



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA  
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS  
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO B, 3º ANDAR

**PARECER n. 00041/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU**

**NUP: 01400.000914/2018-68**

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE NOVAS MÍDIAS (CGNM/MINC)**

**ASSUNTOS: PLANOS, PROGRAMAS E PROJETOS DE TRABALHO**

EMENTA:

I - Minuta de Edital que tem por objeto selecionar "...10 (dez) jogos eletrônicos, com temática livre, voltados para adolescência e juventude.";

II - Recomendações referentes à instrução dos autos e adequação à Portaria/MinC n. 29/2009;

III - Parecer restrito à matéria de competência da SAV/MinC.

Senhora Coordenadora Geral,

1. Por meio do Despacho nº 0485340/2018, a Senhora Diretora Substituta Lina Rocha Fernandes Távora da SAV/MinC solicita manifestação sobre minuta de Edital (Chamada Pública) que visa "...à seleção de 10 (dez) jogos eletrônicos, com temática livre, voltados para adolescência e juventude.".

**I - Relatório**

2. O edital será lançado pela Secretaria do Audiovisual com recursos do Fundo Setorial de Audiovisual - FSA, disponibilizados à SAV em função do Acordo de Cooperação Técnica, id 175740089, celebrado entre este Ministério e a autarquia federal Agência Nacional do Cinema - ANCINE. O edital envolve, ainda, a participação do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE, que é o agente financeiro do Fundo Setorial do Audiovisual e será responsável pela realização das operações financeiras necessárias.

3. Instruem os autos, além da minuta cuja análise é solicitada e respectivos anexos, id 175740282, a Nota Técnica nº 01/2018/CGNM/SAV/MinC, id 175739771, cópia do Acordo de Cooperação Técnica que fundamenta a utilização dos recursos do FSA.

4. É o relato do necessário. Passo a manifestar.

**II. Fundamentação Jurídica**

5. Inicialmente, ressalta que a manifestação desta Consultoria Jurídica se dá em cumprimento ao disposto no art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 7º do Anexo I do Decreto nº 8.837/2016, abstraídas as questões de ordem técnica, financeira e vernacular, ou ainda aspectos de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

6. Observo que a ação será lançada com recursos do Fundo Setorial do Audiovisual, seguindo as regras deste. A SAV ficará responsável pela inscrição, habilitação e seleção das propostas, enquanto o agente financeiro (BRDE) ficará responsável pela contratação e o financiamento dos projetos selecionados, com a supervisão da ANCINE, de acordo com a divisão de atribuições estabelecidas no Acordo de Cooperação Técnica acima referenciado.

7. Assim, por se tratar de instrumento que envolve responsabilidades e competências de três partícipes de esferas diferentes (a SAV, órgão vinculado a este Ministério; a ANCINE, autarquia federal e o BRDE, instituição bancária de natureza privada), a presente análise, por certo, restringe-se às atribuições da SAV, visto ser esta a única, entre as três partes, que se submete às orientações desta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar n. 73/93.

8. Verifica-se a ausência da ata da Reunião do Comitê Gestor do FSA que teria aprovado a destinação de recursos do FSA às ações sob responsabilidade da SAV/MinC e caso na Ata não conste o valor aprovado especificamente para a ação pretendida no edital proposto, devem ser apresentadas as devidas justificativas e critérios utilizados para a definição do valor a ser investido.

9. Cotejando a Nota Técnica nº 01/2018, observamos, item 3.6, a informação no sentido de que “...a disponibilidade orçamentária está devidamente respaldada pelo Comitê Gestor, que apenas aprova a disponibilização de recursos que já estão disponíveis com o agente financiador...”. **Em assim sendo, necessária é que os autos sejam instruídos com cópia da ata de Reunião do Comitê Gestor do FSA, menciona a aprovação da destinação de recurso do FSA à presente ação, bem como documento que efetivamente comprove a disponibilidade orçamentária.**

10. De qualquer modo, vale lembrar que as futuras contratações decorrentes deste Edital somente poderão ser formalizadas após a efetiva confirmação de disponibilidade de recursos e ao cumprimento da legislação específica, observadas as competências da ANCINE e do Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual – CGFSA (na forma da Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e do Decreto nº 6.299/2007).

11. **Aliás, consta do Edital, item 37.1.1. , que a seleção gera apenas expectativas e a efetivação do investimento está condicionada à prévia e inarredável existência de dotação orçamentária.** Assim, a ausência do comprovante, nesta fase, de disponibilidade orçamentária não prejudica a análise jurídica do Edital, em tese.

12. Importante é ressaltar, por oportuno, que o processo público de seleção, também denominado chamamento público ou chamada pública, é materializado por meio de um **Edital**, que é instrumento jurídico proveniente do direito administrativo, pelo qual a Administração Pública leva ao conhecimento público determinado certame, fixando as condições de sua realização e convocando os interessados para apresentação de suas propostas/projetos.

13. O objeto do Edital em análise está em sintonia com a Constituição Federal, eis que visa garantir o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional e de apoio e incentivo da valorização e difusão das manifestações culturais (art. 215).

14. Observo que o Edital, quanto a seleção de projetos estabeleceu critérios de preferência. Nesses termos, trata-se de ação afirmativa que, como as demais ações do gênero, engendradas pelo Ministério da Cultura desde 2003<sup>[1]</sup>, busca a promoção da igualdade e a conquista de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal).

15. Ressalto, no entanto, que incumbe ao órgão gestor do certame fundamentar a conveniência, oportunidade e operacionalidade técnica da seleção. Observo, todavia, **que não há, nos autos, informações sobre o diagnóstico da situação de desigualdade verificada e os fundamentos que levaram o órgão responsável a optar por um instrumento de seleção de índole afirmativa.**

16. Vale lembrar, ainda, que este Ministério tem sido questionado judicialmente pela alegada fragilidade da fundamentação dos Editais de cunho afirmativo lançados nos últimos anos. Nesse sentido, vale transcrever parte do voto da Desembargadora Federal Selene de Almeida, em sede de Agravo de Instrumento (AI 0029353-66.2013.4.01.0000/MA) interposto pela União perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*[...] não é a discriminação, seja ela qual for, em si mesma, que caracteriza a violação ou não do princípio da igualdade. O que vai dizer se a discriminação é justa ou injusta, moral ou imoral,*

*ética ou antiética são as circunstâncias e os motivos da discriminação. Há que se examinar, por conseguinte, a natureza do critério distintivo.*

*Se o discrimen é acolhido pela ordem constitucional, isto é, se está em conformidade com os valores protegidos na Constituição, a discriminação é positiva e legítima em face da ordem constitucional. Além da análise da legitimidade do discrimen, deve o examinador examinar a proporcionalidade da medida adotada em relação à finalidade buscada e aos demais valores.*

17. O voto da Desembargadora chama a atenção para a importância do esclarecimento dos motivos e circunstâncias que levaram à decisão pelo critério discriminatório estabelecido no edital, além da legitimidade (conformidade com os valores protegidos na Constituição) e da proporcionalidade da medida a ser adotada em relação à finalidade pretendida e aos demais valores protegidos constitucionalmente. Resumindo esse argumento, o Acórdão que deu provimento ao Agravo conclui que *“a justiça de uma discriminação define-se pela relação lógica e razoável (razão suficiente) entre o critério empregado e o fim que se busca alcançar (Celso Antônio Bandeira de Mello)”*.

18. Assim, tendo em vista que a fundamentação jurídica não basta para atender ao comando do art. 50, III, da Lei n. 9.784/99, **é imprescindível que a área técnica fundamente a ação afirmativa em argumentos explícitos e objetivos, indicando o diagnóstico da situação de desigualdade verificada e os fundamentos que levaram o órgão responsável a optar por um instrumento de seleção de índole afirmativa**

19. O Edital deve observar os princípios, atinentes à administração pública, descritos no art. 37, da Constituição Federal de 1988, e o disposto na Lei nº 8.666/1993, naquilo que lhe for pertinente. Nesse sentido, os editais lançados por este Ministério devem submeter-se aos princípios constantes no art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, que assim estabelece:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

20. Nesse mesmo sentido, aliás, dispõe a Portaria/MinC nº 29, de 21 de maio de 2009, que disciplina a elaboração e gestão de editais de seleção pública para apoio a projetos culturais e iniciativas culturais no âmbito do Ministério da Cultura e, portanto, de aplicação obrigatória no presente caso. O art. 1º do Anexo da referida Portaria estabelece que as seleções públicas de projetos e iniciativas culturais serão regidas pelos princípios da transparência; isonomia; legalidade; moralidade; impessoalidade; publicidade; eficiência; equilíbrio na distribuição regional dos recursos; e acesso à inscrição.

21. Além dos princípios supramencionados, um processo público de seleção deverá observar, com fulcro no princípio da legalidade, as disposições insertas no artigo 40, da Lei nº 8.666/1993 (que contempla os requisitos de um edital), no que couber.

22. Ainda com relação à observância de princípios e fundamentos públicos, temos que chamar à atenção, uma vez que os produtos desta ação são voltados para adolescência e juventude, ao que dispõe o art. 3º da Lei nº 8.069/1990, *verbis*:

**Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.**

## **II.a) da minuta**

23. Dito isso, entendo pertinente fazer as seguintes considerações de ordem jurídico-formal, a fim de adequar a minuta em análise à legislação vigente e prepará-la para assinatura e publicação, lembrando que muito embora não seja necessário mencionar no Edital todas as regras previstas na Portaria/MinC nº 29/2009, estas devem ser observadas durante todo o processo seletivo:

a) O preâmbulo deve ser revisto, atentando ao disposto no art. 4º da Portaria/MinC nº 29/2009:

Art. 4º O preâmbulo do edital de seleção pública deverá indicar o órgão responsável pela iniciativa da seleção pública e as leis e os instrumentos legais aos quais a seleção está subordinada, incluindo a presente Portaria e suas eventuais modificações.

a.1) Por isso, sugerimos a indicação, nesse preâmbulo, de que a elaboração do Edital observa, no que couber, as disposições das Leis nº 8.666/1993 e nº 8.069/1990.

b) A expressão “Chamada Pública” deve ser substituída por “Edital” toda vez que se refira ao instrumento, e não ao processo como um todo;

c) no edital consta que será dada preferência para novos desenvolvedores, todavia não está definido quem será considerado “novo desenvolvedor” e eventual necessidade de declaração.

d) Como a proposta inclui a produção de obras audiovisual, envolvendo direitos autorais, recomendo que o item 10 do Edital seja revisto em conjunto com a Diretoria de Direitos Intelectuais - DDI/SE/MinC, que vem sugerindo termos mais amplos para as cláusulas referentes a tais direitos no âmbito de convênios celebrados com recursos deste Ministério;

e) Quanto ao item 13.1.1, ressalto que deve ser respeitado o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias a que se refere o art. 22, § 4º, da Lei n. 8666/93 e o art. 18 da Portaria/MinC n. 29/2009.

f) Diz o art. 21 da Portaria MinC nº 29/2009, verbis:

Art. 21. Na etapa de habilitação, **que se inicia com o término do prazo de inscrição**, uma comissão técnica, designada pela unidade gestora da seleção pública, conferirá se as inscrições obedecem às exigências de prazo, condições, documentos e itens expressos no edital, para, ao final da conferência, encaminhar, acompanhada de ata circunstanciando suas ações, a lista de inscrições habilitadas e inabilitadas à unidade gestora da seleção pública, que cuidará da divulgação e publicação da lista de habilitação.

e.1) Diante do que acima regulamentado é de se recomendar que a fase de **habilitação documental**, até porque “**...de caráter exclusivamente ELIMINATÓRIO**”, seja o primeiro critério de avaliação das propostas.

g) Recomendo que o item 13.1.5 seja revisto, já que informações incorretas não podem implicar a pontuação do candidato (tais informações devem ser desconsideradas, e não pontuadas).

h) Por tratar-se de questão de índole técnica, a SAV deverá certificar-se de que os critérios de avaliação no item 15.3 são objetivos, transparentes e isonômicos, atendendo ao disposto no art. 28, § 1º, do Anexo à Portaria/MinC n. 29/2009 e a várias recomendações da Controladoria Geral da União – CGU referentes a Editais lançados por este Ministério, além de questionamentos judiciais a este respeito. Nesse sentido, vale frisar novamente que os referidos itens mencionam critérios cuja forma de aferição não está evidente no dispositivo (como, por exemplo: abrangência do tema, comunicabilidade, proposta estética, adequação ao público etc), além de não indicarem a forma como os pontos serão atribuídos (por exemplo, a que atividades/características corresponderão cada um dos pontos). Nesse sentido, sugiro :

h.1) a criação de indicadores que possam ser relacionados a critérios mensuráveis, aos quais se atribuirá pontuação específica, objetivamente quantificável (ou, alternativamente, fundamentar tecnicamente a escolha dos critérios indicados);

h.2) a revisão de conceitos que possam indicar um grau de subjetividade tendente a propiciar decisões arbitrárias por parte da Comissão de Avaliação e Seleção, fragilizando o resultado da seleção (recomendo que o órgão consulente exponha e fundamente seu ponto de vista sobre a objetividade de cada um dos critérios).

i) Devem estar explícitos os critérios que serão avaliados na segunda fase de seleção.

j) Recomenda-se, tendo em vista que os produtos desta ação são voltados a adolescente, obediência aos princípios e fundamentos expresso na Lei nº 8.069/1990. Por essa razão, necessário ao item 16.6, seja acrescido:

**16.6. ...preconceito, “bem como contrária aos princípios e fundamentos textualizados no Estatuto da Criança e do Adolescente.”**

k) Sugiro a revisão do item 20, por não estar clara a diferença entre o objetivo da fase de habilitação (“averiguar a compatibilidade e adequação formal da proposta”) e o da fase de seleção, já que não há outros critérios explicitados para a fase de habilitação. Ou seja, deve estar clara a diferença entre a fase de seleção e a habilitação documental, assim como os critérios e objeto de avaliação nesta última.

l) A publicação dos resultados do processo de seleção deverá observar o disposto nos art. 21 e 33 da Portaria nº 29/2009, a fim de garantir o direito à ampla defesa dos concorrentes.

k) Relativamente aos itens que disciplinam o processamento de recursos, recomenda-se que sejam adequados ao que determina a Lei nº 9.784/1999, em especial a prazo de interposição e a possibilidade de o aviamento de recurso a Autoridade Superior, com pleito de reconsideração.

l) Não resta claro em que momento o/a desenvolvedor(a), fará a sua declaração de gênero. E ainda, se haverá prevalência entre os critérios relativos às ações afirmativas.

m) Observo que, de acordo com o art. 2º, § 2º, da Portaria/MinC n. 29/2009, nem todos os atos relativos aos Editais devem ser necessariamente publicados no Diário Oficial da União. Levando em consideração o princípio da economicidade, tal possibilidade deve ser levada em consideração para revisão do item 37.3.1., se a área técnica entender necessário.

n) Recomendo que o Edital seja revisto atentando à objetividade dos conceitos nele expostos e sua compreensão pelo público em geral, não somente o público-alvo, mas também a população e os órgãos de controle que o examinarão, o que está diretamente relacionado com a transparência e a moralidade do procedimento e a amplitude do acesso à inscrição.

24. Por oportuno, resalto que os aspectos referentes às fases de contratação a prestação de contas - itens 26 a 34 e respectivos anexos do Edital -, bem como outros itens regidos pela legislação específica da ANCINE, fogem às competências desta Consultoria, conforme acima suscitado neste Parecer. Por isso, devem ser avaliados pelos órgãos de assessoramento jurídico da ANCINE e do BRDE.

### **III - Conclusão**

25. Ante o exposto, não se verificam óbices à publicação da minuta de Edital em tela, sob o ponto de vista das atribuições da SAV, desde que observadas as recomendações expostas acima.

26. Vale lembrar que, de acordo com o Enunciado nº 05 do Manual de boas Práticas Consultivas da AGU : “não é necessário que o Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronuncie-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas em anterior manifestação jurídica, desde que suas orientações explicitem, se for o caso, os termos das cláusulas que o Advogado Público entenda adequadas”. Assim, não é necessário o retorno dos autos a esta Consultoria, salvo se subsistir dúvida de cunho jurídico.

27. É o parecer, salvo melhor juízo.

À consideração superior.

Brasília/DF, 31 de janeiro de 2018.

**Julio Cesar Oba**

**Advogado da União**  
**SIAPE 1578154**

---

[\[1\]](#) O Ministério da Cultura já criou editais específicos para a cultura afro-brasileira, cigana, idosos, indígenas, lésbicas, gays , bissexuais e transgêneros e pessoas com sofrimento psíquico.

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400000914201868 e da chave de acesso 45af7579

---

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR OBA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 105900668 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR OBA. Data e Hora: 01-02-2018 11:29. Número de Série: 13230737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---