



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE ASSUNTOS JUDICIAIS E DE SERVIDORES PÚBLICOS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00277/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.008120/2018-42

INTERESSADOS: SECRETARIA EXECUTIVA MINISTÉRIO DA CULTURA - SE/MINC E OUTROS

ASSUNTOS: DANO AO ERÁRIO

EMENTA: I - Representação no âmbito do Tribunal de Contas da União. II - Supostas irregularidades no exercício das atribuições de supervisão, fiscalização e análise de prestações de contas dos recursos públicos destinados a programas e a ações audiovisuais. III - Manifestação acerca da possibilidade de concessão de medida cautelar. IV - Configuração de periculum in mora inverso V - Precedentes do Judiciário e do TCU.

1. Trata-se do Ofício 1051/2018-TCU/SECEX-RJ, emanado pelo Tribunal de Contas da União, que trata de Representação de unidade técnica daquele Tribunal, formulada em virtude do risco iminente de ocorrência de irregularidades e de danos ao erário resultantes de potenciais contratações derivadas do lançamento de editais para seleção de projetos audiovisuais no âmbito do Programa Audiovisual Gera Futuro.

2. A representação em epígrafe aborda essencialmente o procedimento adotado pela Agência Nacional do Cinema - Ancine, em relação à análise de prestação de contas dos recursos geridos por aquela agência, sobretudo aqueles oriundos do Fundo Setorial do Audiovisual - FSA.

3. Por intermédio do referido expediente, o TCU determinou a oitiva prévia desta Pasta para que se manifeste quanto à plausibilidade jurídica dos fatos relatados nesta representação, bem como ao perigo de dano ao erário e ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito e, ainda, quanto à eventual perigo de dano reverso, devendo esta manifestação elidir, sobretudo, os pontos relatados, sob pena de poder vir a ser adotada medida cautelar de suspensão da eficácia dos editais de seleção de projetos no âmbito do Programa Audiovisual Gera Futuro, ou outro a que se assemelhe ou que o venha substituir.

4. Manifestaram-se sobre o tema, a Agência Nacional do Cinema - Ancine e a Secretaria do Audiovisual - SAV, respectivamente através do Ofício nº 18-E/2018-ANCINE/SEF e da Nota Técnica Nº 3/2018.

5. É o breve relatório.

6. Registre-se, inicialmente, que a presente análise limitar-se-á aos aspectos processuais da demanda, de modo a abordar sobretudo, a possibilidade de concessão da medida cautelar de suspensão da eficácia dos editais de seleção de projetos no âmbito do Programa Audiovisual Gera Futuro.

7. Quanto ao mérito da demanda, a Ancine e a SAV já prestaram, de forma exaustiva e com muita propriedade, os elementos técnicos afetos às contratações derivadas do lançamento de editais para seleção de projetos audiovisuais no âmbito do Programa Audiovisual Gera Futuro.

8. A representação em epígrafe, suscita a existência de supostas irregularidades no exercício das atribuições de supervisão, fiscalização e análise de prestações de contas dos recursos públicos destinados a programas e a ações audiovisuais, seja por parte da Ancine, dos agentes financeiros credenciados a operar os recursos do FSA e das alçadas conselheiras e ministeriais responsáveis.

9. A unidade técnica do TCU responsável pela formulação da representação propõe sejam realizadas oitivas dos agentes públicos envolvidos, previamente à possível adoção de medida cautelar de suspensão da eficácia dos editais de seleção de projetos no âmbito do Programa Audiovisual Gera Futuro ou outro a que se assemelhe ou que o venha substituir, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas.

10. Efetivamente, a medida cautelar para determinar a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal aprecie o mérito da representação, pode ser concedida pelo Ministro-Relator, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou ao interesse público ou mesmo de risco de ineficácia da decisão de mérito. Deverão estar presentes, nesse sentido, o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*.

11. Ao lado dos citados pressupostos vinculantes positivos, **a concessão de medida cautelar exige ainda requisito negativo implícito, referente à não-produção do chamado periculum in mora inverso**. Trata-se da concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação, em face do demandado, decorrente da própria concessão da medida liminar deferida.

12. Com efeito, o *periculum in mora inverso* pressupõe a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente.

13. A jurisprudência pátria tem vislumbrado a configuração do *periculum in mora inverso* quando há risco de paralisação das políticas públicas a cargo da Administração.

14. Ilustrativamente, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1952 (STF - ADI: 1952 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 12/08/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00019 EMENT VOL-01990-01 PP-00048), o STF, indeferiu a liminar pleiteada que impugnava os §§ 1º a 3º do art. 16 da Lei nº 4.771/65. Em seu voto, o então Ministro Celso de Melo assim se pronunciou: **"Na verdade há ocorrência de "periculum in mora inverso, pois o deferimento da liminar, (...) implicará a paralisação de atividades econômicas, obras de saneamento básico e outros serviços. (...) São apenas alguns exemplos dos impactos da medida deferida na presente ação direta. São inúmeros empreendimentos de pequeno, médio e grande porte que foram interrompidos a espera do devido equacionamento dessa questão que mantida em nos termos atuais (referendada a limiar), gerará prejuízos incalculáveis ao país"**.

15. Cite-se ainda o seguinte precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CELEBRADO PELO DISTRITO FEDERAL E EMPRESA PARTICULAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS EXIGIDOS PELO ART. 273 DO CPC. MANTENÇA DA DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO VINDICADA. 1- Considerando que não se vislumbra a certeza do direito invocado pelo Ministério Público, pois, em que pesem as afirmações de violação à ordem jurídica interna, para a comprovação das irregularidades técnicas e administrativas do contrato impugnado, bem como do processo de escolha da empresa contratada, mister que haja a devida instrução do feito. Além disso, **cuida-se de contrato necessário à obtenção de empréstimo internacional, junto ao BIRD, sem o qual o financiamento do 'Programa Brasília Sustentável' não se concretizaria, pelo que haveria também, na realidade, a ocorrência do chamado periculum in mora inverso, pelo que se impõe a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para a imediata suspensão do contrato celebrado pelo Distrito Federal com empresa contratada para gerenciar o mencionado programa**, questões que impõem apreciação após a devida instrução do feito. 2- Agravo de instrumento conhecido e não provido. (Reg. Acórdão 298093. **Processo** 2007 00 2 011489-5. Relatora Des^a. MARIA BEATRIZ PARRILHA. Página 93 do Diário de Justiça do Distrito Federal (DJDF) de 31 de Março de 2008)

16. No âmbito do próprio TCU, a configuração do periculum in mora inverso tem sido reconhecida em face da Administração, sobretudo naqueles casos onde a medida cautelar preconizada (suspensão de repasses, suspensão de contratos, etc.) tem o condão de causar maiores danos ao interesse público do que a manutenção do *status quo*. Como nos precedentes abaixo colacionados:

Tenho por incabível a cautelar cogitada, tendo em conta o **alto risco de dano reverso incidente sobre a matéria**. Com efeito, trata-se de contrato para manutenção da sala-cofre do STF, que hospeda os equipamentos e serviços críticos que suportam o armazenamento de **dados e informações essenciais à regular continuidade das atividades da suprema Corte de justiça do país**. **Suspender um contrato dessa espécie implicaria em colocar em risco a integridade da sala-cofre, o que não é absolutamente razoável**.

Indefiro, portanto, o pedido de suspensão do contrato em causa. (Acórdão nº 315/2010 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo)

Contra a decisão cautelar foi interposto recurso de agravo (Anexo 1) por parte do BNB, do qual conheci mediante despacho de fl. 171 do anexo 1, conferindo-lhe efeito suspensivo, com base no art. 289, 4º, do Regimento Interno. Uma das razões para essa decisão singular foi o fato de que o contrato com a empresa declarada vencedora do pregão já tinha sido firmado. Além disso, **o cumprimento imediato da decisão agravada representaria perigo de dano reverso à entidade, representado pela suspensão da execução contratual – o que comprometeria o normal funcionamento de diversas atividades sensíveis das unidades bancárias do BNB –** consoante plausível argumentação constante da peça recursal. (Acórdão nº 744/2010 – Primeira Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo)

Com efeito, nem mesmo aquelas duas consideradas mais relevantes justificam seu enquadramento no conceito de irregularidade grave do art. 94 do LDO/2011, pois, **nas palavras da equipe de auditoria, “apesar de configurado potencial risco ao erário, o dano reverso referente à paralisação desta obra localizada em alto mar pode gerar grande prejuízo material e ambiental, além de afetar a segurança dos trabalhos no Porto Ilha”** (peça 55, fls. 6 e 17). (Acórdão nº 2919/2011 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz).

17. No caso dos autos, a configuração do periculum in mora inverso é evidente, em face dos graves danos que seriam causados ao mercado audiovisual brasileiro. Por intermédio da Nota Técnica Nº 3/2018, a Secretaria do Audiovisual - SAV aponta as consequências decorrentes de eventual interrupção dos editais em questão:

- **Inviabilização de projetos audiovisuais:** conforme dados aqui apresentados, é patente a existência de demanda de projetos audiovisuais em todas as regiões do país, inclusive com o recorte da diversidade de gênero, raça e novos realizadores. A interrupção dos editais resultaria na inviabilização de tais ações, com impactos expressivos na cadeia produtiva audiovisual, sobretudo em nível regional, impactando a economia criativa, a geração de empregos e renda, conforme já demonstrado.

- **Quebra de isonomia:** sobretudo no âmbito do Edital de Apoio a Mostras, Festivais e Eventos de Mercado, que ocorre *em regime de fluxo contínuo*, diversos projetos de grande importância que preenchem os requisitos para realização de investimentos em ações com grande impacto na difusão audiovisual, na descentralização do acesso aos bens culturais com forte capilaridade e que viabiliza o acesso e a fruição da população ao conteúdo audiovisual ficariam impossibilitados de dar prosseguimento a tais ações. Considerando que já foram viabilizados diversos eventos, como já demonstrado, tal interrupção resultaria em quebra de isonomia com eventos audiovisuais que somente não interpuseram suas propostas até o momento por uma questão temporal (data de realização dos eventos), ou mesmo aqueles que já inseriram suas propostas mas que não foram ainda objeto de análise na Comissão de Qualificação prevista no certame.

- **Quebra da cadeia produtiva:** interromper as ações de base do setor audiovisual resulta em um setor audiovisual enfraquecido, pois do ponto de vista dos talentos e da capacidade produtiva, estaremos impossibilitando o exercício criativo dos grandes expoentes, muitos em idade avançada, assim como impedindo a entrada de novos talentos. Tal medida teria impacto expressivo na indústria audiovisual no que diz respeito à sua sustentabilidade, culminando na concentração da produção audiovisual em poucas empresas já consolidadas no mercado, o que empobrece produção audiovisual, reduzindo significativamente seu potencial em nível local e internacional. Na prática, a interrupção das ações do FSA poderá se constituir em uma medida

devastadora para o setor, e similar somente à extinção da **EMBRAFILME**, ocorrida nos anos 90, que interrompeu a produção audiovisual e colocou a indústria em período de total recessão, praticamente destruindo a indústria do cinema brasileiro, o que, naturalmente, tem impactos diretos na economia, geração de renda e empregabilidade, como já demonstrado.

18. Efetivamente, a concessão de medida cautelar para suspensão dos investimentos do Fundo Setorial do Audiovisual – FSA acarretaria a indesejável paralisação do setor, que depende essencialmente dos mecanismos de fomento direto para viabilizar sua produção.

19. Ademais, a concessão da cautelar acarretaria frustração da política pública em razão da limitação temporal para cumprimento do cronograma estabelecido nos citados editais. Explica-se: os Editais lançados contemplam diversas fases de participação e execução e a suspensão do certame inviabilizará a conclusão de todas as etapas nos períodos traçados, suplantando todo o planejamento administrativo e orçamentário previsto para tal programa.

20. Demais disso, forçoso destacar que o fomento à cultura é dever do Estado estabelecido de forma expressa no art. 215 da Constituição Federal. A criação do PROGRAMA AUDIOVISUAL GERA FUTURO consiste na materialização e cumprimento desse dever constitucional, que se consubstancia na concretização da efetiva política pública de fomento e incentivo à cultura no setor do audiovisual. Sob esse viés, ressaltamos evidente que eventual medida do Tribunal de Contas da União que suspenda o PROGRAMA AUDIOVISUAL GERA FUTURO implicará em inexorável bloqueio da política pública de fomento à cultura calcada diretamente na Carta de 1988.

21. Tal medida, entretanto, esbarra em entendimento cristalino do Supremo Tribunal Federal que estabelece que **o exercício do controle externo, financeiro e contábil da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União não pode gerar a paralisação completa de ações governamentais, mormente aquelas ainda não realizadas, pois planejadas para o futuro que têm fundamento direto e expresso na Constituição.** Vejamos a passagem do Exmo. Min. Rel. Alexandre de Moraes que delinea com precisão o entendimento da Corte:

“Sem adentrar no mérito atinente às irregularidades apontadas pelo órgão de controle, tampouco na controvérsia sobre a interpretação da legislação de regência, importa destacar na presente sede cautelar que o exercício da competência de controle externo, financeiro e contábil, da Administração Pública jamais poderia acarretar a paralisação completa de ações governamentais – inclusive aquelas ainda não realizadas, pois planejadas para o futuro (como nas hipóteses tratadas nos itens 9.2.1 e 9.2.2 do referido Acórdão) – que têm fundamento direto e expresso na Constituição (...)” – ADPF 478 – DF – Min. Rel. Alexandre de Moraes.

22. Noutro giro, a medida de suspensão aventada pelo Tribunal de Contas da União não se mostra condizente com o postulado da proporcionalidade, em especial em relação aos subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

23. Com efeito, o fundamento para suspensão dos editais lastreia-se em eventual deficiência dos procedimentos de prestação de contas. A medida de suspensão do editais não é única medida para se corrigir o defeito apontado. Demais disso, **a proposta de suspensão constitui-se na medida mais gravosa para sanear o ato apontado com potencialmente lesivo.**

24. Em outras palavras, ao invés de corrigir ou aprimorar o sistema de prestação de contas, busca-se suspender toda a política pública traçada. A adoção desse entendimento, com máxima vênua, não parece ser necessária. A medida mais gravosa em face da Administração e dos beneficiários da política pública não pode ser a primeira e única solução a ser adotada. Existem outras possibilidade de salvaguarda do Erário em face de possível incapacidade administrativa para realizar uma prestação de contas devida. **Para que haja proporcionalidade na ação intentada pelo Tribunal de Contas da União, sob o prisma do subprincípio da necessidade, a imposição da medida restritiva visada deve ser a de menor gravidade possível. A suspensão de toda a política pública para que se consiga corrigir eventual mora ou incapacidade administrativa para realização de prestação de contas não parece atender a tal desiderato.**

25. De igual sorte, entende-se que **a concessão da cautelar de suspensão do editais relacionados ao PROGRAMA AUDIOVISUAL GERA FUTURO não se apresenta como medida proporcional em sentido estrito, pois as vantagens visadas pela restrição imposta estão muito aquém do prejuízo experimentado por todo o setor econômico do audiovisual ao qual o programa se destina. Some-se a isso que a frustração da política pública é**

imediate, sendo que o eventual prejuízo decorrente do precário sistema de prestação de contas é meramente hipotético e futuro, o que pode ser aprimorado ao longo do tempo e antes mesmo da própria entrega dos produtos dos aludidos editais.

26. Dessa forma, em face dos argumentos acima delineados, **entende-se pela impossibilidade da concessão da medida cautelar para determinar a suspensão do procedimento impugnado.**

27. São estas as considerações que se propõe sejam encaminhadas via SEI à Secretaria Executiva, com cópia ao Gabinete do Ministro, juntamente com os elementos fornecidos pelas áreas técnicas competentes, para adoção pela autoridade responsável, em resposta ao Ofício 1051/2018-TCU/SECEX-RJ, do Tribunal de Contas da União.

À consideração superior.

Brasília, 21 de maio de 2018.

GUSTAVO NABUCO MACHADO
ADVOGADO DA UNIÃO
COORDENADOR-GERAL JURÍDICO DE ASSUNTOS JUDICIAIS E SERVIDORES PÚBLICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400008120201842 e da chave de acesso e251e7d7

Documento assinado eletronicamente por GUSTAVO NABUCO MACHADO-889835871729488432911, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 135290947 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUSTAVO NABUCO MACHADO-889835871729488432911. Data e Hora: 21-05-2018 19:09. Número de Série: 6004668493864937407. Emissor: GUSTAVO NABUCO MACHADO-889835871729488432911.
