recursos para a realização das atividades fins de cada Contrato de Gestão.”

tendo em vista que o respectivo edital não exige que o parceiro tenha sede no município, reputa-se no mínimo desarrazoado pressupor que o Instituto Odeon ou os seus colaboradores não pudessem dividir sua atenção com outros equipamentos. Ou seja, houve uma anuência prévia ao modelo de gestão compartilhada permitido em lei.

E a Fundação peca ainda mais ao aplicar este entendimento retroativamente, impondo devolução do montante integral dessa despesa com base no Princípio da Autotutela, já que, como visto em tópico específico desta defesa, essa prerrogativa encontra limites, não podendo ser invocada de forma indiscriminada. Ademais, mudar agora a regra prevista no edital viola também o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, na medida em que o edital publicado vincula não só os administrados como também a Administração às regras nele estipuladas, de forma a trazer transparência, igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade, probidade administrativa, julgamento objetivo e, acima de tudo segurança jurídica ao procedimento de seleção.

Fica claro, portanto, que a maior parte das críticas dirigidas ao Instituto Odeon sobre o pagamento de diárias decorre exclusivamente do fato de ele ser responsável pela gestão de dois equipamentos em estados distintos, o que o levou a propor um modelo de gestão com rateio de custos, o que é admitido expressamente pelo Decreto Paulistano 57.575/2016 (art. 40, §3º²⁰).

Ou seja, não houve má-fé, mas tão somente discordância entre as parceiras na forma de se executar esse rateio e dividir a força de trabalho da Diretoria. Incluem-se aí a discussão em torno do rateio do salário, das diárias de deslocamento (autorizadas expressamente pelo Decreto²¹) e das despesas com passagens aéreas e hospedagem dos diretores “rateados”, além da realização de despesas de deslocamento do Conselho de Administração, cujos integrantes residem em diferentes estados, como um espelhamento do funcionamento da própria entidade, que atua em São Paulo, Rio de Janeiro (onde fica o MAR) e Belo Horizonte (onde fica sua matriz).

Aliás, vale reiterar que a acusação atual, de que um dos principais problemas da gestão do Instituto é a ausência de um corpo diretivo residente em São Paulo, não é verdadeira.

Não se pode esquecer que o Instituto havia, sim, contratado uma Diretora, a Sra. Tatyana Rubim, que se mudou definitivamente para São Paulo, juntamente com parte da equipe de produção (a exemplo da gerente de produção Regiane Miciano), para conduzir in loco as demandas do complexo do Theatro Municipal.

Acontece que tal diretora, que auxiliava enormemente o processo de tomada de decisões do Theatro como um todo (indo muitas vezes além da função artística) e apoiava todos os

²⁰ “Art. 40. Poderá ser paga com recursos da parceria a remuneração da equipe dimensionada no plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, observados os requisitos do artigo 46 da Lei Federal nº 13.019, de 2014. (...) § 3º Nos casos em que a remuneração for paga proporcionalmente com recursos da parceria, a organização da sociedade civil deverá informar a memória de cálculo do rateio da despesa para fins de prestação de contas, nos termos do § 2º do artigo 54 deste decreto, vedada a duplicidade ou a sobreposição de fontes de recursos no custeio de uma mesma parcela da despesa”.

²¹ “Art. 40 (...) § 4º Nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exigir, poderão ser pagas diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação para a equipe de trabalho e para os prestadores de serviço voluntário, nos termos da Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998”.

outros diretores, foi desligada quando da primeira notícia de rescisão do Termo de Colaboração, optando por não permanecer mesmo diante da suspensão dessa rescisão devido ao desgaste ocasionado, entre outros motivos, pelas reiteradas agressões a ela direcionadas pelo ex-Secretário Municipal de Cultura, como inclusive noticiado pela imprensa²².

Não obstante a saída dessa importante profissional, que estava envolvida com o Theatro desde o princípio da parceria, o trabalho e os processos de tomada de decisão passaram para o Diretor Presidente e o Diretor de Operações e Finanças, Jimmy Keller, passando aquele a residir exclusivamente em São Paulo ²³.

E como houve alcance significativo das metas e resultados, sem críticas da FTM quanto à atuação dos gestores do Instituto, não merece prosperar a imputação de que haveria prejuízo quanto a “capacidade analítica e tempestiva de tomada de decisões desses dirigentes”. Ademais, se a Fundação tinha o entendimento de que os colaboradores residentes em outras cidades deveriam ter se mudado para São Paulo, deveria ter informado isso anteriormente, e não em 2020 com efeitos retroativos, gerando ônus desproporcional ao Instituto. Ressalte-se que o Instituto, a partir das manifestações da Fundação, passou a reduzir gradativamente o pagamento de diárias, até a sua total extinção. Havendo a clara demonstração de adaptação do Instituto às solicitações da Fundação, a aplicação retroativa de novo entendimento se mostra ainda mais desarrazoada.

O apontamento acerca do suposto aumento imotivado de diárias no mês de janeiro de 2019 também ignora que esse mês não foi um mês habitual na gestão do Theatro; além de se tratar do mês que antecedia a data então prevista para rescisão do Termo de Colaboração, foi também o mês em que houve a substituição do Secretário Municipal de Cultura. Assim, é natural que esses acontecimentos exijam maior presença física do Diretor Presidente.

Quanto à suposta ausência de controle da quantidade e custo das viagens, o Instituto informa que tal tema será tratado no tópico específico de “despesas de viagens”. De toda forma, adianta desde já que esse controle existe, uma vez que ocorreu a aprovação prévia pela Fundação dessa despesa no plano de trabalho elaborado pelo Instituto, com a posterior comprovação da realização da respectiva despesa em sede de Prestação de Contas. Assim, se a FTM não concordava com a quantidade e custo das viagens (ou das diárias), poderia ter rejeitado o orçamento proposto, requerendo que a rubrica respectiva fosse reduzida, ou questionado anteriormente, evitando o crescimento do potencial passivo.

2.6.3.1 Sobre a suposta incompetência territorial sindical

²²

<https://revistaforum.com.br/politica/em-e-mail-secretario-de-cultura-de-sp-chama-diretora-do-teatro-municipal-de-populista-autoritaria-e-hipocrita/>

²³ Ofício nº 163/Odeon/2019 - Resposta ao Ofício nº 176/FTMSP/2019 - Glosa parcial referente à 2ª parcela de 2019, de 02 de setembro de 2019.

Ainda na discussão sobre a regularidade do pagamento de diárias, o argumento sobre a suposta incompetência territorial do sindicato que firmou o acordo apresentado pelo Instituto merece atenção especial.

Para concluir pela possível não aceitação dos gastos com diárias, nos valores estipulados, a douta FTMSF registra que o Instituto Odeon não teria apresentado as Normas Coletivas firmadas no Estado de São Paulo para justificar as aludidas despesas e, mais, que:

1. Incorria em incompetência territorial, a aplicação das normas coletivas do Estado do Rio de Janeiro, ante os princípios da territorialidade e da unidade sindical.
2. O procedimento adotado pela Odeon estaria a ferir princípios constitucionais.

Contudo, com a devida vênia, assim não o é.

Isso porque a premissa adotada, de que os empregados que recebem o benefício em análise teriam sido contratados e prestariam serviços no Município de São Paulo, com todas as vênias, mostra-se equivocada.

É bem verdade que enquadramento sindical, em regra, é determinado pela atividade preponderante da empresa (arts. 570 e 581, § 2º da CLT), a não ser no caso de categoria profissional diferenciada e dos empregados regidos por lei especial (art. 511, § 3º da CLT) e que é de rigor levar-se em conta, também, a base territorial das categorias profissional e econômica no local da prestação dos serviços, em atenção aos princípios da territorialidade e da unicidade sindical (art. 8º, inc. II da Constituição da República).

Não é menos verdade, contudo, que os dispositivos legais e constitucionais acima referidos estão sendo cumpridos com rigor, bem assim, por corolário lógico, a jurisprudência genérica citada, acerca do enquadramento sindical.

Explicita-se.

Antes de vir a ser responsável pela gestão do Theatro Municipal de São Paulo, o Instituto já era responsável pela gestão do MAR – Museu de Arte do Rio, por meio de parceria celebrada com o Município do Rio de Janeiro, de modo que, ao estudar e planejar a estrutura de governança e gestão mais adequada para administração de ambos os equipamentos, levou em consideração o binômio economia/eficiência, definindo, assim, como estratégia, o uso comum de profissionais que passariam a atuar na gestão de ambos os equipamentos.

Optou, assim, por compartilhar a equipe diretiva entre os equipamentos culturais em questão, Rio de Janeiro e São Paulo. Por força de tais circunstâncias é que, iniciada a parceria com equipe diretiva compartilhada, houve necessidade de alguns ajustes contratuais trabalhistas.

Isso porque os gestores que até então prestavam serviços unicamente na cidade do Rio de Janeiro, local onde residiam e onde firmaram seus contratos de trabalho, passaram a atuar também na Capital de São Paulo.

Assim, ante o princípio da inalterabilidade lesiva do contrato de trabalho, essencial para manter o equilíbrio do pacto laborativo, (art. 468 da CLT) o Instituto Odeon manteve hígidos todos os direitos já adquiridos pelos ditos trabalhadores, inclusive aqueles oriundos das Normas Coletivas firmadas pelas entidades sindicais do Rio de Janeiro que estabeleciam o direito a diárias, fixando, inclusive, seus valores.

De fato, a situação peculiar aqui detectada exigiu que os benefícios previstos em norma coletiva fossem mantidos, até porque, de fato e de direito, mostrar-se-ia absolutamente inoportuno novo enquadramento sindical, já que não houve mudança do local da prestação de serviços, mas sim, acúmulo de atribuições.

Isso porque os gestores envolvidos na administração do Theatro Municipal de São Paulo, reitere-se, continuaram a prestar serviços concomitantes na administração do MAR na cidade do Rio de Janeiro, localidade que, no ato da contratação, já houvera sido definida, ante princípio da territorialidade, como base de suas representações sindicais.

De lembrar, por outra via, que a primitiva contratante (a filial do Rio de Janeiro) continuou sendo a responsável direta por todos os encargos trabalhistas do corpo diretivo em comento.

De fato, os recursos da parceria firmada com o Município do Rio de Janeiro custeavam as despesas da folha de pagamentos destes profissionais, realizando o pagamento integral de suas remunerações.

Ocorre que, para cumprir seus deveres contratuais na cidade de São Paulo e mobilizar seu pessoal, foram necessários gastos suplementares, de resto, revertidas em benefício da Municipalidade Paulistana, através de seu Theatro.

Por corolário lógico, exigiu-se o necessário ressarcimento a Rio de Janeiro, caso contrário os valores assim despendidos ingressariam nos cofres públicos paulistanos de maneira definitiva e, por isso, passariam a constituir uma espécie de receita pública – entrada não sujeita à condição devolutiva ou à baixa patrimonial correspondente, que se incorpora permanentemente ao patrimônio público como elemento novo.

Para os necessários ajustes e, mais, para que não restasse caracterizado o enriquecimento sem causa da administração, é que se implementou o rateio indenizatório dos custos, após o pagamento realizado pela filial do Rio de Janeiro aos funcionários do corpo diretivo, na proporção relativa às atividades destes profissionais no Termo de Colaboração firmado com a FTMS.

E assim o é porque nos termos do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.112/90, o ônus da remuneração de empregado cedido é de responsabilidade do cedente.

Tanto que o Decreto nº 9.144/2017, nos arts. 6º a 12, bem como o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 13.464/2017 e a Portaria nº 342/2017, estabelecem regras para reembolso, ou seja, para restituição das parcelas despendidas pelo cedente com o empregado cedido.

Como se vê, os gastos são legítimos. Os princípios da legalidade, da moralidade, da transparência estão todos cumpridos. As normas trabalhistas foram rigorosamente cumpridas. A Constituição da República está sendo concretizada. Logo, não há motivo algum para que a FTMSMP deixe de aprovar os gastos realizados.

Importante ressaltar também o ganho para a parceria com a contratação dos diretores de forma rateada. Há um ganho financeiro e de expertise com a contratação dos profissionais de forma rateada pelas duas instituições. Primeiro, o custo final da remuneração – ainda que incluídas as despesas indiretas do cargo com passagem e diárias – é menor do que seria a contratação de profissional similar no mercado para a mesma função. Segundo, porque o rateio permitiu que fossem trazidos para o Theatro profissionais com melhor custo-benefício e melhor economicidade, considerando seu custo total e capacidade técnica. Por fim, a atuação em duas instituições permite um olhar mais amplo do gestor de melhores práticas, melhores prestadores de serviços, e ganho com a experiência em ambos os lugares. Em razão dos ganhos em economicidade, a contratação em rateio foi autorizada desde seu início, e a mudança de procedimento deve alcançar decisões futuras sob pena de casuísmos e insegurança jurídica das relações.

2.6.4 Das despesas de viagens do corpo diretivo

Sobre as despesas de viagem do corpo diretivo, a Comissão Recursal afirma, em síntese, que os gastos supostamente excessivos com viagens corroboram incerteza quanto à frequência do corpo diretivo no TMSP; que a prática revelou ausência de critérios normativos para avaliação das justificativas de deslocamento, que não foram apresentados estudos comprovando a economicidade da escolha pelo compartilhamento do corpo gestor, acabando por julgar o item como irregular por se tratar de ato de gestão ilegítimo e antieconômico e inadimplemento injustificado das cláusulas pactuadas.

Não há, porém, análise de dois fatos fundamentais relativos às despesas com as passagens aéreas e hospedagem do corpo diretivo: primeiro, os gastos foram expressamente aprovados pela Fundação, por meio do Ofício nº 330/FTMSMP/2017 (anexo), não questionando a regularidade da rubrica em qualquer momento posterior; e, segundo, quando a Fundação apresentou, por meio do Ofício nº 041/FTMSMP/2019, relatório de gastos com passagem e hospedagem para os quais havia necessidade de maior justificativa ou demonstração de vínculo com o Termo de Colaboração, o Instituto respondeu a todos os itens solicitados.

A possibilidade de pagamento dos custos com viagens do corpo diretivo era rubrica expressamente prevista no Plano de Trabalho originalmente aprovado e anexo ao Termo de Colaboração, sendo despesa expressamente permitida pelo artigo 46, inciso II do MROSC e

artigo 40, § 4º do Decreto Municipal nº 57.575/16. Apesar disso, a Fundação Theatro Municipal, em novembro de 2017, por meio do Ofício nº 279/FTMSP/2017, posiciona-se de forma contrária ao custeio dessas despesas, glosando o valor das “despesas realizadas sob a rubrica de viagens e estadias”, que então totalizavam R\$ 11.007,20. O Instituto, por sua vez, solicita que a Fundação reveja seu posicionamento por meio do Ofício nº 023/Odeon/2017, o que leva a Fundação, em dezembro de 2017, por meio do já citado Ofício nº 330/FTMSP/2017, a expor o seguinte:

Outrossim, esta Fundação acata o pleito de reforma do entendimento exposto no ofício anterior em seu item 3, para retirar a glosa sobre os relatórios gerenciais mensais, considerando aceitas as justificativas de enquadramento das despesas de deslocamento da equipe no Termo de Colaboração 001/2017 (...)

Veja-se, portanto, que a rubrica é objeto de discussão e alinhamento entre as partes quando ainda tinha valor bastante reduzido, sendo expressamente autorizada pela Fundação. Não é razoável que mais de dois anos depois (!) o posicionamento seja integralmente revertido com efeitos retroativos, criando um passivo para o Instituto onde antes havia aprovação expressa.

Esse posicionamento fica ainda mais evidente quando, no principal momento de questionamento após a aprovação expressa da rubrica, quando a Fundação envia o Ofício nº 041/FTMSP/2019, há apenas o questionamento de custos especificamente indicados (e não da totalidade da rubrica), com a solicitação de justificativas e esclarecimentos. O Instituto responde a esses questionamentos, entendendo haver encerrado a questão, sendo posteriormente surpreendido pelo posicionamento externado pela Comissão Recursal.

Além da existência de aprovação expressa, é importante destacar que a conclusão de supostos “gastos excessivos” é desarrazoada, uma vez que as rubricas respectivas foram expressamente acordadas entre as partes, respeitadas e, quando houve dúvidas sobre algum gasto pontual, o Instituto apresentou justificativa.

Ademais, o Instituto tem evidentemente se adaptado às mudanças de entendimento da Fundação, tendo cessado o pagamento de hospedagem para o corpo diretivo desde abril de 2019 e, em face do inédito e surpreendente entendimento de que qualquer gasto com passagem aérea seria irregular, e não obstante discordar desse entendimento, o Instituto não irá mais custear passagens aéreas para o corpo diretivo - rubrica que já havia sofrido significativa redução em 2019.

Por fim, o Instituto ressalta que foi apresentado estudo de economicidade demonstrando a eficiência do modelo de gestão compartilhada junto à resposta apresentada pelo Instituto à CGM, que segue novamente em anexo.

Diante do exposto, considerando a disponibilidade do Instituto de alterar suas práticas de gestão em acordo com os entendimentos e solicitações da FTM, e considerando que o item ora questionado havia sido expressamente autorizado pela Fundação, torna-se excessiva a

decisão da Comissão Recursal de reverter o entendimento anterior da Fundação aplicando retroativamente o novo entendimento.

2.6.5 Das despesas com corpo artístico

O item denominado “despesas com corpo artístico” é dividido em dois subitens - passagem executiva internacional para o Sr. Ismael Ivo e pagamentos de direitos autorais por coreografias ao Sr. Ismael Ivo. Os dois tópicos serão tratados separadamente abaixo.

a. Passagem executiva internacional para o Sr. Ismael Ivo

Em síntese, a Comissão Recursal argumenta que é pertinente a solicitação de ressarcimento do valor da passagem devido à falta de planejamento e economicidade; que não foram apresentadas justificativas condizentes que permitam demonstrar nexo de causalidade entre a viagem e as atividades do Termo de Colaboração; e que a reserva foi realizada sem o mínimo de antecedência.

Para rebater a conclusão da Comissão Recursal, é necessário rebater os dois argumentos fundamentais que levaram à conclusão: que não houve planejamento / antecedência, e que não houve demonstração do nexo de causalidade entre o gasto e o Termo de Colaboração.

A aquisição de uma passagem internacional em classe executiva é excepcional, exatamente pelo seu custo. Assim, quando o diretor artístico do Balé da Cidade solicitou que a passagem fosse adquirida em classe executiva, o Instituto solicitou uma justificativa para tal. O Sr. Ismael informou que, por questões médicas, não podia viajar em classe econômica, e apresentou atestado alemão datado de janeiro de 2017, em anexo. O Instituto, prezando por um processo devidamente instruído, solicitou a apresentação de atestado médico nacional, que foi devidamente apresentado pelo Ismael, também em anexo. Como se verifica pela data do atestado, não seria possível ao Instituto realizar a aquisição da passagem em data anterior a 12/12/2017 - e isso se realizasse a aquisição no mesmo dia em que o atestado é emitido. Após a apresentação do atestado, há um lapso temporal necessário para que os processos de aquisição sejam devidamente seguidos, resultando na aquisição da passagem em 21/12/2017 e sua emissão no dia 22/12/2017, conforme se verifica no bilhete em anexo. A data citada pela Comissão Recursal - de 26/12/2017 - é, na verdade, a data de inclusão no sistema de faturamento da agência de viagens, o que acontece um dia útil após a emissão da passagem. Assim, diante do contexto, o Instituto adquiriu a passagem com a antecedência possível, não sendo razoável concluir pela existência de uma suposta “falta de planejamento”.

Sobre o nexo de causalidade entre a viagem e as atividades do Termo de Colaboração, em e-mail de 04/12/2017 (anexo), após questionamento da então diretora Tatyana Rubim, o Sr. Ismael Ivo explica que:

No ato da minha contratação pelo Secretário Andre Sturm , para assumir a direção do Bale da Cidade do Theatro Municipal, me foi oferecido anualmente a possibilidade de requerer passagens aéreas internacionais. Espero que

possamos manter esta possibilidade acordada inicialmente. Estas viagens seriam de caráter privado, contatar coreógrafos e também iniciar alianças de parceria artística internacionais.

Já no período das próximas férias vou encontrar o Senhor Meinrad Huber-organizador de tournée internacional da Agencia ECOTOPIA de Stuttgart (por favor confira na WEB SITE ECOTOPIA onde já consta a representação internacional do Bale da Cidade). Ele se encarrega de organizar nossa tournée internacional na Europa que foi transferida para 2019.Preferimos ter mais tempo para organizar uma tournée com mínimo de 10 cidades que tem que ser preparada com o mínimo de 1 ano de antecedência.

Também vou encontrar no início de janeiro o coreógrafo Chris Haring de Viena para aprofundar e acertar detalhes de sua criação inspirada na música de David Bowie. Como já consta na lista que enviamos, esta será a segunda produção do ano do Balé da Cidade e se realizara no mês de maio/junho. Vamos preparar o quanto antes para apresentar a planilha para aprovação em janeiro .

E é possível ver os frutos colhidos em razão da viagem. Embora não tenha sido possível realizar tournée do porte originalmente imaginado, o Balé da Cidade de São Paulo se apresentou em Viena, na Áustria, no ano de 2019, realizando 04 apresentações entre os dias 23 a 26 de julho de 2019. Além disso, o coreógrafo Christian Haring foi efetivamente contratado para prestar serviços para o espetáculo "Danças e Quimeras", em que havia a estreia mundial de sua coreografia "Deranged", inspirada pela música "I'm deranged", de David Bowie - segue, como comprovação, o contrato em anexo.

Por fim, é essencial destacar que trata-se de viagem realizada ainda nos primeiros meses de gestão do Instituto Odeon, em dezembro de 2017, quando a maioria dos processos ainda estava sendo definida, fator que foi inclusive levando em consideração pela Comissão Recursal para aprovação com ressalva das contas de 2017.

Por todo o exposto, o Instituto entende que o julgamento de irregularidade da despesa é excessivo, tendo em vista seu vínculo com as atividades do Termo de Colaboração e sua compra com a antecedência possível.

b. Pagamentos de Direitos Autorais por coreografias ao Sr. Ismael Ivo

Sobre o pagamento de direitos autorais ao Diretor Artístico do Balé da Cidade de São Paulo, a Comissão Recursal ratifica a posição externada pela CGM de afirma que o Contrato de Trabalho do Sr. Ismael Ivo já contemplaria a criação de obras coreográficas para a Fundação, sendo irregular pagamento adicional por esse motivo.

A suposta irregularidade apontada pela Comissão Recursal quanto a este item tem um único fundamento: o Contrato de Trabalho do Sr. Ismael Ivo já incluiria a criação de obras coreográficas. Tal premissa, entretanto, é absolutamente equivocada.

Como se depreende do Contrato de Trabalho firmado com o Diretor Artístico do Balé da Cidade de São Paulo, Ismael Ivo, em anexo, não há qualquer disposição por meio da qual o mesmo se obrigue a criar coreografias ou, ainda, a ceder direitos autorais de qualquer criação em favor de seu empregador. Ressalte-se, o cargo objeto do contrato é de Diretor Artístico.

Uma vez que o Contrato de Trabalho não discrimina as atividades do empregado, a relação dessas atividades deve ser buscada na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, instituída pela Portaria nº 397/02, e que descreve quais as atividades atinentes a cada cargo. O código CBO do cargo de Diretor Artístico é 2622-35, que não prevê a criação de coreografias entre as suas atividades: *Os diretores de cinema, teatro, de programas de televisão e rádio, artísticos, de produção e de programação dirigem, criando, coordenando, supervisionando e avaliando aspectos artísticos, técnicos e financeiros referentes a realização de filmes, peças de teatro, espetáculos de dança, ópera e musicais, programas e conteúdo para televisão e rádio, vídeos, multimídia e peças publicitárias. Veja-se que o verbo "criando" é utilizado para se referir a aspectos artísticos, técnicos e financeiros, não se confundindo com os elementos constitutivos de cada obra (coreografia, roteiro, cenografia, figurino, etc).*

A criação de coreografias, na verdade, é prevista em outro CBO, nº 2628-15, relativo à atividade de coreógrafo. Este CBO prevê as seguintes atividades: *Concebem e concretizam projeto cênico em dança, realizando montagens de obras coreográficas; executam apresentações públicas de dança e, para tanto, preparam o corpo, pesquisam movimentos, gestos, dança, e ensaiam coreografias. Podem ensinar dança.*

Não há qualquer confusão entre o papel de um Diretor Artístico e de um coreógrafo - como não há confusão daquele com um figurinista ou cenógrafo - tanto que há a habitual contratação de coreógrafos terceiros para criação de coreografias em espetáculos cuja Direção Artística é do Sr. Ismael Ivo. Na verdade, quando o mesmo realiza criação coreográfica, está realizando atividade estranha ao seu Contrato de Trabalho - daí a necessidade de previsão em contrato específico que preveja a cessão dos direitos autorais, em anexo.

Nesse ponto, o Instituto precisa admitir um erro humano. A CGM fundamenta sua conclusão em um único documento, enviado pelo próprio Instituto - a saber o descritivo do cargo "Diretor Artístico Balé" (em anexo). Apesar de citar o CBO correto (2622-35), a descrição das atividades erroneamente inclui as atividades de cenógrafo e coreógrafo, o que constitui evidente erro material. Não é possível imaginar que um Diretor Artístico de Balé tenha a obrigação de criação de obras coreográficas e de projetos cênicos, sob pena de não conseguir executar suas obrigações, uma vez que cada uma dessas atividades, além de complexa, exige competências distintas e grande dedicação de tempo.

É importante, também, destacar que os pagamentos ora questionados não geram qualquer dano ao erário, uma vez que seria necessária a contratação de coreógrafos externos caso não fosse o Sr. Ismael Ivo o criador daquelas coreografias. Ademais, nos orçamentos de programação periodicamente enviados para a Fundação Theatro Municipal, o Instituto

incluiu a rubrica de “coreógrafo”, indicando o valor que deveria ser pago e que o coreógrafo em questão seria o Sr. Ismael Ivo, sem qualquer ressalva ou contrariedade por parte da Fundação.

Não bastasse o erro material, o descritivo em que a CGM e a Comissão Recursal se baseiam foi criado unilateralmente pelo Instituto, em data posterior à admissão do Sr. Ismael Ivo - que foi admitido antes mesmo da gestão do Instituto. Assim, mesmo que o descritivo não contivesse claro erro material, sequer poderia ser unilateralmente imposto ao Sr. Ismael Ivo, sob pena de nulidade absoluta.

Mais do que isso, é evidente que o Sr. Ismael Ivo não aceitaria a inclusão da obrigação de criação de coreografias entre as suas atividades, visto que em diferentes oportunidades deixou claro que essa obrigação havia sido expressamente excluída do escopo de seu contrato de trabalho quando da negociação para sua contratação com o então Secretário de Cultura, Sr. André Sturm. Essa exclusão é evidente, por exemplo, em e-mail enviado para o Instituto Odeon em 25 de junho de 2018 (anexo):

Gostaria de solicitar o encaminhamento e soluções referentes a minha revisão salarial acordada com o Secretário André Sturm há seis meses atrás. Por ele, fui autorizado a incluir algumas condições especiais, como um número de viagens internacionais e **receber os direitos autorais coreográficos que não são incluídos no meu contrato original**

Esse mesmo posicionamento é externado em e-mail enviado pelo Sr. Ismael Ivo ao prefeito Bruno Covas, em e-mail de 07 de setembro de 2018 (anexo):

Apesar de solicitar uma regularização **aos meus direitos autorais e coreográficos**, a Fundação do Theatro Municipal e tampouco a Organização Social Odeon não tem respondido.

O que houve, na realidade, foi um mal-entendido decorrente de um erro em um documento simples e interno do Instituto, que tomou proporções gigantescas ao levar à conclusão de irregularidade por parte da CGM e da Comissão Recursal.

Ora, não é razoável que um erro humano em um documento simples, unilateral e posterior ao início da relação de trabalho possa se sobrepor às condições negociadas entre empregado e empregador, ao contrato de trabalho, à legislação que estabeleceu a Classificação Brasileira de Ocupações, à distinção jurídica existente entre salário / remuneração e cessão de direitos autorais, e à realidade fática do caso.

A manutenção da decisão por essa irregularidade, além de injusta e equivocada, expõe o Theatro Municipal a risco trabalhista significativo, na medida em que exige de empregado obrigação que não está prevista no contrato de trabalho, nem faz parte de suas atividades.

Em face do exposto, não se enxerga fundamento para manutenção da conclusão de irregularidade desse item, entendendo o Instituto tratar-se de pagamento devido e regular.

2.6.6 Da autorremuneração da rubrica de coordenação geral de projetos via Lei Federal de Incentivo à Cultura

Sobre este item, a Comissão Recursal argumenta, em síntese, que:

“a captação de recursos é realizada por empresa captadora, não podendo o Instituto se remunerar por isso ou a título de coordenação geral; que em virtude disso, os argumentos sobre a conta bancária se tornam carentes de substância; retifica o entendimento externado no Ofício nº 442/FTMSP/2018, com efeitos retroativos, considerando a Súmula 473 do STF; que os recursos deveriam ser utilizados nas atividades do Termo, considerando o não atendimento de metas de ocupação de público; que, ainda que não ilegal, não visou o interesse público; e que a autorremuneração deve ser revertida em atividades da programação, julgando o item irregular por ato de gestão antieconômico.”

Inicialmente, o Instituto entende ser oportuno tornar mais clara a questão da autorremuneração, que foi objeto de extensa comunicação entre os parceiros, tendo em vista entendimentos divergentes acerca de sua regularidade.

Não restam dúvidas de que por meio do Ofício nº 442/FTMSP/2018, a Fundação foi clara ao permitir a remuneração por coordenação geral, veja-se:

“Considerando os argumentos apresentados (...) entendemos que o Instituto Odeon pode sim se remunerar pela rubrica Coordenação Geral do Projeto Anual.”

Contudo, pela leitura do relatório da Comissão Recursal, nota-se que a remuneração por “coordenação geral” foi sumariamente vetada, e sem motivação expressa. Essa mudança repentina de posicionamento da Fundação quanto ao recebimento de coordenação geral, baseando-se no Princípio da Autotutela e na Súmula 473 do STF, como já exaustivamente demonstrado em tópico específico desta defesa, carece de regularidade e não pode ser aplicada retroativamente gerando ônus expressivamente desproporcional ao Instituto. Essa impossibilidade de revisão fica ainda mais reforçada se consideramos que no relatório da Comissão Recursal, mais uma vez, a Fundação entende que “a apropriação desse valor não é ilegal”. E não havendo ilegalidade, vale reiterar, não há que se falar em retroatividade dos efeitos gerados pela mudança de posicionamento.

Ou seja, a Súmula 473 citada pela Fundação estabelece expressamente que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles 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”. Ora, a própria Fundação afirma, nesse item, que não houve ilegalidade. Entretanto, apesar disso, ignora a segurança jurídica de seu próprio ato e retroage os efeitos da decisão, o que só seria possível em caso de evidente vício de ilegalidade - e que não é o caso.

A Fundação ainda menciona neste mesmo tópico de “autorremuneração pela rubrica de coordenação geral” que:

“A comissão delibera que esses recursos deveriam ser aplicados no objeto do Termo de Colaboração, haja vista o não alcance das metas de 2018, referentes à ocupação de platéia, e ao fato de entendermos que a apropriação desse valor, mesmo que não ilegal, não visou o interesse público, e que o Instituto odeon, via Termo de Colaboração, é devidamente remunerado para a atividade de coordenação geral de Projetos.”

Outro equívoco salta aos olhos, pois as metas de ocupação de público foram classificadas pelo 3º Aditamento ao termo de Colaboração como “indicadores de resultado”, deixando de ser consideradas metas, e sendo expressamente vedada, portanto, a aplicação de penalidades por seu não cumprimento. Ademais, não há qualquer nexo causal entre a existência de mais recursos e o aumento da ocupação de público, que decorre de complexa combinação de variáveis.

Por fim, o Instituto esclarece que a argumentação sobre a desnecessidade de prestação de contas da Conta Institucional não guarda relação com o pagamento de captação ou de coordenação - aquela conta permanece sendo privada do Instituto, ainda que se queira discutir a regularidade dos recursos ora debatidos.

2.6.7 Das despesas com Conselho de Administração da OSC

Em resumo, a Comissão Recursal afirma que, uma vez que a existência do Conselho de Administração é requisito para a existência da entidade, os custos relacionados deveriam ser pagos pela própria entidade, e não pelo Termo de Colaboração. Afirma que não há comprovação de que as reuniões custeadas tivessem qualquer relação com o Theatro Municipal de São Paulo, de modo que não haveria nexo de causalidade, e que a diferença das passagens entre diferentes membros do conselho levanta dúvidas sobre a existência de quorum nas reuniões. Afirma, por fim, que não há justificativa sobre a ausência de rateio com o Contrato de Gestão do MAR e que, por esses motivos, tratar-se-ia de ato de gestão ilegítimo e antieconômico por utilização de recursos em desacordo com o Plano de Trabalho e em finalidade diversa da estabelecida na atividade a que se refere o Termo de Colaboração.

Inicialmente, é importante ressaltar a necessária participação do Conselho de Administração na gestão de um Termo de Colaboração de valor expressivo, principalmente considerando o histórico conturbado de desenvolvimento da gestão desde outubro de 2018. Parece, portanto, excessiva a conclusão da Comissão Recursal de que a atuação do Conselho não teria nexo de causalidade com o Termo de Colaboração.

Para contrapor a decisão da Comissão Recursal é essencial destacar que a legislação - tanto o Decreto Municipal no. 57.575/16 quanto a Lei Federal no. 13.019/14 - permitem expressamente o pagamento de custos indiretos por meio de recursos vinculados ao Termo de Colaboração, desde que previstos no Plano de Trabalho. E os gastos associados ao

Conselho de Administração foram expressamente previstos no Plano de Trabalho, sob a rubrica Custos Administrativos e Institucionais.

O artigo 41 do Decreto Municipal no. 57.575/16 estabelece que “Os custos indiretos necessários à execução do objeto deverão ser previstos no Plano de Trabalho”, complementando, em seu § 3º, que se essas despesas forem diretamente atribuídas ao objeto da parceria, serão consideradas custos diretos. A Lei Federal no. 13.109/14 reproduz a mesma lógica, estabelecendo em seu artigo 46, inciso III, que poderão ser pagos com recursos vinculados à parceria os custos indiretos necessários à execução do objeto.

Nesse sentido, vê-se que a argumentação da Comissão Recursal sobre a necessidade de se demonstrar um nexo de causalidade direto entre as despesas e o Termo de Colaboração - que o Termo de Colaboração fosse pauta ou causa direta da reunião - apenas serviria para classificar o custo como direto ou indireto. Não há, entretanto, qualquer exigência de que eventuais custos relacionados ao Conselho de Administração apenas poderiam ser pagos se decorrentes diretamente do Termo de Colaboração; tal restrição, aliás, seria manifestamente ilegal, pois contrária aos dispositivos legais citados, e que permitem expressamente o custeio com recursos da parceria dos chamados custos indiretos.

O enquadramento de despesas com Conselho de Administração como “Custos Indiretos” é evidenciado pela própria Comissão Recursal. Se a existência de Conselho de Administração é requisito para a constituição e existência da entidade, e se a entidade precisa estar regularmente constituída e ativa para que possa executar o objeto do Termo de Colaboração, então é evidente que os custos para realização das reuniões do Conselho de Administração são “necessários à execução do objeto” e, portanto, custos indiretos passíveis de pagamento com recursos da parceria.

Sobre a variação na quantidade de passagens custeada para cada membro do conselho, essa diferença advém dos diferentes locais de residência dos conselheiros. Por exemplo, os conselheiros citados como nunca tendo tido custos arcados pelo Termo de Colaboração são residentes em São Paulo e, exatamente por isso, não necessitaram de pagamento de passagens aéreas para se deslocar para essa cidade, a exemplo do Presidente do Conselho de Administração, nominalmente citado no parecer da Comissão Recursal. Assim, se a Fundação desejasse maior detalhamento sobre os custos, bastava solicitar ao Instituto.

Por fim, sobre a suposta inexistência de rateio, o Instituto informa que o critério utilizado era o local de realização da reunião: quando a reunião era realizada no Theatro Municipal de São Paulo, o Termo de Colaboração arcava com os custos; quando a reunião era realizada no Museu de Arte do Rio, o Contrato de Gestão desse equipamento custeava a reunião. Como forma de demonstrar essa divisão, o Instituto junta, em anexo, de forma exemplificativa, um exemplo de reunião realizada no TMSP (e seus custos), e um exemplo de reunião realizada no MAR (e seus custos). A partir dos apontamento da Fundação, a dinâmica de rateio foi alterada, passando a ser 50% para cada equipamento - independente do local de realização da reunião.

Não é, portanto, razoável concluir sobre a irregularidade dos gastos, dada a sua evidente necessidade para o funcionamento do Instituto Odeon, e seu enquadramento no conceito de “custos indiretos”.

2.6.8 Da não apresentação da memória de cálculo do critério de rateio dos salários dos dirigentes da OSC

Sobre a suposta ausência de memória de cálculo do critério de rateio dos salários dos dirigentes, a Comissão Recursal argumenta que o Termo de Colaboração remete ao artigo 40 do Decreto Municipal nº 57.575/2016 e ao artigo 46 da MROSC; que o artigo citado do Decreto Municipal exige que o rateio dos salários dos dirigentes seja condicionado ao exercício de atividades da parceria; que os valores sejam proporcionais ao tempo efetivamente dedicado à parceria; e que a OSC informe memória de cálculo do rateio de despesas em prestação de contas. Afirma que o Instituto até o presente momento não apresentou qualquer documento que associe o percentual de rateio a um critério de rateio, nem sua forma de cálculo; que por mais subjetivo que se apresente um critério de rateio, o mesmo pode ser detalhado de forma objetiva; que o percentual de rateio foi alterado sem justificativa e sem alteração do Plano de Trabalho; e que, por esses argumentos, o item seria irregular por omissão no dever de prestar contas.

Sobre esse item, o essencial é destacar que a legislação exige, apenas, que: (i) os dirigentes exerçam ação prevista no Plano de Trabalho; (ii) que o rateio seja proporcional ao tempo dedicado a cada parceria; e (iii) que a memória de cálculo seja informada na prestação de contas. O Instituto atendeu a todos esses itens.

O grande descontentamento da Comissão Recursal se deve à ausência de um suposto critério objetivamente estabelecido para cálculo do rateio, o que encontraria embasamento no artigo 54, § 2º do Decreto Municipal nº 57.575/16. Diz o dispositivo citado:

§ 2º A memória de cálculo referida no inciso VIII do "caput" deste artigo, a ser apresentada pela organização da sociedade civil, deverá conter a indicação do valor integral da despesa e o detalhamento da divisão de custos, especificando a fonte de custeio de cada fração, com identificação do número e do órgão ou entidade da parceria, vedada a duplicidade ou a sobreposição de fontes de recursos no custeio de uma mesma parcela da despesa.

Ora, a memória de cálculo apresentada pelo Instituto em suas prestações de contas desde o início da parceria (em anexo os ofícios enviados de set/17 a mai/18 com a memória de cálculo do rateio; após essa, a informação foi incluída na prestação de contas mensal) sempre obedeceu a todos os dispositivos legais citados:

1. Os diretores objeto de rateio sempre se dedicaram às atividades previstas no Plano de Trabalho;
2. O rateio foi estabelecido - e posteriormente alterado - de modo a manter alguma proporcionalidade com o tempo estimado que cada diretor despendia com cada equipamento; e

3. A memória de cálculo informada em prestação de contas deixava claro o custo total e qual parcela coube a cada fonte de receita.

A exigência feita pela Comissão Recursal, de apresentação de memória de cálculo do *critério* de rateio (que não se confunde com a memória de cálculo do rateio em si) é supralegal e, por isso, não poderia constituir irregularidade.

O Instituto não se opõe a aprimorar seus procedimentos, construindo em conjunto com a Fundação Theatro Municipal um critério para o rateio, com a devida memória de cálculo. Entretanto, tal obrigação não existe na legislação ou no Termo de Colaboração, nem há qualquer acusação de dano ao erário ou ausência de economicidade. Da mesma forma, o Instituto sempre prestou contas sobre qual o percentual de rateio utilizado, e qual parcela coube a cada equipamento, não sendo possível falar em omissão no dever de prestar contas. Assim, não é razoável concluir que este item seja enquadrado como uma irregularidade na prestação de contas do Instituto.

III - PEDIDOS

Diante do exposto, e considerando que:

- a maior parte das supostas irregularidades e ressalvas são, na verdade, fruto de divergências de forma ou de entendimento entre as partes, absolutamente possíveis de resolução e alinhamento;
- a própria Fundação reconhece a ausência de desvio de recursos, dolo ou fraude;
- a possibilidade legal de proposição de ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito no termo de colaboração;
- a LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro permite a modulação das consequências práticas das decisões administrativas, com a concretização de bons ajustes para a Administração Pública;
- o reconhecimento da Fundação de que ocorreram cumprimento de metas e objetivos previstos no Termo de Colaboração;
- a excelente performance do Instituto com o alcance expressivos de resultados;
- o adimplemento substancial das obrigações previstas no Termo de Colaboração;
- a aplicação do princípio da autotutela não pode ser feita de forma indiscriminada, devendo passar pelo filtro da segurança jurídica no caso ora em análise, sem a retroatividade dos efeitos da nova decisão da Fundação;

- a aprovação prévia dos custos dos serviço de desenvolvimento do Planejamento Estratégico, que representa uma das metas do Plano de Trabalho;
- o Livro de Gestão constitui ferramenta de transparência e acesso à informação, cuja produção, além de ter um custo proporcionalmente reduzido, auxilia na propagação dos resultados da gestão do Termo de Colaboração, justificando, portanto, o seu custeio em 2017 pelo Termo de Colaboração;
- o Instituto presta regularmente contas sobre o desembolso das verbas rescisórias, junto à sua prestação de contas mensal, tendo inclusive desenvolvido planilha que demonstra a composição de todo o passivo trabalhista de período aquisitivo anterior, com a indicação de quais valores permanecem em aberto, não se vislumbrando qualquer irregularidade ou falha no provisionamento de verbas rescisórias;
- a legislação permite a gestão compartilhada e o consequente rateio de despesas, que inclusive foi aprovado pela Fundação no plano de trabalho apresentado, e, tendo em vista que o respectivo edital não exige que o parceiro tenha sede no município, reputando-se no mínimo desarrazoado pressupor que o Instituto Odeon ou os seus colaboradores não pudessem dividir sua atenção com outros equipamentos;
- foi apresentado estudo de economicidade demonstrando a eficiência do modelo de gestão compartilhada junto à resposta apresentada pelo Instituto à CGM;
- ante o princípio da inalterabilidade lesiva do contrato de trabalho, essencial para manter o equilíbrio do pacto laborativo, (art. 468 da CLT) o Instituto Odeon manteve hígidos todos os direitos já adquiridos pelos trabalhadores cedidos, inclusive aqueles oriundos das Normas Coletivas firmadas pelas entidades sindicais do Rio de Janeiro que estabeleciam o direito a diárias, fixando, inclusive, seus valores, mostrando-se absolutamente inoportuno novo enquadramento sindical em São Paulo;
- por razões de ordem médica, o diretor artístico do Balé da Cidade, ao viajar para o exterior, solicitou que a passagem fosse adquirida em classe executiva, mediante atestado médico, o que gerou um tempo maior para a aquisição da passagem, não sendo razoável, portanto, concluir pela existência de uma suposta “falta de planejamento”; e que há nexo de causalidade entre essa despesa e o Termo de Colaboração, uma vez que em virtude dessa viagem foram realizadas 4 apresentações do Balé da Cidade em Viena, na Áustria, bem como ocorreu a contratação de coreógrafo europeu contactado na viagem;
- no Contrato de Trabalho firmado com o Diretor Artístico do Balé da Cidade de São Paulo, Ismael Ivo, não há qualquer disposição por meio da qual o mesmo se obrigue a criar coreografias ou, ainda, a ceder direitos autorais de qualquer criação em favor de seu empregador; e que o código CBO – Classificação Brasileira de Ocupações - do cargo de Diretor Artístico é 2622-35, o qual não prevê a criação de coreografias entre as suas atividades; e que houve um erro material do RH do Instituto ao incluir equivocadamente outro CBO;

- o Instituto após cancelar o recebimento de valores a título de comissão por captação, obteve aprovação da Fundação quanto ao recebimento por Coordenação Geral, não podendo prosperar essa mudança repentina de posicionamento da Fundação sob pena de gerar ônus expressivamente desproporcional ao Instituto;

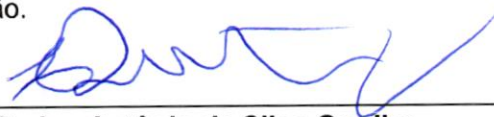
- os custos para realização das reuniões do Conselho de Administração são "necessários à execução do objeto" e, portanto, passíveis de pagamento com recursos da parceria;

- A exigência feita pela Comissão Recursal, de apresentação de memória de cálculo do *critério* de rateio (que não se confunde com a memória de cálculo do rateio em si) é suprallegal e, por isso, não poderia constituir irregularidade;

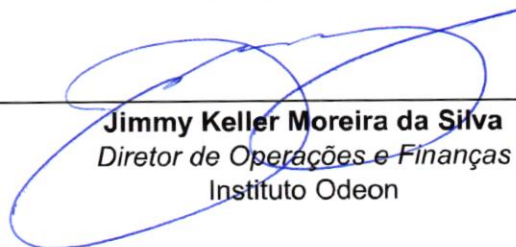
O Instituto requer:

- a) A reconsideração da decisão de rejeição das contas do Instituto Odeon no exercício de 2018, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo no dia 07 de janeiro de 2020, de forma a aprovar, com ou sem ressalvas, as referidas contas, com a continuidade do Termo de Colaboração;
- b) Caso mantida a decisão de rejeição do todo ou parte das contas ora discutidas, que seja autorizado que eventual ressarcimento ao erário seja promovido por meio de ações compensatórias de interesse público, considerando que não ocorreu dolo ou fraude, mediante a apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito no termo de colaboração, nos termos do art. 59, §5º, do Decreto 57.575/2016 c/c art. 72 §2º da Lei 13.019/2014 c/c art. 26 da LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

O Instituto aproveita para informar que os anexos citados no presente recurso seguem em mídia digital (CD). Sem mais para o momento, nos colocamos à disposição, renovando os votos de estima e consideração.



Carlos Antônio da Silva Gradim
Diretor-Presidente
Instituto Odeon



Jimmy Keller Moreira da Silva
Diretor de Operações e Finanças
Instituto Odeon