

TC 000.676/2014-4

Tipo: Pedido de Reexame (Monitoramento).

Unidade jurisdicionada: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – MP.

Recorrentes: Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e Associação Brasileira de Agências de Viagens do DF – ABAV-DF.

Advogados: Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima (OAB/DF 12.907), com procuração a peça 38, p.3.

Interessado em sustentação oral: Não há.

Sumário: Representação. Aquisição de passagens aéreas pela Administração Pública Federal. IN SLTI 07/2012. Cautelar. Credenciamento 01/2014. Determinações. Monitoramento. Cumprimento. Pedido de Reexame. Conhecimento. Provimento. Pedido de Reexame. Não conhecimento.

INTRODUÇÃO

1. Tratam-se de Pedidos de Reexame (peças 40 e 42) interpostos pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e pela Associação Brasileira de Agências de Viagens do DF – ABAV-DF, em razão de inconformismo com o Acórdão 785/2015 – Plenário (peça 32).

1.1 A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

“Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo abaixo relacionado, que trata de Monitoramento dos itens 9.5 a 9.8 do Acórdão 1.973/2013 – TCU – Plenário (peça 1), proferido nos autos do TC 003.273/2013-0, em representação formulada pela empresa Eurexpress Travel Ltda. contra as regras de contratação de passagens aéreas nacionais e internacionais pela administração pública federal, previstas na Instrução Normativa (IN) 7/2012 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), com fundamento nos arts. 143, inciso III, 15, 105 e 243, do Regimento Interno/TCU, ACORDAM em:

a) considerar cumpridas as determinações e recomendações indicadas pelos itens e subitens 9.5.1.1, 9.5.2, 9.6 e 9.7 do Acórdão 1.973/2013-TCU Plenário;

b) considerar não aplicável a determinação indicada pelo item 9.5.1.2 do Acórdão 1.973/2013-TCU-Plenário, por perda de objeto;

c) considerar passível de cumprimento a determinação indicada pelo item 9.8 do Acórdão 1.973/2013-TCU-Plenário, alterados os normativos adequados para tanto, e determinar à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), com fulcro no art. 250, II, do Regimento Interno do TCU, que, no prazo de 30 dias, apresente plano de trabalho com os procedimentos e prazos para a implementação das alterações determinadas no item 9.8 do Acórdão 1.973/2013 – Plenário, ressaltando que, nos cartões de embarque emitidos pela companhia aérea no momento do check-in, o valor do bilhete deverá constar da via que permanece em poder do cliente após o embarque, sob pena de multa, prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8443/92; (...)”

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de monitoramento dos itens 9.5 a 9.8 do Acórdão 1.973/2013 – TCU – Plenário (peça 1), proferido nos autos do TC 003.273/2013-0, em representação formulada pela empresa Eurexpress Travel Ltda. contra as regras de contratação de passagens aéreas nacionais e internacionais pela administração pública federal, previstas na Instrução Normativa (IN) 7/2012 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP). Acordaram os Ministros do TCU, entre outros, em:

“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;

9.7. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, ante as notícias de irregularidades praticadas nos contratos públicos de aquisição de passagens aéreas, avalie, em conjunto com a Controladoria-Geral da União, a situação e adote ações preventivas e corretivas, informando as conclusões e as medidas adotadas ao TCU, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

9.8. determinar à Agência Nacional de Aviação Civil, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que faça cumprir os artigos 6º e 8º, incisos VII, VIII e IX, da Resolução-ANAC 138/2010, exigindo que as companhias aéreas façam constar de seus cartões de embarque o valor da tarifa paga, conferindo transparência às compras de passagens aéreas para o consumidor final, informado ao Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, as providências adotadas;

9.9. determinar à Selog que monitore os itens 9.5, 9.6, 9.7 e 9.8 deste Acórdão, e apresente instrução conclusiva no prazo de 210 (duzentos e dez) dias;”

2.1. Após as companhias aéreas terem decidido não mais pagar remuneração em forma de comissão para as agências de viagens, a SLTI editou a Instrução Normativa 7/2012, alterando o modelo licitatório para os serviços de agenciamento de passagens aéreas, em que o critério de julgamento “maior percentual de desconto sobre o faturamento” foi substituído pelo de “menor preço ofertado pelo agenciamento dos serviços”. Alegando prejuízos causados pela adoção do novo modelo, foi movida representação (TC 003.273/2013-0), requerendo-se: i) a suspensão cautelar dos efeitos da IN 7/2012; e ii) que fosse determinada à SLTI a edição de novo normativo com critério de julgamento que resultasse na escolha da proposta “mais vantajosa para a Administração Pública”. Nesse sentido, foi proferido o Acórdão 1.973/2013 – Plenário, com as determinações supra.

2.2. Posteriormente, a SLTI desenvolveu e aprimorou módulos do Sistema de Concessão de Diárias e Passagens (SCDP), e o Ministério do Planejamento, por intermédio de sua Central de Compras, realizou o Credenciamento 1/2014, no qual foram registradas as quatro principais companhias aéreas brasileiras para a emissão dos bilhetes de forma direta, sem intermediação das agências de viagens. A compra direta foi praticada em caráter experimental até 27/10/2014, quando os demais órgãos da Administração Direta iniciaram o processo de adesão ao novo sistema, para emissão de bilhetes aéreos diretamente com as companhias.

2.3. O Monitoramento do cumprimento do Acórdão 1973/2013 – Plenário resultou na prolação do Acórdão 785/2015 – Plenário, mediante o qual esta Corte de Contas considerou cumpridas as determinações indicadas pelos itens 9.5.1.1, 9.5.2, 9.6 e 9.7 do Acórdão 1.973/2013 – Plenário. A determinação indicada pelo subitem 9.5.1.2 foi considerada não aplicável, por perda de objeto.

2.4. Por fim, o Acórdão 785/2015 – Plenário considerou a determinação à ANAC indicada pelo item 9.8 do Acórdão 1973/2013 – Plenário como passível de cumprimento, ainda que se mostrasse necessário alterar os normativos aplicáveis, determinando-se ainda que a agência reguladora, em um prazo de 30 dias, apresentasse plano de trabalho com procedimentos e prazos para a implementação das alterações determinadas.

2.5. Inconformadas, a Agência Nacional de Aviação Civil e a Associação Brasileira de Agências de Viagens no Distrito Federal interpuseram os presentes pedidos de reexame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Quanto ao recurso da ANAC, reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 44), ratificado pelo Exmo. Min. José Múcio Monteiro (peça 47) que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, suspendendo-se os efeitos da alínea “c” do Acórdão 785/2015 – Plenário em relação à recorrente, nos termos do art. 48 da Lei 8443/1992 e dos arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

4. Quanto ao recurso da ABAV – DF, salienta-se que o interesse de agir na via recursal faz-se a partir do gravame que decorra do ato impugnado, ou seja, da conclusão sobre a possibilidade de se alcançar pronunciamento mais satisfatório sob o ângulo jurídico.

4.1. Acrescente-se que, caso os estudos e medidas exigidos pelos itens 9.6 e 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário e considerados entregues pela alínea “a” do Acórdão 785/2015 – Plenário fossem de tal forma deficientes a ponto de impedir que as determinações pelas quais foram exigidos pudessem ser consideradas cumpridas, a recorrente seria favorecida, não prejudicada. Afinal, tais fragilidades impactariam diretamente no exame do mérito da questão, no âmbito do TC 019.819/2014-5, representação movida pela própria ABAV-DF.

4.2. Esclareça-se que o fato de que a determinação ter sido considerada cumprida não implica que os estudos preliminares até então encaminhados efetivamente demonstrem a legalidade ou a economicidade das mudanças na forma de aquisição de passagens aéreas pretendidas pela Administração Pública federal. Dessa forma, o único proveito que a recorrente poderia alcançar com seu recurso seria impedir a utilização desses estudos por ela reputados insuficientes, e assim protelar a tomada de qualquer decisão sobre o Credenciamento 01/2014, o que não deve ser admissível no ordenamento jurídico.

4.3. Nesse sentido, “a sucumbência há de ser aferida sob o ângulo estritamente objetivo, quer dizer, sob critérios objetivos de verificação do gravame ou prejuízo. Não basta, pois, a simples ‘afirmação’ da recorrente de que sofrera prejuízo com a decisão impugnada. É preciso que o gravame, a situação desvantajosa, realmente exista, já que o interesse recursal é condição de admissibilidade do recurso” [NERY JR., Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 316].

4.4. Não há que se argumentar, também, que a deliberação do TCU teria atingido de forma indireta a recorrente (situação denominada pela doutrina de sucumbência reflexa), pois tal hipótese somente é verificada nos casos em que a própria deliberação gera efeitos sobre terceiros. O fato de uma determinação endereçada ao MP ou à CGU ter sido cumprida ou descumprida é circunstância alheia à esfera jurídica da ABAV-DF, ainda que tenha sido reconhecida como interessado no processo no qual a referida determinação foi proferida.

4.5. Assim, no presente caso não se pode reconhecer a existência de interesse recursal da ABAV-DF, visto que a decisão ora recorrida não impingiu qualquer sucumbência, sanção ou prejuízo à recorrente, tendo apenas reconhecido o cumprimento de determinações realizadas a entidades distintas, pertencentes à administração pública. Dessa forma, propõe-se o não conhecimento do recurso da ABAV-DF.

EXAME TÉCNICO

5. Delimitação do Recurso

5.1. Constituem objeto do recurso da ANAC as seguintes questões:

- a) da ausência de ilegalidade e de requisitos para expedição de determinação;
- b) da ofensa ao princípio da separação dos Poderes;

- c) da manifestação do Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal (Sindetur-DF);
- d) da ofensa ao princípio da proporcionalidade;

5.2. Constituem objeto do recurso da ABAV-DF as seguintes questões:

- a) da ausência de cumprimento da determinação do item 9.6 do Acórdão 1973/2013 – Plenário;
- b) da ausência de cumprimento da determinação do item 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário.

Recorrente: Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC

6. Questão: da ausência de ilegalidade e de requisitos para expedição de determinação

6.1. Reitera as diferenças existentes entre o bilhete de passagem – instrumento que formaliza o contrato de transporte de passageiros, de existência obrigatória e decorrente de previsão legal (art. 227 do Código Brasileiro de Aeronáutica e Resolução ANAC 138/2010) – e o cartão de embarque, que não comporia o bilhete de passagem, por se tratar de instrumento para facilitar o trânsito do passageiro no aeroporto até seu embarque e permitir um controle maior de segurança por parte do operador aeroportuário e das empresas aéreas.

6.2. O cartão de embarque, dessa forma, seria documento que se destinaria apenas à identificação de passageiros no acesso à área restrita (cf. Decreto 27.168, de 5 de maio de 2010 e Resolução 130, de 8 de dezembro de 2009, que aprova os procedimentos de identificação do passageiro para o embarque nos aeroportos brasileiros).

6.3. Argumenta que as normas que determinam a utilização do cartão de embarque como meio para a identificação do passageiro apto a acessar a área restrita de segurança não determinam sua forma, e ressalta a existência de diversas formas de materialização do documento, que não trazem informações do bilhete de passagem ao usuário, mas que, por meio de sua leitura, permitem a transmissão das informações necessárias ao operador aeroportuário e à empresa aérea.

6.4. Alega que a Unidade Técnica deixou de explicitar qualquer normativo, legislação ou jurisprudência desta Corte de Contas que tivesse sido infringido pela recorrente, justamente porque não teria ocorrido nenhuma transgressão às normas legais ou regulamentares, tendo em vista que os artigos 6º e 8º da Resolução ANAC 138/2010 seriam aplicáveis aos bilhetes de passagens, não ao cartão de embarque.

6.5. Destaca que, conforme o art. 227 do Código Brasileiro de Aeronáutico, o conteúdo mínimo do bilhete de passagem (distinto do cartão de embarque) não incluiu a obrigação de inclusão do valor do referido bilhete, e tal obrigação teria sido inserida apenas no plano infralegal pela própria ANAC, com esteio nas competências estabelecidas pela Lei 11.182/2005. A matéria estaria inserida na esfera de conveniência e oportunidade para atuação regulatória da ANAC.

Análise

6.6. Por meio do Acórdão 1973/2013 – Plenário, esta Corte de Contas realizou a seguinte determinação à ANAC:

- 9.8. determinar à Agência Nacional de Aviação Civil, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que faça cumprir os artigos 6º e 8º, incisos VII, VIII e IX, da Resolução-ANAC 138/2010, exigindo que as companhias aéreas façam constar de seus cartões de embarque o valor da tarifa paga, conferindo transparência às compras de passagens aéreas para o consumidor final, informado ao Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, as providências adotadas;

6.7. Como citado pela recorrente, a definição de Cartão de Embarque se encontra no art. 42, do Decreto 7.168/2010, conforme o qual se trata do documento emitido pelo operador aéreo, com

informações sobre o voo e sobre o passageiro, com a finalidade de permitir o seu embarque. Já segundo a Resolução ANAC 130/2009, o passageiro deve apresentar o cartão de embarque válido (expedido pelo operador de aeronaves em aeroporto, data e horário compatíveis com sua apresentação) para o acesso à sala de embarque.

6.8. Assiste razão à recorrente quando atesta que o Cartão de Embarque constitui documento destinado apenas à identificação de passageiros no acesso à área restrita, não justificando uma regulação específica para tal. Ademais, conforme o art. 8º, inciso VII, da Resolução ANAC 138/2010, o valor da tarifa do serviço de transporte aéreo em moeda corrente nacional deve constar obrigatoriamente no bilhete de passagem, não do Cartão de Embarque. Ademais, não é possível se afirmar que o cartão de embarque deva ser considerado “bilhete de passagem”, justamente por ser normalmente emitido somente após o respectivo pagamento pelo serviço de transporte.

6.9. Como assevera a recorrente, as determinações exaradas pelo TCU deveriam explicitar o normativo, a legislação ou a jurisprudência que foi infringida, e o fundamento legal que legitima o TCU a expedir a deliberação. Entretanto, não é possível se afirmar que a determinação se destine a dar efetivo cumprimento aos artigos 6º e 8º da Resolução 138/2010, pois estes dispositivos normativos são referentes a bilhetes de passagem, que não englobam o cartão de embarque, documento distinto.

6.10. Embora as palavras tenham significados distintos conforme o contexto em que sejam utilizadas, elas possuem usos mais ou menos frequentes. O sentido que comumente se atribui a “cartão de embarque” e “bilhete de passagem” é aquele que se extrai da leitura dos dispositivos legais citados. Não é possível acolher, assim, a premissa utilizada pelo Acórdão 1.973/2013 – Plenário, segundo a qual “o bilhete de passagem engloba também o cartão de embarque”. Ainda que a norma jurídica não se confunda com o texto normativo, a atividade de dizer o direito em um determinado caso concreto encontra limites no uso compartilhado da linguagem, sob pena de se comprometer o papel do enunciado normativo como formador de expectativas dos administrados.

7. Questão: da ofensa ao princípio da separação dos Poderes

7.1. Reitera que o Acórdão recorrido não teria apontado nenhuma legislação, norma ou jurisprudência infringida, determinando, contudo, a alteração dos normativos desta Agência Nacional de Aviação Civil, sem fundamentação legal. A determinação explicitaria o conteúdo que a Agência deveria incluir em seus atos normativos, pois a Unidade técnica teria entendido que a adequação dos atos normativos da ANAC era “possível” e “necessária”.

7.2. A recorrente considera que o Tribunal teria avançado sobre a esfera de discricionariedade da Administração, substituindo o gestor na escolha da regulamentação a ser aplicada ao transporte aéreo de passageiros. Invoca o princípio da separação de Poderes como limite ao controle exercido pelo Poder Legislativo em relação à Administração Pública. Não seria dada, ao TCU, a prerrogativa de substituir a ANAC no exercício das competências a ela atribuídas pela Lei 11.182/2005, quanto à regulação dos serviços aéreos, dos sistemas de reservas, e da movimentação de passageiros.

7.3. Busca afastar a alegação segundo a qual a própria recorrente teria anuído com a alteração dos seus normativos, pois a manifestação apresentada em 2013 teria sinalizado apenas a possibilidade de avaliação quanto à necessidade dessa revisão. Tal avaliação, contudo, ultrapassaria os objetivos desse Tribunal de Contas da União em relação ao âmbito restrito de compras de passagem pela Administração Pública. Alega que a sinalização apresentada pela Agência não poderia ser tomada como elemento para fundamentar a determinação exarada para alteração dos seus atos normativos, nem com a determinação do conteúdo a ser observado.

7.4. Informa que a Superintendência de Regulação Econômica da ANAC teria novamente avaliado a matéria, e concluído pela ausência de interesse em regulamentar os procedimentos afetos à emissão de cartão de embarque, pois não vislumbraria benefício para o sistema de aviação civil na determinação exarada pelo TCU. A regulamentação conforme determinada pelo TCU não seria

desejável, pois implicaria possível engessamento da dinâmica da evolução tecnológica do setor, que, no resto do mundo, caminharia para a própria eliminação do cartão de embarque.

Análise

7.5. Consoante o Acórdão 2241/2013 – Plenário, a competência do TCU incide estritamente sobre a legalidade dos atos das agências reguladoras, excluindo-se a possibilidade de formulação de determinações sobre matéria técnica de competência delas. Dessa forma, ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas (Acórdão 2314/2014 – Plenário).

7.6. Reconhece-se que a competência constitucional do TCU vai além da simples fiscalização de legalidade dos atos e contratos administrativos, cabendo-lhe ainda expedir determinações relativamente a aspectos que, embora não constituam infração à norma legal ou regulamentar “prima facie”, possam repercutir de forma negativa na efetiva prestação dos serviços públicos, nos termos do Acórdão 382/2004 – Plenário. Não é o caso dos autos, em que não se está discutindo a efetiva prestação do serviço público de transporte aéreo, mas criando-se nova regra com o objetivo de reforçar o controle de aquisições de serviços de transporte aéreo pela administração pública.

7.7. Veja-se que a determinação vergastada não se qualifica como controle de legalidade nem de legitimidade. Poderia ser considerada como controle de economicidade, caso em que caberia à Corte de Contas demonstrar que os benefícios da adoção da medida para a sociedade seriam superiores aos seus custos. Assiste razão à recorrente quando atesta que a existência de procedimento administrativo destinado à eventual modificação de seus normativos não implica que esta possa ser realizada por força de determinação emanada de órgão de controle externo.

7.8. O TCU não exorbita de suas funções quando, no exercício do controle, detecta ilegalidade, ineficiência, ilegitimidade ou antieconomicidade de ato administrativo e determina prazo para adoção das providências cabíveis, ainda que o ato em questão seja discricionário. A determinação recorrida, entretanto, implicaria o exercício de poderes que o Tribunal constitucionalmente não possui, substituindo-se à autoridade competente para regular as atividades econômicas em questão. Não cabe ao TCU tomar decisões no lugar da agência regulatória, em face de a solução originalmente adotada pela agência não poder ser caracterizada como ilegal, ilegítima ou antieconômica.

7.9. É nesse sentido a jurisprudência dessa Corte de Contas, segundo a qual o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre a área-fim das agências reguladoras deve ser um controle de segunda ordem, vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais (cf. Acórdãos 602/2008 – Plenário, 620/2008 – Plenário). Nesse controle de atividade fim, o Tribunal não deve substituir-se às entidades controladas, nem estabelecer o conteúdo de ato da competência do regulador, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade ou de omissão da autarquia no cumprimento de normas jurídicas pertinentes (Acórdão 715/2008 – Plenário), cuja violação não foi caracterizada.

8. Questão – Da manifestação do Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal (Sindetur-DF)

8.1 Esclarece que, contrariamente ao sustentado pelo Sindetur-DF, o Ajuste Sinief 05/01 determinaria que bilhete de passagem contenha o valor da tarifa, não o cartão de embarque. Alerta que, nos termos do citado documento, o bilhete de passagem é que seria considerado como “documento fiscal”, tendo sido expressamente distinguido do cartão de embarque.

8.2 Destaca que o referido Ajuste Sinief 05/01 estabelece procedimentos de observância voluntária pelas empresas aéreas nacionais, em substituição a emissão do bilhete de passagem e nota de bagagem, tratando-se de documentos e procedimentos próprios dos órgãos fazendários, que não se confundem com a regulamentação e o exercício de competências pela ANAC.

8.3 Contraria a informação segundo a qual algumas Companhias Aéreas estariam inserindo o valor da tarifa paga no cartão de embarque, mediante a apresentação de resposta à ofício enviado à Associação Brasileira de Empresas Aéreas, da qual constaria a improcedência da informação prestada pelo Sindetur-DF.

Análise

8.4 Nos termos da Cláusula terceira, parágrafo único, do Ajuste SINIEF 05/01, juntamente com o bilhete previsto no caput da cláusula, será emitido o “cartão de embarque”, que será retido pela empresa aérea para guarda juntamente com o “manifesto do voo”. Como assevera a recorrente, o Ajuste SINIEF 05/01 não equipara o cartão de embarque a documento fiscal, fixando apenas que a empresa aérea deverá entregar o bilhete ao passageiro, do qual deverá constar o valor da tarifa.

8.5 Já nos termos da cláusula primeira do Ajuste SINIEF 05/01,

“Cláusula primeira. Acordam os Estados e o Distrito Federal que a empresa aérea nacional estabelecida em qualquer unidade da Federação, nas vendas de bilhetes de passagens aéreas, em substituição a emissão do bilhete de passagem e nota de bagagem, modelo 15, nos termos do artigo 51 do Convênio SINIEF 06/89, de 21 de fevereiro de 1989, poderá adotar os procedimentos previstos neste regime especial” (grifos acrescidos).

8.6 Desse modo, é possível se afirmar que a informação de que o cartão de embarque deva ser considerado como documento fiscal válido não é correta, sendo sua finalidade a de permitir a identificação e o acesso de passageiros à área restrita.

9. Questão – da ofensa ao princípio da proporcionalidade.

9.1 Entende que a determinação exarada no item “c” do Acórdão 2785/2015 - TCU - Plenário ofenderia o princípio da proporcionalidade, uma vez que, com o objetivo de trazer benefícios exclusivamente à fiscalização da compra de passagens pela Administração Pública Federal, determina a realização de alteração nos atos normativos da Agência e na sua regulamentação acerca de serviços aéreos, sistemas de reservas e movimentação de passageiros, o que acarretaria retrocessos ao sistema de aviação civil e possíveis aumentos de custo com reformulação de sistemas globais, apenas com o fim de atender às especificidades de compras de passagens aéreas restritas à parcela limitada da Administração Pública Federal.

9.2 Alega que a transparência objetivada já teria restado concretizada com a obrigatoriedade de utilização do SCDP para os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, restando eventuais dificuldades limitadas aos órgãos que não adotam o SCDP no processo de aquisição de passagens.

9.3 Alude às sugestões realizadas pela área técnica da ANAC, no sentido de elevar a efetividade da fiscalização da compra de passagens aéreas pela Administração Pública, tais como demandar às agências de viagem para que apresentem obrigatoriamente os bilhetes de passagem efetivamente emitidos pelas empresas aéreas que a elas foram enviados, ou estabelecer rotinas de checagem pelos próprios órgãos governamentais dos bilhetes de passagem emitidos, por meio do código localizador gerado ou do número do bilhete eletrônico, informado mesmo quando há intermediação das agências de viagem.

Análise

9.4 O princípio da proporcionalidade constitui um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público, para aferir a presença de uma relação racional entre os motivos, meios e fins a eles subjacentes [BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281]. Segundo a recorrente, a alteração nos atos normativos da ANAC implicaria possíveis aumentos de custo com reformulação de sistemas e dificultaria a adoção de novas tecnologias que viessem a substituir o cartão de embarque impresso.

9.5 Embora a recorrente não traga estudos que demonstrem a afirmação, a argumentação é verossímil, e a Unidade Técnica não apresenta quaisquer elementos para sustentar a premissa sob a qual a determinação se apoia: a de que, pelo contrário, é a alteração dos normativos da autarquia reguladora e dos sistemas das Companhias Aéreas que seria mais benéfica à sociedade como um todo, ou seja, que a redução esperada nos desvios seria superior ao custo da medida.

9.6 Logo, não há como se afirmar de forma peremptória – nem foram acostados elementos pelo Acórdão recorrido – que haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento em questão, que a medida é necessária, ou seja, que as alternativas mencionadas pela recorrente são insuficientes; e, por fim, que o que se ganha com a medida é superior àquilo que se perde com ela.

9.7 Acrescente-se que, caso se conclua pela legalidade da aquisição direta de passagens aéreas pelo Poder público (TC 019.819/2014-5), com a edição da IN MP 03/2015, parte significativa das passagens aéreas deverá ser adquirida dessa forma. Nesse caso, a alteração dos atos normativos apenas para atender às especificidades de compras de passagens por pequena parte da Administração Pública Federal não atenderá ao princípio da proporcionalidade. Dessa forma, há que se acolher o argumento da recorrente.

Recorrente – Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito Federal – ABAV-DF

10. Questão – do cumprimento da determinação do item 9.6 do Acórdão 1973/2013 – TCU – Plenário.

10.1 A recorrente argumenta que a determinação do item 9.6 do Acórdão 1973/2013 – TCU – Plenário não poderia ser considerada cumprida, uma vez que o MP deveria ter um estudo sobre a vantajosidade em contratar diretamente, sem intermediários, as companhias aéreas, mas o documento apresentado (peça 6) seria superficial, inconclusivo e não teria tratado de nenhuma questão legal. Segundo a recorrente, uma vez que não haveria vantagem fora da legalidade, o documento em questão não poderia ser considerado como estudo, a menos que avaliasse também tal aspecto.

10.2 Questiona a qualificação de “vantajosa” a uma decisão de deixar de licitar bilhetes de quatro companhias aéreas, e ao mesmo tempo contratar uma só agência de viagem para assumir mais de 600 contratos federais. Indaga a omissão do estudo sobre as questões elencadas.

10.3 Informa que o MP havia respondido (peça 19) à SELOG que a compra direta estava sendo implantada, e que os resultados seriam repassados ao TCU. Entretanto, a peça 24 traria apenas planilhas, não provas documentais, elaboradas sem que tivessem sido adotados os mesmos parâmetros de comparação e que não explicariam a taxatividade dos acordos assinados pelas companhias aéreas em descontos de 0%, 3% e 5%. Considera, dessa forma, que teria havido tentativas de “maquiagem” de números mediante a utilização de bilhetes antigos e novos, com maior e menor antecedência e de diferentes classes tarifárias, para levar ao erro o TCU.

10.4 Alerta que muitos dos bilhetes estariam com descontos zerados, devido às tarifas promocionais. Contesta a afirmação segundo a qual eventuais descontos podem ser concedidos dependendo da ocupação de uma aeronave, pois tal variação de tarifas é aplicável a qualquer comprador, não dependendo de compra sem licitação, e não teria constado dos acordos corporativos assinados com o MP.

10.5 Aponta a ressalva realizada pela instrução que fundamenta o Acórdão recorrido, que frisa a existência de questionamentos realizados quanto à vantajosidade da contratação direta, que estariam pendentes de avaliação de mérito a ser realizada no TC 019.819/2014-5.

Análise

10.6 Conforme o estudo considerado como cumprimento da determinação do item 9.6 do Acórdão recorrido:

“68. Com base no conhecimento acumulado com os estudos empreendidos por esta Secretaria, bem como os resultados apresentados nas simulações do Anexo 1, firma-se o entendimento, dada a atual situação que se encontra a APF quando da aquisição de passagens aéreas, de que a retirada total das agências da dinâmica de compra governamental, apesar de mostrar-se vantajosa, implica que servidores públicos terão que realizar o trabalho hoje realizado pelas agências de viagens (pesquisa de preços, reserva, emissão, cancelamento e remarcação de bilhetes).

69. Assim, entendo que todos os modelos de aquisição estudados têm seus pontos positivos e seus pontos negativos. Mas dada a complexidade intrínseca à matéria. Caberá à Assessoria Especial para a Modernização da Gestão - ASEGE deste Ministério do Planejamento. Orçamento e Gestão a definição da melhor estratégia a ser adotada para toda a APF”.

10.7 A recorrente, por sua vez, apresenta os diversos dispositivos normativos e decisões jurisprudenciais, as quais considera que impediriam a adoção do credenciamento, e em cuja análise o estudo do MP apresentado a título de cumprimento da determinação realizada teria se omitido:

- i) O art. 22, inciso VII, do Decreto-Lei 2.300/86, previa a licitação dispensável para contratação de concessionárias de serviço público, mas estas regras que estabeleciam a faculdade de contratar empresas sem necessidade de licitar não mais existiriam;
- ii) A Lei 8.666/1993 não teria preservado a licitação dispensável, em face da abertura do setor de concessões pelo artigo 175 da Constituição de 1988, e as leis 8.987/1995 e 11.182/2005 não teriam estabelecido que as concessionárias de serviço público teriam celebrado contrato acessório à concessão, de venda direta de serviços de transporte ao governo;
- iii) A Decisão 409/1994 – Plenário e a Decisão 489/2001 – 1ª Câmara, segundo as quais a aquisição de passagens e de outros serviços de transporte aéreo deve ser licitada, de forma que um ato administrativo infra legal não poderia estabelecer que passagens aéreas seriam, ao mesmo tempo, “licitáveis” e “não licitáveis”.

10.8 Segundo a recorrente, não também teriam sido objeto do estudo:

- i) Vantagem tributária que a Administração federal estaria prorrogando para as companhias aéreas, de modo a dispensar até 2017 a realização de retenções na fonte (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS), o que representaria desoneração tributária estimada em R\$ 19 milhões somente em 2014;
- ii) Diversos custos não revelados ou contabilizados com perdas de tarifas não reembolsáveis, que podem chegar a 100% conforme tarifas e as políticas de cada companhia aérea;
- iii) Custos adicionais com vencimentos de servidores públicos que serão desviados de suas funções para se tornarem emissores de passagens aéreas para seus colegas de trabalho, em invasão de trabalho de atividade prevista com exclusividade nas Leis 11.771/2008 e 12.974/2014, que atribuiriam exclusividade às agências para elaboração de itinerários de viagens;
- iv) Custos indiretos pelo tempo de conseguir o reembolso dos bilhetes;
- v) Custos com juros dos cartões de crédito corporativos que seriam espalhados para mais de 600 órgãos federais pelo Brasil, com atrasos de pagamentos;
- vi) Custos decorrentes das irregularidades fiscais e trabalhistas das companhias aéreas;
- vii) Perdas de arrecadação das agências de viagens que empregariam profissionais pelo Brasil, com contribuições para a arrecadação federal, local e para o desenvolvimento nacional e regional.

10.9 Cabe, inicialmente, afastar o argumento lançado pela recorrente, segundo a qual, uma vez que “não há vantagem fora da lei”. Não se questiona a veracidade do argumento, mas a recorrente o aplica assumindo como premissa que o credenciamento proposto pela Administração Pública é contrário à legalidade. Ou seja, a recorrente adota a ilegalidade do credenciamento como premissa maior, a impossibilidade jurídica de se considerar algo como “vantajoso para a Administração” quando ilegal como premissa menor, e, evidentemente, alcança a conclusão de que o

credenciamento não poderia ser considerado vantajoso. Entretanto, não ficou claro ainda se o credenciamento é efetivamente ilegal, pois se trata de conclusão a ser alcançada em momento distinto e oportuno.

10.10 Dessa forma, não há sentido na utilização do argumento segundo o qual “não há vantajosidade fora da legalidade”, pois, antes que se chegue a uma conclusão sobre a legalidade do credenciamento, é possível apenas avaliar os custos e os benefícios para os agentes envolvidos.

10.11 Ainda que os argumentos da recorrente sejam verdadeiros, a legalidade e a economicidade do Credenciamento 01/2014 não são objetos deste processo, e sim do TC 019.819/2014-5, representação movida pela própria ABAV-DF. O cabeçalho da peça recursal apresentada pela ABAV-DF serve de evidência de que o recurso em questão trata da matéria do TC 019.819/2014-5, pois foi simplesmente rasurado para que fosse aposta a indicação do TC 000.676/2014-4.

10.12 A circunstância não é estranha à recorrente, que anexa peças produzidas no TC 019.819/2014 à sua peça recursal, como evidência de que o estudo apresentado pelo MP teria diversos problemas. Uma vez que a determinação que consta do item 9.6 do Acórdão recorrido era para que o MP apresentasse estudo sobre o assunto, no momento em que a recorrente aponta aquilo que considera falhas, termina por contradizer sua própria tese.

10.13 O argumento segundo o qual tais falhas deveriam impedir que o estudo fosse considerado como cumprimento da determinação é afastado quando a própria instrução que embasou o Acórdão recorrido já havia frisado que alguns aspectos atinentes à vantajosidade foram questionados e encontravam-se pendentes de avaliação de mérito de forma a avaliar se o credenciamento consistiria, efetivamente, em procedimento mais vantajoso para a Administração em detrimento dos contratos firmados com intermediação das agências de viagens. Esta avaliação de mérito, alertou-se, estava sendo realizada no TC 019.819/2014-5. Mesmo assim a ABAV-DF entendeu por recorrer, confundindo o fato de que as conclusões às quais o estudo chegou tenham sido questionáveis com ausência de apresentação e descumprimento da determinação.

10.14 Dessa forma, cabe rejeitar a argumentação da recorrente, frente ao cumprimento da determinação ocorrido quando do envio dos estudos preliminares constantes da Nota Técnica 12/Central/Asege/GM-MP (peça 20).

11. Questão – da ausência de cumprimento da determinação do item 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário.

11.1 Entende que o item 9.7 do Acórdão 1.973/2013 não poderia ser considerado como cumprido, porque não teria sido verificada nenhuma medida concreta que tenha sido exigida para forçar, no momento atual, a emissão de bilhetes com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o que já estava previsto desde a Portaria 505/2009-MP. Alerta que o relatório da CGU revelaria graves problemas com a falta de planejamento para uso das passagens aéreas.

11.2 Manifesta que o Acórdão 785/2015 – Plenário não teria tratado do Módulo Buscador do SCDP, instrumento que poria fim à alegada desconfiança em relação aos bilhetes ofertados pelas agências, pois importaria cotações diretamente dos sistemas “Sabre” e “Amadeus”, o que tornaria possível ao gestor público comparar se a agência de viagens estaria cotando valores coerentes com os disponibilizados no mercado.

Análise

11.3 Observe-se o disposto no item 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário:

9.7. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, ante as notícias de irregularidades praticadas nos contratos públicos de aquisição de passagens aéreas, avalie, em conjunto com a Controladoria-Geral da União, a situação e adote ações preventivas e corretivas, informando as conclusões e as medidas adotadas ao TCU, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias

11.4 A Controladoria Geral da União, em decorrência da determinação contida no item 9.7 do Acórdão 1.973-Plenário, apresentou sua manifestação por meio do Ofício 2195/2014/DEPOG/DE/SFC/CGU-PR (peça 5). Em nenhum momento o item 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário faz menção a “emissão de bilhetes com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência”, nem especifica quais ações preventivas e corretivas deveriam ser adotadas pela CGU e pelo MP.

11.5 Mesmo assim, a instrução que analisou a documentação inicialmente encaminhada considerou que a manifestação do órgão não havia atendido plenamente à determinação, entendendo necessário que fosse encaminhada diligência à CGU solicitando esclarecimentos acerca das conclusões alcançadas em seu trabalho na área de gestão de aquisição de passagens aéreas e das ações preventivas e corretivas efetivamente adotadas para dar cumprimento ao item 9.7 do Acórdão 1.973/2013-Plenário.

11.6 Posteriormente, a CGU apresentou (peça 16, p. 2-48) o Relatório da Gestão de Gastos com Custeio do Governo Federal, informando ter desenvolvido trabalho com o objetivo de consolidar e disseminar as boas práticas na gestão de aquisição de passagens aéreas e identificar oportunidades de melhoria em alguns órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Informou que havia elaborado recomendações, discutidas junto à área técnica do MP, a partir de auditorias realizadas em órgãos federais (peça 16, p.1), que as medidas seriam objeto de monitoramento pela CGU até a sua efetiva implantação, e, embora tenha apontado elementos críticos na área de gestão, não identificou fraudes quanto à atuação das agências de viagens e ou quanto à apontada falta de transparência na apresentação dos valores cobrados pelas agências de viagem nos contratos com Administração (peça 16, p. 46-48).

11.7 A recorrente torna a confundir a figura do “descumprimento de determinação” com a suposta necessidade de avaliar toda e qualquer questão que ele entenda exigir, ainda que periféricas e não essenciais ao deslinde do problema. Qualquer deficiência de planejamento quanto à aquisição de passagens aéreas é falha de gestão relevante, mas de influência apenas oblíqua nos custos operacionais enfrentados em cada aquisição, ponto fulcral na escolha entre o modelo de contratação direta de fornecedores de transporte aéreo (por credenciamento) e o modelo no qual intermediários (agências de viagem) são contratados para reduzir os custos dessas transações.

11.8 Ao contrário do informado pela recorrente, a instrução que embasou o Acórdão 785/2015 – Plenário abordou a possibilidade de utilização do SCDP:

“38. Além disso, em função da implementação do SCDP no âmbito da Administração Pública e da obrigatoriedade de utilização do sistema, tanto na emissão direta quanto na compra por intermédio de agências de viagem, entende-se que, em virtude da impossibilidade da utilização de máscaras ou de qualquer outro instrumento pelas agências de viagens que possa manipular os valores cobrados da Administração junto ao sistema, não há a necessidade da criação de ferramentas adicionais com vistas a garantir a transparência nas aquisições de passagens aéreas.

39. Feitas as considerações supra, entende-se que a avaliação da situação, em conjunto com a CGU, foi realizada e consolidada no Relatório da Gestão de Gastos com Custeio do Governo Federal (peça 16) e a adoção das medidas preventivas e corretivas foi suprimida com a implantação e melhoria do SCDP de forma obrigatória para toda a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 11 da IN 3/2015-MP/SLTI).”

11.9 Independentemente da questão administrativa que possa ter dado impulso ao TC 003.273/2013-0, no qual foi proferido o Acórdão 1973/2013 – Plenário, não é possível se afirmar que a alteração no sistema de aquisição de passagens aéreas pela Administração Pública federal esteja condicionada aos mesmos fundamentos. Ainda que a utilização do SCDP venha a coibir a prática de qualquer fraude do tipo, não seria tal fato que representaria óbice, por si só, ao Credenciamento 01/2014, que deve ser analisado sob todos os aspectos jurídicos e econômicos. Dessa forma, devem ser rejeitados os argumentos da recorrente.

CONCLUSÃO

12. Das análises anteriores, conclui-se que:

12.1 Não existe fundamentação legal apta a legitimar a expedição de determinação em matérias finalísticas de natureza puramente regulatória da ANAC, nem foi apontada legislação, norma ou jurisprudência efetivamente infringida. Dessa forma, a determinação do item 9.8 do Acórdão 1973/2013 – Plenário deve ser considerada não aplicável, por ausência de previsão legal.

12.2 O recurso da Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal – ABAV-DF não deve ser conhecido por ausência de interesse processual, uma vez que a recorrente impugna o cumprimento de determinações endereçadas não a ela, mas a agentes públicos distintos.

12.3 Alternativamente, em caso de conhecimento, deve ser negado provimento ao recurso da ABAV-DF, pois a efetiva aptidão dos estudos preliminares apresentados a título de cumprimento dos itens 9.6 e 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário para demonstrar a legalidade e a economicidade do Credenciamento 01/2014 não é objeto deste processo, e sim do TC 019.819/2014-5, não servindo de argumento para que os referidos estudos sejam simplesmente rejeitados e tidos por não entregues. Nesse ponto, é de ser mantido o teor do Acórdão 785/2015 – Plenário, considerando-se cumpridas as determinações indicadas pelos itens 9.6 e 9.7 do Acórdão 1973/2013 – Plenário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48, da Lei 8.443, de 1992:

- a. conhecer do pedido de reexame da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e, no mérito, dar-lhe provimento, alterando-se a redação do item “c” do Acórdão 785/2015 – Plenário, nos seguintes termos:

“considerar não aplicável a determinação indicada pelo item 9.8 do Acórdão 1.973/2013-TCU-Plenário, por ausência de previsão legal”;

- b. não conhecer do pedido de reexame da Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal – ABAV-DF, ou, alternativamente, conhecer-lhe e negar-lhe provimento.
- c. dar ciência da deliberação que vier a ser adotada às recorrentes, ao Ministério do Planejamento e aos demais interessados.

SERUR, 3ª Diretoria, 19 de outubro de 2015.

Leonardo Romero Marino

AUFC 8179-5