

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5004553-02.2013.404.0000/RS

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

AGRAVANTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

AGRAVADO : ANTONIO PANI BEIRIZ

ADVOGADO : ANTONIO PANI BEIRIZ

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO : JORGE FONTES HEREDA

ADVOGADO : MARCOS DE BORBA KAFRUNI

INTERESSADO : SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA

ADVOGADO : DIOGENES MELLO PIMENTEL NETO

INTERESSADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DECISÃO

Relatório:

Este agravo de instrumento foi interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (Caixa) contra decisão proferida pelo juiz federal Altair Antonio Gregório, que deferiu liminar (evento 40 do processo originário) na ação popular 5065814-42.2012.404.7100 para esta finalidade:

*Ante o exposto, **defiro o pedido de liminar** para o fim de determinar a suspensão imediata dos pagamentos ainda pendentes em favor do demandado Sport Club Corinthians Paulista pela Caixa Econômica Federal, relativos ao Contrato de Patrocínio firmado entre as partes e objeto da presente ação. O descumprimento da presente decisão implicará pagamento de multa diária pela CEF no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).*

A Caixa pede o provimento do agravo de instrumento e a antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a liminar deferida na ação popular, '*para que o contrato sub judice possa continuar sendo executado até o trânsito em julgado da decisão final*'.

A Caixa alega em sua petição de recurso que a decisão agravada deve ser reformada por estes motivos, em resumo: **(a)** o juízo de origem avançou sobre o mérito da ação, o que não seria próprio das liminares; **(b)** o contrato de patrocínio discutido não se confunde com a publicidade oficial de órgãos públicos de que trata o artigo 37-§ 1º da Constituição; **(c)** a Caixa é pessoa jurídica de direito privado e instituição financeira exploradora de atividade econômica, estando por isso sujeita ao mesmo tratamento das demais instituições

financeiras privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, conforme disposto no artigo 173-§ 1º-II da Constituição; **(d)** a liminar proferida quebra o princípio da livre concorrência do artigo 170-IV da Constituição ao não reconhecer o direito da Caixa utilizar a ferramenta de propaganda através do patrocínio de determinado clube de futebol; **(e)** o patrocínio deve ser discutido no contexto da prestação de serviços bancários de qualquer natureza (artigo 5º-II do Estatuto da Caixa), não se confundindo com aquela publicidade de caráter educativo, informativo ou de orientação social de que trata o artigo 37-§ 1º da Constituição, e por isso não existindo óbice para que a Caixa patrocinasse para aquela finalidade, concorrendo no mercado empresarial em que atua, como inclusive fez em diversas outras ocasiões quando realizou campanhas publicitárias como, por exemplo, a campanha '*Vem pra Caixa Você Também*'; **(f)** o patrocínio ao clube de futebol não é capricho institucional, mas se insere em sua estratégia de atuação em mercado competitivo e, por isso, não se insere nas restrições do artigo 37-§ 1º da Constituição; **(g)** embora a Caixa seja prestadora de alguns serviços tipicamente públicos, há muito explora atividade bancária e nessa condição lhe é livre o exercício dessa atividade, na forma dos artigos 170 e 173 da Constituição; **(h)** '*a Caixa resistiu à apresentação de documentação relativa ao contrato em razão do sigilo comercial que permeia a estratégia concorrencial existente entre as instituições financeiras*', mas '*diante da decisão liminar que determinou a suspensão imediata dos pagamentos em favor do Sport Clube Corinthians, a Caixa apresentou a íntegra do processo administrativo relativo ao contrato de patrocínio, mesmo tendo a decisão agravada postergado o exame desse ponto*'; **(i)** '*da documentação juntada pela Caixa, fica óbvio que o contrato de patrocínio em questão, ao contrário de causar qualquer tipo de lesão ao patrimônio da Caixa, é extremamente vantajoso para a mesma e acarretará aumento significativo do seu lucro*', tanto que '*conforme pesquisa realizada por empresa especializada (evento 53, OUT54 do processo de origem), apenas entre 19/11/2013 e 31/12/2013 a Caixa teve um retorno financeiro exclusivamente de exposição nas mídias televisão e jornal nesse período avaliado em R\$ 23.839.653,50, correspondente a nove horas de exposição em televisão e cinco páginas de exposição em jornal*'; **(j)** é equivocada a afirmação do juízo de origem de que a Caixa seria instituição tipicamente nacional e não teria retorno comercial com a visibilidade internacional obtida por ocasião da disputa do campeonato mundial, afirmando a Caixa no agravo que '*a Caixa possui escritório no Japão, onde foi disputado e ganhou o campeonato mundial de futebol pelo Corinthians e onde moram milhares de brasileiros. Além disso, é evidente que, embora os jogos tenham sido realizados no outro lado do planeta, milhões de telespectadores (potenciais clientes) assistiram as partidas pela televisão no Brasil*'; **(k)** existe distinção entre a destinação das receitas de loterias, onde os patrocínios da Caixa se voltam para o esporte amador, e as demais receitas da Caixa enquanto banco comercial, onde deve utilizar seus recursos como banco comercial, inclusive ali podendo patrocinar o esporte futebol, como alguns clubes de futebol do campeonato brasileiro das séries A e B; **(l)** a escolha do Corinthians como destinatário do patrocínio da Caixa considerou avaliação prévia feita pela

Caixa sob o ponto de vista do retorno (contrapartidas) econômico e financeiro do contrato para a instituição financeira, sendo que o valor menor ou maior do patrocínio decorre do retorno menor ou maior proporcionado pelo patrocinado, não lesando a boa-fé esportiva do torcedor brasileiro e estando plenamente justificada a diferença dos valores por essa relação de custo (investimento) e benefício (retorno financeiro); **(m)** as rotinas administrativas e o quadro técnico da Caixa afastam qualquer tipo de favorecimento ou adoção de outro critério que não fosse pautado pela legalidade, pela legitimidade e pela ausência de lesão ao patrimônio público federal, sem descuidar da lei de mercado consubstanciada no binômio custo e benefício; **(n)** o patrocínio é uma espécie contratual atípica e o Tribunal de Contas da União entende que nesse caso é inexigível licitação, conforme por exemplo sua Decisão 855/1997 e o Acórdão 304/2007 do TCU; **(o)** não há periculum in mora capaz de justificar a liminar porque *'o Corinthians tem patrimônio mais do que suficiente para viabilizar eventual futura decisão judicial transitada em julgado condenando-o a devolver as quantias recebidas pela Caixa'*, sendo que *'Ademais, há efetiva prestação de serviço, eis que há exibição da marca Caixa'*; **(p)** *'seria inconcebível que somente a Caixa, dentre todas as instituições financeiras, não pudesse utilizar tal forma de investimento em marketing'*.

Relatei. Decido.

Fundamentação:

Este agravo de instrumento ataca liminar deferida em ação popular.

Em resumo, nesta ação popular se discute se a Caixa Econômica Federal (Caixa), empresa pública federal, poderia celebrar contrato de patrocínio e destinar o valor de R\$ 31.000.000,00 ao longo de um ano apenas para o Sport Club Corinthians Paulista (Coríntias), um dos mais valiosos clubes de futebol profissional e com uma das maiores torcidas do Brasil, passando a ser o patrocinador principal apenas deste clube.

Embora estejamos ainda na fase inicial da ação e o recurso diga respeito apenas à medida liminar que foi deferida, não há como deixar de antecipar um exame do mérito quanto às questões discutidas no processo. É que um dos requisitos da tutela liminar envolve a presença da fumaça do bom direito em favor de uma das partes e tanto o juízo de origem quanto este relator não podem se furtar a esse exame, ainda que feito em cognição sumária e dependente de aprofundamento das questões de mérito a partir da resposta dos réus e instrução do processo.

Para decidir se a medida liminar deferida pelo juízo de origem deve ser mantida, alterada ou reformada, este relator entende necessário abordar e responder algumas questões que serão aprofundadas ao longo do processo (mérito), mas que agora se mostram imprescindíveis examinar para decidir o

encaminhamento a ser dado ao pedido de antecipação de tutela recursal (fumaça do bom direito).

Estas questões são as seguintes, na ordem em que serão examinadas nesta decisão:

(1º) Quais são o ato impugnado e a controvérsia existente?

(2º) Pode o Judiciário se imiscuir nesse contrato para resolver essa controvérsia?

(3º) Pode a Caixa fazer publicidade fora dos limites do artigo 37-§ 1º da Constituição?

(4º) Permite o artigo 173-§ 1º da Constituição que a Caixa faça publicidade como os demais bancos comerciais?

(5º) Qual é o estatuto jurídico que rege e limita a publicidade comercial da Caixa?

(6º) O contrato para que a Caixa seja principal patrocinadora do clube Coríntias satisfaz as exigências e os princípios do artigo 37-caput da Constituição (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência), principalmente quando o mesmo patrocínio não é estendido a outros clubes de futebol profissional do Brasil e quando se consideram as circunstâncias concretas em que este negócio foi celebrado?

(7º) Está confirmado o que foi dito pelo juízo de origem quanto à existência de fumaça do bom direito na pretensão popular deduzida contra a Caixa, principalmente quanto à ocorrência dos motivos de vício do ato impugnado mencionados no artigo 2º da Lei 4.717/65 (ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade)?

(8º) Está confirmado também o que foi dito quanto à existência do risco da demora que justificou o deferimento da liminar pelo juízo de origem?

(9º) Existe relevância jurídica capaz de infirmar a liminar em algum dos pontos apontados na petição de recurso pela Caixa?

Passo ao exame destas questões, considerando o que consta deste instrumento de agravo e, principalmente, do que consta dos autos do processo originário, que está disponível para acesso eletrônico por este julgador e pelas partes.

(1º) Qual é o ato impugnado? Qual é a controvérsia?

O ato impugnado é o '*contrato de patrocínio ao projeto Sport Club Corinthians Paulista, que entre si celebram, de um lado, a Caixa Econômica Federal e, de outro, Sport Club Corinthians Paulista*'.

Esse contrato foi assinado em 23 de novembro de 2012, disciplinando os direitos e obrigações entre as partes quanto ao patrocínio, com vigência entre 23/11/2012 e 31/12/2013. Consta dos autos da ação popular (PROCADM26 e PROCADM27 do evento 53).

Para o patrocínio, prevê que a Caixa pagará ao Coríntias a quantia de R\$ 31.000.000,00, em 13 parcelas, sendo a primeira delas de R\$ 1.000.000,00 em 2012, e as 12 seguintes de R\$ 2.500.000,00, mensalmente, a partir de janeiro de 2013 até o final do contrato.

Em troca desses pagamentos (patrocínio), o Coríntias garantirá à Caixa as contrapartidas previstas no anexo I do contrato (página 1 do PROCADM28 do evento 53 da ação popular):

DESCRIÇÃO DAS CONTRAPARTIDAS:

- Estampa da marca CAIXA na camisa oficial do time localizadas no peito e costas e na camisa de treino;

- Back Drop de imprensa;

-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-

(Inicialmente havia transcrito aqui todas as contrapartidas previstas no contrato, que constam na página 1 do PROADM28 do evento 53 da ação popular. Entretanto, considerando que a Caixa alega que a divulgação de todas essas informações poderia prejudicar sua estratégia negocial, considerando que o documento foi juntado em regime de sigilo pela Caixa nos autos da ação ordinária, e considerando que caberá ao juiz da causa decidir se mantém ou levanta aquele sigilo, estou suprimindo nesta decisão a transcrição integral e literal das demais contrapartidas acertadas no contrato, evitando que a eventual divulgação dos termos integrais desta decisão - que é pública porque públicos são os atos processuais - possa eventualmente contrariar o que venha a decidir o juiz da causa sobre a questão relacionada ao sigilo quanto aos documentos que instruem e acompanham a petição da Caixa do evento 53. Isso não prejudica a compreensão desta decisão, porque as partes e demais julgadores que tenham de controlar esta decisão poderão ter acesso à íntegra das referidas contrapartidas no

anexo I do contrato de patrocínio, que consta da página 1 do PROCADM28 do evento 53 da ação popular)

Quanto à tramitação dos procedimentos internos na Caixa, a documentação não havia sido apresentada ao juízo de origem, que não dispunha dessas informações e desses documentos quando do exame da liminar. Somente após o deferimento da liminar é que a Caixa apresentou dita documentação nos autos da ação popular (evento 53 e seus anexos), de onde destaco:

(a) termo de abertura de processo e de volume, datado de 17 de dezembro de 2012, pelo qual é dito que *'abrimos o presente Processo, Gestão Operacional, para acompanhamento da GICOM/SP'*, tendo por objeto patrocínio ao Coríntias (pág. 1 do PROCADM2 do evento 53);

(b) modelo para proposta de patrocínio, apresentado pelo Coríntias à Caixa, onde descreve o objeto e as condições da proposta de patrocínio, datado de **23 de novembro de 2012** (págs. 2-4 do PROCADM2 do evento 53);

(c) parecer do setor de marketing da Caixa, datado de **13 de novembro de 2013**, em que examina contexto, proposta, justificativas, aderência à estratégia e previsão orçamentária, submetendo à apreciação do colegiado da Caixa a proposta de aquisição de cota master de patrocínio ao Coríntias, com voto favorável daquele parecer (PROCADM17 e PROCADM16 do evento 53);

(d) Resolução do Conselho Diretor da Caixa 6201/2012#30, datada de **13 de novembro de 2012**, em que o Conselho Diretor da Caixa aprovou, na reunião de 13 de novembro de 2012, a aquisição daquela cota master de patrocínio, nas condições em que constaram do contrato assinado (págs. 4-5 do PROCADM18 do evento 53);

(e) ofício 92/2012/GEPRO, datado de **14 de novembro de 2012**, em que a Caixa solicita ao Secretario Executivo da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República autorizar o patrocínio ao projeto do Coríntias, mencionando que *'trata-se da oportunidade de estreitar relacionamentos com 14 milhões de paulistas que se declararam corintianos e ainda outros 11 milhões de torcedores espalhados pelo país, além de associar a marca CAIXA a uma mensagem de dinamismo e agilidade, relacionada à emoção e à paixão representada pelo futebol'* (pág. 4 do PROCADM19 do evento 53);

(f) parecer do departamento jurídico da Caixa, datado de **16 de novembro de 2012**, em que se manifesta sobre a natureza do patrocínio, os precedentes do Tribunal de Contas da União, os resultados a serem alcançados com patrocínio, a minuta de contrato analisada, concluindo que *'15. Lançadas as considerações acima, inexistem óbices à contratação que se pretende realizar'* (PROCADM22 e PROCADM23 do evento 53);

(g) contrato firmado entre Caixa e Coríntias, ato impugnado na ação popular, cujas condições já foram acima referidas, assinado em **23 de novembro de 2012** (PROCADM26 e PROCADM27 do evento 53);

(h) três recibos de pagamento passados pelo Coríntias em favor da Caixa, dando conta do recebimento de R\$ 1.000.000,00 em 13 de dezembro de 2012 (pág. 4 do PROCADM47 do evento 53), de R\$ 2.500.000,00 em 17 de janeiro de 2013 (pág. 5 do PROCADM47 do evento 53), e de R\$ 2.500.000,00 em 4 de fevereiro de 2013 (pág. 1 do PROCADM50 do evento 53);

(i) resumo de exposição de estudo encomendada pela Caixa à Informídia Pesquisas Esportivas, quanto ao período de 24 de novembro a 16 de dezembro de 2012, medindo a exposição da Caixa em quatro partidas do Coríntias (duas pelo Brasileirão e duas pelo Mundial de Clubes) (OUT52 do evento 53);

(j) resumo de estudo encomendado pela Caixa à Informídia Pesquisas Esportivas, datado de 03 de janeiro de 2013, com projeção do espaço ocupado na mídia com exposição da Caixa no ano de 2013 (OUT53 do evento 53);

(k) relatório de visibilidade em marketing esportivo, encomendado pela Caixa à Informídia Pesquisas Esportivas, no período de 19 de novembro a 31 de dezembro de 2012, com resumo geral da exposição em TV e jornal quanto ao patrocínio ao Coríntias (OUT54 do evento 53);

(l) uma série de tabelas e gráficos soltos, com índices de audiência de clubes de futebol na Rede Globo e na Rede Bandeirantes em 2012, sem indicação precisa da fonte, de metodologia e da data em que foram produzidas essas informações (OUT55 do evento 53).

O que se discute na ação popular é se este contrato de patrocínio firmado pela Caixa apenas com o Coríntias, que beneficiará apenas ao clube do Coríntias com o valor de patrocínio publicitário de R\$ 31.000.000,00 ao longo de 2013, seria passível de anulação por lesividade ao patrimônio público, na forma posta na petição inicial do autor popular e ratificada pelo parecer do Ministério Público Federal.

O juízo de origem, após assegurar defesa preliminar aos réus, entendeu que existiam razoáveis e suficientes indícios de lesividade ao patrimônio público, que justificariam o deferimento da medida liminar que deferiu para suspender quaisquer pagamentos feitos pela Caixa ao Coríntias.

Contra essa decisão liminar é que a Caixa se volta neste agravo de instrumento, cabendo a este relator agora examinar os argumentos deduzidos

pelas partes, especialmente aqueles que dizem respeito com os artigos 37 e 173 da Constituição, o que passa a ser feito.

(2º) Pode o Judiciário se imiscuir nesse contrato?

Em princípio, parece que o juiz não pode fazer as opções discricionárias pelo administrador e não pode substituir as opções de conveniência e oportunidade que são próprias da administração e da gestão. Os Poderes são independentes e devem ser harmônicos (artigo 2º da Constituição).

Mas a Constituição também diz que nenhuma lesão ou ameaça a direito ficará sem proteção (artigo 5º-XXXV), e também estabelece alguns princípios e regras que devem orientar as escolhas do administrador e do gestor da coisa pública (artigos 37 e 173).

Combinadas essas duas condições, não há como se negar que o juiz deve não apenas controlar os aspectos formais do ato administrativo, mas também poderá perquirir questões de mérito da própria escolha feita pelo gestor ou pelo administrador quando isso desborde daquilo que foi constitucionalizado como regra de ordem cogente e imperativa para o gestor público.

Portanto, ainda que se reconheça existirem muitas vezes zonas cinzentas, em que gestores e juízes possam ter dúvidas se é ou não legítima (e em até que ponto é legítima) a atuação judicial, quer me parecer que no caso concreto não se está em zona cinzenta porque é nítida a possibilidade do Judiciário controlar o ato administrativo impugnado nesta ação popular, caso esse ato venha a contrariar princípios constitucionais e regras legais cogentes e vinculantes para a Caixa.

Talvez se estivéssemos discutindo se era ou não legítimo que a Caixa patrocinasse o futebol profissional em detrimento do atletismo amador, ou o vôlei em detrimento da natação, ou a série A do Brasileirão em detrimento da série B, se pudesse ter alguma dúvida se estaríamos ou não em zona cinzenta de conflito entre juízes e gestores. A Caixa deve patrocinar os Jogos Olímpicos ou deve patrocinar apenas os Jogos Paraolímpicos? A Caixa deve patrocinar a seleção de vôlei feminino ou a seleção de basquete masculino? A Caixa deve patrocinar as modalidades de atletismo ou deve destinar seus recursos publicitários à natação olímpica ou ao judô? Se a discussão fosse essa, talvez se pudessem acolher os argumentos contra a liminar, no sentido de dizer que o juiz não poderia ter invadido área discricionária, reservada à atuação administrativa baseada em conveniência e oportunidade.

Mas não é disso que a ação popular trata. A questão é muito mais definida, porque o que está em discussão é se a Caixa pode escolher, dentre tantos clubes brasileiros de futebol profissional e em detrimento de todos os demais clubes e em detrimento de todas as demais modalidades esportivas,

apenas um clube para estampar seu nome e seu peso institucional ('Caixa') na camiseta desse clube?

A questão é saber se a Caixa pode dar-se ao luxo de ter o privilégio de estampar seu nome (e pagar por isso 31 milhões apenas a um clube brasileiro) na frente e nas costas da camiseta do time de futebol brasileiro que seria o mais rico e teria uma das maiores torcidas do Brasil?

A questão é saber se a Caixa pode escolher ser o patrocinador master do Corinthians, pagando 31 milhões de reais para que apareçam cinco letras ('CAIXA') nas costas e na frente da sagrada camiseta de determinado time de futebol profissional?

Fossem diferentes as circunstâncias daquelas que começam a ser apontadas nos autos da ação popular, talvez me inclinasse por entender que essas questões não fossem sindicáveis no âmbito judiciário e estivessem incluídas naquela espécie de coisas que chamamos de assuntos de gestão, opções de administração, atos de discricionariedade, negócios de estado, aos quais nem o Judiciário nem o cidadão comum podem se imiscuir nem tentar controlar senão pelo voto popular nas eleições periodicamente realizadas para escolher governantes e legisladores, e preencher os cargos políticos da nossa República Federativa do Brasil.

Mas as circunstâncias do caso concreto não são diferentes daquelas que o juízo de origem intuiu, as quais agora começam a ser apuradas na ação popular, especialmente a partir dos documentos trazidos pela Caixa no evento 53 do processo originário (e também por aqueles outros tantos documentos que deixou de trazer). Por isso, não tenho dúvida, enquanto relator desse agravo de instrumento, que o ato administrativo impugnado não é totalmente livre para a Caixa e está submetido aos princípios constitucionais dos artigos 37 e 173 da Constituição e ao que a legislação infraconstitucional estabelece como estatuto de atuação da Caixa Econômica Federal, enquanto empresa pública.

Portanto, perguntado se pode o Judiciário se imiscuir no contrato de patrocínio firmado entre Caixa e Corinthians, a resposta deste relator é: *'Sim, o Judiciário pode examinar, controlar e interferir no contrato de patrocínio firmado entre a Caixa e o Corinthians, inclusive reconhecendo sua invalidade e cassando seus efeitos caso existam motivos jurídicos, constitucionais ou legais que a isso autorizem'*.

(3º) Pode a Caixa fazer publicidade fora dos limites do artigo 37-§ 1º da Constituição?

O artigo 37-§ 1º da Constituição estabelece que *'a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo*

constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos'.

O juízo de origem, acompanhando o parecer do Ministério Público Federal, entendeu que o contrato de patrocínio feito pela Caixa com o Coríntias teria violado essa regra constitucional e por isso seria inválido.

Entretanto, não os acompanho nessa conclusão porque será preciso distinguir como se dá a atuação da Caixa naquilo que está sendo objeto de publicidade.

Se a Caixa está fazendo propaganda de serviços públicos ou programas públicos que realize, como acontece com o FGTS, com as loterias, com a habitação popular, com o programa de crédito estudantil, com o penhor, entre outras tantas atribuições que detém (geralmente com primazia ou monopólio em relação a outras instituições financeiras), a regra do artigo 37-§ 1º da Constituição se aplica e a única publicidade que pode ser feita (e paga pelo dinheiro da Caixa) é aquela que tenha caráter educativo, informativo ou de orientação social.

Entretanto, se a Caixa está oferecendo serviços bancários e procurando arregimentar clientes para suas agências, se está oferecendo produtos e serviços que quaisquer outros bancos comerciais ou instituições financeiras oferecem, parece que não se está diante da restrição posta no artigo 37-§ 1º da Constituição. Essa norma então cede passagem ao dispositivo também cogente do artigo 173-§ 1º-II da Constituição, que sujeita sua atuação ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações comerciais (aí incluída a publicidade de sua imagem e a propaganda de seus produtos). Por exemplo, a Caixa pode fazer uma campanha publicitária para chamar seus clientes, estimulando-os a tornarem-se clientes, como na exitosa campanha *'vem pra Caixa você também'*. Pode oferecer seus cartões de crédito, seus seguros, seus serviços bancários, a abertura de contas, o crédito comercial, e tantas outras operações bancárias corriqueiras, que também são oferecidas por outros bancos comerciais.

Na primeira modalidade, a publicidade está limitada pelo artigo 37-§ 1º da Constituição (Caixa prestando serviço público como agente público), enquanto na segunda modalidade a publicidade em princípio não se submete àquelas restrições (Caixa oferecendo serviços bancários como banco comercial).

Portanto, se perguntado se a Caixa pode fazer publicidade fora dos limites do artigo 37-§ 1º da Constituição, a resposta deste relator vai ser cautelosa: ***'Depende do que a Caixa estiver anunciando. Se estiver anunciando serviços públicos que oferece ou presta como agente público, não pode fugir do artigo 37-§ 1º da Constituição, porque estará submetida àquelas restrições e sua publicidade somente será lícita quando tiver caráter educativo, informativo ou***

de orientação social, e ainda não fazer promoção pessoal de autoridades ou servidores. Mas se estiver oferecendo serviços bancários comuns às demais instituições financeiras, não estará submetida ao artigo 37-§ 1º, mas ao disposto no artigo 173-§ 1º-II da Constituição. Entretanto, convém antecipar: ainda nessa condição não se poderá dizer que a publicidade é livre para a Caixa como seria às demais empresas privadas, como em breve vamos examinar'.

Embora aqui discorde do entendimento do juízo de origem, apenas isso não seria suficiente para que a liminar fosse revogada porque outros fundamentos existem a serem examinados que, sozinhos, podem ser suficientes para a mesma conclusão a que chegou a decisão agravada.

(4º) Permite o artigo 173-§ 1º da Constituição que a Caixa faça publicidade como os demais bancos comerciais?

A Caixa não é um banco comercial como o são os demais bancos comerciais. A Caixa é uma empresa pública federal e, nessa condição, está submetida a um estatuto distinto, com algumas obrigações e alguns direitos que a tornam diferente dos demais bancos comerciais.

Por exemplo, a presença da Caixa como autora ou ré num processo judicial desloca a competência para a Justiça Federal. A Caixa detém o monopólio dos depósitos judiciais feitos na Justiça Federal. A Caixa é responsável pela gestão do FGTS, pelo Sistema Financeiro da Habitação, pelas loterias. A Caixa é a responsável pelo penhor civil. A finalidade e os objetivos sociais da Caixa estão postos em lei federal específica (Decreto-Lei 759, de 1969) e seu estatuto foi aprovado por decreto executivo (Decreto 6.473, de 2008). É agente fiscalizador e executor de programas de governo e de políticas públicas. Tem algumas atribuições exclusivas, que apenas ela possui e apenas ela pode exercer (quase um monopólio).

Ela não poderia concorrer, pura e simplesmente, em igualdade de condições com outros bancos privados porque em alguns casos essas peculiaridades da Caixa a prejudicariam frente aos outros bancos comerciais e noutras elas é que prejudicariam os outros concorrentes.

Por isso, a Constituição estabeleceu um estatuto próprio para as empresas públicas, inserindo-as na atividade econômica (artigo 170 da Constituição), limitando as prerrogativas do Estado no exercício dessas atividades (artigo 173-caput da Constituição), mas tomando o cuidado de permitir tratamento infraconstitucional capaz de dar conta dessas peculiaridades da empresa pública para não prejudicá-la nem prejudicar a terceiros (artigo 173-§ 1º da Constituição).

No texto constitucional não está dito que a empresa pública deve ser tratada como se fosse empresa privada, nem que tenha todo e qualquer direito

e obrigação que o tenha uma empresa privada. Está dito que, nos termos da lei, deve se submeter ao regime jurídico próprio das empresas privadas, o que é diferente: não é o mesmo regime, é regime próprio, semelhante, adaptado à sua condição de empresa pública. Como já disse, do contrário não haveria porque distingui-la como empresa pública.

Fosse a empresa pública uma empresa privada, não haveria motivo para chamá-la de empresa pública, como distingue a Constituição ao prever no artigo 173 (na redação que lhe deu a EC 19, de 1998, grifei) que

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Ainda que um dos princípios do estatuto da empresa pública fosse sua sujeição '*ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações (...) comerciais*', não está dito na Constituição que o regime de propaganda e publicidade das empresas públicas deva ser o mesmo das empresas privadas. Nem que a empresa pública tenha liberdade de contratar o tipo de publicidade que entender ou patrocinar o quê e quem lhe aprouver.

Está dito que a lei regulamentará essas questões, e a lei poderá dar os contornos que entender convenientes e apropriados para o estatuto da empresa pública, a partir daquela margem de discricção que lhe reservou o constituinte.

Enquanto essa regulamentação específica não acontece, as empresas públicas continuam subordinadas às respectivas legislações de regência, que geralmente as criaram e instituíram (artigo 37-XIX da Constituição), sem que disso se possa deduzir um direito absoluto e incondicionado à realização de quaisquer campanhas publicitárias e ao oferecimento de quaisquer patrocínios que entendam.

Ao contrário, empresas públicas não são empresas privadas iguais às demais empresas privadas. São empresas públicas, regidas por uma lei específica e somente nesses termos podem agir, inclusive estando adstritas aos princípios do artigo 37-caput da Constituição Federal, aplicável às entidades da administração direta e indireta, inclusive às empresas públicas.

Portanto, perguntado se o artigo 173-§ 1º da Constituição permite que a Caixa faça publicidade e patrocine quem lhe aprovar, como o fazem os demais bancos comerciais, este relator responde: *'Não, ainda que o artigo 173-§1º-II da Constituição sujeite as empresas públicas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, isso não significa que as empresas públicas estejam sujeitas ao mesmo regime das empresas privadas. O estatuto jurídico das empresas públicas será tratado em legislação específica, como determinado na Constituição e enquanto essa lei não for editada as empresas públicas estão submetidas à lei que as autorizou, e ainda aos demais princípios do artigo 37 da Constituição, naquilo que lhes couber. Portanto, o artigo 173-§ 1º da Constituição não permite, por si só, que a Caixa faça publicidade como o fazem os demais bancos comerciais'*.

(5º) Qual é o estatuto jurídico que rege e limita a publicidade comercial da Caixa?

O exame das questões concretas postas no contrato de patrocínio entre Caixa e Coríntias será feito adiante, quando este relator tentará esmiuçar os fatos e os documentos trazidos pelas partes para justificar suas pretensões, ainda que em cognição superficial própria das liminares e da tutela de urgência.

Por ora, finalizando a explicitação dos fundamentos de direito desta decisão, cabe a este relator apresentar seu entendimento sobre a questão jurídica que falta, que é identificar qual o estatuto jurídico que rege e eventualmente limita a publicidade comercial da Caixa.

Não há espaço aqui para elaboração de uma teoria jurídica da empresa pública, limitando-se este relator conhecer e explicitar as questões jurídicas relevantes para fundamentar as opções que adiante fará quanto à fumaça do bom direito presente ou ausente na liminar impugnada.

Como já foi dito, este relator distingue entre publicidade feita pela empresa pública enquanto prestadora de serviço público (submetida e limitada pelo artigo 37-§ 1º da Constituição) e enquanto instituição financeira comercial (submetida ao artigo 173-§ 1º da Constituição).

O caso que envolve o patrocínio da Caixa ao Coríntias se insere nesta segunda hipótese, já que a argumentação feita pela Caixa deixa bem clara sua intenção de agir como banco comercial, buscando promover sua marca e angariar negócios e clientes na área comercial da empresa pública, assim concorrendo com os demais bancos comerciais brasileiros na conquista de clientes, segmentos de mercado, operações bancárias, negócios comerciais, preferência do público.

Ainda que a Caixa esteja agindo como empresa privada, competindo com os demais bancos comerciais, isso não a liberta de sua natureza jurídica de empresa pública. Consequentemente, a Caixa continua submetida aos princípios gerais do artigo 37-caput da Constituição e, principalmente, aos ditames do Decreto-Lei 759, de 1969, e do Decreto 6.473, de 2008.

Afinal, o artigo 37-XIX da Constituição (na redação da EC 19, de 1998, grifei) não deixou dúvidas quanto à vinculação e à dependência das empresas públicas de sua lei de regência, da qual não podem se afastar e que é responsável por sua conformação institucional:

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Portanto, as atividades públicas ou econômicas da Caixa, inclusive no tocante à publicidade que contrata e que pode contratar, estão regidas pelos termos do Decreto-Lei 759, de 1969, e do Decreto 6.473, de 2008, disso não podendo destoar.

Dessas normas, destaco aquelas que estabelecem as finalidades institucionais e os princípios de atuação da Caixa, o que adiante será relevante para perquirir sobre a higidez do ato administrativo impugnado, aqui transcrevendo então os artigos 2º e 9º-§ único do DL 759/69 (grifei):

Art 2º A CEF terá por finalidade:

a) receber em depósito sob a garantia da União, economias populares, incentivando os hábitos de poupança;

b) conceder empréstimos e financiamentos de natureza assistencial, cooperando com as entidades de direito público e privado na solução dos problemas sociais e econômicos;

c) operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população;

d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;

e) exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e da continuidade;

f) prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Governo Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas.

g) realizar, no mercado financeiro, como entidade integrante do Sistema Financeiro Nacional, quaisquer outras operações, no plano interno ou externo, podendo estipular cláusulas de correção monetária, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;

h) realizar, no mercado de capitais, para investimento ou revenda, as operações de subscrição, aquisição e distribuição de ações, obrigações e quaisquer outros títulos ou valores mobiliários, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;

i) realizar, na qualidade de Agente do Governo Federal, pôr conta e ordem deste, e sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional, quaisquer operações ou serviços nos mercados financeiro e de capitais, que lhe forem delegados, mediante convênio.

Art 9º Os estatutos da CEF, expedidos pelo Ministro da Fazenda e aprovados por Decreto do Presidente da República, estabelecerão a constituição, atribuições e funcionamento dos órgãos que compõem sua estrutura básica.

Parágrafo único. Tanto na elaboração dos estatutos, quanto na plantação da estrutura geral e normas de funcionamento da CEF, serão observadas, entre outras, os seguintes princípios fundamentais:

I - programação e coordenação das atividades em todos os níveis administrativos;

II - desconcentração da autoridade executiva, objetivando encurtar os canais processuais e assegurar rapidez à solução das operações;

III - descentralização e desburocratização dos serviços e operações, eliminando-se as tramitações desnecessárias e os controles supérfluos;

IV - economia dos gastos administrativos, reduzindo-se as despesas de pessoal ao estritamente necessário;

V - simplificação das estruturas, evitando-se o excesso de chefias e níveis hierárquicos;

VI - incentivo ao aumento de produtividade de seus serviços.

Entretanto, essas normas legais não são suficientes, sozinhas, para dar as respostas que necessitamos quanto à licitude do contrato de patrocínio celebrado pela Caixa com o Coríntias, porque ainda precisamos mencionar os princípios gerais que norteiam a atuação da administração pública direta e indireta, aí incluídas as empresas públicas, e que necessariamente deverão ter sido observados para que o ato administrativo impugnado possa ser considerado válido, lícito e constitucionalmente hígido.

Estes princípios, na ordem em que enunciados no caput do artigo 37 da Constituição, são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Portanto, perguntado sobre qual é o estatuto jurídico que rege e limita a publicidade comercial da Caixa, este relator responde: '*Este estatuto seria a lei específica prevista no artigo 173-§ 1º-II da Constituição, que ainda não foi editada. Como essa questão ainda não foi disciplinada em lei específica, devemos recorrer à lei específica que autorizou a instituição da Caixa, estando então a Caixa, por força do artigo 37-XIX da Constituição, submetida ao disposto no Decreto-Lei 759, de 1969, e no Decreto 6.473, de 2008, e também*

aos princípios gerais da administração pública previstos no caput do artigo 37 da Constituição. A publicidade comercial feita pela Caixa, portanto, deve observar a finalidade e as regras postas no Decreto-Lei 759, de 1969 (artigo 37-XIX da Constituição), e ainda atender aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37-caput da Constituição)'.

(6º) O contrato de patrocínio feito pela Caixa com o Coríntias satisfaz as exigências do artigo 37-caput da Constituição?

Aqui deixamos as considerações teóricas sobre normas e estatutos jurídicos, e passamos ao exame dos fatos e documentos do caso concreto, sempre referindo que se está em cognição sumária, dependendo a confirmação de muitos dos fatos e das afirmações aqui feitas de cognição aprofundada posteriormente, a partir da instrução probatória e do debate processual à luz do contraditório.

Em linhas gerais, a questão posta na ação popular é saber se a Caixa podia contratar patrocínio com apenas um clube de futebol profissional brasileiro, se comprometendo a entregar, ao longo de 2013, a quantia de R\$ 31.000.000,00 para ser o principal patrocinador do Coríntias, com direito àquelas contrapartidas que envolviam vinculação da marca CAIXA ao time de futebol do Coríntias, com conseqüente exposição de sua marca vinculada à do Coríntias na mídia.

Os motivos da opção feita pelos dirigentes da Caixa estão resumidos no ofício encaminhado em 14 de novembro de 2012 à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (pág. 4 do PROADM19 do evento 53), solicitando autorização para patrocinar o projeto do Coríntias, quando esse patrocínio foi assim justificado:

Trata-se da oportunidade de estreitar relacionamentos com 14 milhões de paulistas que se declararam corintianos e ainda outros 11 milhões de torcedores espalhados pelo país, além de associar a marca CAIXA a uma mensagem de dinamismo e agilidade, relacionada à emoção e à paixão representada pelo futebol.

Pois bem, o que se discute na ação popular é saber se essa escolha feita pelos dirigentes da Caixa para patrocinar o Coríntias, e apenas o Coríntias, atende ou contraria os princípios de legalidade, de impessoalidade, de moralidade, de publicidade e de eficiência na forma do artigo 37-caput da Constituição, e se pode ou não ser lesiva ao patrimônio público na forma do artigo 2º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 1965).

Para responder essas perguntas, precisaremos percorrer um longo caminho, que começa pelo exame atento da fase pré-contratual dessa aproximação entre Caixa e Coríntias (avaliação de mercado, exame de riscos, escolha do parceiro), passa pela consideração detida da forma e do conteúdo do contrato firmado com o Coríntias, e termina valorando as opções feitas pelos

dirigentes da Caixa frente aos princípios gerais que orientam a atuação das empresas públicas (artigo 37-caput da Constituição), ainda quando exercem atividade econômica e estejam submetidas a regime próprio das empresas privadas (artigo 173-§ 1º da Constituição).

Esses temas deverão ser esgotados na sentença de mérito da ação popular, mas até lá é preciso resolver as questões relativas à tutela de urgência (liminar e antecipação de tutela recursal). Para tanto, este relator não pode deixar de perquirir tudo aquilo que se relaciona à fumaça do bom direito e à verossimilhança do direito alegado, ainda que muitas vezes isso implique se manifestar sumariamente sobre matéria ainda passível de contraditório e discussão no processo originário (mérito).

(a) Esse patrocínio respeita o princípio da legalidade?

O primeiro dos princípios do artigo 37-caput da Constituição Federal é a observância da legalidade. O gestor público não pode fazer o que decidir fazer, só pode fazer aquilo que a lei lhe permite fazer. Não é sua vontade que rege suas escolhas, mas elas são regidas pela vontade posta na lei.

Ainda que a Caixa fosse uma empresa pública, não escapa do princípio da legalidade porque assim está estabelecido no caput e no inciso XIX do artigo 37 da Constituição. Afinal, a empresa pública não é instituída apenas pela vontade dos governantes, mas *'somente por lei específica poderá ser (...) autorizada a instituição de empresa pública'* (artigo 37-XIX).

A Caixa, portanto, não pode tomar suas decisões quando estas não estiverem amparadas na legislação que autorizou a instituição da Caixa Econômica Federal (Decreto-Lei 759/1969) e no regulamento que esmiúça as questões previstas genericamente na lei (Decreto 6.473/08).

Pois bem, o Decreto-Lei 759/1969 não deixou livre à Caixa escolher quais suas finalidades e objetivos sociais, mas estabeleceu essas de forma taxativa, autorizando e impondo à Caixa desempenhar ditas atribuições (artigo 2º do DL 759/69, já aqui transcrito).

Portanto, a Caixa não pode fugir da lei e de suas próprias funções sociais, ainda que possa lhe ser conveniente ou parecer interessante modificar aquelas atribuições legais para, por exemplo, transformar-se num grande banco comercial capaz de competir em igualdade de condições com as demais instituições financeiras privadas que atuam no mercado brasileiro.

Não pode mudar sua finalidade social, primeiro, porque não está autorizado a isso. Sua necessária legislação de regência não autoriza essa atuação agressiva no mercado bancário brasileiro, como se fosse mais um dos tantos bancos comerciais que procuram seu espaço nesse mercado. Suas funções não

são apenas aquelas dos demais bancos comerciais do Brasil, mas incluem outras atribuições importantes que a Caixa não pode descuidar para concorrer com bancos comerciais.

Segundo, porque se entrasse pura e simplesmente no mercado para concorrer com os demais bancos comerciais poderia acabar se beneficiando de sua condição de empresa pública federal em detrimento dos demais bancos privados. Basta ver que a Caixa tem diversas peculiaridades em suas atribuições e estrutura de funcionamento, que a fazem distinta das simples empresas privadas porque se trata de uma empresa pública. Em muitas situações, é agente executor de programas de governo e de políticas públicas, e isso poderia acabar interferindo na livre concorrência, o que parece suficiente para que se tenha cautela em liberar à Caixa de restrições inerentes à sua natureza de empresa pública.

Terceiro, porque se a Caixa deixasse de cuidar daquelas finalidades públicas e objetivos sociais que a lei lhe atribui, passando a se concentrar em questões próprias de bancos comerciais, poderia acontecer que o povo brasileiro ficasse desatendido naquilo que foi atribuído como monopólio ou atribuição exclusiva da Caixa. A questão se prende em saber qual deve ser o foco principal da Caixa: aquilo que os outros bancos comerciais fazem e podem fazer? Ou aquilo que os outros bancos comerciais não fazem? A escolha da lei parece ser esta última, tanto que a Caixa ocupa papel de destaque no tocante às políticas públicas e programas de governo, como o FGTS, o SFH, o FIES, o penhor civil, a poupança popular, etc. Do contrário, teríamos que em breve criar uma nova caixa econômica para fazer aquilo que a Caixa deveria fazer mas deixou de fazer.

Um exemplo desse desvio de finalidade está na atuação internacional da Caixa. Uma das justificativas dadas para o contrato de patrocínio com o Corinthians foi a exposição internacional da marca CAIXA durante o Mundial de Clubes da FIFA. Em sua petição de agravo (página 6 do evento 1 deste recurso), a Caixa até tentou justificar essa exposição internacional, destacando que *'a Caixa possui escritório no Japão, onde foi disputado e ganho o campeonato mundial de futebol pelo Corinthians e onde moram milhares de brasileiros'* e que *'é evidente que, embora os jogos tenham sido realizados no outro lado do planeta, milhões de telespectadores (potenciais clientes) assistiram as partidas pela televisão no Brasil'*. Esse segundo argumento será examinado adiante, quando se tratar do princípio da eficiência. O que interessa aqui é o primeiro argumento, e cabe chamar atenção para o que foi dito: *'a Caixa possui escritório no Japão'*. Não sei a diferença entre 'escritório' e 'agência', nem sei quais seriam as atribuições daquele escritório da Caixa em território japonês, mas me parece que o banco oficial brasileiro encarregado das questões internacionais e do comércio exterior é o Banco do Brasil. Também que as atribuições da Caixa estão muito mais voltadas para o povo brasileiro que vive e trabalha aqui no Brasil, em território nacional. E não são poucos os brasileiros que vivem e trabalham no Brasil e precisam de um banco público, como a Caixa Econômica

Federal, para apoio a diversas atividades econômicas e para realização de diversas operações bancárias que todos os dias necessitam. Ali, onde os outros bancos comerciais podem não vislumbrar um filão de mercado para explorar e captar clientes, é o lugar onde a Caixa deve concentrar seus esforços para atender esse povo brasileiro que vive aqui, em território nacional.

Que tipo de atuação da Caixa nós queremos? Voltada para os brasileiros que vivem e trabalham em território nacional? Para brasileiros que estão no estrangeiro? Para realizar operações e negócios com outros países e atuar no comércio exterior? Não somos nós nem é a Caixa quem toma essas decisões estratégicas de atuação da empresa pública. É a lei que faz essas escolhas. Pelo menos, é o que está na Constituição Federal (artigo 37-caput e XIX).

Aqui transcrevo, como fez a decisão agravada, trecho do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Procurador da República Adriano dos Santos Raldi (págs. 1-3 do evento 37 do processo originário, grifei), que abordou com propriedade essa questão da vinculação da atuação da Caixa aos objetivos previstos na lei:

A Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-Lei nº 759/196, é uma instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda (art. 1º).

A Caixa, por sua vez, não foi instituída como mais uma instituição financeira, ou como uma instituição financeira qualquer. Na realidade, a criação da Caixa Econômica Federal teve por finalidade (art. 2º do Decreto-lei), incentivar hábitos de poupança, recebendo a instituição depósitos sob a garantia da União; conceder empréstimos e financiamentos assistencial, cooperando com as entidades de direito público e privado na solução dos problemas sociais e econômicos; operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população; explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente; exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e da continuidade; prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Governo Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas, realizar, no mercado financeiro, como entidade integrante do Sistema Financeiro Nacional, quaisquer outras operações, no plano interno ou externo, podendo estipular cláusulas de correção monetária, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; realizar, no mercado de capitais, para investimento ou revenda, as operações de subscrição, aquisição e distribuição de ações, obrigações e quaisquer outros títulos ou valores mobiliários, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; realizar, na qualidade de Agente do Governo Federal, pôr conta e ordem deste, e sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional, quaisquer operações ou serviços nos mercados financeiro e de capitais, que lhe forem delegados, mediante convênio.

Além disso, restou determinado que os depósitos judiciais em dinheiro, relativos a processos de competência dos juízes federais, serão obrigatoriamente feitos na Caixa (art. 16), prerrogativa considerável e que demonstra, por mais essa circunstância, a importância dessa instituição financeira para o País, e sua intrínseca relação com o Poder Público, especialmente se

consideramos que as causas julgadas perante a Justiça Federal, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, são aquelas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes - ou seja, questões que, no mais das vezes, envolvem verbas e/ou recursos de órgãos federais.

Registre-se, ainda, a atuação da Caixa Econômica Federal como ente financiador da Educação Superior, por meio da criação do FIES - Fundo de Financiamento Estudantil, programa do Ministério da Educação destinado a financiar a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições não gratuitas.

E, no âmbito dessa atuação institucional, a Caixa foi instituída com capital pertencente integralmente à União (art. 3º), com patrimônio constituído pelo acervo de todas as Caixas Econômicas Federais e do seu Conselho Superior (art. 4º). Os servidores da Caixa Econômica, por sua vez, serão admitidos obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos (art. 5º).

O mencionado decreto-lei estabelece, ainda, que é vedado a qualquer instituição financeira, ou qualquer outra empresa (a exceção das antigas Caixas Econômicas Estaduais em funcionamento na época de criação da Caixa), o uso da denominação Caixa Econômica (art. 11), fato que define o quanto é diferenciado o tratamento da referida empresa pública em relação às demais instituições financeiras e sua importância institucional para o País.

Nesse contexto, portanto, é que deve ser inserida a análise deste feito. Ou seja, em estreita harmonia com a finalidade de criação e o objetivo de existência da instituição financeira Caixa Econômica Federal - com atuação proeminente nas áreas da Habitação, Fundo de Garantia, Educação e de Loterias (esse último com exclusividade), voltada e vocacionada para a execução de atividades governamentais de alcance social para a população, criada com patrimônio da União, na condição de empresa pública - é que forçosamente deve ser avaliada a legalidade do vultoso desembolso (R\$ 30 milhões) em publicidade para um time de futebol.

Portanto, ainda que este relator não concorde integralmente com as conclusões da decisão agravada quanto à vinculação absoluta da Caixa às restrições do artigo 37-§ 1º da Constituição, quer me parecer que existe fumaça do bom direito quando o juízo de origem alega que o contrato de patrocínio feito com o Coríntias não se mostra em harmonia com aqueles objetivos e finalidades sociais do artigo 2º do Decreto-Lei 759/1969, deixando a atuação da Caixa naquele negócio de observar o princípio da legalidade inscrito no artigo 37-caput da Constituição, o que vai se confirmar quando a seguir se confrontam os demais princípios do artigo 37 da Constituição e as hipóteses de cabimento da ação popular.

(b) Esse patrocínio respeita o princípio da impessoalidade?

O parecer jurídico da Caixa, que concluiu pela inexistência de óbices à contratação do patrocínio, referiu que *'na linha de precedentes do TCU, a decisão de patrocinar é personalíssima e tomada a partir da expectativa de obtenção de resultados com a iniciativa'* (item 6 do PROCADM22 do evento 53, grifei).

Realmente, a decisão de patrocinar é personalíssima e a escolha de quem será o feliz-patrocinado também acaba inserida nessa margem de discricção deixada ao gestor público para eleger quem e o quê será patrocinado com os recursos da empresa pública.

Entretanto, isso não significa que os gestores públicos não prestem contas das escolhas que fazem ou que possam livremente eleger quem bem entenderem para aquinhoar com o patrocínio. Ao contrário, justamente porque a decisão é personalíssima devem os gestores ser mais cautelosos ao escolherem quem vão patrocinar com recursos públicos, evitando dúvidas e zonas cinzentas que possam resultar questionamentos posteriores, como aqueles ocorridos nessa ação popular.

A questão pertinente à impessoalidade, portanto, não é se o contrato de patrocínio era ou não personalíssimo, mas quais as cautelas que os gestores públicos adotaram antes, durante e depois da escolha contratual que fizeram para eleger qual publicidade e qual o patrocinado com os R\$ 31.000.000,00 utilizados para tornar mais visível a marca da Caixa.

Por isso é tão importante o exame da documentação que envolveu a celebração do contrato de patrocínio, adiante examinada quando tratarmos do princípio da publicidade.

Por ora, cotejando o que foi trazido aos autos à luz do princípio da impessoalidade, devemos perquirir quais as cautelas que a Caixa adotou para tornar menos pessoal o patrocínio que escolheu e contratou?

Encontro a resposta a esta questão no parecer do departamento de marketing da Caixa (item 4 do PROCADM17 do evento 53, grifei), que apresentou as seguintes justificativas para a contratação desse específico patrocínio com o Coríntias:

4. Justificativas:

4.1. O patrocínio é uma poderosa ferramenta do marketing que leva experiência ao consumidor com o objetivo de fidelizá-lo ou ganhar sua simpatia.

4.2. O patrocínio esportivo, em particular ao futebol, é fonte de grande retorno para as marcas patrocinadoras no Brasil porque, independentemente do resultado dentro de campo, o torcedor admira e consome a marca em qualquer situação, possibilitando a variação de estratégias de acordo com o mercado.

4.3. Cabe ressaltar, também, que o torcedor enxerga a empresa patrocinadora de seu time do coração com mais atenção e respeito, trazendo aquela marca para o primeiro lugar em sua lista mental quando pensar em aquisição de produtos ou realização de negócios.

*4.4. Não obstante uma expressiva folha de pagamento com o município ser um dos critérios adotados, conforme item 2.4 acima, **o Sport Clube Corinthians é reconhecidamente uma das marcas mais importantes no mundo do Futebol.** Estudo realizado em 2012 pela BDO*

*FORBES (EUA) aponta o clube do Parque São Jorge como o **mais valioso do futebol brasileiro** pelo terceiro ano consecutivo, sendo o primeiro clube nacional a ultrapassar a marca de R\$ 1 bilhão.*

*4.4.1. **O clube tem a segunda maior torcida do país com o diferencial de aparecer em destaque dentro de um novo conceito de mercado de que, mais relevante do que ter torcedores é ter clientes.***

*4.4.1.1. Segundo levantamento da Pluri Consultoria, o potencial de consumo de artigos relacionados a esporte ultrapassa os R\$ 450 milhões/mês, **cifra que coloca a torcida do Corinthians na liderança absoluta das torcidas com maior poder aquisitivo do Brasil.** E esse potencial de consumo está disponível para ser explorado não só pelo clube como também por empresas patrocinadoras.*

*4.4.2. Ao patrocinar o Corinthians, a Caixa se aproxima do time que tem sua base no Estado **mais rico da federação, onde o poder aquisitivo e potencial de consumo é mais elevado.** Trata-se de oportunidade de estreitar relacionamento com milhares de torcedores espalhados pelo país.*

Na interpretação deste relator, nada consta aí que indique terem sido consideradas outras opções para a publicidade com os R\$ 31.000.000,00 que seriam destinados exclusivamente àquele time de futebol, ainda que fosse '*o mais valioso do futebol brasileiro*'. Não há resposta à pergunta sobre as cautelas que a Caixa teria adotado para evitar que a opção de patrocínio fosse personalíssima, não sendo suficiente justificar apontando motivos que a levaram a escolher o Coríntias. Seria necessário que mostrasse também porque foi escolhida essa modalidade de publicidade (patrocínio de um único clube) e não outras, também disponíveis e que também poderiam ser eficientes sem os riscos e as suspeitas que a quebra da impessoalidade na decisão de patrocinar traria.

Concordo com o juízo de origem e com o Ministério Público Federal que atuou em primeiro grau no sentido de que aquelas poucas cautelas adotadas pela Caixa em seus pareceres técnicos não foram suficientes nem adequadas para evitar que imperasse a pessoalidade naquele patrocínio e que essa pessoalidade (ausência de impessoalidade) fosse o fator decisivo para a contratação daquele patrocínio específico.

A propósito, transcrevo as palavras do Ministério Público Federal, no parecer apresentado na ação popular (pág. 5 do evento 37, grifei), dando conta de que existiam outras formas para aplicação daqueles recursos públicos destinados à publicidade, que ofereceriam menores riscos ao princípio da impessoalidade do que acabou acontecendo e que não foram explicados nem ventilados nos pareceres técnicos da Caixa:

Ademais, o ato vergastado peca pelo vício de finalidade, o que se percebe pela constatação singela de que, no caso fosse a finalidade da Caixa simplesmente buscar uma maior exposição junto ao público, tal como alegou sua defesa, se poderia utilizar várias outras formas de marketing e publicidade, inclusive por meio de medidas que viessem a canalizar e envolver um número mais abrangente de pessoas, do que simplesmente favorecer a um único

clube de futebol, em valores que, sabe-se lá como, foram estipulados como paga pelos 'serviços' prestados pela associação futebolística.

*Assim, resta escancarada a verdadeira finalidade do ato inquinado, qual seja, a de **beneficiar a um clube de futebol, especificamente, por meio de recursos públicos, lançando mão de um suposto 'interesse de divulgação' de imagem da Caixa - que aliás, dada a repercussão social que o ato gerou, só veio a contribuir para a imagem negativa dessa instituição em face da população brasileira (bastando a tanto uma simples pesquisa em meios de comunicação e diversos veículos disponíveis na rede mundial de computadores).***

O juiz federal Altair Antonio Gregório, que concedeu a liminar contra a Caixa, muito bem identificou essa quebra do princípio da impessoalidade, quando assim concluiu um dos parágrafos da liminar (pág. 11 do evento 40):

Uma coisa é patrocinar a seleção nacional do esporte, outra é a adesão econômica a apenas um clube esportivo.

A propósito dessa distinção feita com inteligência e raro poder de síntese pelo juízo de origem, vale examinar com atenção os precedentes que a Caixa trouxe para justificar a opção que fez, dizendo que o Tribunal de Contas da União anteriormente havia reconhecido a licitude desses patrocínios esportivos. Entretanto, examinando um desses precedentes (Decisão 855/1997- Plenário do TCU) (OUT65 do evento 53), percebe-se o quanto era diferente a situação lá posta do caso concreto agora discutido e o quanto é válido o argumento do juízo de origem quanto à distinção entre uma seleção nacional e um clube esportivo.

É que estamos discutindo o patrocínio dado a apenas um clube de futebol profissional brasileiro, em detrimento de todos os outros clubes brasileiros, enquanto naquele precedente do TCU todos os contratos examinados *'tinham por objeto o patrocínio, com exclusividade, de todas as atividades esportivas desenvolvidas pela CVB nas seleções brasileiras de voleibol, masculinas e femininas, em todas as categorias - adulta, juvenil, infanto-juvenil e de novos. Em troca dos recursos repassados pelo BB e indicados no contrato, a CBV deveria fazer a publicidade do Banco nos uniformes e materiais esportivos utilizados pelas equipes, naqueles eventos previamente acordados no contrato'* (pág. 2 de OUT65 do evento 53).

Ou seja, o patrocínio é para uma confederação nacional de um determinado esporte, para alcançar e beneficiar a todos os que participam dos eventos e da seleção, e não apenas favorecer equipe específica, previamente escolhida com pessoalidade.

A situação é muito diferente e o precedente, com certeza, não aproveita à Caixa nem justifica a quebra do princípio da impessoalidade. Ao contrário, apenas reforça a convicção contida na liminar de que existiam outros meios menos arriscados de patrocínio esportivo pela Caixa que não afrontasse tanto o princípio da impessoalidade como prometer aqueles R\$ 31.000.000,00

apenas ao clube de futebol profissional mais rico do Brasil, como o próprio parecer da Caixa qualificou o Coríntias.

Ao longo da instrução da ação popular, a Caixa terá oportunidade de produzir suas provas e demonstrar que cuidou para que o princípio da impessoalidade fosse observado o quanto pudesse sê-lo. Entretanto, por ora, a convicção deste relator quanto à fumaça do bom direito é semelhante àquela do juízo de origem, uma vez que o contrato de patrocínio foi firmado apenas com o Coríntias em detrimento dos demais clubes brasileiros quando havia outras formas de fazer publicidade sem necessidade de ser tão exclusivo e quando os pareceres técnicos preliminares da Caixa não se debruçaram sobre aquelas possibilidades menos arriscadas e menos pessoais.

Isso é importante mencionar porque não é apenas a Caixa que se beneficia com o patrocínio. O clube patrocinado não está fazendo um favor ou uma concessão à Caixa ao estampar a marca na camiseta. Ao contrário, a existência das contrapartidas que o clube deve observar é muito bem remunerada com o pagamento total de R\$ 31.000.000,00 ao longo do ano, com uma mensalidade de R\$ 2.500.000,00 em cada um dos meses de 2013.

Então o clube também ganha e ganha muito bem pelo patrocínio, outra questão que a Caixa também poderá esclarecer na instrução probatória, mostrando que esse valor de R\$ 31.000.000,00 corresponde ao preço de mercado e é razoável para o investimento feito em publicidade, inclusive com os riscos inerentes a esse tipo de escolha de patrocinado.

Enquanto essa prova não é produzida e os documentos são lentamente trazidos aos autos da ação popular pela Caixa, aos poucos, mas em grande quantidade, sem importar se são relevantes ou não são relevantes, cabe considerar quanto ao princípio da impessoalidade a situação dos outros clubes de futebol brasileiro, que não poderão contar com o patrocínio de um banco público, com recursos públicos, em soma tão elevada, seja porque os outros bancos públicos vão preferir meios de publicidade menos pessoais ou menos arriscados, como é o caso do Banco do Brasil que parece patrocinar esportes, seleções e eventos, e não um time específico (pelo menos, é o que consta no precedente do TCU antes examinado - OUT65 do evento 53), seja porque os R\$ 31.000.000,00 foram destinados a um único feliz patrocinado que, no entender da Caixa, o mereceu com base num singelo parecer de marketing trazido aos autos apenas depois de deferida a liminar.

Os outros clubes, entretanto, além de não serem aquinhoados com tão generoso patrocínio, acabarão prejudicados pelo desequilíbrio que provoca a intervenção generosa da empresa pública federal no mercado da publicidade futebolística, já que os R\$ 31.000.000,00 irrigarão apenas os cofres do Coríntias, e não alcançarão os demais times.

O exame dessa questão será retomado no exame do princípio da eficiência, ficando aqui apenas o registro de como o patrocínio pessoalizado para um único clube acaba ferindo também o princípio da impessoalidade e desequilibrando a própria concorrência entre os demais clubes de futebol profissional.

Por fim, um último argumento merece exame: por que a Caixa escolheu o time mais rico do Estado mais rico da Federação, como ela própria justifica? Por que não escolher times do interior ou de outros Estados da federação, como vinha sendo feito anteriormente, quando se patrocinou o Avaí e o Figueirense, por exemplo? Será que não existem outros times no Brasil que não mereceriam ao menos serem considerados para um patrocínio generoso como esse que foi oferecido ao Coríntias? Será que ao decidir sobre os patrocínios, a Caixa tem o direito de pensar apenas em si própria, em seus interesses exclusivamente comerciais imediatos, em detrimento de outras finalidades públicas e objetivos sociais, como aqueles outros tantos que norteiam sua atuação institucional como agente de programas de governo e de políticas públicas?

A resposta a essas perguntas, por ironia, está num dos precedentes do Tribunal de Contas da União que a Caixa juntou aos autos, que acabam por mostrar o quanto esse patrocínio ao clube de futebol mais rico do país contraria as próprias estratégias com que a Caixa orientava suas escolhas publicitárias até então. É o que está dito no acórdão de 2007 do Tribunal de Contas da União (item 6.18 de OUT66 do evento 53, grifei):

6.18. Por derradeiro, merece destaque o apoio da Caixa a ações que deixam de ser patrocinadas pelas grandes empresas, por falta de interesse comercial, ocupando, portanto, um espaço de mercado menos favorecido, que dificilmente conseguiria apoio privado, ou mesmo de outros entes estatais, a exemplo do projeto Paraolímpico, de incontestável valor social.

Portanto, ainda que essa convicção seja superficial, formada apenas com os elementos de prova até agora trazidos aos autos e que certamente serão ampliados e aprofundados ao longo da instrução probatória, quer parecer a este relator que o contrato de patrocínio firmado entre Caixa e Coríntias deixa de observar o princípio da impessoalidade, principalmente porque a Caixa não se guardou de cautelas para examinar e esgotar as outras formas de publicidade que eram disponíveis e que evitariam os mesmos riscos ao princípio da impessoalidade tratado no artigo 37-caput da Constituição.

(c) Esse patrocínio respeita o princípio da moralidade?

A moralidade que se considerará aqui não é aquela opinião do povo nas ruas, sobre ser algo moral ou imoral, certo ou errado. O conceito não é subjetivo, mas é fruto da previsão constitucional explícita de que os atos administrativos se submetem ao princípio da moralidade administrativa.

Por isso, não adianta atacar a decisão agravada dizendo que ela teria transbordado dos aspectos meramente jurídicos para imiscuir-se em temas pertencentes a campos que não cabia ao magistrado enfrentar quanto tratou da moralidade do contrato de patrocínio.

Ao contrário, no momento em que o constituinte diz que os atos administrativos devem observar a moralidade administrativa, está dizendo que os gestores e os juízes devem considerar se a moralidade está ou não presente nos atos administrativos que praticam ou controlam, porque este é um dos requisitos constitucionais para higidez jurídica desses atos administrativos.

Cabe perguntar se o contrato de patrocínio que beneficia apenas um clube de futebol brasileiro e os respectivos torcedores, em detrimento dos demais clubes e de todos os torcedores dos demais clubes, estaria de conformidade com o princípio da moralidade administrativa que se espera para os atos praticados por uma empresa pública federal.

Estampando sua marca na camiseta do Coríntias, e apenas na camiseta do Coríntias, e acertando contrapartidas que envolvem a vinculação estreita para ampla divulgação pública das duas marcas ou instituições (Caixa é Coríntias, e Coríntias é Caixa), fica parecendo ao senso comum que a mensagem que o contrato de patrocínio passa para a população brasileira é que a Caixa é o banco dos corintianos. E que o Coríntias é o time da Caixa. A Caixa é o time de todos os brasileiros. Mas o Coríntias, e apenas o Coríntias, é o time da Caixa, como adiante examinarei.

Ou seja, o que era privado e particular (a paixão por determinado clube de futebol) acaba se tornando público e institucionalizado (a empresa pública federal), vinculando-se o público ao particular, em troca do contrato de patrocínio e por força dos R\$ 31.000.000,00 que a instituição pública paga ao clube particular justamente para vincular o público (marca da Caixa) ao particular (camisa do Coríntias).

Isso é moral do ponto de vista administrativo? Uma empresa pública federal pode agir assim? A Caixa pode misturar sua marca pública (que obrigatoriamente pertence a todos os brasileiros) à camiseta de um clube específico de futebol (que pertence apenas aos que escolheram torcer por aquele time particular)? É moral que uma empresa pública gaste dinheiro público para vincular-se a uma camiseta particular?

A Caixa defende na ação popular que pode agir assim porque esta seria uma decisão estratégica orientada a resultados (pág. 8 do evento 20, grifei):

Ao patrocinar o Sport Club Corinthians Paulista, a Caixa se aproxima do time que tem sua base no estado mais rico da federação, onde o poder aquisitivo e o potencial de consumo é elevado. Ademais, trata-se de oportunidade de estreitar o relacionamento com milhares de torcedores espalhados por todo o país.

A decisão de patrocinar é estratégica, orientada quanto aos resultados a serem auferidos. Nesse sentido, deve-se ponderar o fortalecimento da marca Caixa no mundo esportivo, com uma política de atuação mercadológica incisiva, considerando a grande atenção que o futebol atrai dos brasileiros.

Ou seja, a Caixa faz uma opção pelos mais ricos, em patrocinar o clube mais rico no Estado mais rico, e assim atingir determinados torcedores em particular. Novamente fica evidenciada a tensão que existe entre o particular e o público, e a dúvida se esse tipo de escolha pode ser feito por uma empresa pública, sem ao menos pensar nas outras muitas alternativas também possíveis e realizar um estudo mais sério sobre essas outras possibilidades de publicidade. (Essas questões serão examinadas adiante, quando este relator tratar do princípio da eficiência, ficando aqui apenas o exame da questão à luz da moralidade administrativa)

Aqui a fumaça do bom direito está do lado do autor da ação popular e do Ministério Público Federal que ratificou a petição inicial, sendo o juiz federal Altair Antonio Gregorio bastante preciso na abordagem da questão ao referir que o contrato de patrocínio se distancia do princípio da moralidade administrativa. Como suas palavras foram claras e sua manifestação foi incisiva, reporto-me ao que constou na decisão agravada quanto a esse exame, adotando-as como razão de decidir (págs. 10-11 do evento 40, grifei):

O futebol profissional, à toda evidência, não é a área mais adequada aos investimentos publicitários da CEF.

Trata-se, o futebol profissional brasileiro, da atividade esportiva mais bem aquinhoadada de valores publicitários, os quais advêm das mais variadas áreas da iniciativa privada, inclusive a bancária. Anualmente renova-se a disputa dos meios de comunicação, mais especificamente o televisivo, para a compra dos direitos de transmissão dos campeonatos, depois de vendidos no mercado dos canais a cabo. Os valores envolvidos, sabe-se, são milionários, e tem permitido a manutenção de alguns craques da bola, sempre prematuramente negociados ao estrangeiro, no futebol brasileiro.

Trata-se, pois, o futebol profissional brasileiro, de mercado publicitário altamente disputado, as cotas de clubes indo às alturas, notório o interesse popular nesse esporte. Nada aqui tem valor módico.

Ora, indaga-se: a CEF, cujo capital é público, que realiza diversas tarefas em caráter monopolístico, que muitas vezes atua na posição de indutora de políticas públicas, até mesmo em sentido diverso do que determinaria a pura lógica do negócio bancário, como por exemplo baixar juros, deveria dispor de valores tão relevantes na busca de um patrocínio da camiseta de um dos clubes mais populares e economicamente poderosos do país? Tal desígnio atende as peculiaridades relativas a sua própria organização institucional (banco público)? Parece-me que não.

O futebol profissional dispensa, à toda evidência, a indução econômica deste banco social. Nessa modalidade esportiva circula dinheiro suficiente para torná-lo com sobejo o ramo esportivo mais bem aquinhoadado do país. Mais.

A participação da CEF no referido negócio, cedendo patrocínio em cifras nunca antes alcançadas por qualquer outra agremiação esportiva nacional, enseja, ao fim, lesão à própria boa-fé esportiva do torcedor brasileiro, porquanto, à guisa de propiciar divulgação de sua marca, entrega montante ao clube capaz de desequilibrar em seu favor a competitividade dos campeonatos em que este é participante.

Repise-se: a injeção de recursos operada pela CEF no Esporte Clube Corinthians é capaz de alterar em seu favor as regras de equilíbrio dos campeonatos estadual e nacional, eis que se trata de agremiação já altamente profissionalizada e, diz-se, capitalizada, e que já conta em seu time com os principais jogadores do país.

De acordo com reportagem da rádio CBN (áudio disponível no endereço: <http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/esportes/2012/12/22/ORCAMENTO-DO-CORINTHIANS-PARA-2013-E-O-TRIPLO-DOS-RIVALS.htm>), a receita do Corinthians para 2013 está orçada em cerca de 300 milhões de reais, a maior receita advinda dos direitos de televisionamento (em torno de 105 milhões), seguida por patrocínios diversos, dentre eles destacando-se material esportivo (Nike, 22 milhões). A CEF, como visto, propõe ao Corinthians patrocínio anual de 30 milhões de reais, ou seja, exatos 10% (dez por cento) da receita prevista, valor, pois, relevante e capaz de ampliar em favor deste clube a vantagem econômica que já possui em relação às demais agremiações locais e nacionais que com ele disputam os certames do país. A reportagem afirma que 'o orçamento do Corinthians para 2013 é o triplo dos rivais'.

A situação aqui, é diversa daquela em que a CEF, como fez em Santa Catarina, dispensou patrocínio às agremiações locais (clubes Avaí e Figueirense). Lá se respeitaram as condições de equilíbrio local, patrocinando-se os clubes mais relevantes do Estado e pois, evitando-se o sectarismo do patrocínio a apenas uma única agremiação regional, caso em que a publicidade pretendida acaba por tornar-se negativa, eis que frustra o torcedor do time não contemplado. Esta é a política trilhada, por exemplo, por General Motors, Tramontina e Banrisul, que patrocinam, ou patrocinaram, ambas as agremiações gaúchas de relevância nacional (Grêmio e Internacional).

A CEF fez o mesmo em São Paulo? Está patrocinando as demais agremiações da cidade ou do Estado? Santos, São Paulo, Palmeiras, Portuguesa, Ponte Preta, Guarani, dentre outras, receberam ou recebem o mesmo cheque? Não, o que certamente provoca o sentimento sectário, de desilusão com a instituição antes aludida e que é evitado pela estratégia do patrocínio coletivo.

A CEF, dado seu papel de indutor das políticas sociais direcionadas principalmente à população mais carente nas áreas da habitação, do saneamento, da educação, goza do profundo respeito da coletividade brasileira. É uma unanimidade nacional e deveria, pois, prezar este conceito, alinhando-se apenas ao patrocínio dos temas que promovam a identidade do país, e não de um mero segmento social, como o esportivo-clubístico-profissional, pois, afinal, torcer é ato sectário, diferente do mero admirar ou praticar o esporte.

Por isso sempre andou a CEF ao promover o esporte amador, ou ao amparar os eventos de cunho nacional, no qual a brasilidade encontra-se sempre agrupada na mesma direção de entusiasmo. Uma coisa é patrocinar a seleção nacional do esporte, outra é a adesão econômica a apenas um clube esportivo.

Quem lê e reflete sobre essas considerações feitas pelo juízo de origem não tem como deixar de concordar com o que foi dito. A este relator fica a conclusão de que existe fumaça do bom direito no sentido de que o contrato de patrocínio feito entre Coríntias e Caixa, nas condições que até agora foram

trazidas aos autos, distancia-se bastante do princípio da moralidade administrativa que nele deveria estar presente.

Portanto, ainda que essa constatação dependa de confirmação ao longo da instrução probatória e por ocasião da sentença de mérito, parecem razoáveis as ponderações do juízo de origem quanto à possibilidade de que o contrato de patrocínio tenha deixado de observar o princípio da moralidade administrativa do artigo 37-caput da Constituição, principalmente porque não é moral nem lícito que uma instituição pública que pertence a todos os brasileiros (público) se veja levada a pagar o equivalente a 10% da receita anual de um clube de futebol profissional do porte do Coríntias (particular), ainda que a pretexto de que isso colaboraria para divulgação da marca da Caixa e captação de clientela para serviços e operações que presta em concorrência com os outros bancos comerciais brasileiros.

(d) Esse patrocínio respeita o princípio da publicidade?

Chegamos ao princípio da publicidade e aqui cabe considerar que realmente não se poderia esperar que, havendo dispensa do procedimento licitatório para o contrato de patrocínio e considerando as peculiaridades desse tipo de contrato, tivesse havido prévia e ampla publicidade quanto ao negócio que estava sendo ajustado entre as partes.

Aqui parecem razoáveis as ponderações da Caixa quanto a cercar-se de reserva na fase pré-contratual, evitando perder o negócio, principalmente porque deveria estar competindo com outros interessados também em ser o patrocinador principal (master) do Coríntias.

Entretanto, também aqui o fato do negócio dever se manter reservado na fase pré-contratual não dispensada a Caixa de adotar cautelas mínimas para neutralizar e dar conta dessas peculiaridades do negócio, como este relator reconheceu deveria ser feito e não foi feito pela Caixa quanto ao princípio da impessoalidade.

Se o contrato de patrocínio master do mais rico clube de futebol do Brasil oferecia todos esses riscos e perigos, que a Caixa previamente conhecia e podia conhecer, isso não está indicando que a Caixa estivesse dispensada das cautelas da publicidade, mas que talvez o negócio estivesse naquela zona de negócios vedados a uma empresa pública.

Se uma empresa pública deve pautar seus atos pela publicidade e se um contrato de patrocínio dessa envergadura não poderia ser divulgado, parece que a incompatibilidade entre as duas situações se resolve pelo reconhecimento que aquele não é um negócio que possa ser praticado pela empresa pública. Não é preciso desconsiderar uma das duas condições (tornar o negócio secreto, por

exemplo), mas preservar ambas, o que acontece se outras formas de patrocínio fossem buscadas e analisadas.

Antes de examinarmos como a questão da publicidade foi tratada pela Caixa (um dos réus da ação popular, contra quem graves providências liminares eram requeridas), convém dizer que este relator não encontrou no contrato de patrocínio uma cláusula de confidencialidade ou de sigilo que pudesse comprometer as partes ou que justificasse o silêncio da Caixa a respeito das condições do contrato.

Salvo se este relator estiver enganado (o que pode ter acontecido, fruto do enorme volume de documentos, muitos deles aparentemente irrelevantes, juntados pela Caixa no evento 53 da ação originária, muito depois que a liminar contra ela foi deferida), a única referência a sigilo no contrato está no inciso XI da cláusula sétima, que estabelece obrigação do contratado Coríntias ao seguinte (págs. 3-4 de PROCADM26 do evento 53, grifei):

CLÁUSULA SÉTIMA - OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA - Além das demais obrigações previstas neste contrato, e sem prejuízo das contrapartidas descritas no Anexo I, a CONTRATADA obriga-se ainda a:

(...)

XI. Não divulgar nenhuma informação obtida em razão da execução do presente Contrato, que lhe seja comprovadamente transmitida em caráter de sigilo, sob as penas da lei, salvo se autorizada por escrito pela CONTRATANTE.

Ora, tratando da publicidade, chamou atenção desse relator a forma como a questão foi tratada pela Caixa no âmbito da ação popular. Quando a Caixa foi intimada a apresentar sua defesa preliminar (eventos 4 e 5), sua resposta veio com petição acompanhada de procuração e de um único documento (evento 17). Nessa petição de defesa, a Caixa dizia que o contrato continha as condições do negócio e também *'elementos pertinentes à estratégia comercial da Caixa em decorrência da relação que se estabeleceu entre as partes'* e que *'ditas informações, incorporadas à estratégia negocial e comercial desta instituição financeira, estão protegidas por sigilo'* (pág. 3 de PET1 do evento 17). Daí a conclusão da Caixa, na mesma petição, no sentido de que *'afigura-se concebível a divulgação apenas do extrato do contrato publicado no Diário Oficial da União (doc. Anexo), que contém os dados necessários à visualização da avença e a eventual exercício da pretensão popular'* (pág. 4).

E a petição de defesa preliminar da Caixa era acompanhada do extrato do contrato publicado na pág. 129 do Diário Oficial da União de 5/12/2012 (OUT3 do evento 17), nestes termos:

DIRETORIA EXECUTIVA DE MARKETING E COMUNICAÇÃO EM BRASÍLIA - DF

EXTRATO DE CONTRATO

CONTRATANTE: Caixa Econômica Federal CONTRATADA: Sport Club Corinthians Paulista; OBJETO: Patrocínio ao Sport Club Corinthians Paulista a ser realizado no período de novembro de 2012 a dezembro de 2013; MODALIDADE DE LICITAÇÃO: Contratação direta, com inexigibilidade de licitação, conforme art. 25 da Lei 8.666/93; VALOR: R\$ 31.000.000,00 (trinta e um milhões de reais); DATA DE ASSINATURA: 23/11/2012.

Essa era toda a publicidade que a Caixa entendia que o cidadão brasileiro e o juiz da causa mereciam. O extrato do contrato, publicado no Diário Oficial da União.

Depois disso, a Caixa apresentou sua contestação à ação popular (evento 20), juntando alguns gráficos e tabelas coloridos (OUT2 e OUT3 do evento 20), e algumas reportagens de jornais e revistas (OUT4 do evento 20). Não juntou o contrato de patrocínio, não juntou elementos relevantes para que o juiz da causa pudesse conhecer os fatos e apreciar a tutela de urgência que estava pendente.

Então o juiz da causa examinou as provas e alegações disponíveis nos autos, e deferiu a liminar, deixando registrado no final (pág. 12 do evento 40) que

Observe que, oportunamente, será apreciado o pedido do MPF de intimação da CEF para apresentação dos documentos solicitados pelo autor e não apresentados até o momento, fato que colabora para subtrair do Juízo uma análise mais aprofundada da questão. Fica, também, observado que o sigilo das questões relativas ao negócio entabulado entre as partes não pode ser alegado em relação ao Juízo, o qual tem o direito de acesso amplo aos documentos produzidos para fins de propiciar decisão com base em cognição exauriente.

Depois de intimada do deferimento da liminar, a Caixa juntou mais de 300 páginas de documentos (anexos ao evento 53), que conteriam *'diversos elementos pertinentes à estratégia comercial de propaganda e marketing, bem como a própria estratégia concorrencial da Caixa em relação a sua atividade como banco comercial'* (pág. 2 do evento 53).

Feito esse relato da tramitação do processo, ainda que o interesse negocial da Caixa pudesse justificar o sigilo, a este relator parece que não parece apropriado que empresa pública possa se proteger dessa forma. Se o contrato exige tantas cautelas e contracautelas, provavelmente não seria um tipo de publicidade apropriado para uma empresa pública.

Além disso, a forma como a Caixa se portou quanto à publicidade no processo parece desprezar a inteligência dos julgadores. Para o juízo de primeiro grau, junta apenas o extrato de um contrato de R\$ 31.000.000,00. Para este tribunal, junta alguns muitos documentos que comprovariam a lisura e as cautelas na celebração do contrato, mas que a este relator não parece subsistirem a exame mais detido.

Vejamos.

Primeiro, é estranho que o processo administrativo trazido pela Caixa tenha sido autuado apenas em **17 de dezembro de 2012**, quando a ação havia sido ajuizada em **26 de novembro de 2012**. É estranho que a data da autuação do processo administrativo que conteria os elementos relevantes para a celebração do contrato tenha sido posterior às outras datas constantes nos documentos inseridos nesse processo administrativo. Por exemplo, a aprovação pelo Conselho Diretor da Caixa se deu em 13 de novembro de 2012, a proposta de patrocínio formalizado pelo Corinthians data de 23 de novembro de 2012, o ajuizamento da ação ocorreu em 26 de novembro de 2012, a notificação da Caixa foi determinada em **27 de novembro de 2012**. A liminar foi deferida em 28 de fevereiro de 2013 e o processo administrativo foi juntado pela Caixa em 07 de março de 2013. Mas é estranho que o processo administrativo contendo todos os documentos e atos que antecederam a contratação tenha sido autuado apenas em 17 de dezembro de 2012 (pág. 1 de PROCADM2 do evento 53), quando a Caixa já tinha ciência da tramitação da ação popular.

Alguma explicação deve existir para essa inversão na cronologia, que deverá ser esclarecida junto ao juízo de origem quanto a esse atraso na autuação do processo administrativo. Até lá, entretanto, fica-se em dúvida se realmente constam daquele processo administrativo todos os documentos e atos produzidos antes, durante e após a celebração do contrato de patrocínio. Esses documentos seriam relevantes para o exame da regularidade da celebração do contrato ou se foram trazidos a esse processo administrativo, autuado posteriormente, apenas aqueles documentos e atos administrativos que a Caixa achou fossem relevantes para o conhecimento do Ministério Público Federal, dos julgadores de primeiro e segundo graus, e das outras partes.

Segundo, não se justifica a sonegação de documentos na ação popular ao juiz da causa. Se os documentos são confidenciais ou reservados, existem instrumentos processuais que as partes e o juiz podem se valer para assegurar o segredo de justiça sem comprometer a realização da justiça. A Caixa, quando juntou tardiamente o processo administrativo e seus anexos (evento 53), valeu-se da petição reservada disponível no sistema de processo eletrônico. Entretanto, o que não se pode admitir é uma das partes tentar se colocar acima do juiz da causa e queira a própria parte decidir o que pode e o que não pode ser conhecido pelo juiz da causa. A parte não pode cercear o acesso do juiz da causa a documentos essenciais para a formação de seu convencimento e para o controle do ato administrativo impugnado, especialmente em sede de ação popular.

Terceiro, mesmo que considerássemos os documentos juntados como anexos ao evento 53 (o processo administrativo tardio e as tantas outras mais de 300 páginas juntadas), a este relator não parece que eles servissem para justificar a contratação na forma feita, principalmente considerando o tipo especialíssimo de patrocínio que estava sendo oferecido.

Se aqueles documentos do processo administrativo do evento 53 são todos os documentos e atos que antecederam e consubstanciaram a contratação, então realmente parece existir bastante verossimilhança nos fatos alegados pelo autor da ação popular e reconhecidos pelo juízo que deferiu a liminar, porque então estaria faltando muita coisa para se considerar justificado e legitimado um contrato de patrocínio daquela envergadura e com aquele grau de pessoalidade. Por exemplo, nada está explicado sobre porque o Coríntias foi escolhido em detrimento de todos os demais clubes, ou porque outras formas de patrocínio não foram consideradas, ou porque não se considerou o efeito desse patrocínio sobre os torcedores dos outros clubes, etc.

Mas se faltam documentos àquele dossiê (autuado como processo administrativo do evento 53), estaremos mais uma vez diante de sonegação de elementos de prova ao juiz da causa, o que justifica então a manutenção da liminar na forma que foi deferida, até que os fatos sejam suficientemente esclarecidos ao longo da instrução probatória.

Portanto, o contrato de patrocínio na forma como foi celebrado e a conduta processual da Caixa quanto à apresentação dos documentos necessários ao exame pelo juiz da causa quanto às ocorrências pré-contratuais e à formação do vínculo contratual, também apontam para o desatendimento ao princípio da publicidade que deveria estar presente no contrato administrativo impugnado.

(e) Esse patrocínio respeita o princípio da eficiência?

Resta o exame da conformidade do patrocínio discutido com o princípio da eficiência, e aqui as coisas deveriam ser tranquilas porque toda a justificativa da Caixa se baseia na alegação de que oferecer os R\$ 31.000.000,00 para o Coríntias em troca das contrapartidas constantes do contrato de patrocínio foi um 'bom negócio' para a Caixa, pelo retorno que poderia ser obtido quanto à publicidade, fortalecimento de sua marca enquanto 'banco comercial' e captação de clientes para operações bancárias.

Realmente, a Caixa trouxe precedente do Tribunal de Contas da União que havia recomendado que na seleção de propostas de publicidade a empresa pública considerasse o mercado e suas condições, consoante o Acórdão 304/2007-Plenário (item 9.3.1 da pág. 19 de OUT66 do evento 53) conclusão neste sentido:

9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que:

9.3.1. adote medidas com vista a estabelecer metodologia de análise das propostas de patrocínio, com base em critérios claros e objetivos para a seleção das ações de marketing mercadológico, ponderando qualitativamente e quantitativamente, a cada concessão e no conjunto de segmentos, mesmo que por métodos estimativos, os seguintes aspectos:

9.3.1.1. relação custo/benefício da ação;

9.3.1.2. viabilidade técnica, econômica e financeira da ação;

- 9.3.1.3. justificativa para o interesse da Caixa no segmento patrocinado;
9.3.1.4. retornos a serem obtidos, em termos mercadológicos e financeiro/negociais; e
9.3.1.5. avaliação de eficiência, eficácia e efetividade dos resultados a serem alcançados;

9.3.2. desenvolva ferramentas gerenciais que permitam a avaliação dos resultados, em termos globais, com base em critérios de classificação por grupos de ações/eventos, e/ou por grupos de beneficiários, bem como por segmento comercial ou tipo de marketing, verificando também a compatibilidade entre os recursos destinados ao segmento e os resultados atingidos, tendo por base a comparação entre os demais segmentos, e que contenham ainda informações acerca da execução dos gastos efetivamente realizados, dos valores propostos e aprovados, para a verificação da eficiência, eficácia e efetividade dos patrocínios

Ainda que a Caixa tivesse se esforçado, depois do deferimento da liminar (evento 40), para justificar suas opções de patrocínio (anexos do evento 53), não parece tenha conseguido convencer que as cautelas pré-contratuais recomendadas tivessem sido observadas.

Primeiro porque toda a documentação trazida, incluindo os pareceres técnicos da Caixa e os estudos feitos, não considerou outras formas de patrocínio e outros times de futebol profissional que também poderiam ser patrocinados, quem sabe partilhando esse valor destinado apenas ao Coríntias. Por que escolher o futebol profissional? Por que escolher o Coríntias? Por que não escolher outros clubes?

Segundo porque também não ficou demonstrado ter considerado a Caixa as condições adversas que poderiam estar presentes na celebração de patrocínio tão elevado apenas com o Coríntias.

Ainda que este relator não tenha conhecimento de marketing e propaganda, o senso comum e um mínimo de opinião crítica suscitam dúvidas que os documentos trazidos pela Caixa não conseguem resolver (e parece que sequer trataram): os ganhos trazidos pela associação da marca da Caixa à camisa do Coríntias compensam as perdas que essa associação traz, por exemplo na imagem da Caixa junto aos que não torcem para o Coríntias? Junto aos que torcem para o São Paulo? Para o Santos? Para o Palmeiras? Para o Fluminense? Para o Flamengo? Para o Vasco? Para o Bahia? Para o Avaí? Para o Figueirense? Para o Goiás? Para o Grêmio? Para o Internacional? Os ganhos obtidos com a publicidade junto à torcida do Coríntias compensa as perdas que possam ter com essa exposição nacional que romperia a idéia de nação e povo brasileiro que a marca da Caixa tem?

Será que foi considerado que a publicidade massiva feita pela Caixa junto aos torcedores do Coríntias poderia ter um efeito negativo sobre os torcedores do 'resto' dos times? Um efeito negativo sobre a imagem de instituição nacional que a Caixa criou ao longo de mais de 150 anos de existência? Será que o público em geral, não-corintiano, não vai interpretar a marca Caixa na camisa e nos produtos do Coríntias como algo do tipo: **'A Caixa é o time de todos, mas o Coríntias é o único time da Caixa'**?

Lembro a época em que o futebol gaúcho era patrocinado pelo Banrisul, nas camisas dos dois adversários aqui de Porto Alegre, Grêmio e Internacional. Que mensagem essa marca Banrisul nas duas camisas passava? Que o 'Banrisul é o banco dos gaúchos', que está acima das rivalidades locais, que é realmente o Banco do Estado do Rio Grande do Sul. Ou então poderia estar dizendo que o Banrisul é o banco que patrocina ambos os clubes e está além da rivalidade existente entre azuis e vermelhos?

Pois bem, que efeito tem a marca Caixa apenas na camisa de um dos times brasileiros? A Caixa é o banco de todos os brasileiros? Ou a Caixa é o banco apenas dos brasileiros que torçam por um determinado clube, e o resto que fique sem patrocínio? Onde ficam nisso slogans históricos que a publicidade da Caixa constrói ao longo de décadas de atenção a todos os brasileiros, como o '*Vem pra Caixa você também*' e o '*Pra você. Pra todos os brasileiros*'?

Como o consumidor não-corintiano que assistir as imagens na televisão vinculando Caixa e Corinthians vai se convencer de que '*A Caixa é o time de todos*', se a camisa do Corinthians está dizendo que '*O Corinthians é o time da Caixa*'?

Essa não parece ser uma questão secundária, porque o futebol é sectário por natureza, é um jogo altamente competitivo, e as torcidas não competem apenas em campo, mas também fora dele. São conhecidas as histórias de atritos entre torcidas, de rivalidades locais, regionais e nacionais, que fazem esse relator questionar se a estratégia de marketing de colocar a marca Caixa na camisa de apenas um time de futebol não acabaria tendo também um efeito negativo sobre quem não é corintiano. Vamos imaginar, na tarde de domingo, que os torcedores do Palmeiras, do São Paulo, do Santos, do Guarani, e de outros clubes do Estado mais rico da Federação, estejam assistindo a uma partida de futebol, no estádio ou na televisão, e esse outro time enfrenta justamente o Corinthians. Será que eles teriam simpatia pela marca da Caixa depois que o centroavante do Corinthians, com aquela camisa do Corinthians, com a marca da Caixa na frente e nas costas, fez um gol no seu time do coração? Quem fez o gol contra o time desse torcedor não-corintiano não foi o time da Caixa, aquele time para quem a Caixa ofereceu R\$ 31.000.000,00 em troca de um espaço naquela camisa, a mesma camisa que furou a goleira do time do coração desse torcedor não-corintiano, que assiste ao jogo naquele momento?

Não sei se essa publicidade 'negativa', vamos dizer assim, é relevante para determinar o patrocínio da Caixa ao Corinthians, mas sei que esse tipo de questionamento não foi feito no processo administrativo juntado no evento 53 da ação popular. Pode até que tenha sido feita e não tenha vindo aos autos, isso é matéria para instrução probatória. Mas, até lá, não posso deixar de me perguntar, por acreditar que tenha bom senso e opinião crítica, se uma empresa pública federal que goza, como a Caixa, uma imagem tão querida junto

a todos os brasileiros, sejam eles torcedores do Coríntias ou torcedores de outros times, gostem ou não gostem de futebol, se uma empresa pública que há tempos atrás fez uma campanha tão exitosa como aquela do 'Vem pra Caixa você também!', fico me perguntando se uma empresa nacional como é a Caixa pode fazer propaganda para apenas um time de futebol e vincular sua marca à camiseta do mais rico e do mais poderoso time de futebol do Brasil.

Aquele '*vem pra Caixa você também*' deixou em todos nós uma nostalgia, transmitiu a idéia de que éramos um só país, uma só nação, e que a Caixa, que era a nossa caixa econômica, estava só esperando por nós para estar completa.

Para considerar que a campanha publicitária do '*venha pra Caixa você que é corintiano*' tenha sido exitosa, este relator precisaria ter acesso a estudos prévios que dessem conta dessa preocupação com a imagem nacional da Caixa quando se arriscou a patrocinar apenas um dos clubes de futebol do Brasil.

Em rápida consulta à internet, encontrei pelo menos quatro slogans utilizados em campanhas publicitárias da Caixa, recentes, que fizeram sucesso e contribuíram para criar no brasileiro esse sentido de pertencimento à instituição que está ao seu lado em tantas ocasiões, como casa própria, loteria, financiamento estudantil, seguro-desemprego, FGTS, penhor civil, poupança, e fico pensando como um cidadão (cliente ou potencial cliente) que guarda saudosas lembranças desses slogans em sua bagagem cultural de brasileiro reagiria quando visse a imagem da Caixa vinculada à camiseta de um único time de futebol (independente desse time ser o Coríntias ou outro qualquer).

Em 2003, havia o slogan '*Para você. Para todos os brasileiros*', que certamente se mostraria incompatível com a idéia de que a Caixa é o banco de um clube específico de futebol. Em 2009, havia o slogan '*O banco que acredita nas pessoas*', e a mensagem passada na campanha atual seria que a Caixa acredita no time patrocinado e em seus torcedores, mas e as outras pessoas, quem acreditará nelas? Em 2011, temos '*A vida pede mais que um banco*', e esse mais que a vida pede então seria um time de futebol? Mas justamente um time diferente do que eu torço, pensaria um torcedor de qualquer dos outros clubes que não foram patrocinados?

Se estamos falando no princípio da eficiência e se o contrato de patrocínio exclusivo vai tocar numa paixão dos brasileiros, escolhendo favorecer (e favorecer com 10% da receita anual do mais rico time de futebol do Brasil), será que não seria fácil para este relator encontrar as respostas que procura nas mais de 300 páginas de documentos anexos ao evento 53 que foram trazidos pela Caixa para justificar a escolha que fez para patrocínio?

Adianta o patrocínio publicitário trazer bons resultados junto aos torcedores corintianos, por que isso vai assegurar bons resultados também em

relação ao resto? Esse 'resto' (não-torcedores do Coríntias) foi considerado pela gestão estratégica da Caixa? Não parece que isso tenha sido pesquisado, estudado ou considerado no processo administrativo constante nos anexos do evento 53.

Terceiro porque aqueles estudos e pareceres não consideraram quaisquer riscos que o patrocínio ofereceria. A só existência desta ação popular, com liminar deferida, já parece um problema muito sério à eficiência do patrocínio para acrescentar valor positivo à marca da Caixa. Outros riscos poderiam estar presentes, que não estariam presentes no patrocínio de outras modalidades esportivas ou de outros eventos esportivos, já que o futebol profissional sabidamente tem maiores torcidas envolvidas, e aqui os riscos e problemas costumam ser maiores. Claro que vamos ter mais ganho anunciando em futebol, mas também podemos ter maiores prejuízos. Então não pareceria mais prudente para uma empresa pública federal evitar o sectarismo de patrocinar apenas um clube (ter o 'seu' clube), mas contribuir para o futebol profissional como um todo, fazendo com que todos os brasileiros sentissem-se aquinhoados pelo generoso patrocínio? Talvez isso não fosse eficiente enquanto propaganda, mas o mínimo que se esperaria - inclusive porque a Caixa trouxe o precedente do Tribunal de Contas da União - é que tais questões tivessem sido ventiladas nos arranjos pré-contratuais que vieram nos anexos do evento 53 da ação popular.

Um incidente trágico que aconteceu recentemente numa partida do Coríntias num estádio boliviano mostra o quanto é arriscado anunciar em futebol profissional. Parece que um torcedor corintiano, que provavelmente usava uma camisa do Coríntias com a marca da Caixa na frente e nas costas (não vi a imagem, estou apenas imaginando porque quem viaja para outro país para acompanhar seu time provavelmente também se vista a caráter para fazê-lo), disparou um sinalizador que matou uma criança boliviana que, no exercício do seu regular direito, também assistia seu time jogar. Doze torcedores corintianos foram presos, provavelmente também vestindo camisas do Coríntias com a marca da Caixa, e as fotos certamente devem ter percorrido o mundo.

É de se perguntar: a possibilidade de um incidente desse tipo, imprevisto e criminoso, que não pode ser imputado ao clube, mas a um marginal que se faz passar por torcedor, não deveria ser ao menos aventado num estudo prévio de marketing para decidir se vai ser patrocinado ou não um clube de futebol profissional com todas as complicações que este relator vem examinando ao longo de tantas e tantas páginas?

Um estudo mínimo sobre esse tipo de risco não deveria ter sido feito e considerado pela Caixa na escolha do tipo de patrocínio e de publicidade que faria?

Esse episódio no estádio boliviano parece ter sido um dos mais tristes desse ano em matéria de futebol, e alguns dizem ter sido fruto de uma fatalidade. Mas fico pensando, prudente como costume ser, se ele não seria

previsível diante daquela foto usada como capa do relatório de sustentabilidade que o Coríntias trouxe aos autos com sua contestação (RELATORIO2 do evento 39). Nesse documento, com o título '*Aqui é Corinthians!! Sport Club Corinthians Paulista - Relatório de Sustentabilidade 2011*', aparece na capa a foto de alguns torcedores, em meio à fumaça, segurando sinalizadores acesos.

Creio que não devam ser do mesmo tipo de sinalizador que matou a criança, mas a postura é muito semelhante, e fico pensando que tipo de exposição positiva para uma marca poderia ter sua vinculação àquela foto depois da tragédia ocorrida no estádio boliviano.

Esses riscos, que depois vieram a se confirmar e que eram previsíveis se olharmos a foto do evento 39, não foram considerados nos documentos e estudos feitos para justificar o patrocínio discutido na ação popular, o que me parece mostrar que a eficiência de um contrato administrativo não deve ser mensurada apenas pelos resultados e projeções possíveis se tudo der certo, mas precisa também considerar cenários adversos e óbices que possam surgir ao longo da contratação, o que não foi feito.

Quarto porque ainda que se considerem os estudos e pesquisas trazidos pela Caixa no evento 53, não me sinto seguro de afirmar que eles estejam aptos a comprovar a eficiência da contratação feita por uma singela razão, que certamente será aprofundada na instrução probatória: não constam os critérios e a metodologia utilizados nos estudos coloridos e gráficos ilustrativos que foram apresentados.

Parece que as projeções feitas consideram que toda exposição da marca Caixa na mídia seja positiva. Apareceu na televisão ou no jornal, é contado como lucro e ponto positivo nos estudos apresentados. É a impressão que tenho, na falta de uma maior elucidação dos materiais coloridos apresentados.

Entretanto, nem toda exposição é positiva. Vamos imaginar, por exemplo, que o centroavante que está com a camisa do Coríntias-Caixa avança na área e faz um gol com a mão, completamente irregular, mas o gol é validado. Que imagem transmite ao torcedor? Desonestidade? Injustiça? Juiz ladrão? Bandeirinha vendido? Gol irregular? Gol ilícito? Pois bem, a quem estará associada a imagem de desonesto, ilícito, irregular? Ao centroavante, ao time, à empresa pública federal que está na camiseta. Esse tipo de risco foi ponderado pelos pareceres que concordaram com o patrocínio? Parece que não.

A questão não é meramente hipotética ou teórica. Se prestarmos atenção, aconteceu algo semelhante no próprio jogo da final do Mundial da FIFA, em que o Coríntias usava a camiseta com a marca da Caixa. Por sorte, o exemplo não foi negativo (como acima mencionado), mas houve lisura e honestidade do jogador. Esse lance a que me refiro aconteceu na partida entre

Coríntias e Chelsea, pelo Mundial de Clubes, quando o Coríntias fez o gol. Na cena que antecedeu o gol, não parece que nenhum dos três jogadores ingleses que estavam praticamente dentro do gol tivessem sequer cogitado em infringir a regra e pegar a bola com a mão para evitar o gol. Se tivessem feito isso (prego a bola com a mão), teriam sido expulsos, mas teriam evitado o gol. Teriam agido ilicitamente (anti-desportivamente), mas talvez sua equipe pudesse ter ganho o jogo. Estou aqui os usando como exemplo de comportamento esportivo, e a camiseta que eles usavam na ocasião deve ter percorrido o mundo mostrando a cena e sendo valorada positivamente. Pelo menos eu pensei isso: os três zagueiros ingleses foram honestos. Podiam ter evitado irregularmente o gol, mas não o fizeram. Preferiram decidir o jogo em campo, segundo as regras, como é certo fazer.

Fato semelhante aconteceu na partida entre Uruguai e Ghana pela Copa do Mundo de 2010. Um jogador uruguaio estava dentro da área do Uruguai e evitou o gol com a mão. Infringiu a regra, botou a mão na bola, agiu anti-esportivamente, mas evitou o gol. Agiu ilicitamente e por isso salvou o Uruguai. Salvou sua equipe, mas a imagem pode ter percorrido o mundo como exemplo de atitude anti-esportiva. Virou um herói para a torcida uruguaia, mas talvez pudesse ser criticado por conduta desonesta pelo restante do planeta.

Faço menção a isso apenas para dar conta de algo que parece deva ser levado em conta quando uma empresa pública, principalmente uma empresa pública que é instituição financeira, que lida com crédito e confiança, que lida com valores e operações bancárias, deve transmitir aos seus correntistas e ao público em geral.

Não parece arriscado decidir um patrocínio sem que nada disso tenha sido cogitado nos documentos e arranjos pré-contratuais? Não parece que a empresa pública assume um risco de dano à sua imagem se alguma coisa não dá certo? Um torcedor com uma camisa do Coríntias e um sinalizador mata uma criança, doze torcedores com camisas do Coríntias são presos, tudo isso gera mídia e divulgação da imagem e da marca da Caixa pelo mundo todo, com certeza. Mas essa publicidade é positiva? Essa exposição é boa para a Caixa?

Portanto, fico em dúvida sobre que tipo de exposição na mídia os estudos do evento 53 consideraram? As projeções para 2013 levam em conta qualquer exposição na mídia ou apenas aquelas positivas ou neutras?

O mais interessante é que as projeções feitas para embasar e justificar o negócio parece terem sido feitas após o patrocínio, para justificar os resultados obtidos (depois), mas não estão servindo para justificar a opção que seria feita (antes). Não são estudos pré-contratuais, mas posteriores ao início do patrocínio. Não ajudaram a decidir pelo patrocínio, mas servem para tentar justificá-lo.

Seja como for, bastante já foi dito nessa decisão capaz de justificar a manutenção da liminar, não existindo elementos suficientes nos documentos trazidos posteriormente pela Caixa que pudessem convencer que a Caixa adotou cautelas mínimas para avaliar a eficiência e a segurança do patrocínio que estava propondo. É possível concluir, como feito pelo juízo de origem, que aquele contrato de patrocínio também não atendeu ao princípio da eficiência.

Portanto, não parece que o princípio da eficiência tenha sido observado no contrato de patrocínio discutido, principalmente por estes motivos: (a) não parece tenham sido adotadas as suficientes cautelas pré-contratuais para avaliação adequada da opção feita quanto ao patrocínio de apenas um clube de futebol profissional; (b) os estudos apresentados não consideram os resultados possíveis com o patrocínio de outras modalidades esportivas ou de outras modalidades de patrocínio; (c) não consideram também condições adversas e riscos previsíveis que poderiam interferir no patrocínio para aquele único clube de futebol (questionamento por ação popular e caso da morte de criança em estádio por sinalizador lançado por torcedor corintiano, por exemplo); (d) não consideram também as perdas que a Caixa poderia ter se vinculasse sua marca apenas aos torcedores de um determinado clube, em detrimento dos demais clubes (*'A Caixa é o time de todos os brasileiros, mas o time da Caixa é o Coríntias'*); (e) não consideram também os efeitos desse patrocínio particular frente ao caráter nacional da Caixa e à sua imagem institucional de banco de todos os brasileiros (campanhas publicitárias históricas da Caixa, como o *'Vem pra Caixa você também'* e o *'Pra você. Pra todos os brasileiros'*).

(f) Conclusão quanto ao artigo 37-caput da Constituição:

Portanto, feitas todas essas considerações que ainda são passíveis de ratificação ou retificação ao longo da instrução probatória e à luz do contraditório, a este relator quer parecer que o contrato de patrocínio feito entre Caixa e Coríntias não satisfaz as exigências do artigo 37-caput da Constituição, distanciando-se dos princípios da **legalidade** (o contrato não está em harmonia com os objetivos e finalidades sociais da Caixa previstos no artigo 2º do Decreto-Lei 759/1969), da **impessoalidade** (a Caixa não se guardou de cautelas para examinar outras formas de publicidade disponíveis que não apresentariam os mesmos riscos), da **moralidade** (não parece moral uma instituição pública que pertence a todos os brasileiros pague o equivalente a 10% da receita anual do clube mais rico do futebol profissional brasileiro), da **publicidade** (não foram apresentados todos os documentos relativos à fase pré-contratual e à formação do vínculo contratual), e da **eficiência** (não parece tenham sido adotadas as suficientes cautelas pré-contratuais para avaliação adequada da opção feita, dos riscos envolvidos e de eventuais condições adversas, e a própria avaliação de ganho não considera elementos relevante como a reação de quem não é torcedor corintiano e os efeitos desse contrato sobre a imagem institucional de banco de todos os brasileiros que a Caixa procurou construir ao longo dos anos).

(7º) Está confirmado o que foi dito na liminar quanto à fumaça do bom direito?

Pelas longas considerações que este relator lançou até o presente momento (que se justificam pela dificuldade do tema tratado e pela importância que a ação representa para as partes envolvidas e para a Caixa), tenho que o que foi dito na liminar quanto à fumaça do bom direito está confirmado, exceto quanto à consideração relativa à aplicação da regra do artigo 37-§ 1º da Constituição, que este relator afastou quanto ao caso concreto.

Ou seja, ainda que as questões de fato e de direito devam ser discutidas ao longo da instrução probatória e as convicções dos julgadores possam ser ratificadas ou retificadas no julgamento final, existem razoáveis motivos para suspeitar que o ato impugnado tenha sido praticado com vícios de ilegalidade do objeto, de inexistência de motivos e de desvio de finalidade. Na forma do artigo 2º da Lei 4.717/65, esses vícios permitem o prosseguimento da ação popular e, principalmente, recomendam a manutenção da liminar deferida pelo juízo de origem e discutida neste agravo de instrumento.

A ilegalidade do objeto está posta no artigo 2º-c da Lei 4.717/65, sendo assim conceituada: '*a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo*'.

Por tudo que foi dito, parece que o objeto do contrato de patrocínio não guarda correspondência com o princípio da legalidade, confirmando-se as considerações do parecer do Ministério Público Federal (evento 37 do processo originário, grifei):

A Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-Lei nº 759/196, é uma instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda (art. 1º).

A Caixa, por sua vez, não foi instituída como mais uma instituição financeira, ou como uma instituição financeira qualquer. Na realidade, a criação da Caixa Econômica Federal teve por finalidade (art. 2º do Decreto-lei), incentivar hábitos de poupança, recebendo a instituição depósitos sob a garantia da União; conceder empréstimos e financiamentos assistencial, cooperando com as entidades de direito público e privado na solução dos problemas sociais e econômicos; operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população; explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente; exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e da continuidade; prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Governo Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas, realizar, no mercado financeiro, como entidade integrante do Sistema Financeiro Nacional, quaisquer outras operações, no plano interno ou externo, podendo estipular cláusulas de correção monetária, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; realizar, no mercado de capitais, para investimento ou revenda, as operações de subscrição, aquisição e distribuição de ações, obrigações e quaisquer outros

títulos ou valores mobiliários, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; realizar, na qualidade de Agente do Governo Federal, pôr conta e ordem deste, e sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional, quaisquer operações ou serviços nos mercados financeiro e de capitais, que lhe forem delegados, mediante convênio.

Além disso, restou determinado que os depósitos judiciais em dinheiro, relativos a processos de competência dos juízes federais, serão obrigatoriamente feitos na Caixa (art. 16), prerrogativa considerável e que demonstra, por mais essa circunstância, a importância dessa instituição financeira para o País, e sua intrínseca relação com o Poder Público, especialmente se consideramos que as causas julgadas perante a Justiça Federal, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, são aquelas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes - ou seja, questões que, no mais das vezes, envolvem verbas e/ou recursos de órgãos federais.

Registre-se, ainda, a atuação da Caixa Econômica Federal como ente financiador da Educação Superior, por meio da criação do FIES - Fundo de Financiamento Estudantil, programa do Ministério da Educação destinado a financiar a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições não gratuitas.

E, no âmbito dessa atuação institucional, a Caixa foi instituída com capital pertencente integralmente à União (art. 3º), com patrimônio constituído pelo acervo de todas as Caixas Econômicas Federais e do seu Conselho Superior (art. 4º). Os servidores da Caixa Econômica, por sua vez, serão admitidos obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos (art. 5º).

O mencionado decreto-lei estabelece, ainda, que é vedado a qualquer instituição financeira, ou qualquer outra empresa (a exceção das antigas Caixas Econômicas Estaduais em funcionamento na época de criação da Caixa), o uso da denominação Caixa Econômica (art. 11), fato que define o quanto é diferenciado o tratamento da referida empresa pública em relação às demais instituições financeiras e sua importância institucional para o País.

Nesse contexto, portanto, é que deve ser inserida a análise deste feito. Ou seja, em estreita harmonia com a finalidade de criação e o objetivo de existência da instituição financeira Caixa Econômica Federal - com atuação proeminente nas áreas da Habitação, Fundo de Garantia, Educação e de Loterias (esse último com exclusividade), voltada e vocacionada para a execução de atividades governamentais de alcance social para a população, criada com patrimônio da União, na condição de empresa pública - é que forçosamente deve ser avaliada a legalidade do vultoso desembolso (R\$ 30 milhões) em publicidade para um time de futebol.

A inexistência dos motivos está posta no artigo 2º-d da Lei 4.717/65, sendo assim conceituada: 'a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido'

Por tudo que foi dito, mesmo que considerássemos os documentos, pareceres e atos administrativos pré-contratuais constantes dos anexos ao evento 53, parece que eles não serviriam para justificar a contratação porque muito ainda parece estar faltando para explicar as razões pelas quais a Caixa escolheu tornar-se o principal patrocinador do Coríntias, deixando de realizar uma análise profunda que levasse em conta todos os riscos, condições adversas e alternativas disponíveis.

Os estudos apresentados e as justificativas dadas consideram apenas o Coríntias e suas possibilidades 'positivas', deixando de considerar aspectos relevantes como o impacto que essa vinculação da Caixa ao Coríntias teria sobre torcedores de outros clubes e sobre a imagem nacional que a Caixa formou ao longo dos anos como o banco de todos os brasileiros.

Também deixaram de considerar os riscos de exposição negativa de sua imagem na mídia, vinculada a um time de futebol profissional e sua torcida, que não raro geram incidentes de ampla repercussão negativa.

A própria metodologia dos estudos de eficiência e projeção que foram apresentados não está explicitada, não sendo possível identificar que tipo de exposição na mídia e de imagem está sendo considerado (se apenas a neutra e a positiva, ou até mesmo a negativa).

Os documentos até agora apresentados, inclusive pela questão relacionada à data de autuação do processo administrativo apresentado com anexo do evento 53, dão a impressão de que foram elaborados para justificar uma escolha que já tinha sido feita (patrocinar o Coríntias), quando esses documentos e estudos prévios deveriam servir para orientar e esclarecer a escolha que seria feita com base neles.

Tanto o juiz de primeiro grau quanto este relator não são tolos nem ignorantes, que não saibam examinar documentos ou se deixem impressionar por gráficos coloridos e tabelas ilustradas. O juiz de primeiro grau ainda não teve a oportunidade de fazer esse exame atento dos documentos tardiamente apresentados como anexos do evento 53 (depois da contestação e da liminar). Mas este relator teve essa oportunidade agora e fica suficientemente convencido que não há fumaça do bom direito em favor da pretensão da Caixa que justificasse revogação da liminar deferida pelo juízo da causa.

Ao contrário, aqueles documentos do evento 53 não exaurem as questões. São focados apenas em aspectos positivos (laudo de marketing, parecer jurídico, estudos e pesquisas encomendadas). Deixam de considerar aspectos importantes (porque não optaram por outros clubes ou por outros esportes; qual a repercussão do patrocínio em quem não é torcedor do Coríntias; qual a exposição positiva e negativa da marca CAIXA nas ocasiões em que aparece, etc).

Essas considerações e mais aquelas já lançadas por este relator apontam para a existência de razoável suspeita de que o ato impugnado tem sérios problemas de motivação, justificando o que foi dito no parecer do Ministério Público Federal (evento 37, grifei), que também aqui adoto como razão de decidir:

Com efeito, sendo a CEF uma empresa pública, e por essa razão constituída integralmente de patrimônio público, está adstrita aos ditames regradores da administração pública, constituindo-se em importante referencial da chamada administração pública indireta federal.

Por conta disso, compartilha a mesma e estrita necessidade de obediência às normas insculpidas no art. 37, caput, da Constituição da República, com qualquer outra entidade integrante da administração pública, de modo que lhe compete observar os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência quanto aos atos de sua gerência.

Uma vez constatada a falta de cumprimento aos ditames normativos aos quais está adstrita, configura-se de plano o ato lesivo como corolário imediato da ilicitude havida - ato lesivo à moralidade administrativa e às regras disciplinadoras da correta administração do que é público - sem prejuízo da mensuração, a ser apurada em fase de liquidação de sentença, do quantum de prejuízo pecuniário havido em razão dessa malfadada negociação empreendida pela Caixa com o clube de futebol aludido.

*No presente caso, em sede de cognição sumária (sobretudo diante da resistência injustificada da Caixa em apresentar a documentação atinente ao contrato firmado) **destaca-se que o ato praticado pela empresa pública, no que tange à contratação vergastada, atenta, de plano, com vício quanto aos motivos e a finalidade que o fundamentaram.***

(...)

Efetivamente, o quadro apresentado na presente demanda aponta para a realização de tomada de decisões por parte da CEF acoimada de vícios quanto ao seu motivo e finalidade.

O vício quanto ao motivo advém de estar o ato assentado em fundamento juridicamente inadequado ao resultado obtido, uma vez que a defesa ótica de que tal dispêndio se justificaria devido à 'exposição' do clube de futebol envolvido, o que, convenhamos, além de representar um 'nada jurídico' (uma vez que é trazido fato abstrato e de notório conhecimento, sem que com a sua verificação se possa legitimar o ato em si), apenas realça a falta de dados que viessem a justificar a empreitada, o que por si só já joga inúmeras dúvidas quanto aos (reais) móveis do ato referido.

A propósito, está-se diante de flagrante caso de ausência de motivação - requisito apontado em uníssono pela doutrina publicista como integrante da validade do ato (especialmente para que se possa confrontá-lo com os princípios regentes insculpidos no já citado artigo 37 da Lei Maior), além de representar frontal violação à norma de exigência de motivação dos atos administrativos, tal qual disciplinado pelo art. 50 da Lei nº 9.784/99, que rege a administração pública federal, direta e indireta, in verbis:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

I) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

IV) dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório.

Finalmente, o desvio de finalidade está posto no artigo 2º-e da Lei 4.717/65, sendo assim conceituada: 'o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência'.

Aqui, além de tudo que já foi dito, também merece transcrição o parecer do Ministério Público Federal (evento 37, grifei), dando conta da

aparência de vício de finalidade, que justifica a fumaça do bom direito a sustentar a medida liminar, nestes termos:

Ademais, o ato vergastado peca pelo vício de finalidade, o que se percebe pela constatação singela de que, caso fosse a finalidade da Caixa simplesmente buscar uma maior exposição junto ao público, tal como alegou sua defesa, se poderia utilizar várias outras formas de marketing e publicidade, inclusive por meio de medidas que viessem a canalizar e envolver um número mais abrangente de pessoas, do que simplesmente favorecer a um único clube de futebol, em valores que, sabe-se lá como, foram estipulados como paga pelos 'serviços' prestados pela associação futebolística.

Assim, resta escancarada a verdadeira finalidade do ato inquinado, qual seja, a de beneficiar a um clube de futebol, especificamente, por meio de recursos públicos, lançando mão de um suposto 'interesse de divulgação' de imagem da Caixa - que aliás, dada a repercussão social que o ato gerou, só veio a contribuir para a imagem negativa dessa instituição em face da população brasileira (bastando a tanto uma simples pesquisa em meios de comunicação e diversos veículos disponíveis na rede mundial de computadores).

Portanto, com essas considerações, parece confirmado a este relator o que foi dito na liminar quanto à fumaça do bom direito, o que justifica a manutenção da liminar deferida pelo juízo de origem até que os fatos sejam bem esclarecidos ou o processo seja sentenciado quanto ao seu mérito.

(8º) Está confirmado também o que foi dito na liminar quanto à existência do risco da demora?

A questão patrimonial a justificar a liminar é importante porque o contrato envolve pagamento de R\$ 31.000.000,00 ao longo de 2013, e deste valor já foram pagos ao Coríntias três parcelas (R\$ 6.000.000,00), havendo previsão de pagamento de parcelas mensais de R\$ 2.500.000,00 até o final do ano de 2013. Ou seja, a liminar se justifica para evitar que esses pagamentos sejam feitos e depois, se julgada procedente a ação popular, estes valores tenham de ser buscados em difícil procedimento de cumprimento de sentença, quando se precisará buscar bens para penhora, o que sempre oferece muita dificuldade tratando-se de clubes de futebol, com patrimônio e rendas muitas vezes comprometidos por outras obrigações.

Mas o risco de prejuízos de difícil reparação não está apenas na questão patrimonial. Envolve também o fato de que, não deferida a liminar, o contrato continuará vigente e a Caixa continuará pagando pela exposição de sua marca na camisa do Coríntias e pelas demais contrapartidas ajustadas, que vão vincular de maneira irremediável a marca Caixa ao clube Coríntias.

Então, feita essa vinculação ao longo do ano e sendo permitidos os pagamentos do patrocínio por esta vinculação, talvez o patrimônio institucional da Caixa sofra com essa vinculação a um dos clubes do futebol brasileiro. Isso vai de encontro às anteriores campanhas publicitárias da Caixa que valorizavam a idéia do 'venha para a Caixa você também' e da Caixa ser o banco de todos os brasileiros.

Essa vinculação da Caixa a único clube pode ser prejudicial à imagem nacional da Caixa, sendo depois necessária muita (e cara) publicidade para se desfazer a vinculação, caso procedente a ação popular, o que também parece motivo suficiente para justificar a manutenção da liminar.

Portanto, com essas considerações, parece confirmado a este relator o que foi dito na liminar quanto ao risco da demora, o que justifica a manutenção da liminar deferida pelo juízo de origem até que os fatos sejam bem esclarecidos ou o processo seja sentenciado quanto ao seu mérito.

(9º) Existe relevância jurídica capaz de infirmar a liminar em algum dos demais pontos apontados na petição de recurso pela Caixa?

Acredito que as questões controvertidas tenham sido enfrentadas nessa decisão, nada mais tendo a acrescentar. Entretanto, em atenção ao direito da parte ao prequestionamento das questões ventiladas, considerando as questões que foram acima relatadas constantes na petição de agravo da Caixa, apenas complemento o que foi dito ao longo dessa decisão, nestes termos:

Quanto ao argumento **(a)**, o juízo de origem examinou o que cabia examinar, quanto à fumaça do bom direito. Não era possível que as questões controvertidas na tutela de urgência fossem enfrentadas sem que o exame fosse feito com exame de algumas questões que também serão tratadas na sentença, quando do exame do mérito. Afinal, na tutela de urgência se exige que o julgador muitas vezes antecipe o exame do direito discutido, tanto que muitas vezes ele se baseia na verossimilhança do direito alegado. Nada há de errado quanto ao que foi feito pelo juízo de origem quanto ao exame da fumaça do bom direito.

Quanto aos argumentos **(b)**, **(c)**, **(e)**, **(f)**, **(g)**, **(h)**, **(j)**, **(k)**, **(l)** e **(o)**, este relator examinou detidamente a questão ao longo desta decisão, ao que agora me reporto.

Quanto ao argumento **(d)**, não houve lesão à livre concorrência do artigo 170-IV da Constituição, porque o tratamento dispensado à Caixa é próprio à sua condição de empresa pública, tal como a própria Constituição (artigos 37 e 173) estabelece. A livre concorrência, quanto a empresas públicas, se dá nos termos da lei (artigo 173 da CF) e com obediência aos princípios da administração pública (artigo 37 da CF).

Quanto ao argumento **(i)**, os resultados e projeções que a Caixa espera receber com as contrapartidas do patrocínio foram detidamente examinados no tópico relativo ao princípio da eficiência (artigo 37-caput da CF). Não se pode considerar apenas alguns aspectos da questão, mas devendo se levar em conta também os efeitos negativos e excludentes dessa publicidade (torcedores de outros clubes e caráter nacional da Caixa), e também os riscos, as

condições adversas e as alternativas disponíveis, o que não foi feito. Também falta comprovação da metodologia utilizada para concluir que a Caixa teria retorno avaliado em R\$ 23.839.653,50 no período avaliado, especialmente considerando que tipo de exposição de imagem está sendo considerada (positiva, negativa ou neutra).

Quanto ao argumento **(m)**, pela Caixa foi dito que as rotinas administrativas e o quadro técnico da Caixa afastam qualquer tipo de favorecimento ou adoção de outro critério que não fosse pautado pela legalidade, pela legitimidade e pela ausência de lesão ao patrimônio público federal, sem descuidar da lei de mercado consubstanciada no binômio custo e benefício. Essa alegação desconsidera que as instituições não são infalíveis e que os procedimentos de controle interno às vezes falham. Não fosse assim, não seria preciso que existisse o Tribunal de Contas da União. Aliás, o mesmo raciocínio este relator poderia aplicar à decisão de primeiro grau, dizendo que ela está certa porque proferida por juiz investido regularmente na jurisdição, com observância do contraditório e da ampla defesa, e por isso a observância dessas garantias constitucionais afastariam qualquer tipo de equívoco. Obviamente, não é assim e as decisões judiciais não são infalíveis, tanto que às vezes são alteradas pelas instâncias recursais ou pelo próprio julgador. O mesmo se aplica aos atos administrativos, nenhuma instituição e nenhum órgão estando imune a erros e ao respectivo controle e fiscalização.

Quanto ao argumento **(n)**, não está em discussão se o contrato de patrocínio deveria ser objeto de licitação. A decisão agravada não disse isso. A controvérsia é de outro tipo, diz respeito à escolha que foi feita para patrocinar de determinada forma determinado clube de determinada modalidade esportiva. Quanto aos acórdãos do Tribunal de Contas da União mencionados, eles foram objeto de exame nesta decisão.

Quanto ao argumento **(p)**, alegou a Caixa que *'seria inconcebível que somente a Caixa, dentre todas as instituições financeiras, não pudesse utilizar tal forma de investimento em marketing'*. As demais instituições bancárias também poderiam dizer que é inconcebível que somente a Caixa receba os depósitos judiciais ou que somente a Caixa receba os depósitos de FGTS ou que somente a Caixa atue com penhor civil, etc. A Caixa é empresa pública federal e se submete ao artigo 37 da Constituição, enquanto outros bancos comerciais são empresas privadas com patrimônio privado, o que é suficiente para discriminar o tratamento entre ambas, nos termos do artigo 173 da Constituição.

Decisão:

Ante o exposto, **indefiro a antecipação da tutela recursal.**

Intimem-se as partes para ciência. Intime-se a parte agravada para contrarrazões.

Após, remetam-se ao Ministério Público Federal.

Após, inclua-se em pauta para julgamento.

Porto Alegre, 09 de março de 2013.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5718850v30** e, se solicitado, do código CRC **621662FD**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cândido Alfredo Silva Leal Junior

Data e Hora: 11/03/2013 13:05