



TC 019.819/2014-5

Tipo: Representação (Agravado)

Unidade jurisdicionada: Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP

Recorrente: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal/Abav-DF – CNPJ 00.510.024/0001-90

Procurador/Advogado: Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima – OAB/DF 12.907, conforme procuração à peça 12.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Representação. Credenciamento para aquisição de passagens aéreas. Conversão de medida cautelar deferida em determinação. Agravo. Conhecimento. Ausência de nulidade do despacho que converteu a concessão de cautelar em determinação. Negativa de provimento. Presença dos requisitos para concessão de cautelar. Concessão de cautelar de ofício.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de agravo interposto pela Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal (ABAV/DF) em face de decisão do Relator que revogou medida cautelar, deferida mediante os despachos às peças 51 e 61, convertendo-a em determinação à Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

1.1. O certame em questão teve por objeto o credenciamento, pelo prazo de 60 meses, das empresas de transporte aéreo, para fornecimento de passagens em linhas regulares domésticas, sem o intermédio de agência de viagens e turismo, conforme edital à peça 2, p. 124-166.

HISTÓRICO

2. Tratam os autos de representação formulada pela ABAV/DF, nos termos permissivos do inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o § 1º do art. 113 da Lei 8.666/1993.

2.1. A matéria de competência do TCU versa sobre possíveis irregularidades no Credenciamento 1/2014, conduzido pela Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com pedido de suspensão cautelar do certame, *inaudita altera parte* (peça 1).

2.2. Ao tratar da representação objeto do TC 003.273/2013-0, essa Corte, por meio do Acórdão 1.973/2013-Plenário, recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avaliasse a conveniência e a oportunidade de constar algumas funcionalidades do Sistema de Concessão de Diárias e Passagens (SCDP), até então em desenvolvimento pelo Serpro, a exemplo de módulo para a pesquisa de preços efetivamente praticados pelas companhias aéreas, em tempo real, de acordo com os parâmetros



solicitados, tais como: cidade de origem e de destino, data de partida e de retorno da viagem, assim como uma sugestão de horário de voo (módulo buscador).

2.3. Paralelamente, determinou ao órgão que promovesse estudos para avaliar a vantajosidade de contratar diretamente junto às companhias aéreas o fornecimento de passagens para a Administração Pública.

2.4. Por consequência, em 2014, o Serpro, mediante o Pregão Eletrônico 712/2014, contratou empresa especializada para a prestação de serviços que viabilizassem o sistema de Propostas de Concessão de Diárias e Passagens (PCDP).

2.5. Como produto do estudo determinado pelo TCU e das providências iniciais para a aquisição do sistema que viabilizasse o PCDP (Pregão Eletrônico 712/2014), o Ministério do Planejamento, por meio do Credenciamento 1/2014 (edital e anexos à peça 2, p. 124-166), optou pela aquisição de passagens diretamente com as companhias aéreas, sem intermédio das agências de viagens.

2.6. De acordo com as informações disponíveis nos autos, a compra direta de passagens aéreas ocorreu em caráter experimental, exclusivamente no âmbito do Ministério do Planejamento, por meio do cadastro de todas as companhias aéreas. Após o prazo inicial de dois meses, o novo procedimento de aquisição seria estendido à toda a Administração Pública, à medida que os contratos existentes com as agências de viagens fossem se extinguindo.

2.7. Quanto à presente representação, a Secretaria de Controle Externo das Aquisições Logísticas (Selog) propôs o indeferimento da cautelar, diante da ausência da plausibilidade jurídica do direito invocado, não obstante entender que havia o perigo da demora, ainda que atenuado pela possibilidade de revogação do Credenciamento 1/2014. Quanto ao mérito, propôs considerar improcedente a representação (peças 41-43).

2.8. O Relator, Ministro Raimundo Carreiro, por entender presentes os requisitos da cautelar, determinou, em 12/11/2014, a suspensão dos procedimentos referentes ao Credenciamento 1/2014, até o pronunciamento em definitivo sobre o mérito (despacho à peça 51). Tais requisitos estariam caracterizados pelos riscos advindos da falta de clareza quanto à metodologia de controle das compras diretas de passagens aéreas, por meio de cartões corporativos, e pela assunção de riscos decorrentes da extensão do modelo adotado pelo Ministério de Planejamento aos demais órgãos da Administração Pública.

2.9. Em complementação à mencionada decisão, o Relator esclareceu, no que concerne à extensão e ao alcance da medida cautelar, que a Central de Compras do Ministério do Planejamento deveria se abster de estender o credenciamento a novos órgãos da Administração, mantendo-se somente aqueles que já haviam aderido ao novo sistema até a data da decisão inicial da cautelar, em 12/11/2014 (peça 61).

2.10. Contudo, em comunicação ao Plenário feita em 19/11/2014, após esclarecimentos prestados pela Advocacia Geral da União e pelo Ministério do Planejamento, e avaliadas as ponderações trocadas junto aos pares durante aquela sessão, o Relator converteu a medida cautelar em determinação ao Ministério do Planejamento, para que a Central de Compras encaminhasse ao Tribunal o resultado dos estudos, objeto da determinação constante do item 9.6 do Acórdão 1.973/2013-Plenário (peça 65).

2.11. Inconformada, a ABAV/DF interpôs o presente agravo (peça 74), juntamente com documentos posteriormente apresentados, objetos da presente instrução (peças 85, 88, 89, 95, 103, 105, 109, 124-127).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE



3. Reitera-se o exame preliminar que opinou pelo conhecimento do recurso, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, consoante análise à peça 78.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constitui objeto do recurso as seguintes questões:

- a) Se há nulidade do despacho que converteu a concessão de cautelar em determinação;
- b) Se estão presentes os requisitos para renovação da cautelar.

5. Nulidade do despacho

5.1. A agravante sustenta a nulidade do despacho que converteu a concessão de cautelar em determinação por restar ausente a exposição dos fundamentos, de fato e de direito, que embasaram a decisão.

Análise

5.2. O exame de nulidade fica prejudicado, pois, mesmo que procedente a alegação, os efeitos sobre a continuidade ou a paralisação do credenciamento decorrerão do deferimento ou não do pedido de cautelar ora em análise.

5.3. A tutela cautelar visa afastar uma situação de perigo ou prejuízo iminente e irreparável, com vistas a garantir a eficácia da decisão de mérito. Tal juízo, por ter natureza provisória e precária, pode ser emitido a qualquer tempo, antes da decisão definitiva, e não se correlaciona, necessariamente, com atos processuais pretéritos.

5.4. O que importa, portanto, nesse momento, é avaliar se estão presentes os pressupostos para a adoção da medida cautelar. Atendidos os pressupostos, a cautelar pode ser deferida independentemente da validade do despacho anterior. Ausentes, pode ser negada mesmo diante da validade do despacho anterior. Essa consequência decorre da própria natureza provisória da cautelar, aliada a competência desta Corte de Contas para deliberar sobre esse tipo de pedido a qualquer momento do processo.

5.5. Ressalta-se, ainda, que a revogação da medida cautelar, quando da comunicação em Plenário, evidencia-se plenamente possível, visto que, nos termos do §5º do art. 276 do RI/TCU, sua concessão pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado.

6. Requisitos para renovação da cautelar

6.1. Plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*)

6.1.1. A ABAV/DF requer o restabelecimento da medida cautelar inicialmente proferida, nos termos do Despacho à peça 51, com base nos seguintes argumentos (peça 74):

- a) Falta de fundamento legal para a contratação direta das passagens aéreas e pacífica jurisprudência do TCU acerca da necessidade de licitação para essas aquisições;
- b) Ausência de inviabilidade de competição, visto que as Leis 11.771/2008 e a 12.974/2014 não limitam ou impedem a venda de passagens aéreas para a Administração Pública por agências de viagem;
- c) Natureza comum do serviço de aquisição de passagens aéreas, a qual impõe o dever de licitar na modalidade de pregão eletrônico;

Análise

6.1.2. Em síntese, a agravante sustenta que a aquisição de passagens mediante contratação direta das companhias aéreas seria ilegal, pois ausente a inviabilidade de competição. Ademais, defende o direito de as agências ofertar preços para a Administração.

6.1.3. No caso em exame, a contratação direta de passagens fundamentou-se na inexigibilidade de licitação, ante a inviabilidade de competição. Para o Ministério do Planejamento, essa inviabilidade decorreu peculiaridades do objeto, como a impossibilidade de definir com precisão os parâmetros para aquisição, tais como tarifas, datas de embarque e destinos (peça 2, p. 134-136). Para a Selog, a inviabilidade justificou-se pela necessidade de contratar, no conjunto, todas as companhias aéreas, com vistas a cobrir os diversos trechos e horários utilizados pela Administração Pública. Nesse caso não haveria competição, visto que todos os potenciais fornecedores seriam demandados em algum momento pela Administração (peça 41, p. 6).

6.1.4. Nos termos do art. 22, inciso XXVII, c/c o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, as aquisições e contratações de serviços efetuados pelas pessoas jurídicas de direito público devem, em regra, ser precedidas de licitação, admitindo-se, excepcionalmente, a contratação direta para os casos ressalvados na lei. Nesse contexto, a Lei 8.666/1993 prevê, nos artigos 24 e 25, as hipóteses de contratação direta para as necessidades específicas da Administração Pública que não se coadunem com a licitação. O art. 24 dispõe sobre situações em que, apesar de haver possibilidade de competição, a Administração decide não licitar diante da tutela de outros interesses. Já o art. 25 exige, por suporte fático, a impossibilidade de competição, derivada de circunstâncias relacionadas ao sujeito ou à natureza do objeto a ser contratado.

6.1.5. Marçal Justen Filho afirma que a obrigatoriedade de licitação ocorre somente nas situações de exclusão, em que a contratação de determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem. Nesses casos, a licitação destina-se a assegurar que a escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico. Por outro lado, sempre que a contratação não envolver uma escolha de uma entre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.

6.1.6. Nesse contexto surge o credenciamento, nas situações em que a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, por conseguinte, relação de exclusão (teoria da inviabilidade de competição por contratação de todos). Conforme aponta a Proposta de Deliberação do Acórdão 5.178/2013-1ª Câmara, fundamentada no Acórdão 351/2010-Plenário, o credenciamento deve observar os seguintes requisitos:

I - Contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;

II - Garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

III - Demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços.

6.1.7. Para aferir a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*), deve-se, portanto, verificar se há possibilidade de competição entre as companhias aéreas e se não há impedimento para que as agências forneçam o objeto pretendido pela Administração, o que caracterizaria a viabilidade de competição entre as agências e as companhias aéreas. Ademais, deve-se verificar a observância dos demais requisitos estabelecidos pela jurisprudência do TCU para o credenciamento.

6.1.8. Com relação às **agências de viagem**, o atual modelo de contratação adota a premissa de que as companhias aéreas venderiam passagens como serviço de balcão, enquanto as agências prestariam o serviço de agenciamento, referente à remessa e à emissão de passagens (peça 41, p. 6,

item 46). Assim, com a dispensa do serviço de agenciamento, substituído pelo SCDP, restaria, como opção lógica, a aquisição das passagens diretamente com as companhias aéreas.

6.1.9. Observa-se, entretanto, que a aquisição das passagens diretamente com as companhias não pode ser tratada como uma consequência lógica da desnecessidade do serviço de agenciamento. Deve-se distinguir, no caso, a discricionariedade da Administração em definir o objeto a ser contratado da possibilidade de restringir o acesso dos potenciais interessados à disputa pela contratação. Nessa linha, é lícito a Administração alterar o modelo de aquisição de passagens mediante a supressão de serviços, como o de agenciamento, dada a sua prerrogativa para dispor sobre o objeto a ser contratado. Tal liberdade, no entanto, não confere a prerrogativa de restringir discricionariamente o acesso de potenciais interessados à prestação do serviço.

6.1.10. Diante disso, verifica-se que a desnecessidade do serviço de agenciamento de viagens não exclui, automaticamente, a possibilidade de as agências prestarem o serviço de fornecimento das passagens, em ambiente de concorrência com as próprias companhias aéreas.

6.1.11. Sob o aspecto econômico, não há elementos nos autos que afastem a possibilidade de as agências prestarem o serviço de fornecimento das passagens em ambiente de concorrência com as próprias companhias aéreas. O fato de as agências atuarem como intermediadoras no fornecimento das passagens, comprando-as com as companhias aéreas e revendendo-as para a Administração, não exclui a viabilidade de fornecimento dessas passagens a preços menores do que os ofertados pelas companhias. Para tanto, bastaria obter um desconto maior do que foi concedido pelas companhias aéreas no credenciamento.

6.1.12. Ressalte-se que a dúvida quanto à possibilidade **econômica** de competição somente seria respondida pela promoção de ampla concorrência entre as agências e as companhias aéreas, ou seja, pela licitação. De qualquer modo, a mera possibilidade de competir, por si só, já aponta para a inadequação da inexigibilidade de licitação ao caso em análise.

6.1.13. No tocante às **companhias aéreas**, segundo consta da metodologia de execução dos serviços, previamente à aquisição das passagens, adota-se o procedimento de pesquisa de preços e escolha da tarifa mais vantajosa (peça 2, p. 151). Conforme mencionado anteriormente, a existência de cotação de preços e a escolha de tarifa mais vantajosa demonstram uma relação de exclusão, o que, em princípio, evidenciaria a necessidade de licitação. Em sentido contrário, a Selog entende que, pelo fato de a Administração, em algum momento, demandar todas as companhias aéreas credenciadas, não haveria competição. Contudo, como a contratação direta é realizada a cada aquisição de passagens, a hipótese de demandar, em algum momento, todas as companhias aéreas, não afasta a competição existente em cada aquisição.

6.1.14. A par dos argumentos expostos, restam dúvidas se o Credenciamento 1/2014, conduzido pela Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, atende ao pressuposto fático exigido pelo art. 25 da Lei 8.666/1993 e aos requisitos mencionados no precedente desta Corte. Caso constatado, em exame de mérito, após análise exauriente, que há possibilidade de competição entre as companhias aéreas e entre estas e as agências de viagem, restará verificada a incompatibilidade do Credenciamento 1/2014 com o ordenamento jurídico. Em sede de cautelar, porém, que se satisfaz com juízo sumário, tais elementos são suficientes para evidenciar a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*).

6.2. Perigo da demora

6.2.1. A ABAV/DF apresenta os seguintes argumentos, que poderiam caracterizar o risco de dano:

- a) Incentivo à formação de cartel das quatro principais companhias aéreas para eliminar a concorrência realizada por meio das agências de viagens;

b) Improbidade ao infringir o princípio de segregação de funções, pois o responsável pelo cartão de crédito utilizado na aquisição atestaria a fatura da compra direta da passagem;

c) Celebração de contrato com companhias aéreas mesmo diante da ausência de certidões negativas de débitos trabalhistas e fiscais;

d) Informações sobre licitação, promovida pelo Ministério do Planejamento, com vistas ao agenciamento dos bilhetes de passagens aéreas para os destinos não abarcados pelas rotas das quatro companhias aéreas credenciadas.

Análise

6.2.2. Conforme menciona Humberto Theodoro Júnior, para a obtenção da cautelar, deve haver fundado temor de que, enquanto não há a tutela definitiva, venha a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. O perigo, justificador da medida, deve ser, portanto, fundado, relacionado a um dano próximo ou iminente e de grave ou difícil reparação.

6.2.3. Tais requisitos encontram-se presentes no caso em análise. O perigo de dano resta caracterizado pela expansão do credenciamento, com a conseqüente extinção dos contratos em vigor com as agências de viagem e, por conseguinte, com o modelo de contratação por agenciamento. Nesse sentido, conforme noticiado nos autos, está em andamento o Pregão Eletrônico 2/2015, para contratação de uma única empresa para prestar o serviço de agenciamento de viagens dos voos não atendidos pelo credenciamento.

6.2.4. Ademais, verifica-se o risco relativo a possível violação aos direitos de participar de licitações promovidas pelo poder público.

6.2.5. Isto posto, no caso em exame, restaram demonstrados os requisitos autorizadores da cautelar.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES

7. Em 2/2/2015, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em agravo regimental, suspendeu a liminar que havia paralisado o Credenciamento 1/2014 (Agravo Regimental na Suspensão de Liminar – 2015/0008866-3). O Relator entendeu, diante dos resultados obtidos no período experimental do credenciamento e do grave transtorno à ordem administrativa, que a liminar causaria lesão à economia e à ordem pública.

7.1.1. Por outro lado, nos presentes autos, observa-se que a cautelar revogada, nos termos delimitados pelo despacho do Relator à peça 61, alcança somente a extensão do credenciamento a novos órgãos da Administração Pública Federal, mantendo-se aqueles que já estavam em vigor. Tal medida mostra-se mais ponderada na medida em que susta a expansão do modelo adotado, sem impactar os procedimentos que já estão em curso, afastando, por conseguinte, o perigo da demora inverso.

CONCLUSÃO

8. Do exame conclui-se que não há nulidade do despacho que converteu a concessão de cautelar em determinação, razão pela qual propõe-se negar provimento ao agravo. Contudo, diante da presença dos requisitos plausibilidade do direito substancial invocado (*fumus boni iuris*) e perigo da demora (*periculum in mora*), propõe-se, com base no poder geral de cautela, conceder de ofício medida cautelar para determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que suspenda, até o julgamento definitivo deste processo:

a) o Pregão Eletrônico 2/2015;



b) a adesão de novos órgãos ou entidades ao Credenciamento 01/2014, firmado com as Companhias Aéreas para compra direta de passagens aéreas

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 289 e 276, § 6º, do RI/TCU:

- a) Conhecer do presente agravo, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) Com base no poder geral de cautela, conceder de ofício medida cautelar para determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que suspenda, até o julgamento definitivo deste processo:
 - b.1) o Pregão Eletrônico 2/2015;
 - b.2) a adesão de novos órgãos ou entidades ao Credenciamento 01/2014, firmado com as Companhias Aéreas para compra direta de passagens aéreas.

Serur/Assessoria, em 25/2/2015.

Thiago Ribeiro Strauss
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8182-5