

Processo: TC 019.819/2014-5

Tipo: Representação com pedido de cautelar

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

Representante: Associação Brasileira das 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 em sustentação oral: Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima (OAB/DF 12.907) pela Abav-DF (peça 155)

Proposta: cautelar e oitivas

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação formulada pela Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal (Abav-DF) quanto a possíveis irregularidades no Credenciamento 1/2014, conduzido pela Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (edital e anexos à peça 2, p. 124-166), com pedido de suspensão cautelar do certame, *inaudita altera pars*.

2. Trata-se, ainda, na presente instrução, do Pregão 2/2015, promovido pela Central de Compras, que tem por objeto o Registro de Preços para contratação de uma única agência de viagens com vistas ao atendimento das demandas pelos voos não atendidos pelas empresas aéreas credenciadas (demanda residual do Credenciamento 1/2014), domésticos e internacionais, destinados aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

HISTÓRICO

3. Na Sessão Plenária de 4/3/2015, o Tribunal decidiu não ratificar a Cautelar exarada em 27/2/2015 (peça 138), além de determinar que o mérito dos presentes autos fosse apreciado em 30 dias (Ata nº 7, de 4/3/2015). Transcorrido o prazo determinado, verificou-se que os autos não se encontram completamente saneados com vista à análise de mérito, notadamente quanto às questões suscitadas nas instruções precedentes da Secretaria de Recursos (Serur) e da Selog (peças 136, 137 e 148).

4. Além disso, por meio do despacho exarado à peça 207, o Ministro Relator demonstrou preocupação com informações constantes dos autos (peça 199) que dão conta de que até o dia 30/4/2015 todos os contratos vigentes da Administração Pública com as agências de viagens serão compulsoriamente encerrados em virtude do Credenciamento.

5. Se confirmada tal informação, restaria caracterizado o fato consumado sem que o Tribunal tenha se manifestado quanto ao mérito das questões tratadas no presente processo. Nesse sentido, os autos foram encaminhados à Selog com vistas, também, ao pronunciamento, com urgência, “quanto ao encerramento dos contratos vigentes com base nas cláusulas resolutivas em decorrência da implementação da nova sistemática implantada com base no Credenciamento 1/2014 e no Pregão 2/2015”.

6. Relatado o recentemente ocorrido, versa a presente instrução quanto às oitivas e diligências complementares necessárias ao completo saneamento dos autos de forma a possibilitar a análise de mérito por esta unidade técnica e ao pronunciamento em relação ao encerramento compulsório dos contratos vigentes com a Administração em função do Credenciamento 1/2014 e do Pregão 2/2015, ambos promovido pela Central.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

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

EXAME TÉCNICO

8. Em análises precedentes (peças 136, 137 e 148), tanto a Serur quanto a Selog trouxeram aos autos questões que ainda não foram esclarecidas pela Central de Compras. Tais questões são fundamentais ao exame de mérito dos presentes autos, razão pela qual devem ser objeto de oitiva/diligências, conforme relatado a seguir.

9. Análise da Selog (peça 148):

9.1. De forma concomitante à instrução sobre o Agravo (peça 74) desenvolvida pela Serur, a Selog procedeu à análise de novos elementos trazidos aos autos pela representante (peça 85, 88, 89, 95, 103, 105, 109, 124-127, 134 e 135).

9.2. Naquela oportunidade, esta unidade técnica identificou elementos que poderiam evidenciar falhas na demonstração da vantajosidade no processo de emissão direta de passagens junto às companhias aéreas, em descompasso com o disposto no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993. A instrução precedente desta unidade técnica, consignou, em síntese, que:

9.2.1. Além dos procedimentos administrativos simplificados, o principal argumento para a manutenção do Credenciamento seria a potencial economia obtida com a sua adoção, em função dos acordos corporativos e da manutenção de tarifas promocionais decorrentes da duração estendida da reserva (de até 72 horas). Ademais, o Credenciamento acabaria com a falta de transparência constantemente observada nos preços praticados pelas agências na compra de passagens;

9.2.2. A Central de Compras, em amostra comparativa realizada à peça 49, apresentou uma economia percentual entre os bilhetes emitidos entre 2013 e 2014 de 30,48%. Já em comparação realizada entre as emissões pelo Sistema de Concessão de Diárias e Passagens (SCDP), os *sites* das companhias e as agências de viagens (no bojo de contratos vigentes com a Administração), conforme exposto em planilha à peça 50, a economia verificada estaria entre 26,97% e 35,29%;

9.2.3. Constatou-se que os dados apresentados nas planilhas representam um universo muito reduzido (cerca de 0,002%) do total de bilhetes emitidos pela Administração Pública (da ordem de R\$ 1,5 bilhão ao ano, segundo alegado pela representante – peça 74, p. 2), além de não fornecerem parâmetros confiáveis para a comparação dos preços praticados;

9.2.4. A simples comparação dos valores de bilhetes aéreos sem qualquer referência à data do voo (antecedência em relação à viagem, proximidade com datas comemorativas, feriados nacionais, grandes eventos ou épocas de alta temporada para determinadas regiões) e às tarifas praticadas (influenciadas por descontos aleatórios, demandas variáveis, disponibilidade de assentos, etc.) não representa parâmetro válido para a obtenção de percentuais de economicidade;

9.2.5. Além disso, a adoção do SCDP (sistema confiável) como ferramenta de emissão de passagens, seja por meio do Credenciamento ou de contratos com as agências de viagens, faz com que não mais seja adequada a comparação dos valores do Sistema com os obtidos junto às agências por meio de seus sistemas próprios (passíveis de fraudes);

9.2.6. Em virtude da obrigatoriedade de adoção do SCDP (art. 12-A, do Decreto 5.992/2006 e art. 11, *caput*, da IN SLTI-MP 3/2015), em qualquer cenário, inclusive para a emissão de passagens pelas agências de viagens, entende-se que o percentual direto de economia efetivamente obtido com o advento do credenciamento (desconsiderados os sistemas utilizados pelas agências) não corresponde aos 30% apresentados pelo Ministério do Planejamento. O mais provável é que a economia obtida pela APF esteja dentro da margem descrita nos acordos corporativos firmados com as companhias aéreas, que varia entre 0% e 5%, com a possibilidade de descontos pontuais maiores que os acordados em determinados voos e a critério das companhias;

9.2.7. Outro fato relevante que foi trazido aos autos pela representante (peça 125) e que consta do guia para adesão à compra direta (peça 147), elaborado pelo Ministério do Planejamento (p. 18), refere-se à impossibilidade de se realizar a remarcação de bilhetes com o instrumento da emissão direta de passagens, sendo que as alterações devem ser realizadas mediante o cancelamento e reembolso do bilhete e a posterior emissão de nova passagem;

9.2.8. Assim, no Credenciamento a regra é o pagamento das taxas de cancelamento e de reembolso para todos os bilhetes que precisem ser alterados, com os custos variando de acordo com a categoria tarifária do bilhete, o que não ocorria necessariamente nos contratos com as agências de viagens, quando a remarcação era possível e, nesses casos, pagava-se apenas a diferença de preço entre os bilhetes;

9.2.9. Tendo em vista que o percentual de remarcações na APF não foi explicitado no processo, a aplicação das regras tarifárias de reembolsos das companhias aéreas em detrimento das remarcações comumente operacionalizadas pelas agências de viagens nas contratações tradicionais, caso essas alterações venham a ocorrer em número relevante, pode significar perdas financeiras com o potencial de reverter a economicidade conseguida com os acordos corporativos (na ordem de 0 a 5%), em prejuízos ao erário;

9.2.10. Assim, no modelo da emissão direta de passagens, as despesas excedentes da Administração quando da necessidade de alteração de bilhete, com pagamento de multa, cobrança de taxas e/ou lapso temporal excessivo desde o cancelamento do bilhete até a solicitação de reembolso e/ou a efetiva devolução do valor a ser reembolsado devem ser contabilizados como negativos na análise de economicidade do novo modelo em relação ao agenciamento, de forma a explicitar o real balanço entre vantagens e desvantagens advindas do sistema de compra direta;

9.2.11. Reavaliada a economicidade da emissão direta de passagens em relação aos contratos de agenciamento para aquisição das passagens, outro custo que ganha contornos relevantes é o gerado pela postergação na retenção dos tributos acrescentada no §9º do art. 64 da Lei 9.430/1996 pela Medida Provisória 651/2014, convertida na Lei 13.043/2014;

9.2.12. Segundo o normativo, até 31 de dezembro de 2017, fica dispensada a retenção de tributos na fonte no caso de compra de passagens aéreas diretamente das companhias aéreas prestadoras de serviços de transporte aéreo, mediante a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal – CPGF;

9.2.13. A dispensa da retenção na fonte gera uma espécie de renúncia provisória de tributos, com impacto imediato na Conta Única do Tesouro até o seu efetivo recolhimento. Esse lapso temporal entre a retenção na fonte e o pagamento do tributo em momento posterior gera custos financeiros dos quais a Administração abrirá mão, em função da remuneração da Conta Única do Tesouro, e que, considerados os percentuais de economicidade decorrentes dos acordos corporativos, podem ser significativos a tal ponto que não justifiquem a emissão direta, devendo também ser contabilizados para fins de demonstração da economia do novo modelo de contratação.

10. Análise da Serur (peças 136 e 137):

10.1. Realizada sobre agravo interposto pela representante (peça 74), a análise da Serur (peça 136 e 137) primou pela “existência de evidências jurídicas fortes o suficiente a demonstrar a ilegalidade da opção governamental de adquirir passagens aéreas diretamente com as companhias aéreas” levantando, no que tange ao mérito do objeto, basicamente, os seguintes pontos:

10.1.1. O cálculo de economia apresentado nos memoriais distribuídos aos Ministros, salvo o Ministro Relator, de cerca de 30%, com a utilização do credenciamento em detrimento das contratações com as agências de viagens, não observou o necessário rigor técnico-científico que permita atribuir-lhe valor probatório, uma vez que se trata de amostra irrelevante frente ao universo pesquisado e é desprovido de metodologia para fins de controle;

10.1.2. Ainda sobre o memorial apresentado, não há qualquer informação quanto às classes tarifárias ou às antecedências em relação às datas das viagens com que foram emitidos os bilhetes de 2013 e 2014 utilizados como fonte de comparação, informação relevante, uma vez que tanto a variação de classe como a proximidade com a data do voo, como é de senso comum, altera sobremaneira os preços das passagens;

10.1.3. A Central de Compras está a comparar práticas feitas em cenários distintos, uma vez que o módulo buscador já desenvolvido garante a oferta do melhor preço e está dissociado do credenciamento. Sendo assim, a comparação que foi feita com vistas a auferir a economia confrontou um regime com descontrolado no processo de compras (sistemas próprios das agências) com outro em que as compras são realizadas por intermédio de sistema confiável (buscador governamental), não sendo, portanto, comparáveis;

10.1.4. A avaliação da economicidade do projeto piloto do Ministério do Planejamento (MP) não considerou os chamados “custos sombra” (implícitos), os quais são representados pela necessidade da própria Administração realizar as atividades que atualmente são desempenhadas pelas agências de viagens, devendo ser acrescentados ao custo com a aquisição das passagens para explicitar a real economia. Cita, como exemplo, desses gastos indiretos:

10.1.4.1. instalação de posto de serviço completamente equipado e com pessoal suficiente para a boa prestação dos serviços;

10.1.4.2. fornecimento de ferramenta *on line* de autoagendamento;

10.1.4.3. capacitação do usuário para o uso da referida ferramenta;

10.1.4.4. pesquisa de tarifas praticadas pelas companhias aéreas, optando pela de menor valor;

10.1.4.5. reserva, emissão, marcação, remarcação, desdobramento, confirmação e reconfirmação das passagens aéreas;

10.1.4.6. apresentação de alternativas viáveis, no caso de não haver disponibilidade de vaga nas datas e horários fixados;

10.1.4.7. adoção das medidas necessárias ao cancelamento de passagens;

10.1.4.8. substituição de passagens.

10.1.5. Nesse sentido, o Credenciamento pressupõe que o governo traga para si atividades estranhas à sua atividade fim, necessitando direcionar parte de seus recursos humanos e materiais a uma atividade econômica típica e extra estatal, em conflito direto com o Decreto-lei 200/1967, que propugnou pela ampla descentralização das atividades da Administração Federal;

10.1.6. O repasse ao contratante das tarifas promocionais, do desconto no valor de face do bilhete, entre outras vantagens concedidas às agências não é novidade, constando, inclusive, dos termos do edital do Pregão Eletrônico 55/2011 do próprio TCU;

10.1.7. A determinação para a elaboração de estudos constante do item 9.6 do Acórdão 1.973/2013-Plenário, com vistas a avaliar a vantajosidade de contratar passagens diretamente com as companhias aéreas, foi implementada diretamente pela Central de Compras, transformando os estudos em decisão consumada com base em cálculo de economicidade questionável, pelo exposto supra. Além disso, todo estudo pressupõe comparação de diversos modelos comparáveis (partindo-se do mesmo cenário, no qual o buscador encontra-se desenvolvido e em franca utilização, com apenas uma variável, no caso a contratada), o que não se observou no caso concreto;

10.1.8. 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;

10.1.9. À luz dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), notadamente nos arts. 1º, IV, 5º, XIII, 170 e 174, e do necessário direcionamento do orçamento público

à sua concretização, a eliminação de um agente econômico, com atividade reconhecida e protegida por lei federal, só pode ocorrer em nome de outro princípio de igual dignidade constitucional. Nesse sentido, uma economicidade não relevante é incapaz de sustentar a solução do Credenciamento, pois esta reduz segmento importante do mercado, afetando negativamente a liberdade de trabalho, iniciativa e do exercício da atividade econômica;

10.1.10. 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 não se apropriará completamente dos ganhos, pois os custos do agenciamento (intrínsecos) passarão a ser nela incorporados. Nesse cenário, a opção governamental, diante da ausência de prova nos autos em sentido contrário, não se coaduna à maximização dos direitos fundamentais à livre iniciativa e à liberdade de trabalho, sendo, portanto, inconstitucional por ofensa aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação;

10.1.11. Firmadas essas premissas, pode-se dizer que também incorreu a União em ofensa ao direito fundamental à liberdade de licitar posto no art. 37, inciso XXI, da CF/88, por intermédio do qual é garantida a observância aos princípios da isonomia e da impessoalidade. De igual maneira, em função da ausência de comprovação idônea da economicidade da nova solução adotada, há ofensa aos princípios da proporcionalidade, da ponderação e da razoabilidade;

10.1.12. No que tange ao instituto do Credenciamento, contesta sua utilização no caso concreto apregoando que, 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;

10.1.13. Em nome de uma economicidade incomprovada promove-se a desagregação de uma atividade econômica. Nesse sentido, a inexigibilidade deve ter sua utilização reservada apenas às situações em que o recurso a outro tipo de processo não se afigura eficaz e 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;

10.1.14. No caso concreto, demonstra-se existir alternativa menos onerosa aos direitos fundamentais em jogo, a exemplo da experiência do Governo de São Paulo com a implementação do Sistema de Agenciamento Sistematizado de Viagens Corporativas, em que foram mantidas as agências de viagens e aferiu-se economia da ordem de 26,9%, e, de outro lado, inexistir prova da alegada vantajosidade;

10.1.15. Questiona-se o fato de a solução adotada não ser a melhor para a Administração (solução ótima), uma vez que 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 no momento do pagamento – Lei 13.043/2014), a Administração nada comprova que ganhou e ainda assume as operações de agenciamento; e as agências de viagens são afastadas do mercado, gerando impactos perversos na existência de algumas delas e a conseqüente redução do emprego.

10.1.16. A licitação visa garantir o trinômio: isonomia, proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável (vantajosidade sócio-econômico-ambiental). Diante dessa constatação, não resta suficientemente demonstrada, na solução do Credenciamento, preocupação com o desenvolvimento nacional sustentável, em atenção aos Decretos 7.174/2010 e 7.746/2012);

10.1.17. Não é factível a analogia com a possibilidade de um consumidor individual comprar diretamente das companhias aéreas pelo simples fato de que o consumidor privado não está jungido pelo dever constitucional de licitar e nem tem a obrigação de fomentar o desenvolvimento econômico-social. Tais presunções permitiriam à Administração dizer inexigíveis contratações e aquisições das mais variadas diretamente com fabricantes;

10.1.18. Tampouco se pode afirmar que a compra direta do concessionário do serviço seria, por si, mais econômica. Prova de que se trata de afirmação falsa é a observação de preços menores praticados por grandes varejistas, bem assim, para o caso de passagens, aqueles encontrados em *sites* como o Decolar.com e o Submarino;

10.1.19. Pergunta-se: as companhias aéreas têm a liberdade de nomear uma agência de viagem exclusiva para a venda de suas passagens ou negar que determinadas agências (salvo inadimplência com os pagamentos) negociem seus bilhetes? A resposta é negativa, pois ofenderia a ordem econômica. Então, como admitir que a Administração Pública o faça?

10.1.20. Afirma-se que a hipótese de inexigibilidade de licitação por credenciamento não se aplica às aquisições de passagens aéreas, tendo em vista não estarem atendidas nenhuma das condicionantes postas pelo Acórdão 5.178/2013-1ª Câmara. 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;

10.1.21. O próprio Parecer 724-8.1.10/2014, proferido pela Consultoria Jurídica junto ao MP, permite inferir a inaplicabilidade da hipótese de inexigibilidade por credenciamento, porquanto faz adaptações indevidas nas condicionantes (itens 60 a 75), como o credenciamento artificial de todo o segmento, excluindo as agências dos possíveis fornecedores, a definição da necessidade dada pela Administração, caso a caso, sendo remota a possibilidade de sorteio entre as companhias aéreas e a falta de uniformidade razoável de preços, não só em razão da liberdade tarifária, mas também em função da ocupação de assentos obtidas por cada companhia. Quando incapaz de fazer as referidas adaptações ao instituto do credenciamento, diz o parecer do Jurídico não aplicável o condicionante;

10.1.22. Ainda sobre esse tema, assevera que o legislador, no Decreto-lei 2.300/1986, tratou a aquisição direta com concessionárias como dispensa de licitação. 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. Se era enquadrável como dispensa, logo, era licitável, sendo a exceção ao dever de licitar autorizada tão somente por previsão legal explícita, conforme ordena a Constituição;

10.1.23. As concessões no setor aéreo possuem caráter *sui generis*, consoante o Acórdão 1.195/2010-Plenário, uma vez que são feitas 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, essa última a única característica não benéfica às companhias aéreas. Nesse contexto, a ausência de licitação no momento da concessão e o credenciamento (por inexigibilidade) no momento de vender o produto dessa concessão consistiriam em dupla ausência de licitação a beneficiar as companhias aéreas.

11. Análise complementar:

11.1. A análise precedente desta unidade técnica (peça 148) primou pela avaliação da alegada vantajosidade advinda do credenciamento em detrimento dos contratos firmados com as agências de viagens.

11.2. Não se ateve, naquela oportunidade, aos aspectos legais da contratação, uma vez que se entende que os principais pontos atinentes à legalidade do credenciamento já foram discutidos nas instruções precedentes (peças 13, 41 e 68), que a economicidade é o ponto fulcral dos presentes autos e tencionava-se somente apresentar elementos suficientes para a decisão do Pleno quanto à cautelar concedida pelo Ministro-Relator (peça 138).

11.3. No entanto, de forma complementar às avaliações então realizadas pela Selog e pela Serur (peças 136, 137 e 148), **no que tange aos aspectos jurídicos da contratação**, entende-se necessário

que a Central de Compras esclareça, ainda, de que maneira entende legalmente possível, que, para a contratação do mesmo objeto, se utilize o argumento da inviabilidade de competição, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei 8.666/1993 (Credenciamento 1/2014), e da aquisição de objeto comum, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002 (Pregão 2/2015).

11.4. Qualquer outro aspecto, quanto à economicidade ou à legalidade dos procedimentos, não analisados pelas unidades técnicas envolvidas, devem ser trazidos aos autos de forma a permitir uma análise mais segura. São exemplos de questões que não foram citadas de forma explícita, mas que interferem sobremaneira na análise: procedimentos envolvidos na gestão contratual, formas de garantia ou minimização de desvios de conduta dos agentes envolvidos no processo, estrutura da Central de Compras (pessoas e recursos) dedicada com exclusividade ao gerenciamento do Credenciamento 1/2014 e do Pregão 2/2015, multas e/ou taxas diversas não comumente adotadas nos processos administrativos tradicionais, notadamente quanto a cláusulas de rescisão e descontinuidade contratual, manutenção e/ou alterações nos acordos corporativos, dentre outros.

12. Das rescisões contratuais

12.1. Por derradeiro, a presente instrução objetiva ainda avaliar o encerramento, em 30/4/2015, dos contratos vigentes com base nas cláusulas resolutivas em decorrência da implementação da nova sistemática implantada pelo Credenciamento 1/2014, em conjunto com o Pregão 2/2015, consoante a determinação do Ministro Relator à peça 207.

12.2. A Portaria-MP 555/2014, que atribui exclusividade à Central de Compras e Contratações para realizar os procedimentos para aquisição e contratação dos serviços que visam à obtenção de passagens aéreas para voos domésticos e internacionais, pelos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal, foi publicada em 30/12/2014.

12.3. Segundo o normativo, cabe à Central informar aos órgãos da administração direta os meios para participar do processo de aquisição das passagens. Além disso, caberá aos órgãos realizar as providências necessárias para a transição dos contratos vigentes para os novos procedimentos adotados pela Central, conforme orientações disponibilizadas por esta última.

12.4. Com o fito de dar cumprimento à Portaria, a Central emitiu o Ofício Circular nº 001/2015-CENTRAL/ASEGE/GM-MP (peça 211, p. 3), direcionado aos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal, orientando “adotar as medidas pertinentes com vistas à imediata implementação da aquisição direta junto às empresas aéreas credenciadas (...) para que as emissões de passagens se iniciem em um prazo máximo de 120 dias”, contados da publicação da Portaria (30/12/2014).

12.5. De acordo com a orientação da Central, portanto, todos os órgãos da administração direta do Poder Executivo federal devem migrar para o credenciamento até o final do mês de abril de 2015. Em relação aos contratos vigentes de cada órgão para o agenciamento de viagens, a orientação foi diferenciada a depender do estágio de cada contratação.

12.6. Do Ofício Circular depreende-se que a orientação da Central é para que, de imediato todos os contratos atendam somente à demanda residual (não suprida pelo credenciamento) e, até o final de abril de 2015, finalizado o Pregão 2/2015, os contratos que têm cláusula resolutiva sejam descontinuados (aviso à agência com antecedência de 30 dias e sem ônus para a Administração) e os que terão sua vigência encerrada não sejam prorrogados. Quanto aos demais contratos, a orientação é para que os órgãos avaliem os impactos previstos no art. 79, § 2º e inciso II, da Lei 8.666/1993 (rescisão contratual) diante do cenário de contratação da Central (pregão 2/2015).

12.7. A preocupação do Ministro Relator quanto a essas orientações diz respeito à caracterização do fato consumado sem que o Tribunal tenha se manifestado quanto ao mérito das questões tratadas no presente processo.

12.8. De fato, tendo em vista a falta de demonstração da vantajosidade do procedimento nos autos (e a falta de julgamento de mérito quanto à legalidade do Credenciamento), por todo o exposto

nos itens precedentes, o fato consumado que vem se delineando, de extinção dos contratos com as agências de viagens de forma pulverizada, vai inviabilizar essa análise de economicidade pelo Tribunal, uma vez que um dos pressupostos da demonstração de vantajosidade é a comparação entre os possíveis modelos.

12.9. Nesse sentido, uma vez não mais existente um dos modelos, acaba-se com a possibilidade de comparação em tempo real, restando apenas ilações sobre fatos ocorridos no passado. Assim, os efeitos econômicos e procedimentais experimentados com o novo modelo terão sua avaliação, ao longo do tempo, prejudicada, se não inviabilizada.

12.10. Feitas essas considerações, entende-se que os contratos vigentes com as agências de viagens não devem ser descontinuados em função de suas cláusulas resolutivas, tampouco rescindidos antes do término de sua vigência, a fim de que se tenha uma amostra mais robusta para que seja objeto da instrução de mérito dos presentes autos, bem como de eventual acompanhamento do modelo após manifestação conclusiva do Tribunal (a validação do modelo não se exaure com o mérito do processo), calcada em comparação de modelos vigentes e dados atualizados.

12.11. Entende-se, portanto, que o novo modelo deva ser avaliado com seus reais impactos para a Administração, e que apenas os contratos cuja vigência expire naturalmente não sejam prorrogados. Pelas mesmas razões, não se considera que a adesão compulsória e imediata ao Credenciamento 1/2014 pelos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal seja salutar à análise do processo, o qual perderá um importante meio de comparação, visto que somente com atendimento de demanda residual os contratos com as agências tendem a não refletir seu real potencial.

12.12. Consoante o art. 276 do Regimento Interno do TCU, o Relator, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

12.13. De acordo com o disposto no Ofício Circular nº 001/2015-CENTRAL/ASEGE/GM-MP, o marco para que os contratos com cláusula rescisória com as agências de viagens sejam descontinuados antes do término de suas vigências, bem assim para que ocorra a avaliação quanto à conveniência e oportunidade de que sejam rescindidos mesmo sem a previsão de cláusula para tanto, com fulcro no art. 79, § 2º e inciso II, da Lei 8.666/1993, é o final do mês de abril de 2015, logo encontra-se na iminência de se consumir.

12.14. Além disso, já há determinação da Central para que os órgãos da administração direta do Poder Executivo federal realizem adesão ao Credenciamento 1/2014, mantendo seus contratos com as agências de viagens apenas para a demanda residual, não abarcada pelo credenciamento. Nesse sentido, a cada dia, mais órgãos podem descontinuar seus contratos ou os manter apenas para atendimento de demanda irrisória frente ao volume de passagens contratadas, caracterizando o *periculum in mora*.

12.15. De outro lado, tendo em vista a falta de demonstração quanto à vantajosidade do credenciamento em detrimento das contratações pulverizadas com as agências de viagens, bem assim a necessidade de esclarecimentos adicionais com vistas a evidenciar a legalidade da contratação, consoante apontamentos da Serur e análise complementar supra, resta caracterizado também o *fumus boni iuris*.

12.16. Pelo exposto, propõe-se que seja determinado à Central de Compras, cautelarmente, que expeça Ofício Circular aos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal, com vistas a orientar que mantenham seus contratos com as agências de viagens até que suas vigências expirem naturalmente ou até o julgamento de mérito deste processo, quando, então, a depender do que vier a ser decidido, possam ou não migrar para a solução da Central de Compras (Credenciamento 1/2014 e Pregão 2/2015).

CONCLUSÃO

13. Das análises acima, realizadas de forma concomitante pela Selog e pela Serur, é possível verificar que, no que tange às falhas na demonstração da economicidade do credenciamento, os apontamentos convergem para a necessidade de correção e complementação dos dados apresentados pela Central de Compras, tanto nas peças do processo (peças 49 e 50), como no Memorial levado ao conhecimento dos Ministros dessa Corte, de forma a explicitar a real economicidade advinda do credenciamento.

14. Para tanto, além de ajustar o tamanho da amostra e o ambiente de comparação (utilização do mesmo sistema pelas companhias aéreas e pelas agências de viagens), bem como apresentar a metodologia e os critérios utilizados para explicitar a aferição da alegada vantajosidade, utilizando-se de rigor técnico-científico adequado, é necessário incluir no cômputo da economicidade todos os impactos, diretos e indiretos, inerentes ao processo, de forma comparativa.

15. Assim, de forma não exaustiva, verificou-se a necessidade de que sejam considerados na análise da economicidade do credenciamento, as perdas/custos com a impossibilidade de se realizar marcação de bilhetes pelo SCDP, a postergação da retenção dos tributos sobre os bilhetes emitidos pelas companhias aéreas, as despesas implícitas (custos-sombra), procedimentos envolvidos na gestão contratual, formas de garantia ou minimização de desvios de conduta dos agentes envolvidos no processo, estrutura da Central de Compras (pessoas e recursos) dedicada com exclusividade ao gerenciamento do Credenciamento 1/2014 e do Pregão 2/2015, multas e/ou taxas diversas não comumente adotadas nos processos administrativos tradicionais, notadamente quanto a cláusulas de rescisão e descontinuidade contratual, manutenção e/ou alterações nos acordos corporativos, dentre outros.

16. Quanto à legalidade do procedimento, entende-se que as considerações da Serur, em grande parte, se pautam no fundamento de que não há demonstração da economicidade de credenciamento. Diante desse cenário, diversos outros princípios e normas estariam de pronto feridos com o procedimento (a exemplo do Decreto-lei 200/1967, arts. 1º, IV, 5º, XIII, 37, XXI, 170 e 174 da CF/88, Decretos 7.174/2010 e 7.746/2012, bem como o próprio item 9.6 do Acórdão 1.973/2013-Plenário).

17. Há que se questionar da Central de Compras, na visão desta unidade técnica, dois outros pontos fundamentais na análise quanto à legalidade da contratação: como se insere a responsabilidade governamental com o trinômio: isonomia, proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável (vantajosidade sócio-econômico-ambiental) e de que maneira é legalmente possível, que, para a contratação do mesmo objeto, se utilize o argumento da inviabilidade de competição, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei 8.666/1993 (Credenciamento 1/2014), e da aquisição de objeto comum, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002 (Pregão 2/2015).

18. No que tange às orientações da Central de Compras aos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal, consoante o Ofício Circular 001/2015-CENTRAL/ASEGE/GM-MP, entende-se que os contratos vigentes com as agências de viagens não devem ser descontinuados em função de suas cláusulas resolutivas, tampouco rescindidos antes do término de sua vigência, a fim de que se tenha uma amostra mais robusta para que seja objeto da instrução de mérito dos presentes autos, calcada em comparação de modelos vigentes e dados atualizados, bem como de eventual acompanhamento do Credenciamento, com vistas à validação do modelo, mesmo após manifestação conclusiva do Tribunal.

18. Por essa razão, propõe-se que seja determinado à Central de Compras, cautelarmente, que expeça Ofício Circular aos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal, com vistas a orientar que mantenham seus contratos com as agências de viagens até que suas vigências expirem naturalmente ou até o julgamento de mérito deste processo, quando, então, a depender do que vier a ser decidido, possam ou não migrar para a solução da Central de Compras (Credenciamento 1/2014 e Pregão 2/2015).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

19. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

19.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

19.2. determinar, de acordo com o art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, cautelarmente, que a Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, expeça Ofício Circular aos órgãos da administração direta do Poder Executivo federal, com vistas a orientar que mantenham seus contratos com as agências de viagens até que suas vigências expirem naturalmente ou até o julgamento de mérito deste processo, quando, então, a depender do que vier a ser decidido, possam ou não migrar para a solução do Credenciamento 1/2014 e do Pregão 2/2015.

19.3. com fulcro no art. 250, V, c/c o art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, determinar a oitiva da Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que se manifeste, em até quinze dias a contar da ciência da comunicação, alertando-a sobre a possibilidade de o Tribunal vir a adotar decisão no sentido de desconstituir o ato ou processo administrativo em seu desfavor, sobre os termos da cautelar concedida e quanto ao conteúdo da presente instrução, encaminhando a documentação probatória dos esclarecimentos prestados, notadamente quanto aos apontamentos realizados pela Selog e pela Serur nas instruções precedentes (peças 136, 137 e 148), e sobre os seguintes pontos:

a) deficiência na demonstração de economicidade do modelo do Credenciamento 1/2014 (peças 49, 50 e memoriais disponibilizados aos Ministros), em conjunto com o Pregão 2/2015, em descompasso com o disposto no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, tendo em vista:

a.1) amostra pouco significativa, ausência de metodologia e rigor técnico-científico adequados que tragam confiança à avaliação;

a.2) análise não comparativa de modelos sobre as mesmas premissas (data da viagem, antecedência do voo, classes tarifárias, etc.) e cenários similares (ambas as emissões – via credenciamento ou via contratos com as agências de viagens – ocorrendo com a utilização do módulo buscador);

a.3) falta de contabilização, tendo em vista a impossibilidade de reembolso com a utilização do credenciamento, das despesas excedentes da Administração quando da necessidade de alteração de bilhete, com pagamento de multa, cobrança de taxas e/ou lapso temporal excessivo desde o cancelamento até a solicitação de reembolso e/ou a efetiva devolução do valor a ser reembolsado, informando o percentual estimado (com base em dados confiáveis) de necessidade de alterações de bilhetes (remarcações/cancelamentos) no universo de passagens contratadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

a.4) falta de contabilização dos custos gerados pela postergação na retenção dos tributos acrescentada no §9º do art. 64 da Lei 9.430/1996 pela Medida Provisória 651/2014, convertida na Lei 13.043/2014, devendo ser acrescentados ao custo com a aquisição das passagens para explicitar a real economia;

a.5) falta de contabilização dos “custos sombra” (implícitos), os quais são representados pela necessidade da própria Administração realizar as atividades que atualmente são desempenhadas pelas agências de viagens, devendo ser acrescentados ao custo com a aquisição das passagens para explicitar a real economia, tais como: instalação de posto de serviço completamente equipado e com pessoal suficiente para a boa prestação dos serviços; fornecimento de ferramenta *on line* de autoagendamento; capacitação do usuário para o uso da referida ferramenta; pesquisa de tarifas praticadas pelas companhias aéreas, optando pela de menor valor; reserva, emissão, marcação, remarcação, desdobramento, confirmação e reconfirmação das passagens aéreas; apresentação de alternativas

viáveis, no caso de não haver disponibilidade de vaga nas datas e horários fixados; adoção das medidas necessárias ao cancelamento de passagens; substituição de passagens.

b) no que tange à legalidade da contratação, manifestar-se sobre os pontos levantados pela Serur (peças 136 e 137) e, notadamente quanto à:

b.1) inserção, no processo de credenciamento, da responsabilidade governamental com o trinômio: isonomia, proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável (vantajosidade sócio-econômico-ambiental);

b.2) possibilidade, à luz da legislação vigente, de que, para a contratação do mesmo objeto, se utilize o argumento da inviabilidade de competição, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei 8.666/1993 (Credenciamento 1/2014), e da aquisição de objeto comum, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002 (Pregão 2/2015).

c) outros aspectos que julgar pertinentes, quanto à economicidade ou à legalidade dos procedimentos, tais como: procedimentos envolvidos na gestão contratual, formas de garantia ou minimização de desvios de conduta dos agentes envolvidos no processo, estrutura da Central de Compras (pessoas e recursos) dedicada com exclusividade ao gerenciamento do Credenciamento 1/2014 e do Pregão 2/2015, multas e/ou taxas diversas não comumente adotadas nos processos administrativos tradicionais, notadamente quanto a cláusulas de rescisão e descontinuidade contratual, manutenção e/ou alterações nos acordos corporativos;

d) outras informações que julgar cabíveis sobre a matéria.

19.4. encaminhar cópia dessa instrução e das peças 136, 137, 148 e 207 à Central de Compras e Contratações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para subsidiar sua resposta.

Selog, 2ª Diretoria Técnica, em 20/4/2015

(Assinado Eletronicamente)

Tânia Lopes Pimenta Cioato

AUFC – Mat. 7640-6