

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 003/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 002.002.014/2022

IMPUGNANTE: IMPUGNANTE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV-DF

IMPUGNADO: EDITAL DO PROCESSO N.º 002.002.014/2022, PREGÃO ELETRÔNICO N.º 003/2022

Trata-se de impugnação ao edital do Pregão Eletrônico n.º 003/2022, cujo objeto é a contratação de operadora ou agência de viagens, para cotação, reserva, emissão, marcação, remarcação, cancelamento de passagens terrestres e aéreas nacionais e internacionais, hospedagem com café da manhã incluso, traslado e seguro-viagem, por meio de atendimento remoto (e-mail e telefone).

DAS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO PARA A IMPUGNAÇÃO

A Impugnante apresentou suas alegações, conforme segue:

(...) “o edital está, realmente, confirmando a competição que, para suas consequências práticas (artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), TEM DUAS PROPOSTA E AINDA INCENTIVA FRAUDE TRIBUTÁRIA, PORTANTO, NULO.

1.1. O objeto deste Edital é a contratação de empresa para prestação de serviços, por intermédio de operadora ou agência de viagens, para cotação, reserva, emissão, marcação, remarcação, cancelamento de passagens terrestres e aéreas nacionais e internacionais, hospedagem com café da manhã incluso, traslado e seguro-viagem, por meio de atendimento remoto (e-mail e telefone), de acordo com as condições e especificações constantes do Termo de Referência – Anexo I.

11.1.3. Na hipótese de a CONTRATADA ofertar “RAV” igual ou inferior a 0 (zero), não haverá pagamento ou reajuste da RAV. Ainda no tocante à “RAV” inferior a 0 (zero), incumbe à CONTRATADA a expressa concessão de desconto e o destaque na fatura dos serviços por ocasião de sua apresentação ao CBCP.

A legalidade, do artigo 37 da Constituição Federal impõe respeito à legislação.

Mas veja o que estabelece a Instrução Normativa nº 1234/2012, da Receita Federal: “Art. 12

(...)

§ 10. A base de cálculo da retenção a que se refere o caput, relativamente às aquisições de passagens aéreas e rodoviárias, é o valor bruto das passagens utilizadas, constantes do bilhete emitido pelas agências de viagens, nominal ao servidor, e não poderá ser diferente do valor de venda no balcão pelas empresas de transporte aéreo ou rodoviário, para o mesmo trecho e período, não sendo admitidas às agências de viagens efetuarem deduções ou acréscimos a qualquer título.

(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1540, de 05 de janeiro de 2015)”.

Assim, além da impossibilidade de alterar o montante tributável para cima, agência não pode alterar o montante tributário, a base de cálculo, das tarifas, das companhias aéreas, para baixo. Logo, com máximo respeito, o edital incentiva fraude tributária, sendo o assunto aqui, de direito, jamais enfrentado por pregoeiro algum do Brasil e nem pelo próprio TCU.

Considerando que o objeto do edital é claro na intermediação, no agenciamento, das passagens aéreas, Vossa Senhoria precisa considerar o seguinte:

* agenciamento é serviço tratado no artigo 710 do Código Civil e regulamentado para as agências de viagens na Lei nº 12.974/2019, que prevê em seu artigo 8º, inciso II, uma remuneração, em 2 momento algum mencionando respaldo para agência de viagens alterar, sob rótulo de desconto, tarifa de concessão de transporte aéreo; e * transporte é serviço tratado no artigo 730 do Código Civil e regulamentado para a aviação civil na Lei nº 11.182/2005, de modo eu as tarifas são das companhias aéreas e nada consta da lei sobre suposto desconto por agência de viagens.

Isso significa que o edital é nulo porque licita AGENCIAR, mas deixa como um segundo critério de custos e formação de preços, ou seja, segundo critério de julgamento de propostas (o que nem existe na Lei nº 8.666/93 e nem no Decreto nº 10.024/2019), sendo que na parte de julgamento, efetivamente, apenas coloca uma linha de valor chamada de preço global, como um divisor de águas, para CIMA e para BAIXO, de modo que isso é mais que evidente para comprovar que é pregão de DOIS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO, porque conforma por repetidas vezes no seu texto que será escolha de cada licitante a RAV, que é remuneração de agência, para o preço ficar acima do valor de base, OU PERCENTUAL DE DESCONTO, que é desconto sobre TRANSPORTAR, que é serviço de cada companhia aérea, mediante tarifa de concessão na ANAC.

Senhor Pregoeiro, ademais, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, estabelece que na licitação deve haver igualdade de tratamento entre licitantes, o que para o caso real não existe, porque uns irão formar preço e outros irão prometer adulterar valor de tarifa de transporte aéreo, aliás, incorrendo em fraude tributária, com a conivência de gestores públicos, se o pregão assim seguir, já que norma expressa da Receita Federal deixa confirmado que agência não pode alterar o valor da tarifa, desigualando-a do valor da própria companhia aérea, assim prejudicando o montante da base de cálculo dos impostos para a retenção na fonte.

Nada no pregão considera que além de serviços independentes e contabilizados e tributados em separado e de empresas distintas, logo, não permitido que se misture isso dentro de critério duplo no pregão, não há respaldo perante entendimentos que reafirmam essa clara distinção de valores (de modo que uma empresa não pode prometer alterar valor da outra:

“A intermediação na venda e comercialização de passagens individuais ou em grupo, passeios, viagens e excursões, bem como a intermediação remunerada na reserva de acomodações em meios de hospedagem, são operações em conta alheia, da agência de turismo. Nesses casos, a base de cálculo do Simples Nacional é apenas o resultado da operação (comissão ou adicional recebido pela agência)”. (Solução de Consulta nº 214, de 18 de Agosto de 2008)”.

Depois disso, em 2021, houve a extinção das comissões pelas companhias aéreas, o que se refletiu na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a exemplo do Acórdão nº 1323/2012 – Plenário, que ressaltou que valores de terceiros não

constituem receita da agência de viagens, nem para fins de enquadramento nos limites da Lei Complementar nº 123/2006.

Como pode, então, o pregão ter critério duplo de julgamento, de modo que o seu segundo critério pressupõe que a agência altere valor de tarifa oficial de companhia aérea?

É preciso considerar que o fim das comissões se refletiu na Instrução Normativa nº 07/2012 – MPOG, que instituiu o modelo de contratação para passagens aéreas nacionais e internacionais no governo federal com um meio de preservar o julgamento objetivo, estabelecendo novo critério para as licitações:

“Art. 2º (...) § 1º A licitação deverá utilizar o critério de julgamento menor preço, apurado

pelo menor valor ofertado pela prestação do serviço de Agenciamento de Viagens”. Posteriormente, para sepultar eventuais discussões dos que não compreendem as normas desse tipo de atividade e afastam as normas como se fossem legisladores, para colocar reforço no cumprimento dos 3 postulados de isonomia e julgamento objetivo, adveio a Instrução Normativa nº 3/2015-MPOG, com as seguintes disposições:

“Art. 6º A remuneração total a ser paga à agência de turismo será apurada a partir do valor

ofertado pela prestação do serviço de agenciamento de viagens, multiplicado pela quantidade de passagens emitidas, remarcadas ou canceladas e serviços correlatos. § 1º Os valores relativos à aquisição de bilhetes de passagens serão repassados pela Administração à agência de turismo contratada, que intermediará o pagamento junto às companhias aéreas que emitiram os bilhetes.

§ 2º Os valores referidos no § 1º não serão considerados parte da remuneração pelos serviços de agenciamento de turismo e não poderão constar da planilha de custos a que se refere o art. 7º desta Instrução Normativa.

Art. 7º O instrumento convocatório deverá prever que a licitante classificada em primeiro lugar, na fase de lances, apresente planilha de custos que demonstre a compatibilidade entre os custos e as receitas estimados para a execução do serviço. (...)

§ 5º Eventuais incentivos, sob qualquer título, recebidos pelas agências de turismo das companhias aéreas, não poderão ser considerados para aferição da exequibilidade da proposta”.

Por isso, o edital é nulo, até porque não preserva o julgamento objetivo previsto nos artigos 3º e 40 da Lei nº 8.666/93, não trata com isonomia os licitantes, porque tem dois

critérios, sendo um deles subjetivo e ilícito e, além disso, o edital NÃO POSSUI QUALQUER CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DE SUPOSTO DESCONTO (ATÉ ONDE ELE IRIA E COM QUAIS PROVAS?), QUANDO O ARTIGO 40, INCISO X, DA LEI Nº 8.666/93 E O ARTIGO 14, INCISO III, DO DECRETO Nº 10.024/2019, DETERMINAM QUE EDITAL PRECISA TER CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE E ESSE EDITAL NÃO TEM BALIZA ALGUMA, DEIXANDO TODOS EM SUJEIÇÃO A FATOR SUBJETIVO, O QUE É VEDADO PELO ARTIGO 44, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

DOS PEDIDOS

Assim, requer seja acolhida a presente impugnação para que seja modificado o edital para proibir, expressamente DESCONTO SOBRE TARIFA DA PASSAGEM AÉREA, HOSPEDAGENS, LOCAÇÕES DE VEÍCULOS E

OUTROS SERVIÇOS CORRELATOS, devendo haver a respetiva republicação do edital.

Termos em que requer deferimento.

Brasília, 23 de novembro de 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV-DF

Levi Jeronimo Barbosa

Presidente

PRELIMINARMENTE

Inicialmente cumpre ressaltar que o Comitê Brasileiro de Clubes Paralímpicos – CBCP, é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de associação civil sem fins lucrativos, que possui autonomia administrativa e financeira, sendo eleita como parceira do Estado na idealização e condução de políticas públicas paradesportivas, a fim de concretizar, sob regime de cooperação, o dever legal e constitucional de fomento às práticas desportivas formais e não formais, nos termos do já citado artigo 217 da Constituição Federal.

Desta forma, não há subordinação hierárquica com a Administração Pública, dela se aproximando basicamente pelo fato de que lhes são destinados oriundos de prognósticos numéricos por meio da Lei nº 13.756/2018, que se constituem em receitas próprias do Comitê.

Ademais, o art. 28, do Decreto nº 7.984/2013, que regulamenta que a Lei nº 9.615/1998, que institui normas gerais sobre desporto, e a Lei nº 13.756/2018 que destina os recursos as entidades do Sistema Nacional do Desporto – SND, prevê que competência de edição de regulamentos internos, dentre eles o próprio regulamento de compras e contratações, observado o respeito aos princípios constitucionais, conforme abaixo:

Art. 28. As entidades a que se referem os incisos I a VI e X do caput do art. 22 da Lei nº 13.756, de 2018, disponibilizarão em seus sítios eletrônicos o **regulamento próprio de compras e de contratações**, para fins de aplicação direta e indireta dos recursos para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, nos termos do disposto no inciso V do § 2º do art. 56-A da Lei nº 9.615, de 1998.

Parágrafo único. O regulamento a que se refere o caput deverá atender aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade**, e do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, tendo por finalidade apara seleção da proposta mais vantajosa. (Grifos nossos)

Assim, o CBCP não está sujeito aos ditames da Lei nº 8.666, de 21/6/1993, devendo observar os princípios gerais que regulam a execução da despesa pública, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, mediante a adoção de regulamentos próprios devidamente publicados, destinados a nortear os gastos efetuados diretamente e bem assim aqueles realizados mediante descentralização de recursos.

Deste modo, há previsão no artigo 20, parágrafo único, inciso I do Estatuto Social do CBCP, a criação de regulamentos que estabelecerão normas e procedimentos para funcionamento, dentre eles o de compras, contratos de obras, serviços e alienações, denominado Regulamento de Compras e Contratações – RCC (disponível no site do CBCP), tendo como objetivo garantir a seleção de proposta mais vantajosa ao CBCP e assegurar tratamento isonômico.

Portanto, salienta-se que o presente Edital é regido pelo Regulamento de Compras e Contratações do Comitê Brasileiro de Clubes Paralímpicos - CBCP, aprovado pela Instrução Normativa nº 001-001, de 01 de agosto de 2022, atendo-se às regras dispostas no referido documento.

DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

Destaca-se inicialmente que o Edital do Pregão Eletrônico nº 003/2022 encontra-se em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União assim como os princípios aplicáveis às contratações.

A Impugnante, conforme alegações acima transcritas, resumidamente, invoca a ilegalidade do Edital em relação ao “duplo critério de julgamento” adotado.

Informo que o edital é claro quanto ao critério de julgamento adotado, referente ao MENOR PREÇO GLOBAL (valor anual), conforme definido neste Edital e seus anexos, devendo ser observado o item 18 do Termo de Referência – Anexo I.

Para a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação, fora estabelecido o procedimento de contratação pelo menor preço, com fundamento no art. 6º, I do RCC do CBCP.

Em conformidade ao Estudo Técnico Preliminar, de acordo com a Pesquisa de Preços evidenciada, tendo em vista que, de acordo com a análise dos valores obtidos na pesquisa das licitações e contratações de Entes Públicos, para o objeto pretendido no presente procedimento de contratação, foram encontrados valores iguais a R\$ 0,00 ou R\$ 0,01, como montante contratado de taxa de agenciamento, configurando-se claramente em

critério plausível, visto a manifestação, de forma geral, das empresas participantes dos diversos pregões eletrônicos, em ofertar taxas no valor de R\$ 0,00 e R\$0,01.

Assim, resta claro que as agências de viagens obtêm remuneração através de bônus e outras vantagens financeiras das companhias aéreas, hotéis e demais fornecedores dos serviços agenciados. Diante da realidade do mercado, foi inserida a informação de que os valores que apresentassem propostas inferiores a zero, deveriam constar de cada operação como desconto, em virtude da própria natureza da proposta, dentro dos regramentos e especificações dispostas no Edital.

Caso tal informação não tivesse sido inserida no Edital, em razão da realidade praticada no mercado, teríamos, possivelmente, a oferta de taxas zero pela ampla maioria das empresas participantes, como foi o caso ocorrido no Pregão Eletrônico nº 002/2022 deste mesmo Comitê que restou fracassado, não sendo obtida a comprovação da vantajosidade econômica no resultado do certame, frustrando a escolha de proposta mais vantajosa, devido ao empate ocasionado pelo critério de não aceitação de taxa negativa ou desconto. No âmbito do TCU há posição consolidada sobre a possibilidade de se praticar taxa negativa nos contratos administrativos, desde a década de 90 (Decisão 38/1996 – Plenário). Mais recentemente reforçam essa tese os Acórdãos nºs 1556/2014, 2.004/2018, 1.488/2018, 316/2019, todos do Plenário, e o Acórdão nº 6515/2018.

Conforme discorrido pela Impugnante, percebe-se a clara intenção corporativista nas suas alegações, possivelmente, no intuito de aumento dos lucros dos seus Associados, ao apresentar insinuações e afirmações deturpadas em relação às disposições editalícias e contratuais, inclusive sobre a sua forma de fiscalização, e ainda, genericamente, em desapeço aos Órgãos Fiscalizadores e demais Entes públicos, **até mesmo, ao próprio Tribunal de Contas, ao afirmar que os Pregões realizados com este critério de julgamento, são viciados e ilícitos, visto o TCU ter realizado o Pregão Eletrônico n.º 019/2019, observando critério que abrangia a possibilidade de desconto na RAV.**

Nesse sentido, verifica-se a existência de licitações com objetos e critérios de julgamento similares, as quais a Impugnante conhece e tem ciência. Sendo assim, as diversas contratações feitas nos últimos anos por demais Entes Públicos, conforme argumentações apresentadas, estariam irregulares e sem a devida verificação pelos Órgãos Fiscalizadores esse tempo todo? Estariam sendo coniventes na ilicitude, subjetividade e no “faz de contas” citados pela Impugnante? Lógico que não, pois o presente Edital, assim como os

demais, baseia-se em critérios legais e objetivos, sendo corroborada tal possibilidade de critério de julgamento, tanto em Acórdãos da Cortes de Contas.

Conforme entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU) de que a oferta de taxa de administração negativa (desconto), não representa, necessariamente, em proposta inexecutável, cabendo a avaliação pelo Pregoeiro, por meio de disposições editalícias, mediante solicitação de comprovações de sua exequibilidade, pela empresa participante, salientando tal previsão disposta no presente edital.

Em relação ao Contrato, o edital prevê capítulo específico, que trata do controle e fiscalização da execução, além de permitir a utilização de outros mecanismos para a avaliação da prestação dos serviços, descaracterizando as divagações apresentadas pela Impugnante, e mais uma vez, os acórdãos do TCU esclarecem e predispõe a forma de controle de sua execução, como no Acórdão n.º 554/2015, que além de outras recomendações sobre a matéria, especifica:

“49.1.2. com base nos arts. 58, inciso III, e 67 da Lei 8.666/1993, inclua entre suas rotinas de controle, nos contratos para fornecimento de passagens aéreas firmados com as agências de viagens, a conferência dos valores pagos, na totalidade ou por amostragem, às agências com os valores constantes das faturas emitidas pelas companhias aéreas, seja por meio de cruzamento eletrônico de dados ou por conferência manual dos dados, integrais ou selecionados por amostragem;”.

No caso, além dos já citados Acórdãos do TCU, que tratam da matéria e afastam a ilegalidade dos itens questionados do Edital em questão, em relação a dispensa de taxa de administração, inclusive no setor de agenciamento de viagens, a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 2010) que assim discorre:

“Observe-se que as ponderações acima realizadas devem ser aplicadas de modo compatível com a natureza de cada empreendimento, inclusive no tocante à existência de mecanismos adicionais de remuneração para o particular. Em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipótese, inclusive, em que se pratica uma remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração. (...) Um exemplo típico envolve os serviços de fornecimento de passagem aérea. (...) **Ocorre que a agência de turismo também aufere**

uma remuneração das companhias aéreas. A dimensão dos serviços prestados em favor da Administração pode assegurar à agência de turismo uma remuneração suficiente e satisfatória em face das companhias aéreas. Então, admite-se que a agência de turismo dispensa a taxa de administração ou, mesmo, desembolse valores em favor da Administração. Não se configurará necessariamente, em tais casos, proposta inexecutável, ainda que o particular ofereça serviços por valor igual a zero ou por valor negativo. A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração. Informa-se, por oportuno, que embora este Órgão não seja jurisdicionado da Advocacia Geral da União- AGU, essa dispõe de Parecer elucidativo acerca do tema (PARECER 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU). Transcrevem-se trechos: EMENTA; SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. REGRAS LEGAIS E EDITALÍCIAS. JURISPRUDÊNCIA DO TCU. TAXA DE AGENCIAMENTO. VALOR ZERO OU NEGATIVO. EXAME SOBRE INEXEQUIBILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO LICITADO. REMUNERAÇÃO ADICIONAL PAGA PELAS COMPANHIAS AÉREAS ÀS AGÊNCIAS DE TURISMO. AUSÊNCIA DE RISCO À EFETIVA VIABILIDADE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO. ADOÇÃO DE DILIGÊNCIAS. (P) 1. NAS LICITAÇÕES DESTINADAS À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS POR AGÊNCIAS DE VIAGENS, PARA A AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS, PODE O EDITAL PREVER A POSSIBILIDADE DE OFERTA DE TAXA ZERO OU NEGATIVA.

Considerando ainda que, conforme acórdão TCU n.º 554/2015, “ as licitantes possuem comprovadamente forma de remuneração do serviço por meio do recebimento de incentivos das companhias aéreas, realidade contratual do setor.”, verifica-se tratar-se de prática comum no mercado, a remuneração das agências pelas companhias aéreas, por meio de incentivos financeiros concedidos em virtude do atingimento de metas e volume de vendas, dentre outros. Considerações devem ser feitas, sobre a falta de transparência dos acordos comerciais entre as companhias aéreas e as agências de viagem, o que torna inviável a exigência de planilhas de custos detalhadas, o que não torna irregular ou ilegal sua contratação, nem impede a concessão desses benefícios à Administração.

Por todo o exposto, resta clarividente que o Edital do Pregão Eletrônico nº 003/2022 – CBCP, preza pela legalidade e isonomia das empresas participantes, uma vez que será considerada a proposta que contenha o menor preço global na oferta do RAV.

DA DECISÃO

Isto posto, **CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA** pela entidade Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal – ABAV-DF, e no mérito, decido por **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo os termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 003/2022.



ALINE NERE DUARTE FEHR SARDINHA

Pregoeira