

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 000.082/2019-8

Natureza: Agravo em Representação

Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

Agravante: Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda

Representação legal: Márcia Uchôa de Oliveira da Rocha e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF) e outros, representando Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE USO DE ÁREA PARA EXPLORAÇÃO COMERCIAL E OPERAÇÃO DA ATIVIDADE DE ARMAZENAGEM E MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE MANAUS. JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. MEDIDA CAUTELAR. REFERENDO PELO PLENÁRIO. RETIFICAÇÃO DE RELATORIA. AGRAVO. REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO PELA UNIDADE JURISDICIONADA. ANÁLISE PREJUDICADA POR PERDA DE OBJETO. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO GABINETE DO RELATOR.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, nos termos do art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443/92, a instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (peça 104), cujas conclusões contaram com a anuência do corpo diretivo daquela unidade técnica (peças 105 e 106).

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação formulada pela empresa Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda. (“Aurora”), referente à licitação 010/LALI-2/SBEG/2017, promovida pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), cujo objeto é a concessão de uso de área para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no Aeroporto Internacional de Manaus/Eduardo Gomes (AM).

HISTÓRICO

2. Em 27/12/2018 foi recebida a representação (peça 1), contendo pedido de medida cautelar para suspender a assinatura ou, caso já tivesse sido assinado, a execução do contrato objeto da Licitação n. 010/LALI-2/SBEG/2017, até que houvesse o pronunciamento em caráter definitivo por parte do TCU. O pedido de cautelar foi motivado por possíveis irregularidades na inabilitação da empresa Aurora, ora representante, havendo ainda possibilidade de vício na habilitação do Consórcio SB/Porto Seco, declarado vencedor da licitação 010/LALI-2/SBEG/2017, promovida pela Infraero.

3. Em exame preliminar, a unidade técnica entendeu estarem presentes o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, pressupostos para adoção da **medida cautelar** pretendida (peças 27 e 28). Em 9/1/2019, o então Relator do processo, Min. Raimundo Carreiro (peça 32), por meio de despacho, conheceu da representação e acolheu a proposta de medida cautelar, decidindo, em síntese, pela suspensão da assinatura do contrato decorrente do Edital 010/LALI-2/SBEG/2017 ou de sua execução, bem como pela oitiva da Infraero acerca dos argumentos constantes da inicial.

4. Em 18/1/2019 a Infraero agravou a decisão cautelar pleiteando, em síntese, a sua desconstituição bem como a improcedência da presente representação (peça 38). A Aurora apresentou memorial com vistas a demonstrar a impertinência do agravo (peça 56). Já o Consórcio SB/Porto Seco suscitou o impedimento do Min. Raimundo Carreiro na decisão cautelar proferida (peça 42).

5. Ato contínuo, a Infraero enviou a manifestação em sede de oitiva relativa à cautelar proferida (peça 41). O Min. Raimundo Carreiro, relator competente para julgar o Agravo de Instrumento, solicitou então a oitiva do MPTCU para fins de convalidação da cautelar em face da hipótese de eventual impedimento (peça 43), sendo o parecer do parquet pela improcedência de impedimento no caso concreto (peça 44).

6. Posteriormente, ao examinar a matéria, o Plenário referendou a cautelar em 23/1/2019 e determinou a **retificação da Relatoria** original do processo em razão da vinculação da Infraero à estrutura do atual Ministério da Infraestrutura, vinculada à clientela do Min. Vital do Rêgo (Acórdão 30/2019-TCU-Plenário – Rel. Min Raimundo Carreiro, peça 45, e peça 55).

7. Em 24/4/2019 a Infraero comunica ao TCU a **revogação do certame**, por ter concluído que os valores praticados na licitação estariam inferiores ao que se poderia obter no mercado (peça 58).

8. No âmbito do TCU, o Min. Vital do Rego, atual relator do processo, encaminhou os autos ao gabinete do antigo relator, Min. Raimundo Carreiro, para que ele se pronunciasse com relação ao agravo interposto contra a cautelar por ele adotada em 9/1/2019.

9. Em 5/6/2019 o Min. Raimundo Carreiro determinou à SeinfraRodoviaAviação a realização de diligência junto à Infraero para obtenção dos seguintes documentos, com vistas à análise do Agravo (peça 61):

a) os fundamentos legais, a motivação e o preço para a contratação da empresa Cavalcante Consultores, que apresentou o estudo que subsidiou a decisão pela revogação do Edital 010/LALI-2/SBEG/2017;

b) cópia do contrato firmado com a empresa Cavalcante Consultores;

c) cópia dos estudos que foram entregues à Infraero pela empresa Cavalcante Consultores.

10. A diligência foi realizada (peça 62) e já se encontra devidamente acompanhada de resposta da estatal (peças 64 a 69). Novos elementos da Aurora visando auxiliar na análise do agravo também foram apresentados (peças 56 e 72 a 75).

11. Não obstante, em 14/8/2019 o TCU foi comunicado da decisão exarada pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, nos autos do Processo nº 1004087-53.2019.4.01.3200, ajuizada pela empresa SB PORTO SECO TRANSPORTE SPE LTDA, que determina a “suspensão da medida cautelar deferida na Representação TC 000.082/2019-8 devendo a requerida INFRAERO dar continuidade à

fase final do procedimento, com a assinatura do contrato com a empresa autora, dando início à sua execução”. O cumprimento da decisão deveria ser informado até o dia 28/8/2019 (peças 76 e 77).

12. *A Conjur/TCU solicitou que fossem expedidas as comunicações necessárias para cumprimento da decisão da justiça federal até 22/8/2019 (peça 78), tendo sido encaminhada ciência da decisão ao gabinete do Relator Min. Vital do Rêgo e à Infraero em 21/8/2019 (peças 79 a 81).*

13. *Em 23/9/2019 foram trazidos memoriais sobre fatos novos (peça 83 e 84) relativos ao (i) reconhecimento pelo STF da prescrição da pretensão punitiva em face do Sr. Franco Di Gregório, citado pela Infraero como pessoa que conferiria à Aurora suposta condição de “inidoneidade” (peça 83); e à (ii) decisão do TRF-1 no sentido de suspender a decisão tomada pela justiça federal de 1º grau que suspendia a medida cautelar adotada pelo TCU, até a análise do efeito suspensivo do recurso.*

14. *Paralelamente, em 12/9/2019 a AGU comunicou à Corte que o TRF-1 cassou a tutela de urgência que suspendia a medida cautelar adotada pelo TCU pelo prazo de 20 dias ou até a apreciação do pedido de efeito suspensivo pelo desembargador relator (peças 85 e 86). Esse entendimento permanece vigente segundo as últimas atualizações acostadas no processo, tendo em vista que o Desembargador do TRF-1 suspendeu provisoriamente a decisão de suspensão da cautelar por mais 60 dias em 10/10/2019 (peças 89 e 90).*

15. *Por fim, em 30/1/2020 foi apresentado mais um memorial pelo representante requerendo a improcedência do agravo interposto pela Infraero e a procedência da Representação em análise, com a consequente a anulação do ato de revogação do certame (peça 100).*

EXAME TÉCNICO

16. *O propósito da presente instrução é propor desfecho de mérito ao processo bem como subsidiar a análise do agravo de instrumento interposto pela Infraero contra a decisão cautelar proferida pelo Min. Raimundo Carreiro em 9/1/2019 (peça 32, p. 6-7):*

11. Ante o exposto, **DECIDO**:

11.1. conhecer da presente Representação, com fulcro no artigo 237, inciso VII, do Regimento Interno c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

11.2. com fulcro no art. 276 do Regimento Interno do TCU, determinar à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), **em caráter cautelar**, que se abstenha de celebrar o contrato decorrente do Edital 010/LALI-2/SBEG/2017, ou, caso já tenha sido assinado tal avença, suspenda sua execução, até que o TCU se pronuncie sobre o mérito do presente processo;

11.3. nos termos do § 3º do art. 276 do Regimento Interno do TCU, determinar a oitiva da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para que se pronuncie, em até quinze dias, acerca dos argumentos constantes da inicial;

11.4. alertar os responsáveis pelo Edital 010/LALI-2/SBEG/2017, no âmbito da Infraero, inclusive a autoridade designada pela sua homologação e assinatura do respectivo contrato, de que a eventual consumação de irregularidades em razão do prosseguimento dos atos decorrentes do certame sujeitará os respectivos agentes às sanções legais previstas na Lei nº 8.443/92; (...)

I. Argumentação da Infraero no Agravo de Instrumento contra a decisão cautelar proferida pelo Min. Raimundo Carreiro (peça 38)

17. *Preliminarmente, a estatal sustenta que nesse caso não há interesse público, mas tão somente tutela do interesse particular da representante, dado que a Aurora*

estaria buscando a jurisdição do TCU por não ter logrado êxito nas demandas judiciais que visavam suspender o certame, constituindo assim a presente representação mera forma de reforma das decisões judiciais já prolatadas. Por isso, entende a estatal pela carência de requisito essencial para admissibilidade da representação.

18. *Em relação aos fatos, aponta-se como verdadeiro fundamento para a inabilitação da Aurora o item 14.5 do Edital, dado que a Infraero havia tomado conhecimento de circunstância desabonadora da idoneidade da companhia, sendo tal medida legal e constitucional à luz do princípio da moralidade administrativa, sendo esse o entendimento que foi mantido no judiciário nas ações envolvendo esse certame.*

19. *No tocante ao direito alegado, defende que a moralidade no caso se sobrepõe mesmo ao que venha a ser legal, sendo justamente o teor do item 14.5 do Edital a regra geral que cumpre esse princípio:*

*“14.5. Sem prejuízo das penalidades previstas nos subitens precedentes deste Edital, a Comissão de Licitação poderá inabilitar a licitante ou desclassificar a proposta, sem que isto gere direitos indenizatórios ou de reembolso, caso tome conhecimento de **fato ou circunstância que desabone a idoneidade comercial ou afete a capacidade financeira, técnica, jurídica ou de produção da licitante;**” (grifo nosso)*

20. *No caso específico, entende a estatal que a Aurora não preencheu os requisitos de idoneidade comercial, por entender que no contexto do grupo econômico em que está inserida, figura a pessoa-chave do Sr. Franco Di Gregório, o qual já foi condenado por dois colegiados por crime de fraude à licitação. A Infraero defende a aplicação dessa lógica argumentando que o art. 44, § 3º, do Decreto 8.945/2016, regulamentador da Lei das Estatais, que prevê análise de histórico da instituição beneficiada com convênio no envolvimento com corrupção e fraude:*

Art. 44. A empresa estatal terá a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

(...)

§ 3º A empresa estatal poderá celebrar instrumentos de convênio quando observados os seguintes parâmetros cumulativos:

V - a análise prévia do histórico de envolvimento com corrupção ou fraude, por parte da instituição beneficiada, e da existência de controles e políticas de integridade na instituição; e

21. *Nesse sentido, a estatal discorre também que o art. 5º, inciso III, da Lei 12.846/2013 (Lei de Combate à Corrupção) considera ato lesivo à administração pública a utilização comprovada de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados:*

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

22. *Alega-se ainda reprovabilidade social realizada com o fim de ocultar o Sr. Franco Di Gregório do grupo econômico, porque segundo a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), é caso de inelegibilidade a condenação em segunda instância (colegiado) por determinados crimes contra a administração pública e seu patrimônio, nos termos do art. 1º, inc. I, alínea "e", item "1" da Lei Complementar n. 64/1990, que se transcreve a seguir:*

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (...)

23. *Sustenta-se ainda a desconconsideração da personalidade jurídica com base na própria Lei das Estatais, que autorizaria a desconconsideração automática das contratações de pessoas jurídicas que ocultem pessoas físicas que já figuraram em pessoas jurídicas declaradas inidôneas.*

24. *Mais à frente frisa a estatal que diante das brechas legais deve-se fazer uso dos princípios, os quais se sobrepõem a qualquer disposição legal.*

25. *Nesse contexto, a Infraero afirma não haver fumaça do bom direito que ampare a cautelar adotada, por ter inabilitado a Aurora com base nos princípios da moralidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório. Tampouco haveria perigo da demora, porque na visão da estatal é ela que deixa de auferir receitas consideráveis pelo adiamento da assinatura do contrato.*

26. *Por fim, requer-se o reconhecimento da ausência de interesse público na representação e seu consequente arquivamento, ou, alternativamente, a reforma da decisão cautelar e julgamento do mérito da representação no sentido de sua improcedência e pela regularidade dos atos praticados.*

II. Memorial da Aurora sobre o Agravo de Instrumento (peça 56)

27. *A licitante inicialmente pugna pelo preenchimento dos requisitos de admissibilidade pelo fato de que há interesse público na (i) avaliação da capacidade técnica do Consórcio SB/Porto Seco, mais especificamente em relação à quantidade de movimentação de carga supostamente inferior à exigida no edital; na (ii) verificação das circunstâncias em que o Grupo Bringel sagrou-se vencedor em nove licitações para utilização da área de Terminal de Carga (TECA) de diferentes aeroportos; e no (iii) conhecimento de condutas potencialmente ilegais atribuídas ao Sr. Sérgio Bringel, que figura nos quadros da empresa componente do consórcio SB Participações Societárias Ltda, dado que a referida pessoa é atual investigado pela Polícia Federal (peça 56, p. 2-5).*

28. *Em relação à inexistência da fumaça do bom direito levantada pela Infraero, a Aurora ressalta que a suspensão cautelar pelo Poder Judiciário de decisão do TCU não caracteriza, per si, a falta do requisito cautelar, dado que a regra no TCU é a independência das instâncias, ou seja, a não-vinculação da decisão do TCU a entendimentos emanados do judiciário. Nessa linha, argumenta-se que as decisões do judiciário não examinam a matéria tecnicamente com a mesma profundidade que esta Corte de Contas, especialmente em casos de cognição sumária. Cita-se como exemplo o*

fato de que a própria suspensão da cautelar decidida pela TCU já foi afastada pelo TRF-1, não adentrando, no entanto, no exame da capacidade técnica do Consórcio SB/Porto Seco (peça 56, p. 5-7).

29. *Argumenta-se ainda que não merece guarida o entendimento da Infraero de que a empresa foi inabilitada por ter chegado a conhecimento da estatal a persecução penal do Sr. Franco di Gregório por crime relacionado a licitações, dado que tal pessoa não tem relação societária com a Aurora – o que está fundamentado em pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e jurista Carlos Ari Sundfeld (peça 56, p. 7).*

30. *Relata-se ainda que se o critério de inabilitação fosse “inidoneidade” baseada em um dos membros do quadro societário responder a processo penal, a Infraero não considerou tal fato relevante para inabilitar o consórcio SB/Porto Seco, dado que o Sr. Sérgio Bringel compõe o quadro da SB Participações Societárias Ltda e também responde na justiça por suposto envolvimento em crimes (peça 56, p. 7).*

31. *No que diz respeito ao perigo da demora, esse pressuposto está consubstanciado no fato de que o Poder Público estaria prestes a contratar um consórcio sem a devida habilitação técnica, incorrendo em potencial dano ao erário milionário por ser o TECA/Manaus um dos maiores e mais importantes do país, sendo que tal situação está alinhada a precedentes desta Casa (peça 56, p. 8).*

32. *Quanto ao reconhecimento do perigo da demora inverso, o argumento de perda de receitas não o autorizaria, já que os precedentes do TCU não reconhecem tal motivo como fator que o configure, inclusive em caso julgado em relação à própria estatal (Acórdão TCU-Plenário 3.410/2013, Rel. Min. Weder de Oliveira). Além disso, argumenta-se que o serviço já é prestado pela própria Infraero e pode ser executado até o deslinde da questão. Em virtude disso é que sustenta ter sido reconhecido o perigo da demora, mas não o seu inverso, nem pelo Relator da cautelar nem pelo Plenário no acórdão que a confirmou (peça 56, p. 8-9).*

33. *O representante arremata requerendo o conhecimento do agravo interposto pela Infraero para que, no mérito, seja improvido, mantendo-se incólume a decisão cautelar (peça 56, p. 10).*

III. Análise do TCU

III.1 Admissibilidade do Agravo

34. *De acordo com o art. 289 do RITCU é cabível agravo, entre outras hipóteses, contra o despacho que adota medida cautelar com fundamento no art. 276 daquele normativo, no prazo de cinco dias.*

35. *O agravo formulado pela Infraero insurge-se contra a decisão cautelar adotada pelo Min. Raimundo Carreiro em 9/1/2019, tendo sido comunicada a estatal da decisão em 11/1/2019, e foi recebido em 18/1/2019 (peça 38). De acordo com as regras de contagem do art. 183 do RITCU, o prazo regimental foi respeitado, e **deve-se admitir o agravo.***

36. *In casu, a medida cautelar acabou posteriormente sendo referendada pelo Plenário em 23/1/2019 (Acórdão 30/2019 – Rel. Min Raimundo Carreiro), o que, em princípio, também não impõe óbice processual ao recebimento do agravo.*

III.2 Análise dos argumentos da Infraero e da Aurora em relação ao Agravo

37. *Em relação à alegada ausência de interesse público na presente representação, mas tão somente tutela de interesse particular, descabida tal linha argumentativa dado que a avaliação da capacidade técnica e das potenciais ilegalidades relacionadas à homologação, adjudicação e desclassificação de licitante à época são fatos de interesse público justificados com base nos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 3º).*

38. *Descabida também a alegação de que a representação não poderia ser recebida por tratar-se de instrumento de reforma de decisões judiciais já prolatadas, uma vez que o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência tanto dos tribunais judiciais quanto desta Corte de Contas, em decorrência do princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal, é de que a decisão adotada em uma das instâncias não vincula a outra, exceto quando a decisão proferida na instância penal taxativamente declare a inexistência do fato ou a negativa da autoria, o que não é o caso.*

39. *Na mesma linha, o TCU já se pronunciou em vários processos (Acórdão 7.123/2014- TCU-1ª Câmara - Rel Min. Bruno Dantas, Acórdão 6.723/2010-TCU-1ª Câmara - Rel Min. Marcos Bemquerer, Acórdão 1.229/2010-TCU-2ª Câmara - Rel. Min. José Jorge etc.), valendo trazer à colação trecho do voto condutor do Acórdão 2/2003-TCU-2ª Câmara, relator Min. Adylson Motta, verbis:*

*“O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de **qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional**. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, **o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão**”. (grifo nosso)*

40. *Dessa forma, a representação pode ser recebida no TCU.*

41. *Quanto à inabilitação da Aurora, reproduz-se a seguir o item 14.5 do Edital, arguido pela Infraero como verdadeiro fundamento para a inabilitação da representante:*

*14.5. Sem prejuízo das penalidades previstas nos subitens precedentes deste Edital, a Comissão de Licitação poderá inabilitar a licitante ou desclassificar a proposta, sem que isto gere direitos indenizatórios ou de reembolso, caso tome conhecimento de **fato ou circunstância que desabone a idoneidade comercial ou afete a capacidade financeira, técnica, jurídica ou de produção da licitante**; (grifo nosso)*

42. *Ocorre que a inabilitação da Aurora com base nesse fundamento, além de não se sustentar, em juízo preliminar, com base no fato de que o Sr. Franco di Gregório não é administrador e nem integra diretamente o corpo societário da companhia licitante, também não pode ser considerada válida já que tecnicamente aquele não é pessoa condenada no âmbito penal. Isso porque o STF reconheceu recentemente a prescrição da pretensão punitiva do réu nos autos do HC 171.493/PA, em 5/9/2019, não havendo que se falar em juízo definitivo de sua culpabilidade (peças 83 e 92).*

43. *Resta prejudicado também o argumento da Infraero de que o princípio da moralidade deva se sobrepor mesmo ao regramento legal no caso concreto, tendo em vista o disposto no parágrafo anterior ter concluído pela impossibilidade de exarar juízo de culpabilidade quanto às condutas do Sr. Franco di Gregório. Além disso, a aplicação dos princípios, em regra, se dá apenas quando a lei é omissa, o que não caberia no presente caso já que as hipóteses legais de inabilitação já estão devidamente caracterizadas (art. 4º*

da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), não havendo que se falar em inabilitação por mera suspeita de conduta criminal.

44. Cabe notar que por se tratar de direito restritivo, as regras de inabilitação devem ser interpretadas de forma restritiva, não restando plenamente caracterizado pela Infraero qual a relação de consequência direta e concreta que pudesse vir a afetar a capacidade de execução do objeto por eventual condenação de pessoa alheia à estrutura de sócios da Aurora.

45. Além disso, por uma questão de isonomia entre os licitantes, é possível provar, por absurdo, que o entendimento da estatal é equivocado, porque caso o princípio de moralidade devesse prevalecer sobre a lei, a própria situação jurídica do Sr. Sérgio Bringel como investigado também seria suficiente para proceder à inabilitação do Consórcio SB/Porto Seco.

46. Em relação à aplicação do art. 44, § 3º, do Decreto 8.945/2016, regulamentador da Lei das Estatais; art. 5º, inciso III, da Lei 12.846/2013 (Lei de Combate à Corrupção); e art. 1º da Lei Complementar 135/2010, em nenhum dos casos ficou comprovada hipótese aderente ao caso narrado nos autos, constituindo apenas tentativas de defender a aplicação de sanção de inabilitação por analogia.

47. Em relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar a pessoa do Sr. Franco di Gregório, entende-se superado tal argumento em face da prescrição da pretensão punitiva já reconhecida pelo STF, conforme já demonstrado em parágrafo precedente, bem como por estar amparada sua não-incidência em parecer da própria PGFN em se tratando de sua aplicação no contexto de licitação similar para selecionar interessado na permissão do porto seco de Anápolis/GO no presente ano (peça 54, p.1-17).

48. Ante o exposto, o agravo interposto pela Infraero deve ser conhecido para, no mérito, ser rejeitado.

49. A seguir analisa-se, em cumprimento ao despacho do Min. Raimundo Carreiro à peça 61, os documentos encaminhados pela Infraero referentes à revogação da licitação.

IV. Revogação do certame pela Infraero

IV.1 Síntese dos fatos

50. Em Despacho proferido após a interposição do agravo o Relator levantou questão específica atinente aos “fundamentos legais, a motivação e o preço para a contratação da empresa Cavalcante Consultores, que apresentou o estudo que subsidiou a decisão pela revogação do Edital 010/LALI-2/SBEG/2017” (peça 61, p. 2).

51. No TC 009.805/2019-2, representação proposta pela empresa Aurora contra a decisão de revogação do Edital 010/LALI-2/SBEG/2017 pela Infraero, o Rel. Min. Vital do Rêgo, em despacho denegatório de cautelar visando suspender os efeitos da decisão de revogação do certame, também se manifestou no sentido de verificar a adequação dos estudos contratados pela Infraero (peça 32, p. 5 do TC 009.805/2019-2):

19. Pelas razões expostas, DECIDO

(...)

b) determinar à unidade técnica que **instrua a presente representação com base nas conclusões que vierem a ser obtidas no bojo da apreciação do agravo interposto pela Infraero no TC-000.082/2019-8, no que se refere à adequação dos estudos realizados pela Empresa Cavalcante Consultores;** (grifo nosso)

52. *Dessa forma, em que pese não tenha sido levantado argumento específico no agravo referente à adequação dos preços, será realizada tal análise por esta unidade de forma a subsidiar as decisões dos relatores nos respectivos processos.*

53. *Após a homologação do certame em 10/9/2018 (peça 20), a Infraero deflagrou contratação, em dezembro de 2018, por dispensa de licitação, de “serviço técnico em consultoria econômico-financeira com a finalidade de atualização das técnicas e metodologia contábil-financeira empregadas por colaboradores orgânicos da Infraero” (peça 66). A contratada Cavalcante Consultores prestou tal serviço em parecer técnico de viabilidade econômica (EVE) do Teca/Manaus (peça 68).*

54. *Tendo em conta que o EVE do Teca/Manaus apresentou conclusão no sentido de que o valor estipulado para o ativo licitado calculado pela Infraero inicialmente poderia estar abaixo do potencial (peça 68, p. 8), em 17/12/2018 a estatal produziu o Memorando SEDE-MEM-2018/03151 baseando-se, entre outros argumentos, no “tempo decorrido de tramitação do processo”, em que “foi possível confirmar os resultados de 2018 do Teca de Manaus, ou seja, a tendência de realização muito superior à do ano anterior[2017]” (peça 94).*

55. *Segundo o memorando supracitado já havia sido emitida recomendação interna em 14/3/2018 para revisão do processo licitatório ante mudança do cenário econômico, optando a estatal por não revogar o certame naquela oportunidade por entender que poderia buscar melhor preço por meio de negociação dos valores. No entanto, afirma-se que como a licitante vencedora acabou por precificar o negócio aquém do que se esperava, a Diretoria de Planejamento, Finanças e Relações com Investidores propôs à Diretoria de Negócios Comerciais a revogação do certame (peça 94).*

56. *As licitantes interpuseram recursos administrativos em face da intenção de revogação (peças 95 e 96). Tais recursos foram devidamente apreciados pela instância competente, a qual produziu relatório técnico analisando os aspectos financeiros apresentados pelas licitantes, concluindo por manter a proposta de revogação do edital (peças 97 e 98):*

54. *Diante do exposto, após análise das justificativas apresentadas pelas empresas Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda. e Consórcio SB Participações Societárias/Porto Seco do Triângulo Ltda., onde apresentam argumentos no sentido de que o parecer elaborado pela Consultoria Cavalcante não representa justificativa suficiente para a revogação da licitação, ratificamos o entendimento de que o citado parecer é suficiente e válido no que diz respeito aos aspectos econômicos e financeiros.*

55. *A continuidade da licitação poderá trazer sérios prejuízos para a Infraero e UNIÃO FEDERAL, uma vez que a análise financeira indica que a receita de concessão prevista na licitação não se apresenta mais adequada, considerando o cenário econômico de 2018.*

56. *Deste modo, ratificamos o entendimento firmado no parecer da Consultoria Cavalcante, entendendo que os licitantes Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda. e Consórcio SB Participações Societárias/Porto Seco do Triângulo Ltda. não trouxeram elementos suficientes para alterarem o parecer financeiro e, assim, novamente ratificamos o entendimento no sentido de que a licitação para concessão do Teca de Manaus deve ser revogada/cancelada, permanecendo o TECA sob administração da Infraero para o bem do erário público. (grifo nosso)*

57. *Com base nas conclusões do relatório supracitado o certame restou efetivamente revogado (peças 93 e 99).*

IV.2 Respostas da Infraero à diligência referente à revogação do certame (peças 64-69)

58. *Conforme Despacho do Relator do Agravo de Instrumento - Min. Raimundo Carreiro, foi realizada diligência no sentido de obter as seguintes informações (peça 61, p. 2 e peça 62):*

a) os fundamentos legais, a motivação e o preço para a contratação da empresa Cavalcante Consultores, que apresentou o estudo que subsidiou a decisão pela revogação do Edital 010/LALI-2/SBEG/2017;

b) cópia do contrato firmado com a empresa Cavalcante Consultores;

c) cópia dos estudos que foram entregues à Infraero pela empresa Cavalcante Consultores;

59. *Em relação ao item “a”, a Infraero sustenta em síntese que a contratação da consultoria se deu por meio de dispensa de licitação, com base na Lei das Estatais e em próprio regulamento interno da Infraero (inciso II do art. 29 da Lei 13.303/2016 c/c inciso II do art. 55 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Infraero - RILCI), pelo preço de R\$ 29.600,00, com o objetivo de verificar a correção das “técnicas e metodologia contábil-financeira empregadas por colaboradores orgânicos, na elaboração dos estudos de viabilidade econômico-financeira e da análise financeira do projeto de concessão do terminal logístico do SBEG” (peça 65, p. 1-2).*

60. *Quanto ao item “b” a estatal anexou cópia das principais disposições atinentes à contratação da Cavalcante Consultores (peça 66) e em relação ao item “c” trouxe o parecer técnico (peça 68) e o Estudo de Viabilidade Econômica do TECA/Manaus (peça 69).*

61. *Especificamente em relação ao estudo da Cavalcante Consultores, o objetivo da análise foi o de avaliar e validar o EVE já produzido internamente pela Infraero, recomendando boas práticas para balizar a decisão da estatal. O estudo tomou como base, entre outros inputs, planilhas elaboradas pelo próprio corpo técnico da estatal, sendo estas presumidas como confiáveis para a estipulação das estimativas de valor do negócio – assim sendo, a consultoria não entrou no mérito de certas projeções já apreciadas e validadas pelo próprio grupo de trabalho interno da estatal que (re)avaliou o tema.*

62. *A contribuição efetiva do estudo consistiu inicialmente em corrigir um procedimento de aceleração de fluxos de caixa não alinhado às melhores práticas de mercado, tendo em vista que a consultoria detectou que todos os superávits de caixa projetados para 10 anos estavam sendo antecipados, o que, por si só, já veio a alterar o cálculo do Valor Presente Líquido (VPL), conforme demonstra a tabela abaixo extraída do referido estudo (peça 68, p. 7):*

Tabela 1 – Indicadores de avaliação antes e depois dos ajustes

Indicador ajustado	Antes	Depois
<i>TIR a.a. (Taxa Interna de Retorno)</i>	ND	262,3%
<i>VPL</i>	<i>\$144,6 milhões</i>	<i>\$128,3 milhões</i>
<i>Payback</i>	ND	5 meses

Fonte: Parecer Técnico de Avaliação do EVE do Teca/Manaus

63. *O estudo propôs também ajustes no Adicional de Preço Fixo - APF e garantia mínima, em virtude de terem sido detectados parâmetros de rentabilidade do investimento (TIR, payback e VPL) bem acima da usual. Demonstrou-se, assim, a viabilidade de*

remuneração mínima anual superior, da ordem de R\$ 70 milhões, caso fosse estratégico para a empresa.

64. Foram propostos, assim, dois cenários que extraem melhor valor do ativo em questão, com VPL majorado para a Infraero, em ambos os casos, em comparação ao VPL original da licitação, os quais são abaixo sintetizados (peça 68, p. 10):

Tabela 2 – Quadro comparativo de resultados

Visão do Concessionário	(1) Proposta Vencedora	Licitante	Nova Proposta 1	Nova Proposta 2
VPL - \$	\$128.262.945		\$56.071.999	\$73.225.632
TIR - % ao ano	262,32%		50,3%	26,8%
Payback – Anos	0,41		3,81	4,93
Custo de Capital	12,14%		10,25%	10,25%
Garantia Mínima (Anual) - \$	\$48.000.000		\$70.000.000	\$50.000.000
Adicional de preço fixo - \$	\$6.000.000		\$5.000.000	\$75.000.000
Visão Infraero APF + Garantia Mínima	Proposta Vencedora	Licitante	Nova Proposta 1	Nova Proposta 2
VPL - \$	\$395.939.592		\$495.890.624	\$649.273.823

(1) Valores ajustados conforme o relatório

Fonte: Parecer Técnico de Avaliação do EVE do Teca/Manaus (adaptado)

65. O Parecer conclui, assim, que após os ajustes recomendados, a licitação poderia ser novamente colocada no mercado, inclusive com APF maior do que a originalmente licitada.

IV.3 Novos elementos apresentados pela Aurora referentes à revogação do certame (peças 72-75) e fatos novos subsequentes (peças 83 e 84)

66. A Aurora apresentou novos elementos para o Relator, argumentando que os documentos e informações apresentados pela Infraero em sede de diligência (peças 64-69) não evidenciam que a Cavalcante Consultores foi a empresa que ofertou o menor preço entre as cotações obtidas, como alegou a estatal, ou mesmo que tenham de fato existido outras propostas (peça 72, p. 2).

67. Segundo a Aurora, a Infraero se desincumbiu de demonstrar vantajosidade da proposta, em que pese estar dentro do limite para contratação estabelecido na lei das estatais, a qual deve contemplar além do preço a qualidade técnica da contratada. Nesse sentido, junta nota técnica sobre o parecer da Cavalcante Consultores, cuja conclusão demonstraria falhas técnicas no parecer contratado que seriam indicativas de ausência de suporte econômico-financeiro na decisão tomada, requerendo seja negado o provimento do agravo interposto pela Infraero, com base nas seguintes conclusões do citado parecer (peça 72, p. 2-4):

1. O parecer da Cavalcante Consultores é bastante sumário em sua análise do EVE e não oferece elementos seguros para uma conclusão fundamentada, de modo que **não têm o necessário embasamento técnico**, não oferecendo suporte à tomada de decisão em um projeto da magnitude que aqui se discute.

2. *A fragilidade técnica do Parecer elaborado pela Cavalcante Consultores, torna-se flagrante ao utilizar fontes secundárias para a obtenção de taxas de câmbio médias, ignorando a fonte oficial que é de simples consulta, ou mesmo pelo uso de uma projeção do custo de inflação de longo prazo na construção do custo de capital real, ou a utilização de uma estrutura de capital arbitrária. A falta de cuidado nesses aspectos aparentemente pontuais revela que as projeções de demanda e as premissas econômico-financeiras não tiveram a atenção devida e, portanto, não deveriam ser validadas.*
3. *De maneira estrutural, o estudo não mostra a devida atenção aos cuidados metodológicos com relação ao uso da Taxa Interna de Retorno (TIR) e do Payback Econômico (PBE), inclusive resultando em fórmula de erro para o primeiro e valor nulo para o segundo no cálculo apresentado. Não foram avaliadas alternativas consistentes a essas figuras de mérito de projeto, sendo que no formato de fluxo de caixa do caso em tela essas figuras não fazem sentido.*
4. *Não foram apresentados os cálculos relativos a lucratividade e EBITDA que fariam sentido para a licitação em exame, restringindo a análise a indicadores que sequer se calculam na tabela que foi apresentada no estudo. Os resultados ao concessionário não podem ser considerados críveis nem embasados, pois suas premissas são arbitrárias, quando são explicitadas, ou em alguns casos temerárias, e em outros casos simplesmente inadequadas frente ao necessário embasamento técnico requerido em um estudo dessa magnitude. Ademais, a análise realizada deveria ser complementada por questões fundamentais específicas ao ativo em licitação.*
5. *Em particular, é de se notar a característica peculiar do TECA/Manaus frente a outros terminais e operações INFRAERO. Em um dos casos, há uma referência ao terminal de Belo Horizonte, que soa despropositada considerando a sensibilidade concorrencial do Aeroporto de Manaus em face do modal aquaviário, muito presente na região de Manaus, bem como a diferenciação do Aeroporto de Manaus em relação aos demais aeroportos de carga do país não somente em relação ao citado terminal de Confins, mas também a outros como Viracopos e Guarulhos, ou mesmo quanto ao estacionamento do aeroporto de Congonhas em São Paulo.*
6. *As premissas adotadas pela INFRAERO mostram uma impertinência que salta aos olhos, sob o ponto de vista do crescimento da demanda/receita projetada pela INFRAERO, de forma elevada e linear. O crescimento adotado pela INFRAERO, que na média das receitas chega a 10,00% real ao ano, sendo 9,65% ao ano na movimentação de carga aérea, já não se confirma nos últimos anos e não se projeta ao futuro em bases razoáveis.*
7. *Da mesma forma, a INFRAERO ignora aspectos típicos de licitação, fartamente documentados na literatura nacional e internacional, como a tendência ao fenômeno conhecido como “maldição do vencedor” (winners curse) em projetos superestimados. É comum e observada na literatura a documentação de que muitos competidores passam do ponto e acabam oferecendo menos do que seu preço de reserva apenas para vencer o processo.*
8. *A licitação do caso concreto foi significativamente exitosa, com ágio relevante, de 48,15% em relação ao aluguel mínimo mensal estipulado e de 100,00% em relação à luva de referência do leilão, portanto tem as condições reais de mercado aferidas.*
9. *Uma simples análise do processo indica que houve competição pelo objeto, entre três participantes da licitação. Em primeiro lugar, o processo teve lances disputados. A proposta final (aluguel mínimo mensal de R\$ 4 milhões e luva de R\$ 6 milhões), após fase de negociação com a INFRAERO, foi bastante superior aos números originais dados pelo edital (aluguel mínimo mensal de R\$ 2,7 milhões e luva de R\$ 3 milhões). Houvesse, após esse ágio sobre os parâmetros mínimos do leilão, rendas econômicas excedentes, em ambiente competitivo os lances teriam continuado até a sua exaustão, ou pelo menos próxima dela.*
10. *Esse ágio observado pode inclusive embutir tal maldição do vencedor. A licitação do TECA Manaus havia sido realizada em bases competitivas. A sua suspensão sem a devida fundamentação técnica, e tendo por base o estudo que se criticou duramente na nota técnica (Doc. 01), embasado em premissas frágeis e em projeções de demanda ultra otimistas, traz uma preocupação significativa*

ao próprio ambiente concorrencial dos projetos de parceria entre o setor público e o setor privado no Brasil. (grifo nosso)

IV.4 Memorial final apresentado pela Aurora para subsidiar a análise da unidade técnica (peça 100)

68. Em resumo, o memorial apenas reitera pontos já trazidos anteriormente, sustentando-se a ilegal inabilitação da Aurora em razão de suposta condenação do Sr. Franco Di Gregório, fato este que já vem sendo analisado também no bojo do TC 038.380/2018-8 (Rel. Min. Aroldo Cedraz), por terem as autoridades abaixo concluído o que segue (peça 100, p. 4-5):

a. O Plenário deste TCU (Acórdão 30/2019 -TCU/Plenário), que, no bojo dos presentes autos, entendeu que a inabilitação da empresa Aurora em razão do Sr. Franco Di Gregório responder a processo penal é ato que afronta os princípios constitucionais do devido processo legal e da individualização da pena.

b. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), ao analisar denúncia distribuída junto à Receita Federal, exarou parecer no sentido de dizer que: (i) a condenação do Sr. Franco Di Gregório não macula de forma automática a empresa Aurora; (ii) não há indícios que a participação da Aurora no certame do Porto Seco de Anápolis/GO decorre de fraude ou abuso de direito; (iii) não é possível inferir que o Sr. Franco Di Gregório exerça administração da empresa da Aurora ou que essa se utilizou de fraude ou abuso de poder para contratar com a Administração Pública.

c. A Receita Federal, no bojo de investigações internas concluiu que: (i) a estrutura societária da Aurora não é fraudulenta e, sim, uma holding familiar para fins de planejamento tributário-sucussório; (ii) o Sr. Franco Di Gregório não tem qualquer ingerência sobre os atos da empresa Aurora.

d. O Ministério Público Federal (MPF), no bojo da Ação Popular n. 1002093-54.2019.4.01.3502, distribuída junto à 2ª Vara Federal da SSJ de Anápolis/GO, entendeu que o autor popular tentou de induzir o Poder Judiciário a erro, uma vez que o Sr. Franco Di Gregório não foi condenado à pena de impossibilidade de contratar com a Administração Pública.

*e. O d. juízo da 2ª Vara Federal da SSJ de Anápolis/GO, em análise do pedido cautelar requerido na Ação Popular n.1002093-54.2019.401.3502, considerou que **não restou comprovada a vinculação direta do Sr. Franco Di Gregório com a empresa AURORA, nem tampouco, que a referida empresa foi constituída com fraude ou abuso de direito a justificar a desconsideração da sua personalidade jurídica para estender a ela a conduta inidônea atribuída a pessoa física.** (grifo nosso)*

69. Por fim, pede-se que (i) o Agravo da Infraero seja julgado improvido, mantendo-se, assim, a cautelar proferida no sentido de suspender o certame; (ii) a presente Representação seja julgada procedente no sentido de declarar nulo o ato que inabilitou a Aurora, bem como todos os demais atos subsequentes, de forma que o certame deve retornar à fase de habilitação da empresa Aurora, com a consequente declaração de vitória do certame; e (iii) o ato de revogação do certame ser declarado nulo (peça 100, p. 2 e p.10).

IV.5 Análise do TCU

70. Quanto às questões atinentes aos “fundamentos legais, a motivação e o preço para a contratação” da empresa Cavalcante Consultores levantadas pelo Relator do agravo (peça 61, p. 2), de acordo com Memorando SEDE-MEM-2019/03820, tal contratação foi realizada tomando como base a Dispensa de Licitação 133/LALI-3/SEDE/2018, com fundamento no inciso II do artigo 29 da Lei 13.303/2016 c/c inciso II do artigo 55 do

Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Infraero – RILCI, abaixo transcritos (peça 65, p. 1):

Lei 13.303/2016

*Art. 29. É **dispensável** a realização de licitação por **empresas públicas** e sociedades de economia mista:*

(...)

*II - para outros **serviços** e compras de valor **até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)** e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;*

RILCI

Art. 55. O procedimento licitatório é dispensável nas seguintes situações:

(...)

*II - para outros **serviços** e compras de valor **até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)** e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;*

71. De acordo com as informações referentes à tal contratação presentes na Dispensa de Licitação 133/LALI-3/SEDE/2018 (peça 101, p. 89 e ss.), a escolha encontra-se justificada pela Infraero baseada principalmente nos seguintes termos (peça 101, p. 92-94):

2 - JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO

Espera-se em relação a revisão da metodologia empregada organicamente na elaboração do Estudo de Viabilidade Econômico-financeira do projeto do Terminal Logístico do Aeroporto Eduardo Gomes/Manaus (SBEG) pelo menos:

1. Apresentar os indicadores de seleção de projeto clássicos (TIR, VPL e Payback) com análise de sensibilidade de acordo com as melhores práticas do mercado;

2. Mensuração otimizada do ônus de concessão em face ao Preço Adicional Fixo - APF e Valor Variável - VVA e garantia mínima;

*Solicita-se a contratação da empresa de consultoria FRANCISCO CAVALCANTE CONSULTORIA EM ADMINISTRAÇÃO LTDA, **por ter apresentado o menor preço nas cotações obtidas e por sua expertise e experiência na mensuração de valuation de empresas**, fato notório no mercado, pela qualidade técnica aplicada no desenvolvimento dos trabalhos realizados para a Infraero, inclusive, pelo excelente trabalho técnico e autoria intelectual do Parecer Técnico emitido sobre o cálculo de capital próprio da Infraero. Somado à expertise da empresa, outro fator determinante é o fato de **a empresa ter elaborado o estudo de premissas e revisão do Estudo de Viabilidade de Concessão do Edifício Garagem de Congonhas (SBSP)** que se tornou a maior concessão da Empresa, com APF de R\$100milhões e que, a metodologia dos Estudos de Viabilidade empregados na Infraero foram desenvolvidos pela FRANCISCO CAVALCANTE CONSULTORIA EM ADMINISTRAÇÃO LTDA. Em face ao arrazoado acima solicitamos a contratação da empresa FRANCISCO CAVALCANTE CONSULTORIA EM ADMINISTRAÇÃO LTDA, pela expertise reconhecida no mercado e estar dentro do limite de dispensa de licitação.*

(...)

6 - JUSTIFICATIVA DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Complexidade do serviço de análise financeira de estimação de cálculo de custo de capital, que deve ser realizado por profissional filiado a conselho de classe e no mínimo diplomas de nível superior com áreas afim com os cursos de ciências econômicas, contabilidade e administração de empresa.

7 - VALOR GLOBAL/UNITÁRIO ESTIMADO

1. VALOR - o valor mínimo para execução do serviço de R\$ 29.600,00 conforme planilha anexa com o orçamento/cotação realizado com a empresa.
2. JUSTIFICATIVA - não encontrou-se preços praticados no âmbito da Administração Pública em razão da peculiaridade e especificidade do objeto, motivo pelo qual a estimativa baseou-se na pesquisa junto ao prestador do serviço e dos orçamentos objeto de contratação de objeto similar a atual contratação, cujos valores de orçamento foram: Ceres Inteligência Financeira Ltda (R\$ 50.000,00), Consultoria MSTORTTI (R\$ 29.300,00). Por outro lado a escolha da Empresa FRANCISCO CAVALCANTE CONSULTORIA EM ADMINISTRAÇÃO LTDA deve-se à necessidade de a citada validar e atualizar as premissas dos estudos de viabilidade que foram criadas/recomendadas pela mesma. (grifo nosso)
72. Em relação à motivação para escolha da Cavalcante e respectivo preço, no processo administrativo referente à dispensa de licitação ficou evidenciado que a Infraero efetuou cotações também junto a outras empresas de mercado, bem como já dispunha de referências anteriores para serviço similar de revisão do Estudo de Viabilidade de Concessão do Edifício Garagem de Congonhas - SBSP (peça 101, p. 60 e p. 179).
73. A jurisprudência do TCU aponta que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade. (Precedentes nos acórdãos 2.742/2017-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário, e 3.667/2009-2ª Câmara).
74. De acordo com os precedentes da Corte, a pesquisa de preços para os casos de dispensa deve consistir, em regra, de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos, devendo haver justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima. No caso em comento, apesar de terem sido obtidas apenas duas propostas (peça 101, p. 179), a estatal já dispunha de outras referências de preços já existentes na Dispensa de Licitação 99 (peça 101, p. 8), com participação também de outras empresas além da própria Cavalcante, no qual também sagrou-se escolhida a Cavalcante por ter ofertado o menor preço.
75. Revela-se ainda diferença praticamente irrisória entre valores efetivamente contratados nas duas ocasiões, da ordem de 2% (R\$29.600 na atual, versus R\$29.000 na anterior). Assim, além de ter ofertado o menor preço novamente, a escolha da Cavalcante mostrou-se coerente pela estatal por intenção de padronização de linha metodológica já desenvolvida pela mesma empresa em trabalho anterior.
76. Além disso, conforme a justificativa para a contratação, um dos objetivos do estudo contratado era a “mensuração otimizada do ônus de concessão em face ao Preço Adicional Fixo – APF e Valor Variável – VVA e garantia mínima” (peça 65, p. 1).
77. Analisando o conteúdo do Relatório Técnico que subsidiou o indeferimento dos recursos apresentados pelas licitantes contra a revogação do certame, fica clara premissa lógica bastante consistente a basear necessidade de reavaliação do processo licitatório, que é a de cenário econômico potencialmente subavaliado no EVE inicial, amparado nos dados de arrecadação do Teca/Manaus em 2018 e Produto Interno Bruto – PIB da Região Norte (peça 98, p. 5-6).
78. Estão presentes no caso os dois elementos exigidos pelo art. 62 da Lei das Estatais, que requerem a existência de (i) fato superveniente e (ii) óbice manifesto e incontornável. O primeiro encontra-se indubitavelmente presente pelo fato do estudo de potencial econômico conduzido pela Cavalcante ter sido concluído apenas em dezembro/2018 (peça 68, p. 1),

consubstanciando fato posterior à decisão de homologação do certame (10/9/2018 – peça 20, p. 2). O Segundo também vigora pelo fato de não fazer sentido a concessão de área por valor inferior ao razoável, representando ato antieconômico, e pela fase de negociação já ter se esgotado, não havendo mais espaço para discussão após homologado o resultado.

79. Apesar dos valores efetivamente licitados serem superiores aos previstos no edital, ainda assim estão subestimados em relação ao potencial do negócio, já que a consultoria técnica apontou viabilidade de parcela única da ordem de R\$ 75 milhões, ao invés dos R\$ 6 milhões inicialmente previstos (peça 98, p. 9 e peça 68, p. 10).

80. Tais considerações econômicas, bem como outras norteadoras da estratégia comercial e financeira da Infraero, justificam razoavelmente a revisão da contratação, como fica claro também em diversos outros trechos do Memorando SEDE-MEM-2018/03151 que recomendou a revogação da licitação (peça 94):

14. (...) Considerando, ainda, a **necessidade de sustentabilidade financeira de curto prazo da INFRAERO** e o exemplo da licitação do EDG de Congonhas (citado no item 3), o novo resultado representa incremento significativo nos valores de Adicional de Preço Fixo (APF) e/ou Garantia Mínima e/ou ambos, a depender da prospecção a ser feita. Como exemplo, o quadro a seguir traz as colunas de "Nova Proposta (1)", onde se fixa a Garantia Mínima da Licitante Vencedora, e "Nova Proposta (2)", onde se faz um balanço entre Garantia Mínima e APF.

(...)

17. A análise confirmou que **o preço do negócio para a Infraero está aquém do que se pode obter no mercado.**

(...)

21. Considerando que **os resultados apresentados pelo Terminal de Logística de Cargas de Manaus em 2018 confirmou a tendência verificada no primeiro trimestre**, sendo que, apenas nos primeiros dez meses de 2018 o Teca arrecadou R\$ 116,5 milhões, contra R\$ 92,5 nos doze meses de 2017.

22. **Que nas licitações públicas para a concessão de áreas é necessário manter o equilíbrio entre o retorno do investidor e a adequada valoração do patrimônio público que está sendo concedido, neste caso, com uma TIR adequada para o investidor e VPL para a INFRAERO.**

(...)

24. **Que embora em um primeiro momento entendeu-se que a retomada da licitação, por meio de negociação, com valores maiores de receita para a INFRAERO pudesse apresentar vantajosidade, a proposta da licitante vencedora acabou por precificar o negócio aquém do que o mercado possa aceitar.** Apesar de o resultado da licitação trazer cenário positivo para a INFRAERO, a reanálise de todo o histórico do caso permitiu perceber que o retorno obtido pelo concessionário se apresentou muito acima do que o mercado apresenta como rentabilidade de investimentos.

25. **Que a experiência com a concessão do Edifício Garagem de Congonhas, realizada posteriormente à licitação discutida neste expediente, demonstra que a INFRAERO poderá otimizar as suas receitas, em especial, de seus grandes empreendimentos.**

(...)

29. Do ponto de vista financeiro, recomendamos, como alternativa para um possível novo processo licitatório, considerar a proposta da Consultoria Cavalcante que representa uma **maior injeção de capital na INFRAERO no momento zero** ("Nova Proposta 2" do item 20), como Adicional de Preço Fixo (APF), a exemplo do que ocorreu quando da análise da recente licitação do EDG de Congonhas, haja vista que **tal iniciativa reduz o risco de inadimplência do projeto**, ao mesmo tempo em que garante maior aporte de recursos de curto prazo, o que vai de encontro com a necessidade atual da empresa de se manter sustentável, tanto do ponto de vista econômico quanto financeiro, além da garantia de recursos próprios possíveis para pequenos investimentos. (grifo nosso)

81. Ora, um dos cenários desenhados pela Cavalcante Consultores foi justamente trabalhar hipótese de licitação com aumento de APF, o que é coerente com a justificativa da Infraero de que a “necessidade de sustentabilidade financeira de curto prazo” deveria ser considerada, bem como tal fato está alinhado à redução de inadimplência futura no contrato.

82. Quanto às críticas ao estudo feitas pela Aurora, com base principalmente nas notas técnicas da consultoria Pezco, não procedem as alegações endereçadas pela Consultoria. A utilização de taxas de câmbio, projeção de inflação, de custo de capital e proporção equity/debt, comporta variações decorrentes de julgamento profissional e interação da consultoria com a área de negócios da Infraero, a qual, inclusive, pode revisar tais premissas.

83. Em relação ao uso das métricas de TIR e payback, a crítica da Aurora pode ser relativizada pelo fato da necessidade de aporte via APF ser um componente de interesse na concessão, em face das necessidades de caixa da Infraero – no caso do payback, e de ter sido apresentado também o VPL para os diferentes cenários, no caso da TIR.

84. Em relação à suposta ausência de cálculos de lucratividade e EBITDA, ressalta-se que tais indicadores são meramente indicativos (não-vinculantes) e passam por variação decorrente da estrutura de custos e projeções de receitas de cada companhia, não sendo impeditivo a apresentação do seu cálculo para oferta de lances, muito menos para revogação de edital, já que o VPL referencial apresentado indicou viabilidade do projeto em cenários que indicam maior vantajosidade à Infraero.

85. Em relação às peculiaridades das projeções de movimentação para o Teca/Manaus, parte-se do pressuposto que a área comercial da Infraero detém a expertise necessária para desenvolver, no melhor interesse da companhia, as projeções de crescimento que julgar mais alinhadas à realidade futura. Nesse aspecto, inclusive, principalmente em processos de concessões de infraestrutura, o TCU tem se pautado por uma atuação residual.

86. De acordo com o art. 49 da Lei 8.666/1993 a autoridade competente poderá revogar o certame “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. Considerando os elementos apresentados, lastreados em estudos e pareceres válidos bem como na instauração do contraditório e da ampla defesa das licitantes antes do desfazimento da licitação, de se concluir que não existe direito líquido e certo quanto à continuidade da licitação em tela, inexistindo obrigação da Infraero contratar porque sobretudo existentes motivos legítimos de ordem negocial para sua revogação.

87. Os precedentes da própria Corte são no sentido de que a anulação de atos administrativos é medida extrema, tomada somente quando não houver oportunidade de aproveitamento dos atos praticados e se não restar atendido o interesse público. No caso em questão nem sequer há de se cogitar prejuízo à licitante pois esta última ainda não adquiriu direito subjetivo ao contrato, mas sim à Administração Pública caso esta venha a prosseguir no certame com valores que não condizem com o cenário revisitado. Dessa forma, não restaram comprovadas as alegações trazidas em memorial.

V. Conclusão quanto à medida cautelar

88. Analisa-se neste ponto se os pressupostos para a manutenção da medida cautelar exarada no despacho à peça 32 e referendada no Acórdão 30/2019-TCU-Plenário continuam presentes. Com relação à fumaça do bom direito, verificou-se estar presente tendo em vista a análise realizada no item III desta instrução. Já com relação ao perigo da

demora não se pode dizer o mesmo, haja vista que o certame foi revogado pela Infraero (peça 93).

*89. Considerando que, conforme análise realizada acima, também não se constatou ilegalidade na decisão da Infraero de revogar o edital de licitação 010/LALI-2/SBEG/2017, propõe-se a **revogação da medida cautelar**.*

VI. Continência e Conexão

90. O Min. Vital do Rêgo, por meio de despacho proferido nos autos do TC 009.805/2019-2 (peça 32, p.4), decidiu aguardar o exame do agravo de instrumento ora analisado para se manifestar quanto ao mérito do referido processo, que trata de representação discutindo suposta ilegalidade na revogação do certame em epígrafe:

*14. Assim sendo, observo que **a análise da adequação dos preços praticados é necessária para avaliar tanto a adequação do certame, então suspenso por força de determinação do TCU, quanto a legalidade do ato que revogou o referido certame.***

15. Portanto, na medida em que o Exmo. Ministro Raimundo Carreiro empreenderá o exame dos estudos realizados pela Empresa Cavalcante Consultores ao apreciar o agravo interposto pela Infraero, nos termos do despacho de peça 38 do TC 000.082/2019-8, deixo para me manifestar quanto ao mérito desta representação após o exame do referido agravo. (grifo nosso)

91. De acordo com a Resolução-TCU 259/2014, tem-se que:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução, considera-se:

I - apensamento definitivo: união definitiva de um ou mais processos a outro processo (considerado principal), desde que seus objetos sejam comuns, total ou parcialmente ou que possua relação de dependência, conexão ou continência;

II - apensamento provisório: união provisória de um processo a outro, com a finalidade de propiciar estudos, opiniões, informações e decisões; (...)

VII – conexão: quando dois ou mais processos tiverem o mesmo objeto (pedido final contido nos autos) ou a mesma causa de pedir (relação jurídica que fundamenta o pedido final);

VIII - continência: relação existente entre dois ou mais processos, quando as partes forem as mesmas, seus objetos forem comuns, total ou parcialmente, e um dos processos for de maior abrangência que o outro; (...)

Art. 36. Processos que tenham relação de dependência, conexão ou continência poderão ser apensados definitivamente ou temporariamente, desde que seja conveniente a tramitação conjunta. (...)

Art. 40. O apensamento ou desapensamento de processos pode ser determinado:

I – pelo Plenário, em qualquer caso;

II – pelas Câmaras, desde que os processos envolvidos sejam da relatoria de membros da mesma Câmara;

III – pelos relatores, desde que se trate de apensamento definitivo. (grifo nosso)

92. No caso em apreço, o pedido nos autos é de suspensão do certame com fundamento em suposta ilegalidade na inabilitação da Aurora e vício na consequente adjudicação e homologação do certame. Já no caso do TC 009.805/2019-2 o pedido visa, em última instância, anular o ato de revogação do certame exarado pela Infraero.

93. Apesar de discutirem questões distintas referentes a um mesmo processo licitatório, o TC 009.805/2019-2 é de maior abrangência do que os presentes autos, uma vez que a revogação do certame implica a perda de objeto da representação que ora está sendo analisada. Além disso, após o incidente processual de retificação de Relatoria (peças 45 e 55), ambos os processos passaram a ser relatados pelo Min. Vital do Rêgo, permanecendo com o Min. Raimundo Carreiro apenas a relatoria do agravo interposto pela Infraero.

94. Como a análise da adequação dos preços praticados contribui para elucidar tanto os aspectos da adequação do certame como da legalidade do ato que o revogou, é razoável argumentar a existência de relação de continência que justifica uma proposta de apensamento do TC 000.082/2019-8 ao TC 009.805/2019-2, após encaminhamento dos autos ao gabinete do Min. Vital do Rego.

CONCLUSÃO

95. Os elementos apresentados pela Infraero, em sede de agravo de instrumento, não lograram êxito em afastar os fundamentos para a decisão cautelar exarada no despacho à peça 32 e referendada no Acórdão 30/2019-TCU-Plenário, razão pela qual o **recurso deve ser conhecido e, no mérito, negado** (itens 17 a 49).

96. Os estudos que embasaram a revogação da licitação estão fundamentados em dados econômico-financeiros que suportam a decisão tomada, de modo que não se vislumbra qualquer erro grosseiro em tal decisão, mantendo-se, portanto, a sua presunção de legalidade (itens 50 a 87).

97. Apesar de não ter sido verificado motivo regular para o afastamento da empresa Aurora na fase de habilitação, considera-se prejudicado o exame deste ponto em face da manutenção da presunção de legalidade do ato de revogação após análise desta Corte (itens 17 a 49).

98. Em razão da revogação posterior do certame, perdeu-se o objeto da medida cautelar adotada pelo TCU, razão pela qual propõe-se torná-la sem efeito (itens 88 e 89).

99. Uma vez que o presente processo abrange a análise da adequação dos preços praticados, a qual contribui para elucidar tanto os aspectos da adequação do certame como da legalidade do ato que o revogou, questão abordada no TC 009.805/2019-2, propõe-se encaminhar os presentes autos ao gabinete do Min. Vital do Rego com proposta de apensamento deste processo ao TC 009.805/2019-2, tendo em vista a relação de continência entre os dois processos (itens 90 a 94).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer do agravo interposto pela Infraero, com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) revogar a medida cautelar exarada no despacho à peça 32 e referendada no Acórdão 30/2019-TCU-Plenário, em face da perda de seu objeto;

c) após decisão com relação ao agravo de instrumento, encaminhar o presente processo ao gabinete do Min. Vital do Rego com proposta de apensamento destes autos ao TC 009.805/2019-2, com fundamento nos arts. 2º, 36 e 40, todos da Resolução-TCU 259/2014, tendo em vista a relação de continência entre esses processos.”

É o Relatório.