



TC 019.819/2014-5

Tipo: Representação (Agravo Regimental)

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

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.

Interessado na sustentação oral: não cabe

Sumário: A suposta economia de “até 30% por ano” com a nova modelagem de credenciamento. Prova inédita apresentada em memoriais, sem contraditório. Ausência de submissão ao Relator e de juntada aos autos. Absoluta falta de elementos metodológicos e fáticos que permitam a comparação confiável de modelos. Custos sombra e a ilegalidade de sua execução pelo próprio Estado. Desconsideração dos memoriais e dos argumentos nele constantes. Descumprimento, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Acórdão TCU 1.973/2013 – Plenário. O direito fundamental à liberdade de empresa na Constituição e a vinculação da Administração Pública à sua concretização. O direito fundamental a licitar como conceito geminado do direito fundamental à liberdade de empresa, da democracia, da república, da igualdade e da isonomia. Inconstitucionalidade da opção de compra direta com as empresas aéreas por ofensa a direitos fundamentais e normas constitucionais, bem assim aos princípios da eficiência, da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação da proteção deficiente em decorrência das escolhas públicas. Ilegalidade da opção de compra através de credenciamento. Ofensa ao princípio do desenvolvimento posto na Lei de Licitações. Impossibilidade de caracterização



como inexigibilidade de licitação por credenciamento de companhias aéreas. Legislação federal de proteção à atividade econômica de agenciamento de viagens. Opção explícita do legislador em retirar da Lei 8.666/1993 a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição junto a concessionários de serviços públicos. Impossibilidade de transformação de uma dispensa em inexigibilidade por ato administrativo. Projeto de nova lei de licitações. Pressuposto lógico da licitação inexigível presente tão somente na hipótese de monopólio, sem multiplicidade de fornecedores. Dupla ausência de licitação a beneficiar as empresas aéreas: para a concessão do direito de transportar e para a venda de passagens. Atividades distintas e cindíveis economicamente. **Presença dos elementos autorizadores da adoção de medida cautelar**: alteração do quadro fático, proteção dos direitos fundamentais, princípios e normas constitucionais e da legalidade, consumação das ilegalidades. Necessidade da tutela de cautelar como proteção da jurisdição de contas, a impedir a ocorrência do fato consumado.

DESPACHO

Antecipo, de saída, que concordo com a instrução da Assessoria desta Secretaria de Recursos, no sentido de que existem **evidências jurídicas fortes o suficiente a demonstrar a ilegalidade da opção governamental de adquirir passagens aéreas diretamente com as companhias aéreas** sob a forma de credenciamento. Concordo, ainda, quanto à questão do **periculum in mora, pois entendo presentes todos os elementos necessários ao deferimento de medida cautelar, de forma a proteger os princípios, direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, a lei e a própria eficácia da jurisdição deste nosso Tribunal de Contas da União**, uma vez que se caminha a passos largos para o denominado fato consumado irreversível.

2. Antes de adentrar no mérito deste Agravo Regimental, anoto que o Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal – Sindetur, ingressou com petição com argumentos jurídicos relevantes, sendo que desenvolverei alguns deles no

decorrer deste despacho. Ademais, pelos mesmos motivos ensejadores da habilitação da Abav-DF nestes autos, também o Sindetur-DF deve ser habilitado como interessado.

A SUPOSTA ECONOMIA DE “ATÉ 30% POR ANO” COM A NOVA MODELAGEM DE CREDENCIAMENTO. PROVA INÉDITA APRESENTADA EM MEMORIAIS, SEM CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO RELATOR E DE JUNTADA AOS AUTOS. ABSOLUTA FALTA DE ELEMENTOS METODOLÓGICOS E FÁTICOS QUE PERMITAM A COMPARAÇÃO DE MODELOS. CUSTOS SOMBRA E A ILEGALIDADE DE SUA EXECUÇÃO PELO PRÓPRIO ESTADO. DESCONSIDERAÇÃO DOS MEMORIAIS E DOS ARGUMENTOS NELE CONSTANTES.

3. Na Sessão do Pleno em que foi discutida a cautelar ora recorrida, o agravado distribuiu um memorial onde noticiava suposta economia de 30% ao ano em decorrência da aquisição direta de passagens aéreas.

4. Pois bem, é preciso dizer que, nos termos do artigo 11 da Lei 8.443/1992, “o Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, de ofício ou por provocação, providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos”. Dito de outra forma, as provas constantes dos autos são produzidas sob o comando do Ministro Relator.

5. Ocorre que os memoriais não foram entregues ao Relator, que sobre as informações nele contidas não pode ajuizar, até mesmo para baixar o processo em diligência a fim de confirmá-las.

6. Ao contrário, apenas dois dias antes (10/11/2014) da expedição da cautelar (12/11/2014), a própria representante juntou uma informação divulgada no portal do governo federal (peça 48), a qual sequer havia sido objeto de argumentação governamental. Informação essa reverberada pela mídia, tal como no jornal Valor Econômico.

7. Uma vez que o próprio sujeito passivo (o representado) não alegou tal “economia” nos autos, não caberia ao Relator tomá-la como prova. E nesse sentido, além da sua juntada em data impeditiva de ser considerada, a informação não foi avaliada, até porque, repita-se, não foi produzida como prova por quem supostamente aproveitaria.

8. Ocorre que, no dia 19/11/2014, a União apresentou memoriais aos Ministros, salvo ao Ministro Relator, no sentido de propagar a ideia de uma economia próxima a 30% ao ano com a nova modelagem de compra direta por credenciamento. E para os presentes na sessão, não há qualquer dúvida sobre o efeito dos “memoriais” sobre o livre convencimento dos Ministros presentes à assentada.

9. Como o próprio nome diz, “memorial”, *memorialis* é o “que auxilia a memória”, “qualquer sustentação feita à autoridade judiciária ou administrativa, ger. no final do processo” (Dicionário Houaiss). Em uma frase: memorial é para rememorar, em poucas linhas, o passado no processo e não uma via para lançar argumentos e documentos novos não contraditados.

10. De outra, parece-me evidente que os memoriais apresentam um cálculo de economia sem o devido rigor técnico-científico, que permita atribuir-lhe valor probatório. Farei apenas alguns questionamentos que me foram suficientes para retirar-lhe a eficácia para fins de formação de convicção:

10.1 Os gastos do governo federal com passagens aéreas giram entre R\$ 1 a 1,5 bilhão por ano, enquanto a amostragem para dizer de uma economia próxima a 30% se deu pela comparação de três meses de 2013 frente a igual período de 2014, em somatório de gastos de R\$ 234 mil. Portanto, uma amostra irrelevante frente ao universo pesquisado.

10.2. Não há nenhuma informação sobre a antecedência em relação à data da viagem com que foram emitidos os bilhetes de 2013 e os de 2014. Informação essa extremamente relevante, pois todos sabemos que, quanto mais próximo da data do voo, mais caro o valor do trecho a ser voado.

10.3. Inexiste qualquer menção à classe tarifária das passagens comparadas.

11. Ademais, com todas as vênias, o governo federal está a comparar práticas feitas em cenários completamente distintos. Isso porque, dentre outras coisas, o serviço público agora conta com um módulo buscador no Sistema de Concessão de Diárias e Passagens e simplificou o sistema de autorização para emissão dos bilhetes de forma a agilizar a compra a garantir melhor preço. Em outras palavras, enquanto as agências operavam em regime de descontrole do processo de compra, o setor público agora adaptou-se às regras das companhias aéreas que garantem melhores preços. Não há como comparar situações completamente díspares (voltaremos a essa questão no tópico seguinte).

12. O exemplo da experiência do Governo de São Paulo é elucidativo, o qual inclusive ganhou o prêmio Mário Covas de 2013. Trata-se da implementação do Sistema de Agenciamento Sistematizado de Viagens Corporativas, pelo qual se reduziu a taxa de corretagem das agências de viagens pela implementação de um novo modelo de remuneração (de taxa de comissionamento para taxa fixa de transação), bem assim a adoção do **self-booking** (similar ao implantado pelo governo federal) com acesso direto a todas opções de viagens e a implementação no sistema da política de viagens do Estado (antecedência dos pedidos, etc). Esse novo modelo, **mantidas as agências de viagens, representou economia de 26,09%** [a respeito vide <http://www.premiomariocovas.sp.gov.br/2013/iniciativas/1351069.docx>]. Enquanto o governo federal, em cálculos desprovidos de cientificidade demonstrada e não contraditados, alega economia de “26,97% do valor médio dos bilhetes emitidos pelo SCDP em relação ao cotado pelas agências de viagens em 2014, no piloto”.

13. Sem a pretensão de ser exaustivo, há outros elementos não considerados na avaliação da economicidade do projeto piloto pelo MPOG. O principal deles está inserido nos chamados “custos sombra”. O Ministério do Planejamento fez um cálculo que, além dos problemas técnico-científicos e da não explicitação de sua metodologia para fins de controle, desconsidera item importantíssimo na avaliação da economia na contratação direta das companhias aéreas. Ora, como está no credenciamento, a Administração está a fazer contratações sem a intermediação das agências. Entretanto,



os serviços de agenciamento deverão ser realizados pela própria Administração. Do Pregão Eletrônico 55/2011, deste nosso Tribunal de Contas, retiramos algumas atividades que o contratante deverá realizar diretamente, **porquanto as companhias não prestam tais serviços**: instalação de posto de serviço completamente equipado e com pessoal suficiente para a boa prestação dos serviços; fornecimento de ferramenta **on line** de autoagendamento; capacitar o usuário para o uso da referida ferramenta; pesquisar tarifas praticadas pela companhia aérea, optando pela de menor valor; reservar, emitir, marcar, remarcar, desdobrar, confirmar, reconfirmar as passagens aéreas; apresentar alternativas viáveis, no caso de não haver disponibilidade de vagas nas datas e horários fixados; adotar medidas necessárias ao cancelamento de passagens; substituir passagens; entre outras.

14. Em verdade, para sabermos da economicidade da solução adotada, **tais custos devem ser medidos e acrescentados ao custo com aquisição das passagens aéreas**. O princípio da eficiência aqui se mostra com a conformação de **Kaldor-Hicks**, sendo o cálculo da política pública pautado pela maximização dos resultados. Isso permite que os **custos indiretos, despesas implícitas ou sombra**, compensem os ganhos diretos a ela internas. Mais um problema no cálculo ofertado pelo credenciante em sede de memoriais.

15. Irrelevante alegar que existiria um custo de controle da administração sobre as agências de turismo. Isso porque necessariamente também deverá haver um custo de controle da atividade de agenciamento agora exercida pela Administração, como decorrência do princípio da segregação de funções e do mandamento legal da supervisão.

16. Apenas para constar, no mencionado pregão eletrônico este Tribunal adotou desconto no valor de face do bilhete, o repasse ao contratante das tarifas promocionais, entre outras vantagens, não sendo novidade o desconto concedido pelas empresas aéreas à Administração.

17. Como visto, a Administração trouxe para si atividades estranhas à sua atividade fim. Passou a direcionar parte de seus recursos humanos e materiais para uma atividade econômica típica e extra-estatal. Exsurge daí o **conflito direto da nova solução com o Decreto-lei 200/1967**, que em seu art. 10 e parágrafos define que “a execução das atividades da Administração Federal **deverá** ser amplamente descentralizada”. Sendo um dos planos em que se opera a descentralização o “da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos e concessões”. Isso porque os recursos humanos e materiais “devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos”. Até mesmo para impedir “o crescimento desmesurado da máquina administrativa”, “recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada”.

O DESCUMPRIMENTO, PELO MPOG, DO ACÓRDÃO 1.973/2013 – PLENÁRIO.

18. No mencionado Acórdão este Tribunal endereçou a seguinte determinação ao Ministério do Planejamento:



9.6. determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que promova estudos no sentido de avaliar a vantajosidade de contratar diretamente das companhias aéreas o fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais para a Administração Pública, informando ao Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as conclusões;

19. O Ministro Raimundo Carreiro foi preciso em seu Voto:

21. A título de contribuição para o aprimoramento da questão, é oportuno destacar a alternativa discutida no Painel de Referência, sobre a possibilidade de contratação direta das companhias aéreas para fornecimento das passagens aéreas. É notório que com o advento da internet, grande parte dos consumidores privados tem comprado bilhetes de passagem diretamente das companhias aéreas pela internet. Assim, com foco na busca de maior economia para a Administração Pública, foi discutida essa alternativa também para as compras governamentais, o que eliminaria os custos de intermediação das agências de viagens e também os riscos decorrentes das fragilidades inerentes ao processo, tratadas descritas ao longo do Relatório antecedente.

22. Entretanto, apesar de interessante, essa possibilidade ainda é limitada por dificuldades operacionais apontadas durante a realização do Painel de Referência, como questões fiscais, por exemplo. Não obstante, julgo ser plausível que os entraves para a implementação da medida possam ser superados. Assim, oportuno determinar à SLTI que estude a viabilidade e oportunidade de implementação desse mecanismo.

20. Como visto, os estudos foram todos destinados à maior economia para a Administração. Ocorre que, antes de o Tribunal pronunciar-se de modo conclusivo sobre a referida economicidade, o Ministério do Planejamento, diante de cálculos de vantajosidade questionáveis, como demonstrado acima, resolveu implementar o sistema, transformando os estudos determinados em decisão consumada.

21. Outro problema, está no fato de que estudos para avaliação da vantajosidade só são possíveis pela comparação de diversos modelos. Ora, só é possível comparar modelos quando temos “as mesmas condições de temperatura e pressão”. Essa metáfora significa a necessidade de avaliar a contratação direta das companhias aéreas e o fornecimento de passagens através de agenciamento em ambiente: do módulo buscador no Sistema de Concessão de Diárias e Passagens; da simplificação do sistema de autorização para emissão dos bilhetes, de forma a agilizar a compra e garantir melhor preço; e de obediência da Administração a prazos de solicitação e de confirmação, entre outros fatores. Não é possível aferir ser algo melhor que outro em ambiente normativo e comportamental completamente distintos.



22. E se a Administração Pública está banindo o modelo por agenciamento, tanto ela como este Tribunal serão incapazes de avaliar a economicidade da novel sistemática, inviabilizando o Controle Externo sob os parâmetros da economicidade, eficiência e eficácia.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EMPRESA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À SUA CONCRETIZAÇÃO.

23. Nossa Constituição estabelece os seguintes direitos fundamentais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

24. Além desses, é sabido que o orçamento público é direcionado ao desenvolvimento nacional, à promoção do bem-estar, ao fomento, à redução das desigualdades, enfim, à concretização dos objetivos e direitos fundamentais postos na Constituição.

25. Segundo as lições de Candido Paz-Ares Rodrigues e Jesús Águila-Real, a liberdade de iniciativa e de empresa visam “assegurar aos indivíduos uma esfera de atuação livre de ingerências estatais”. Os autores, citando decisão do Tribunal



Constitucional espanhol, afirmam que todas as normas limitadoras de tal liberdade devem ser interpretadas restritivamente, pois se trata de direito fundamental, uma liberdade frente ao Estado (In Un ensayo sobre la libertad de empresa).

26. Nesse sentido, a eliminação de um agente econômico, com atividade reconhecida e protegida por lei federal, mitigando seus direitos fundamentais constitucionais, só pode ocorrer em nome de outro princípio de igual dignidade constitucional. Diríamos até que uma economicidade não relevante (aprofundaremos o argumento mais adiante) é incapaz de sustentar constitucionalmente tal solução, pois esta reduz, em segmento importante do mercado, afetando negativamente a liberdade de trabalho, de iniciativa e do exercício da atividade econômica. As políticas públicas, inclusive as compras governamentais, devem pautar-se pelo incentivo à atividade econômica e não pela obstrução de seu exercício. Ademais, conforme demonstrado acima, retira-se as agências de viagens do ciclo econômico, comprando diretamente junto às companhias aéreas, incorporando no Estado-Administração as atividades de agenciamento. Em realidade, o desconto dado por algumas companhias aéreas é o repasse à União de despesas que estas deixarão de ter através da remuneração das agências. E a União, paradoxalmente, não se apropriará completamente dos ganhos, pois os custos do agenciamento passarão a ser nela incorporados. Assim sendo, a União não conseguiu demonstrar que entram em jogo outros mandados de otimização (princípios) capazes de exercer constrição sobre o dever do Poder Público de maximizar a vigência da liberdade de atividade dos particulares no âmbito econômico. E os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol afirmam que a liberdade de empresa é irmã siamesa da liberdade de trabalho.

27. Em resumo, a opção governamental, diante da ausência de prova nos autos em sentido contrário, é contrária a maximização dos direitos fundamentais à livre iniciativa e à liberdade do exercício de qualquer trabalho, sendo, portanto, inconstitucional por ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da ponderação.

O DIREITO FUNDAMENTAL A LICITAR COMO CONCEITO GEMINADO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EMPRESA, DA DEMOCRACIA, DA REPÚBLICA, DA IGUALDADE E DA ISONOMIA.

28. Firmadas essas premissas, podemos dizer que também incorreu a União em ofensa ao direito fundamental à liberdade de licitar. Benedicto de Tolosa Filho, na sua clássica obra *Contratando sem Licitação* enumera os direitos fundamentais que estão por detrás do dever constitucional de licitar, entre eles o princípio da isonomia e a garantia da impessoalidade. Já Oswaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello, Cintra do Amaral e Adilson Dallari associam a licitação mecanismo de concretização do direito fundamental à igualdade (vide Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*).

29. Utilizando da expressão “conceitos jurídicos geminados” de Ayres Britto, pode-se dizer que a licitação potencializa e gemina em parêntese com os conceitos de democracia e república, pois, como nos fala Eros Roberto Grau, “seu fundamento, bem

assim o dos concursos públicos, encontra-se no princípio republicano” (Inexigibilidade de Licitação. In Revista de Direito Público. N. 100, outubro-dezembro 1991).

30. Uma garantia fundamental posta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, cujas exceções estão protegidas pelo princípio da reserva qualificada de parlamento (lei geral e federal). E “o princípio da legalidade só experimenta significado nessa interação com os demais princípios e direitos fundamentais” (Juarez Freitas. O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais, p. 60).

INCONSTITUCIONALIDADE DA OPÇÃO DE COMPRA DIRETA COM AS EMPRESAS AÉREAS POR OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS, BEM ASSIM AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE EM DECORRÊNCIA DAS ESCOLHAS PÚBLICAS.

31. Como demonstrei nos itens acima, inclusive através do exemplo prático do Governo de São Paulo e da ausência de comprovação idônea de economicidade relevante da nova solução adotada, estamos diante de uma opção que ofende os direitos fundamentais em jogo, sem suporte idôneo em outros direitos fundamentais também em disputa. Em palavras outras, há evidente ofensa, ao menos até este momento processual, aos princípios da proporcionalidade, da ponderação e da razoabilidade.

32. Não se pode opor à tal constatação a possibilidade de o legislador excepcionar a licitação e o caráter “aberto” da inexigibilidade de licitação. Quanto ao primeiro, o legislador não é tão livre assim. Em seu artigo intitulado de Dispensa e Inexigibilidade de Licitação (Boletim de Licitações e Contratos – abril de 1996) Jessé Torres Pereira Júnior nos revela depoimento preciso do Ministro Moreira Alves no sentido de que “tantas são as exceções que o dever geral de licitar acaba sendo ele próprio comprometido por esse número exagerado de exceções”. Aí está o cuidado que deve ter o legislador ao fixar hipóteses de dispensa de licitação, sob pena da inconstitucionalidade da norma por ofensa à proibição da proteção deficiente. Gilmar Mendes nos brindou (conforme citado em Lenio Luiz Streck: “Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo [...]. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos **direitos fundamentais de proteção**, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção [...] de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. [...] (Streck, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180).

33. Ora, se o legislador, a quem cabe edificar as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, deve ter cuidados, pois se vincula objetivamente ao dever



fundamental de licitar, tanto mais a Administração Pública enquanto intérprete da norma de exceção, sendo-lhe vedado elastecer as hipóteses de inexigibilidade pela composição do objeto de forma a “torná-lo” faticamente de licitação inexigível.

34. Admitir tal prática significa, pelos mesmos fundamentos, admitir a possibilidade de credenciamento para transporte de cargas, para aquisição de bens diretamente com o fabricante, eliminando o distribuidor e o revendedor. Enfim, em nome de uma economicidade incomprovada, promove-se a desagregação da atividade econômica. A questão é tão sensível que o Acordo de Compras Públicas firmado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (que o Brasil ainda não subscreveu) considera os processos limitados de compra (nosso similar de dispensa e inexigibilidade de licitação) como um mecanismo discriminatório, cuja utilização é reservada para situações em que o recurso a outro tipo de processo não se afigura eficaz.

35. Novamente com Paz-Ares Rodriguez, medidas governamentais mitigadoras da livre iniciativa, da liberdade do exercício de profissão e do dever geral de licitar devem estar suportadas em um valor constitucional suficientemente forte para justificar a intromissão. Assim sendo, serão inconstitucionais as medidas restritivas que não servem à realização comprovada (e não apenas abstrata e alegada) de um interesse geral. Pelo que o controle de sua constitucionalidade se faz sob os juízos de necessidade e de adequação. Dito de outra forma, se houver outra maneira menos onerosa aos direitos fundamentais em jogo, deve ser adotada. E aqui demonstramos existir alternativa e inexistir prova de vantajosidade. Juarez Freitas nos dá os conceitos contemporâneos de economicidade e de eficácia. A economicidade é a vedação do desperdício, enquanto a eficácia é a vedação do descumprimento dos objetivos e metas constitucionais (in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, p. 110-111).

36. E como estamos a tratar de princípios, tidos como mandados de otimização, associado ao fato de estarmos diante de um argumento meramente econômico, nos vem a necessidade de abordar o conceito de solução ótima advindo da relação entre Direito e Economia. Segundo Pareto, solução ótima é aquela que melhora a posição de ao menos uma pessoa, sem piorar a posição de ninguém. Ao que Kaldor-Hicks, como inserindo o conceito de proporcionalidade na equação paretiana, criou a superioridade potencial de Pareto. Nela, a otimização se dá sob a contenção de danos e compensação das perdas. No presente caso, as Companhias Aéreas nada perdem (ao contrário, ganham com benefícios como pagamento com cartão de crédito corporativo, desoneração da comissão dos agenciadores, retirada da obrigação de retenção tributária pela Administração Pública no momento do pagamento - Lei 13.043, de 13 de novembro de 2014, art. 59); a Administração nada comprova que ganhou e ainda assume as operações de agenciamento; e as agências de viagens são afastadas do mercado em causa, gerando impactos perversos na existência de algumas delas e a consequente redução do emprego.

ILEGALIDADE DA OPÇÃO DE COMPRA ATRAVÉS DE CREDENCIAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO POSTO NA LEI DE LICITAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE

CARACTERIZAÇÃO COMO INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO POR CREDENCIAMENTO. LEGISLAÇÃO FEDERAL DE PROTEÇÃO À ATIVIDADE ECONÔMICA DE AGENCIAMENTO DE VIAGENS.

37. Neste tópico ressalto, desde logo, que sequer podemos falar que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública é a de menor preço.

38. Isso porque, a nova redação do art. 3º da Lei 8.666/1993 estabelece:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

39. Em síntese, a licitação visa a garantir o trinômio: isonomia, proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Portanto, nossa régua jurimétrica [expressão criada por Loevinger] deve ser capaz de permitir análises mais alargadas da viabilidade dos novos modelos de compras, ampliando o conceito de economicidade para vantajosidade sócio-econômico-ambiental.

40. Tanto é que, regulamentando a destinação do desenvolvimento nacional sustentável, o Poder Executivo editou decretos que asseguram preferência a bens nacionais (Decreto 7.174/2010) e estabelece como diretriz da sustentabilidade a maior geração de empregos (Decreto 7.746/2012), e outros regulamentos que admitem a compra de preços superiores em até 20% aos demais concorrentes, como forma de proteção de centradadas indústrias nacionais.

41. E o que temos no presente caso? A geração de desempregos pela exclusão de agências de viagens de mercado importante, sem prova de economia relevante para o interesse público. Aliás, conforme demonstrado acima, a antieconomicidade está ligada às patologias do procedimento de aquisição de passagens e não ao fornecedor das mesmas.

42. De outra, toda a Lei de Licitações é permeada por mandamentos no sentido de ampliar o universo de competidores (art. 3º, § 1º, inc. I, e art. 23, § 1º, entre outros) e não de restringir, como se tenta fazer no presente caso.

43. Ademais, a atividade de agenciamento de turismo é protegida por lei, sendo vedado à Administração Pública reduzir seu âmbito de proteção através de ato administrativo de conformação do objeto de compra, trazendo para dentro de sua estrutura a atividade de agenciamento. Não se faça a analogia da possibilidade de um consumidor individual comprar diretamente das companhias aéreas pelo simples fato de que ele, consumidor privado, não está jungido pelo dever constitucional de licitar e nem tem a obrigação constitucional de fomentar o desenvolvimento econômico-social.

44. Diz a Lei 12.974/2014:



Art. 3º É privativo das Agências de Turismo o exercício das seguintes atividades:

I - venda comissionada ou intermediação remunerada na comercialização de passagens, passeios, viagens e excursões, nas modalidades aérea, aquaviária, terrestre, ferroviária e conjugadas;

45. Nem se diga que a compra direta do concessionário do serviço seria, por si, mais econômica. É um mito que não se sustenta na época da internet. Vemos, com facilidade, preços mais baratos que os encontrados nas companhias aéreas em sites como o Decolar.com e o Submarino. Assim como é notório observarmos preços menores em grandes varejistas, que aqueles praticados diretamente pelo fabricante.

46. A admitirmos tais presunções, não referendadas pelo mundo da vida, a Administração Pública, sob os mesmos argumentos, estaria autorizada a dizer inexigíveis contratações de transporte de cargas, aquisição diretamente com fabricantes, eliminando agentes econômicos legítimos das atividades de intermediação, distribuição e varejo. Só se diz alcançado o menor preço a partir do resultado da licitação.

47. Países desenvolvidos continuam fazendo suas compras de passagens aéreas através de licitação, na qual participam agências de viagem. A exemplo, a Espanha publicou em 27/01/2015 a adjudicação da Licitação 11/2014, no valor estimado de 171 milhões de Euros, que ofereceram descontos percentuais sobre os valores das passagens aéreas.

48. É de se perguntar: as companhias aéreas têm a liberdade de nomear uma agência de viagem exclusiva para a venda de suas passagens ou negar que determinadas agências de viagens [salvo inadimplência com os pagamentos] negociem seus bilhetes? A resposta é desenganadamente negativa, pois ofenderia a ordem econômica. Então como admitir que a Administração Pública o faça!

49. Posso afirmar que a hipótese de inexigibilidade de licitação por credenciamento não se aplica à aquisição de passagens aéreas.

50. Conforme bem apontado pelo Assessor desta Secretaria de Recursos, nenhuma das condicionantes postas pelo Acórdão 5.178/2013 – 1ª Câmara estão atendidas no caso concreto. Não existe a contratação de todos que tiverem interesse, pelo simples fato de que as agências de viagens foram excluídas, arbitrariamente, da possibilidade do credenciamento; não houve garantia de igualdade de condições, pois a negociação com as empresas aéreas envolveu o atendimento de exigências delas, companhias aéreas; não houve demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas por conduto do credenciamento. E por arbitrário entenda-se “verificar se no exercício de sua liberdade decisória a Administração observou ou não os limites que o Direito impõe a essa liberdade” (García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo I, p. 252).

51. O próprio Parecer 724-8.1.10/2014, proferido pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nos permite inferir da inaplicabilidade da hipótese de inexigibilidade por credenciamento, porquanto faz

adaptações indevidas nas condicionantes e, quando incapaz de fazê-lo, diz não aplicável.

52. De modo mais detalhado, a possibilidade do credenciamento de todos se deu pela exclusão de todas as agências, portanto criou-se artificialmente o atendimento à condicionante. A definição da demanda é feita pela administração segundo critério de data, horário de partida e de chegada e trechos. Não há universalidade na prestação, pois nem todos os credenciados cobrem os mesmos trechos, nos mesmos horários, nos mesmos aeroportos, sob classe tarifária idêntica e com diferenças entre voos diretos e com escalas ou conexões. Portanto, a necessidade é dada pela Administração, sendo remota a possibilidade de sorteio entre as companhias aéreas. Por fim, não existe uniformidade razoável de preços, não só em razão da liberdade tarifária, mas também em função da ocupação de assentos obtidas por cada companhia.

53. Portanto, não há nenhuma subsunção às condicionantes criadas pela doutrina e pela construção jurisprudencial desta nossa Casa, afastando-se por completo os argumentos lançados nos itens 60 a 75 do referido parecer jurídico.

54. O cadastramento é tão paradoxal que, caso uma companhia aérea deixe o credenciamento, vários trechos e/ou horários ficarão desatendidos. Então a solução será: credenciar todos que serão apenas uma.

55. Tudo dito até aqui converge para a conclusão de que há viabilidade de licitar, estando hígidos os conceitos e as conclusões postas na Decisão TCU 409/1994 – Plenário.

OPÇÃO EXPLÍCITA DO LEGISLADOR EM RETIRAR DA LEI 8.666/1993 A POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO JUNTO A CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DE UMA DISPENSA EM INEXIGIBILIDADE POR ATO ADMINISTRATIVO. PROJETO DE NOVA LEI DE LICITAÇÕES. PRESSUPOSTO LÓGICO DA LICITAÇÃO INEXIGÍVEL ENQUADRÁVEL TÃO SOMENTE NAS HIPÓTESES DE MONOPÓLIO.

56. Antes de prosseguir, é preciso firmar dois conceitos. Inexigibilidade de licitação ocorre quando esta for inviável em razão do objeto a ser licitado e da forma como é comercializado. Carlos Ari Sundfeld afirma que “é causa de inexigibilidade a incompatibilidade entre o procedimento licitatório e o gênero de operação a efetivar ou a situação em que é realizada. Deveras, não se pode exigir licitação quando ela inviabilize a própria medida a implementar, deixando desatendido o interesse público que a motiva”. Segundo Joel Menezes Niebuhr, há inexigibilidade nas situações em que a licitação pública inviabiliza a própria aquisição, por outro lado, existe dispensa nas situações em que a licitação imporia inconvenientes ao interesse público.

57. A inexigibilidade decorre da inviabilidade do procedimento licitatório, fadado ao fracasso. A dispensa de licitação é uma faculdade legal dada ao administrador público de, diante da presença da situação de fato, optar entre licitar ou dispensar.



58. Pois bem, pude verificar que o legislador sempre tratou a aquisição direta com concessionários de serviços públicos como dispensa de licitação. Ou seja, nestas hipóteses, até o Decreto-lei 2.300/1986, a licitação seria dispensável. No presente caso, com fulcro no Estatuto das Licitações decaído, era possível contratar diretamente uma companhia aérea com dispensa de licitação.

59. Com a edição da Lei 8.666/1993, a vontade do legislador firmou-se voluntariamente e intencionalmente em sentido oposto: a contratação com concessionários de serviços públicos é feita através de licitação. Averbo que no Projeto de Lei 1.491/1991, no inciso IX do art. 23, havia a previsão de dispensa de licitação “quando a operação envolver concessionário do serviço público e o objeto do contrato for pertinente ao da concessão” (Diário do Congresso Nacional – Seção I, 21/05/1992, p. 9963). Robert Alexy chama a busca dessa vontade como interpretação genética (vontade do legislador histórico). Negar a evidência, atribuindo ao intérprete o poder de restabelecer norma intencionalmente omitida representa a negativa do democrático poder da representação popular.

60. Através da Emenda 21/1991, de autoria do Deputado Luis Roberto Ponte foi proposta a supressão do referido inciso e sua substituição pela “contratação de serviços técnicos especializados de natureza singular” (Diário do Congresso Nacional, Seção I, 13/08/1992, p. 18154), sendo ela aceita pelo relator designado pela Mesa em substituição à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (idem, p. 18182) e ratificada pela emenda de plenário 386, de autoria do Deputado Alberto Goldman (idem, p. 18294).

61. Por fim, na redação final do Projeto de Lei 1.491/1991, depois convertido na Lei 8.666/1993, tal hipótese de dispensa intencionalmente não aparece na norma (Diário do Congresso Nacional, Seção I, 06/05/1993, Suplemento ao n. 74).

62. E como podemos admitir que uma hipótese abolida de dispensa de licitação seja transformada indevidamente em inexigibilidade pelas vias do credenciamento? Se era enquadrável como dispensa, logo era licitável por princípio, sendo a exceção ao dever de licitar autorizada tão somente por previsão legal explícita, conforme ordena a Constituição.

63. Para reforçar meu argumento, verifico que no projeto da nova lei de licitações, aprovado na Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos existe a previsão de inexigibilidade de licitação em caso de “serviço público em regime de monopólio” (art. 56, inciso II). Trata-se de uma nítida inexigibilidade factual, pois se apenas um presta o serviço, não há que se licitar. Aqui, além de ser atividade oligopolista ou de concorrência reduzida, existe uma clara diferenciação entre a outorga do serviço público de transporte (serviço público) e venda de passagens aéreas (atividade econômica). Nesta segunda hipótese da cisão econômica da atividade do setor aéreo concorrem, por disposição legal, as companhias aéreas e as agências de turismo.



DUPLA AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO A BENEFICIAR AS EMPRESAS AÉREAS: PARA A CONCESSÃO E PARA A VENDA DE PASSAGENS. ATIVIDADES DISTINTAS E CINDÍVEIS ECONOMICAMENTE.

64. O Ministro Raimundo Carreiro definiu muito bem o caráter **sui generis** da concessão no setor aéreo quando da relatoria do Acórdão 1.195/2010 – Plenário. A outorga é feita sem licitação, não há obrigação de prestar o serviço, os investimentos não são revertidos ao poder concedente ao final da concessão, as tarifas são livres, os lucros ou prejuízos são auferidos ou suportados pelo concessionário. Tirante a última, as demais são benéficas às companhias aéreas.

65. E como podemos, diante a ausência de licitação no momento da concessão, construir uma segunda inexigibilidade no momento de vender o produto da concessão?

A PRESENÇA DOS ELEMENTOS AUTORIZADORES DA ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR: ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO, PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS E DA LEGALIDADE. NECESSIDADE DA TUTELA DE CAUTELARIDADE COMO PROTEÇÃO DA JURISDIÇÃO DE CONTAS, A IMPEDIR A OCORRÊNCIA DO FATO CONSUMADO.

66. A plausibilidade jurídica do direito invocado está demonstrada acima, bem assim o perecimento de direitos fundamentais constitucionais e a permanência de situação de ilegalidade no tempo.

67. Em segundo lugar, há prova suficiente de que a Administração Pública Federal está banindo o modelo por agenciamento. Em sendo assim, tanto ela como este Tribunal serão incapazes de avaliar a economicidade da novel sistemática, inviabilizando a teleologia do Acórdão 1.973/2013 – Plenário.

68. O Pregão Eletrônico 2/2015, agendado para 27/02/2015 irá consumir o afastamento das agências de turismo do objeto credenciado, reduzindo seu mercado governamental ao resíduo não atendido pelas companhias aéreas.

69. O Ofício Circular 001/2015/CENTRAL/ASSEGE/GM-MP não deixa dúvidas sobre o efeito do referido pregão, pois em seu item 2.2 esclarece que:

“O segundo pilar do novo modelo de aquisição de passagens aéreas – agenciamento de viagens – para atendimento às necessidades de emissão de passagens aéreas que não sejam fornecidas mediante a aquisição direta (aproximadamente 5% da demanda total) ou por eventual impossibilidade de utilização do SCDP, será implementado a partir da contratação de uma única agência de viagens visando ao atendimento a todos os órgãos e entidades, cujo Pregão Eletrônico para registro de preço está em tramitação nesta Central.”



70. A Instrução Normativa 3/2015 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão consolida o modelo de credenciamento e determina aos órgãos e entidades a efetivação das providências necessárias à implantação dos procedimentos nela dispostos.

71. Por tudo quanto afirmamos aqui, podemos concluir pela existência da plausibilidade jurídica de se considerar, em sede provisória característica do juízo cautelar, inconstitucional e ilegal o Credenciamento 01/2014, havendo provas contundentes do perigo na demora, tanto no perecimento constante de direitos fundamentais e das normas e princípios constitucionais e legais aplicáveis à espécie, como na inviabilidade da efetividade da jurisdição deste Tribunal.

72. Segundo a boa doutrina, a discriminação injusta, violadora de direitos fundamentais e normas legais destinadas a proteger interesses do discriminado, constitui o causador do **discrimen** em sujeito passivo da responsabilidade civil extracontratual (Paulo Mota Pinto. Autonomia Privada e discriminação. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, p. 321). Ou, nas palavras de Antônio Carlos Ferreira, “o poder mal exercido contra os direitos individuais (liberdade) gera responsabilidade.” (Responsabilidade Civil por atos da administração pública, p. 134). Em uma frase: há elevado risco de responsabilidade objetiva do Estado pelos efeitos econômicos experimentados pelas agências de turismo em função dos atos inquinados da Administração Pública.

73. Nesse sentido, perfeita a cautelar originária expedida pelo Ministro Raimundo Carreiro.

CONCLUSÃO

74. Por todo o exposto, submeto os autos ao Exmo. Sr. Ministro Relator Raimundo Carreiro, o que faço para propor:

74.1 A habilitação do Sindetur-DF nos autos, na qualidade de interessado;

74.2. Com fundamento nos artigos 289 e 276, § 6º, do RI/TCU, conhecer do agravo regimental interposto pela Abav-DF para, no mérito, negar-lhe provimento dadas as razões alinhavadas na peça recursal;

74.3. Pelos fundamentos aqui expostos e alicerçado 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 n. 2/2015, na fase em que se encontrar;

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

c) a eficácia da IN MPOG 03/2015 e, por arrastamento, das normas e dos atos delas derivados, em relação aos órgãos e entidades alcançados pela cautelar posta imediatamente acima;



d) determinar à Selog que avalie a vantajosidade das opções de compras de passagens aéreas diretamente com as empresas concessionárias do serviço público, ou mediante licitação com as agências de viagens e turismo ou em modelo misto, garantindo que a avaliação se dê sob as mesmas condições, ambiente normativo e premissas operacionais, o desenvolvimento de metodologia técnico-científica de aferição confiável e tornada pública, levando em conta na análise da economicidade e do atingimento do interesse público, dentre outros fatores, também os denominados benefícios e custos sombra.

Encaminhe-se o processo à elevada apreciação do Ministro Relator Raimundo Carreiro.

Brasília, 25 de fevereiro de 2015.



SÉRGIO DA SILVA MENDES
Secretário