

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Pregão Eletrônico nº 133/2022/SENAR/MT

Objeto: Contratação de empresa especializada na prestação de serviço de **FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS**, mediante requisição, compreendendo a reserva, marcação, emissão, remarcação, endosso e entrega de bilhetes, com disponibilização eletrônica, física ou PTA – *Prepaid Ticket Advice*), para atender ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso – **SENAR/MT**, conforme condições, quantidades e especificações constantes neste Edital e seus anexos.

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

Trata-se de impugnação aos termos do Edital de **Pregão Eletrônico nº 133/2022/SENAR/MT**, marcado para ser realizado no dia **26/09/2022**, às 09h00min (horário de Brasília), na Plataforma Eletrônica do Portal de Compras do Governo Federal denominada **Comprasnet**, constante na página eletrônica www.comprasgovernamentais.gov.br, apresentada pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV-DF, SDS Bloco D, 26, Salas 401 a 403, Asa Sul, Brasília – DF, CGC/MF: 00.510.024/0001-90, neste ato representada pelo Sr. Levi Jeronimo Barbosa, e-mail abav.df@abav.com.br, doravante denominado de impugnante.

1. Da admissibilidade.

Inicialmente vale registrar a lição de VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM, segundo a qual *“A impugnação tem por objetivo possibilitar ao cidadão ou ao licitante apontar à Administração a*

existência de vícios de legalidade, irregularidades e inconsistências nos editais, de modo a viabilizar a sua correção e adequação”¹.

Nesse foco, dispõe o item 3.1 do edital em epígrafe que: “**Sob pena de preclusão do direito, até as 18:30hs do terceiro dia útil anterior à data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o presente edital por meio eletrônico pelo e-mail: cpl@senarmt.org.br ou mediante petição a ser enviada ao Pregoeiro no endereço da sede do SENAR/MT direcionado para a Gerência de Licitações**”.

A peça impugnatória foi apresentada tempestivamente.

Em sede de admissibilidade, foram atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade estabelecidos no Regulamento de licitações e Contratos do SENAR e no edital, razão pela qual **conhece-se** da presente impugnação, para analisar os fundamentos aduzidos à luz dos preceitos legais.

2. Das razões da impugnação.

A impugnante se contrapõe aos termos do edital de Pregão Eletrônico nº 133/2022/SENAR/MT, alegando o quanto se segue:

“(…)

► **Razões:**

DAS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO PARA A IMPUGNAÇÃO

Senhor Pregoeiro, sem necessidade de transcrição dos diversos dispositivos do edital atinentes ao desconto sobre tarifa de transporte aéreo, 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 REGRAS DE PROPOSTA E AINDA INCENTIVA FRAUDE TRIBUTÁRIA, PORTANTO, NULO.

OBJETO: *Constitui objeto do presente instrumento a especificação para a Contratação de empresa especializada na prestação de serviço de FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS, mediante requisição, compreendendo a reserva, marcação, emissão, remarcação, endosso e entrega de bilhetes, com disponibilização eletrônica, física ou PTA – Prepaid Ticket Advice), para atender ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso*

¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018. p.96.

– SENAR/MT, conforme condições, quantidades e especificações constantes neste Edital e seus anexos.

O objeto licitado é claro: agenciamento de viagens, atividade exclusiva das Agências de Viagens credenciadas (empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas).

6.1.5. O julgamento das propostas será realizado pelo critério de "MENOR TAXA DE AGENCIAMENTO", podendo esta ser positiva, zero ou negativa, com até 02 (dois) dígitos após a vírgula.

Não existe taxa de agenciamento negativa, existe a possibilidade de zerar a taxa (quando há a renúncia de sua Receita), mas não jogar para o negativo, a sua prestação de serviço. Quando isso ocorre, o valor de “taxa negativa” está sendo desviada do objeto licitado, pois passa a envolver e alterar Receita de terceiros, uma vez que os bilhetes de passagens são receitas das Cias Aéreas e não das Agências.

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 tratado no edital e TR 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 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 TAXA NEGATIVA, 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 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.**

São os argumentos.

Passa-se ao exame do mérito.

3. Do julgamento do mérito.

Cumpra inicialmente registrar, antes de adentrar a matéria e rebater os tópicos aventados pela impugnante, que as exigências estabelecidas no edital epigrafado são mínimas e legitimamente indispensáveis, tendo em vista a imprescindibilidade da contratação pretendida para atender ao SENAR/MT.

Na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, a Administração possui autonomia para definir as condições da contratação administrativa, nos seguintes termos:

“Por isso, a lei ressalva autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa. (...) Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação.” (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 70) (Destacou-se)

Denota-se, assim, que a lei ressalvou autonomia à Administração para definir as condições da contratação administrativa, ou seja, a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc., sendo essa competência discricionária.

Sobre a questão máxima levantada pela pugna, concernente ao critério de julgamento adotado, referente à possibilidade de aceitação de taxa negativa, para a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação, justifica-se em conformidade ao Estudo Técnico Preliminar,

de acordo com as Pesquisa de Preços juntadas ao processo, e ainda, ainda em vigor, tendo em vista que de acordo com a análise dos valores obtidos na pesquisa das licitações e contratações dos demais Entes Públicos, para o objeto pretendido na presente licitação, foram encontrados vários procedimentos com valores de taxa negativa ofertados por várias agências de turismo/viagens, como valor contratado de taxa de agenciamento, deixando claro que as agências de viagens obtém remuneração através de bônus e outras vantagens financeiras das companhias aéreas, tratando-se o critério adotado, do método mais adequado, apresentando maior possibilidade de atendimento ao Princípio da Economicidade, através da menor taxa, a ser aplicada sobre o valor total estimado da despesa anual com passagens aéreas, dentro dos regramentos e especificações dispostas no Edital.

Desse modo, não há o que se falar em alteração do valor da tarifa da Companhia Aérea, como induz a impugnante.

Caso não fosse aceito a opção de aplicação de taxa negativa, em razão da taxa referencial, conforme explanação acima, teríamos, possivelmente, a oferta de taxas zero pela ampla maioria das licitantes participantes, 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, inclusive sobre a sua forma de fiscalização, e ainda, genericamente, em desprezo aos Órgãos Fiscalizadores e demais Entes públicos.

Registre-se ainda, que conforme entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU) de que a oferta de taxa de administração negativa, não representa, necessariamente, em proposta inexequível, cabendo a avaliação pelo Pregoeiro, através de disposições editalícias, mediante solicitação de comprovações de sua exequibilidade, pela licitante.

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 à remuneração de

particular, inclusive no setor de agenciamento de viagens, a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 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 auferir 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. Assim, por oportuno, embora o SENAR/MT não seja jurisdicionado da Advocacia Geral da União- AGU, essa dispõe de Parecer elucidativo acerca do tema (PARECER 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

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. (Grifo nosso).**

Considerando ainda, conforme acórdão TCU n.º 554/2015, “de que 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.

Portanto, diante do exposto, entende-se por conhecer da impugnação apresentada pela **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV-DF**, por ser tempestiva, para no mérito **NEGAR PROVIMENTO.**

4. Da decisão.

Pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, bem como, tendo-se por fundamento os termos do instrumento convocatório, os dispositivos constantes do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAR, os princípios regentes das licitações públicas, a melhor doutrina, a jurisprudência pátria e as orientações dos Órgãos de Controle Externo, **decide-se:**

a) **CONHECER** da impugnação apresentada pela **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV-DF**, por ser tempestiva, para no mérito **NEGAR PROVIMENTO, mantendo-se inalterados** os termos mencionados do Edital de Pregão Eletrônico nº 133/2022/SENAR/MT, uma vez que os argumentos trazidos não foram suficientes para ensejar a sua reforma, permanecendo todas as cláusulas inalteradas.

É a decisão.

Cuiabá (MT), 20 de setembro de 2022

(Original Assinado)
ANA CRISTINA CIGERZA SILVA
Pregoeira - SENAR/MT

(Original Assinado)
ELIANA RUDY
Equipe de Apoio - SENAR/MT

(Original Assinado)
EVELIN MACEDO SILVA
Equipe de Apoio - SENAR/MT