

DECLARAÇÃO DE VOTO

Apreciam-se, nesta oportunidade, embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto ao TCU, de lavra da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, em face do Acórdão 992/2019-TCU-Plenário, que rejeitou os embargos de declaração opostos pela Agência Nacional do Cinema (Ancine) contra o Acórdão 721/2019-TCU-Plenário e proferiu os seguintes comandos:

“9.2. determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que, em cumprimento ao Acórdão 4.835/2018-2ª Câmara e ao Acórdão 721/2019-Plenário, a Agência Nacional do Cinema passe a apresentar bimestralmente todas as informações sobre o verdadeiro grau de efetivo atendimento de todos os planos de ação ali exigidos pelo TCU, com a identificação de cada etapa e do nível de cumprimento entre a meta fixada e a meta realizada, entre outros relevantes elementos de convicção, e, assim, a Ancine deve enviar as respectivas informações ao TCU, via relatório bimestral específico, até o 5º (quinto) dia útil nos meses de julho, setembro e novembro de 2019 e nos meses de janeiro, março e maio de 2020, correspondendo a cada bimestre imediatamente anterior;

9.3. determinar, nos termos do art. 157 do RITCU, que, no âmbito do processo de tomada de contas especial a ser autuado em cumprimento ao item 9.7 do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário, a unidade técnica promova a específica citação de João Marcio Silva de Pinho, como especialista em regulação, após o cumprimento da medida assinalada pelo item 9.5 deste Acórdão, por ter se manifestado, no Relatório de Análise de Cumprimento do Objeto (RACO) 0347806, acatando as supostas justificativas apresentadas pela produtora de “À Deriva” sem efetuar qualquer análise consistente, ao ter, basicamente, anuído às meras alegações oferecidas na prestação de contas sem a necessária atenção para a efetiva elucidação das irregularidades, e por ter, assim, contribuído diretamente para o subsequente dano ao erário pela prática do ato omissivo-comissivo, com erro grosseiro e violação ao dever de cuidado, em ofensa ao art. 113 da Lei nº 8.666, de 1993, ao art. 22, VI, da então vigente IN Ancine nº 124, de 2015, e aos arts. 58 e 59 da então vigente IN Ancine nº 125, de 2015;

9.4. determinar, nos termos do art. 157 do RITCU, que, desde já, a unidade técnica promova a audiência dos gestores responsáveis pela prática do ato de imediata suspensão dos acordos no âmbito da Ancine, a partir do Comunicado ao Setor com a informação sobre a decisão de prontamente suspender o andamento dos processos administrativos inerentes acordos para a liberação de recursos públicos em prol dos projetos audiovisuais, em função da infundada alegação de cumprimento ao referido Acórdão 721/2019-Plenário, por configurar a prática do correspondente ato ilegítimo e antieconômico com o subjacente prejuízo à sociedade e ao erário, ante o evidente tumulto causado em desfavor da adequada formulação do regular ambiente de negócios, públicos e privados, no setor audiovisual brasileiro durante o andamento, por exemplo, do Rio2C, além de configurar a grave infração orçamentário-financeira pela indiscriminada prática do ato de imediata suspensão dos acordos no âmbito da Ancine, em frontal dissonância com a prévia definição dos critérios técnicos para o efetivo cumprimento dos planos de ação anunciados pelo Acórdão 721/2019-TCU-Plenário e pelo Acórdão 4.835/2018-2ª Câmara durante o razoável prazo de 12 (doze) meses, além do evidente descompasso, pois, com os princípios administrativos da razoabilidade, da isonomia e da eficiência;

9.5. determinar, nos termos do art. 157 do RITCU, que, no âmbito do processo de tomada de contas especial a ser autuado por força do item 9.7 do Acórdão 721/2019-Plenário, a unidade técnica condicione a realização das citações e das audiências dos responsáveis à referida manifestação conclusiva sobre a apresentação do 2º relatório bimestral emitido pela Ancine para o cumprimento dos respectivos planos de ação, em atendimento ao item 9.2 deste Acórdão, devendo, para tanto, a unidade técnica submeter o seu parecer técnico ao Ministro-Relator, antes de promover a citação ou a audiência dos responsáveis, com a efetiva avaliação, durante os dois primeiros bimestres, sobre os parâmetros para a efetiva apuração do eventual dano ao erário no aludido processo de tomada de contas especial e sobre o grau de aplicação, entre outros, do art. 3º do Decreto n.º 8.282, de 2014, ante o eventual emprego de amostragem nas ações de fiscalização dos projetos audiovisuais e,

indevidamente, nas ações de análise e aprovação das correspondentes prestações de contas dos projetos audiovisuais;

9.6. reiterar a determinação anteriormente proferida pelos itens 9.4 e 9.5 do Acórdão 721/2019-Plenário, rememorando que ali não subsistiria o impedimento para a assinatura de novos acordos, e, assim, fixar o novo prazo de 60 (sessenta) dias, contados da ciência deste Acórdão, para a Agência Nacional do Cinema providenciar a eventual reapresentação dos planos de ação correspondentes ao item 9.4, entre outros, do Acórdão 721/2019, em sintonia com o já anunciado Achado III.3, sem prejuízo do aproveitamento dos planos de ação já eventualmente apresentados ao TCU, com o intuito de promover o efetivo cumprimento das respectivas providências ao longo do subjacente prazo de 12 (doze) meses, e não imediata, açodada e indiscriminadamente como foi promovido pela iniciativa da própria Ancine em flagrante descompasso com o aludido prazo de doze meses então anunciado pelo TCU e com os princípios administrativos da razoabilidade, da isonomia e da eficiência;”

2. Nesta oportunidade, o MPTCU alega, em síntese:
 - 2.1. Contradição da decisão, a qual, após rejeitar os embargos, conferiu-lhes efeitos infringentes para alterar entendimentos e direcionamentos impostos à Ancine;
 - 2.2. Obscuridade do item 9.6 da decisão;
 - 2.3. Inviabilidade jurídica da reforma em prejuízo da recorrente;
 - 2.4. Divergência entre o que fora discutido pelo colegiado e o que restou consignado no acórdão prolatado.

II

3. Antes de analisar os fundamentos apresentados pelo Ministério Público de Contas, em relação aos quais, desde já, manifesto integral concordância, teço breves comentários sobre o conteúdo dos comandos proferidos à Ancine por meio do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário, sobretudo os itens 9.4 e 9.5.

4. Mediante o item 9.4, o Tribunal condicionou a celebração de novos acordos para a destinação de recursos públicos ao setor audiovisual a uma suposta **capacidade de análise** das respectivas prestações de contas, sob pena, inclusive, de “responsabilização pessoal do agente público”, criando, assim, um obstáculo à política pública da Ancine, ao impossibilitar a formação de um juízo objetivo daquilo que a entidade deveria cumprir, elemento inerente e indispensável a esse tipo de deliberação.

5. Na mesma linha, o item 9.5 determinou aos integrantes do Comitê Gestor do FSA, entre eles a Ancine, que só celebrem novos acordos para a destinação de recursos públicos ao setor audiovisual quando dispuserem de condições técnico-financeiro-operacionais para analisar as respectivas prestações de contas e, também, para efetivamente fiscalizar a execução de cada ajuste, reiterando a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público pelas eventuais irregularidades perpetradas.

6. Não discordo, nem poderia, da lógica segundo a qual a celebração de negócios jurídicos por órgão e entidades da administração pública deve ser precedida de capacidade operacional e técnica para formulação, execução e fiscalização desses ajustes. Contudo, destaco que as determinações não podem ser genéricas ao ponto de impedir que o gestor, em observância ao dever de cautela, execute a política pública por receio de ser penalizado por esta Corte.

7. Traçando um paralelo com o Direito Civil, a mesma lógica se verifica na diferenciação entre dever jurídico e obrigação. Enquanto o dever jurídico é um dever a todos impostos, de forma abstrata e *erga omnes*, traduzindo a necessidade de observância de determinado comportamento, a obrigação é um dever jurídico específico e individualizado, incidente sobre pessoas determinadas ou determináveis e decorrente de uma relação jurídica consubstanciada em uma prestação.

8. Observo que as determinações desta Corte devem traduzir a concretização, para o caso, da norma na qual se parametrizam e fundamentam, expedindo providências corretivas a serem adotadas pelos gestores a fim de sanar a irregularidade verificada. Nesse sentido, dispõe a Resolução-TCU 265/2014 que as determinações de adoção de medidas corretivas deverão ser expedidas com prazo definido para cumprimento ou, no caso de situações complexas, acompanhadas de plano de ação com vistas a sanear o problema verificado. Devem ainda ser redigidas de forma clara, precisa e completa, evidenciando “o que” deve ser aperfeiçoado ou corrigido e não “como” fazer.

9. Feitas essas breves considerações, verifico que os comandos contidos nos itens 9.4 e 9.5 da deliberação embargada não proporcionam ao jurisdicionado uma medida concreta a ser adotada, com prazo de implementação, situação que consubstancia os requisitos da omissão e da obscuridade, com a consequente necessidade de modificação da decisão (efeitos infringentes). Da forma como estão redigidos os referidos comandos, fica difícil para o jurisdicionado saber se o Tribunal considerará que as medidas por ele implementadas foram adequadas para garantir a capacidade de análise das prestações de contas pela agência e também a efetiva fiscalização da execução de cada ajuste. Diante dessa imprecisão, dificilmente um gestor dará continuidade à política pública e assumirá o risco de ser pessoalmente responsabilizado.

10. Ademais, conforme expus na declaração de voto de peça 320, entendo que as medidas propostas quanto à apuração de responsabilidades, item 9.7 do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário, seja para fins de multa ou débito, devem ser adotadas somente após análise das informações e argumentos acima mencionados.

11. Em seus processos, o Tribunal exerce tanto o controle objetivo (resolução de determinado problema concreto em exame) quanto o controle subjetivo (responsabilização dos agentes envolvidos). Muitas vezes, mostra-se mais adequado que o controle subjetivo ocorra em momento posterior, seja porque o problema concreto demanda respostas rápidas do Tribunal, o que é incompatível com a análise exaustiva dos argumentos de defesa e da situação particular de cada responsável, seja porque o aprofundamento dos fatos previamente à realização de audiências permite um procedimento de responsabilização com maior grau de esmero, rigor e acurácia.

12. Lembro, em reforço ao entendimento posto, que as alterações promovidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro exigem, na análise da responsabilidade, o exame das circunstâncias e dificuldades reais do gestor, bem como a caracterização do dolo ou erro grosseiro, elementos que poderão ser melhor verificados após o aprofundamento do tema.

13. Observo, ainda, que as medidas tendentes à responsabilização dos gestores partem do pressuposto, não necessariamente aferido, de que os acordos sob exame se equiparam aos convênios, devendo, portanto, serem submetidos aos mesmos procedimentos e controles destes. Assim, reputo ser mais adequado analisar a adoção desse tipo de medida na ocasião do monitoramento das ações constantes dos planos de ação que serão encaminhados ao Tribunal.

14. Nessa ocasião, o Tribunal terá mais elementos aptos a formar um juízo de certeza acerca das premissas que envolvem a celebração e a posterior fiscalização dos acordos para a destinação de recursos públicos ao setor audiovisual.

III

15. Com relação ao primeiro fundamento apresentado pelo MPTCU, verifico a existência de contradição entre a decisão de rejeitar os embargos de declaração opostos pela Ancine em face do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário (item 9.1 do Acórdão 992/2019-TCU-Plenário) e a concomitante proposição das seguintes medidas, as quais promoveram a modificação da decisão embargada:

15.1. Apresentar bimestralmente ao TCU as informações sobre o grau de atendimento de todos os planos de ação que lhe foram anteriormente exigidos (item 9.2 do Acórdão 992/2019-TCU-Plenário), em readequação à determinação contida no item 9.2.2 do Acórdão 721/2019-Plenário;

15.2. Realizar a citação somente de João Márcio Silva de Pinho (item 9.3 do Acórdão 992/2019-TCU-Plenário), em substituição ao aposto no subitem 9.7.2.8 do Acórdão 721/2019-Plenário;

15.3. Promover a audiência dos gestores responsáveis pela suspensão dos acordos no âmbito da Ancine (item 9.4 do Acórdão 992/2019-TCU-Plenário).

16. Por óbvio, a decisão que rejeita os embargos declara a inexistência dos vícios atinentes à espécie recursal, contradição, omissão e obscuridade. Ora, se a decisão não apresenta os mencionados vícios nem tampouco fora reconhecida matéria de ordem pública, não há razão para atribuir-lhes efeitos modificativos, decisão logicamente decorrente do acolhimento dos embargos. Concordo, portanto, com a conclusão do *Parquet* no sentido de que há uma contradição na decisão, consubstanciada na rejeição do recurso com a concomitante propositura de medidas para reformar o acórdão embargado.

IV

17. No tocante ao segundo fundamento dos presentes embargos, o MPTCU alerta para a obscuridade verificada no item 9.6 da decisão embargada, a seguir transcrito:

“9.6. reiterar a determinação anteriormente proferida pelos itens 9.4 e 9.5 do Acórdão 721/2019-Plenário, rememorando que ali não subsistiria o impedimento para a assinatura de novos acordos, e, assim, fixar o novo prazo de 60 (sessenta) dias, contados da ciência deste Acórdão, para a Agência Nacional do Cinema providenciar a eventual reapresentação dos planos de ação correspondentes ao item 9.4, entre outros, do Acórdão 721/2019, em sintonia com o já anunciado Achado III.3, sem prejuízo do aproveitamento dos planos de ação já eventualmente apresentados ao TCU, com o intuito de promover o efetivo cumprimento das respectivas providências ao longo do subjacente prazo de 12 (doze) meses, e não imediata, açodada e indiscriminadamente como foi promovido pela iniciativa da própria Ancine em flagrante descompasso com o aludido prazo de doze meses então anunciado pelo TCU e com os princípios administrativos da razoabilidade, da isonomia e da eficiência;”

18. Conforme expus, as determinações contidas nos itens 9.4 e 9.5 do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário, por serem impropriamente genéricas, criaram uma obrigação de não fazer enquanto perdurar uma situação não definida pela decisão, a intitulada “condição técnico-financeiro-operacional” para análise da prestação de contas e fiscalização da execução dos ajustes celebrados pela autarquia, agravada pela ameaça de responsabilização pessoal do gestor. Essas medidas não apresentam para o gestor um parâmetro concreto, em face do qual possa dar continuidade à política pública do setor audiovisual.

19. Cumpre ressaltar que a realidade da administração pública no âmbito dos convênios e instrumentos congêneres mostra que determinações similares a ora analisada, ao contrário do que foi afirmado no item 9.6 da decisão embargada, impedem sim a celebração de novos ajustes pela Agência.

20. A título de exemplo, menciono a situação verificada no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), exercício de 2013, em que fora constatado um aumento do estoque das prestações de contas, com o passivo de processos pendentes de análise pela entidade anteriores a 2010 alcançado aproximadamente 140 mil processos. Tal situação motivou a expedição de determinação para que o Fundo apresentasse plano de ação com medidas para reduzir esse passivo (Acórdão 7.790/2015-TCU-Primeira Câmara), sem que isso representasse a paralisação das atividades daquela autarquia federal.

21. Caso fosse proferida para o FNDE uma determinação nos moldes daquela contida no item 9.4 do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário, possivelmente haveria paralisação da política pública, o que demonstra a incorreção do entendimento expresso no item 9.6 da decisão embargada.

22. A par dos argumentos expostos, assiste razão ao MPTCU quando menciona a necessidade de esclarecimento do item 9.6 da decisão embargada.

V

23. Com relação à inviabilidade jurídica da reforma em prejuízo, em face do efeito devolutivo, decorrência natural da incidência do princípio dispositivo nos recursos, o julgador, ressalvadas as questões de ordem pública, fica adstrito a conhecer e apreciar apenas a matéria impugnada, objeto do recurso, podendo somente beneficiar o recorrente, nunca o prejudicar.

24. Dito de outro modo, como o julgador só pode se manifestar em sede recursal quando provocado e na medida dessa provocação, a decisão proferida não pode agravar a situação do embargante.

25. Nesse mesmo sentido foi a conclusão do MPTCU, para quem os embargos não poderiam ter acarretado gravame à embargante, como ocorreu na decisão embargada, na qual, além de novas determinações à Ancine, ordenou-se a audiência de seus gestores.

VI

26. Por fim, e mais grave, resalto que a decisão embargada não refletiu o que fora discutido pelo colegiado e, ao fim, decidido naquela ocasião.

27. Conforme demonstram as notas taquigráficas acostadas aos embargos opostos pelo MPTCU, me manifestei no plenário pelo acolhimento do recurso, com a consequente supressão das determinações que impediam a celebração de novos ajustes (itens 9.4 e 9.5 do Acórdão 721/2019-TCU-Plenário).

28. Naquela oportunidade, o relator afirmou que o mencionado item 9.4 havia sido construído em conjunto com a Ancine, informação contraditória com os próprios argumentos apresentados pela autarquia nas suas razões recursais (peça 270), em que ela questiona o alcance das expressões “celebrarem novos acordos” e “quantidade de convênios e instrumentos congêneres”.

29. O Ministro Raimundo Carreiro sugeriu, ainda, em substituição à determinação consignada no item 9.4, conceder à Ancine prazo para que apresentasse ao Tribunal “as condições necessárias para a formação de novos convênios”, argumento acatado pelo Relator durante a fase de discussão, mas não observado na decisão, Acórdão 992/2019-TCU-Plenário.

30. Ao fim, o Ministro Weder de Oliveira propôs a junção das determinações contidas nos itens 9.4 e 9.5, concedendo à Ancine o prazo de 12 meses, seguido de um plano de ação, para que fossem compatibilizados os convênios com a capacidade operacional da autarquia, argumento que, segundo o Relator, também seria acolhido pela decisão.

31. Conforme ressaltou o MPTCU, conquanto o Relator tenha expressamente consignado que sua proposta de deliberação contemplaria as mencionadas sugestões, o acórdão foi proferido em colisão com o que foi debatido.

VII

32. Em face do exposto, Voto no sentido de que este Plenário acolha os presentes embargos declaratórios, conferindo-lhes efeitos infringentes de forma a acolher os embargos de declaração opostos anteriormente pela Ancine em face Acórdão 721/2019-TCU-Plenário, conferindo-lhes também efeitos infringentes para tornar insubsistentes as determinações contidas nos itens 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão 721/2019-Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de junho de 2019.

BRUNO DANTAS



Redator