



Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2º grau)

O documento a seguir foi juntado aos autos do processo de número 1001539-91.2015.4.01.0000 em 02/10/2015 12:41:57 e assinado por:

- MARIA DE FATIMA ANDRADE NOLTE

Consulte este documento em:

<http://pje2g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

usando o código: **1510021241165470000000056019**

ID do documento: **56148**



1510021241165470000000056019

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Propeg Comunicação S/A contra decisão que indeferiu o pedido de liminar que objetivava a convocação da empresa, ora agravante, para assinatura de contrato nas mesmas condições da agência que não teve seu contrato renovado ou, sucessivamente, a imediata suspensão da execução de todos os contratos atualmente em curso em decorrência do Edital de Concorrência 5338/2012-CEL/MZ.

Esclarece a agravante que a referida concorrência objetivava a contratação de 4 (quatro) empresas especializadas (agências de propaganda) para a prestação de serviços de publicidade para a Caixa Econômica Federal - CAIXA. O procedimento licitatório seguiu o seu curso normal, com a respectiva homologação, adjudicação do objeto às agências vencedoras (Borghí Lowe Propaganda e Marketing Ltda., Heads Propaganda Ltda., Nova S/B Comunicação Ltda. e Artplan Comunicação S.A.) e assinatura dos contratos adjacentes.

Ocorre que, transcorridos 2 (dois) anos de vigência e plena execução dos contratos pelas 4 (quatro) agências referidas, no mês de abril do ano corrente houve a renovação dos contratos, por mais um ano, de apenas três agências, a saber: Heads Propaganda Ltda., Nova S/B Comunicação Ltda. e Artplan Comunicação S.A. O contrato com a agência Borghí Lowe Propaganda e Marketing Ltda., todavia, não teria sido renovado, conforme amplamente divulgado na mídia.

Sustenta a recorrente que ao tomar conhecimento da não renovação do contrato com a referida agência, enviou correspondência à CAIXA pleiteando a aplicação das leis de regência (Lei 12.232/2010 e Lei 8.666/93), requerendo a sua convocação para assinar o contrato na condição de quinta colocada.

Diz ainda que a Caixa Econômica Federal, por meio da Gerência de Filial de Logística em Brasília (GILOG/BR), expediu o Ofício 11-0672/2015 – GILOG/BR, em 24 de julho de 2015, por meio do qual indeferiu o pleito da empresa, ora agravante, sob o fundamento de que o pedido não atendia à conveniência da Administração.

Requer a agravante a antecipação da tutela recursal e, no mérito, o provimento do agravo.

A CAIXA, às fls. 299/309, apresentou resposta ao agravo de instrumento, sustentando a inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da agravante, uma vez que o número de quatro empresas definido inicialmente na regra editalícia vinculou o administrador apenas e tão somente no momento da deflagração do procedimento licitatório. Além do que, a decisão acerca da não prorrogação do contrato decorreu do poder discricionário do administrador, cuja base são os princípios constitucionais pertinentes à Administração Pública.

Às fls. 313/314, proferi despacho, no qual determinei que a agravante fizesse prova bastante de que a agência Borghí Lowe tinha sido, de fato, definitivamente excluída do contrato administrativo objeto da presente demanda.

A agravante peticionou nos autos (fls. 319/325) informando ser fato certo e incontroverso que a agência Borghí Lowe fora excluída do contrato.

Às fls. 328/331 proferi despacho determinando a intimação da CAIXA para que esclarecesse de forma clara e inequívoca em que condições encontrava-se o contrato firmado com a agência Borghí Lowe, mais especificamente que esclarecesse se houve afastamento definitivo ou meramente provisório da referida agência.

A CAIXA informou, por meio da petição de fls. 334, que “a Borghí Lowe definitivamente não presta mais serviços à CAIXA, inexistindo qualquer vínculo com tal empresa”.

Após o relatório, decido.

Na decisão por mim proferida, às fls. 313/315 destes autos, esclareci que o administrador vincula-se ao próprio instrumento editalício, assim como às decisões por ele tomadas e aos motivos que as subsidiaram (Teoria dos Motivos Determinantes). Assim, quando a Administração resolveu, por expressa disposição do edital, selecionar 4 (quatro) empresas, certificou também para o futuro que esse era o número que considerava adequado no regime de contratação submetido à disputa. Confirmam-se os fundamentos por mim adotados no referido decisum (cito):

(...) Em primeiro lugar, não obstante os dispositivos do edital (itens 22.4, 27.4, 27.4.1, 27.5 – fls. 145/148 dos autos digitais) se utilizem do verbo “poderá”, é sabido que, em Direito Administrativo, “poder” é sempre, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, “poder-dever”. Em outras palavras, o Administrador nunca desenvolve o seu mister absolutamente livre de qualquer pressuposto ou requisito legal.

No caso presente, vincula-se o administrador ao próprio instrumento editalício, assim como se apresenta vinculado às decisões por ele tomadas e aos motivos que as subsidiaram (Teoria dos Motivos Determinantes).

Com efeito, os dispositivos do edital não podem ser interpretados isoladamente, sob pena de carecerem de sentido lógico.

Assim, quando a Administração resolveu, por expressa disposição do edital, selecionar 4 (quatro) empresas, certificou também para o futuro que esse era o número que considerava adequado no regime de contratação submetido à disputa.

Não há dúvida, portanto, de que onde se registra a possibilidade de contratação das demais empresas classificadas — em caso de exclusão de uma das quatro contratadas —, obviamente, deve-se ler que a Administração tenha a obrigação de contratar novo parceiro para, sempre e sempre, manter o número inicial por ela mesma (Administração) considerado ideal.

Além disso, bem examinados os fatos, colhe razão à agravante quando afirma que os dispositivos referidos na decisão agravada que dariam suporte a eventual discricionariedade da Administração, na verdade, não têm aplicação ao caso. Com efeito, o item 27.5 (fls. 148 dos autos digitais) só se aplicaria aos casos em que a Administração, por “conveniência e oportunidade”, resolvesse excluir um dos licitantes. De fato, como ficou comprovado nos autos (fls. 280 dos autos digitais), a empresa afastada do rol de contratadas pela agravada não o foi propriamente por ato discricionário da Administração, mas por estar sendo investigada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal.

Além do mais, ressalta anotar que da conclusão de que deva ser admitida nova agência no contrato administrativo só poderá resultar benefícios para a Administração, que disporá de mais uma empresa para disputar os contratos de propaganda que eventualmente queira submeter ao mercado.

Aliás, deve-se dizer que sequer a Administração estará obrigada, ao final, a firmar com a agravante qualquer dos futuros contratos, uma vez que o atual regime de contratação de agências de Marketing e Propaganda apenas conforma o grupo de empresas que disputarão, mediante procedimento de seleção interna entre as contratadas, os futuros negócios de propaganda, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º, § 4º, da Lei 12.232/10 (cito):

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a

distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

(...)

§ 4º Para a execução das ações de comunicação publicitária realizadas no âmbito dos contratos decorrentes das licitações previstas no § 3º deste artigo, o órgão ou a entidade deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial (...)

Dessa maneira, conforme já esclarecido, não há dúvida de que onde se registra a possibilidade de contratação das demais empresas classificadas — em caso de exclusão de uma das quatro contratadas —, obviamente, deve-se ler que a Administração tem a obrigação de contratar novo parceiro para, sempre e sempre, manter o número inicial por ela mesma (Administração) considerado ideal.

Além disso, bem examinados os fatos, colhe razão à agravante quando afirma que os dispositivos referidos na decisão agravada que dariam suporte a eventual discricionariedade da Administração, na verdade, não têm aplicação ao caso. Com efeito, o item 27.5 (fls. 148 dos autos digitais) só se aplicaria aos casos em que a Administração, por “conveniência e oportunidade”, resolvesse excluir um dos licitantes. De fato, como ficou comprovado nos autos (fls. 280 dos autos digitais), a empresa afastada do rol de contratadas pela agravada não o foi propriamente por ato discricionário da Administração, mas por estar sendo investigada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal. Além disso, como confirmado pela própria agravada às fls. 334 (autos digitais), a agência BORGHI LOWE definitivamente não presta mais serviços à CAIXA, inexistindo qualquer vínculo com tal empresa.

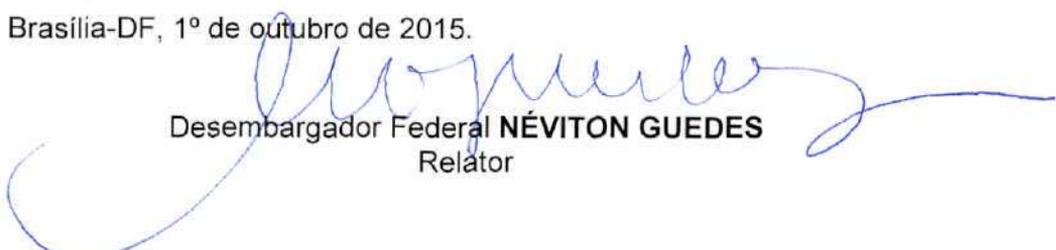
Como se vê, diante da informação da própria CAIXA afirmando que a referida agência não tem mais qualquer vínculo com a empresa pública, ficou demonstrada a fumaça do bom direito, essencial para o deferimento da medida de urgência requerida.

Por sua vez, o perigo da demora consiste no fato de a agência agravante estar sendo tolhida do direito de uso da verba a que faria jus se estivesse executando os seus contratos, além do que os recursos orçamentários disponíveis para a quarta agência estão sendo direcionados para as três agências remanescentes.

Tudo considerado, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL para determinar, por ora, a convocação da agência Propeg Comunicação S/A, aqui agravante, para substituir, no contrato referente ao Edital de Concorrência 5338/2012-CEL/MZ, a agência Borghi Lowe, que não teve renovação contratual, até o julgamento do presente agravo, ou até que seja proferida decisão no feito principal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília-DF, 1º de outubro de 2015.


Desembargador Federal **NÉVITON GUEDES**
Relátor