

PROCEDIMENTO MODALIDADE SIMILAR AO PREGÃO ELETRÔNICO N. 04/2022-AFEAM

PROCESSO N. 016501.01.49/2022-AFEAM

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

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

1. Trata-se de impugnação apresentada por entidade interessada no Procedimento Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico nº 04/2022-AFEAM, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de agenciamento de viagens, emissão de passagens aéreas nacionais, internacionais e intermunicipais, para atender às necessidades da AFEAM, pelo período de 12 (doze) meses.

2. A impugnante, na data de 26 de setembro de 2022, remeteu à AFEAM, via correio eletrônico, instrumento de impugnação ao Edital nº 04/2022, assinado pelo seu Diretor, Sr. Levi Jeronimo Barbosa, em obediência aos princípios da transparência e moralidade que norteiam a Administração Pública, bem como ao dever de decidir da Administração, passo a análise da argumentação apresentada pela Impugnante.

DAS ALEGAÇÕES

3. A Impugnante apresentou suas alegações, conforme segue:

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DO AMAZONAS S.A. – AFEAM

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 04/2022 – IMPUGNAÇÃO

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL – ABAV- DF, Endereço: SDS Bloco D, 26, Salas 401 a 403, Asa Sul, Brasília – DF, CGC/MF: 00.510.024/0001-90, vem a Vossa Senhoria, respeitosa e tempestivamente, nos termos do artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019, formular **IMPUGNAÇÃO** ao edital em referência, pelos fatos e fundamentos a seguir:

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.

2.1. O objeto do presente certame é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de agenciamento de viagens, emissão de passagens aéreas nacionais, internacionais e intermunicipais, para atender às necessidades da AFEAM, pelo período de 12 (doze) meses, de acordo com as características e especificações técnicas descritas no Termo de Referência (Anexo I), parte integrante deste Edital;

O objeto licitado é claro: agenciamento de viagens, atividade exclusiva das Agências de Viagens credenciadas

2.4. Critério de Julgamento: menor preço (menor taxa)

O item acima deixa claro quanto ao critério de julgamento ser menor taxa (ou seja, menor valor cobrado pela prestação do serviço de agenciamento de Viagens).

4.1.4.18.1. Caso a taxa de serviço ofertada na licitação seja igual ou inferior a zero (negativo ou nulo), não haverá pagamento de qualquer remuneração para a Agência de Viagem; 4.1.4.18.2. Quando se tratar de taxa de serviço negativa, incidirá Desconto Sobre o Valor das Passagens Aéreas emitidas;

Não existe taxa de agenciamento negativa, existe a possibilidade de zerar a taxa, 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 item 1.1 do 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 que 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 escolhida 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, desiguando-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, remarçadas 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, TAXA DE AGENCIAMENTO NEGATIVA ou DESCONTO SOBRE TARIFA DA PASSAGEM AÉREA, devendo haver a respectiva republicação do edital. Termos em que requer deferimento.

Brasília, 26 de setembro de 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO
FEDERAL – ABAV-DF Levi Jeronimo Barbosa
Presidente

PRELIMINARMENTE

4. A Impugnação foi apresentada tempestivamente, observando os termos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 10.024/2019 e do Edital. No entanto, apenas para fins de registro, devemos alertar que a AFEAM é uma empresa pública, não estando vinculada a disciplina da Lei 8.666/93, mas a Lei 13.303/2016 e do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da AFEAM – RILC/AFEAM.

5. A Impugnante, conforme alegações acima transcritas, resumidamente, invoca a ilegalidade do Edital, em relação ao critério de julgamento adotado, de menor preço (menor taxa administrativa), alegando tratar-se de critério subjetivo e sem possibilidade de fiscalização do certame e do contrato, solicitando a modificação do edital para proibir, expressamente, taxa de agenciamento negativa ou desconto sobre tarifa da passagem aérea, com a respectiva republicação do edital.

DA ANÁLISE

6. Informo que o critério de julgamento adotado, referente ao menor preço (menor taxa administrativa), para a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação, fundamentado no artigo 57, inciso I da Lei nº 13.303/2016, bem como no artigo 7.º do Decreto nº 10.024/2019, justifica-se no Estudo Técnico Preliminar da AFEAM, sendo esse critério já utilizado nas contratações para o mesmo objeto pretendido pelo Ministério Público do Estado do Amazonas – MPE/AM, no Pregão Eletrônico nº 4034/2022-CPL/MP/PGJ e pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no Pregão Eletrônico nº 17/2022, que já foram homologadas, dentre outros, o que de fato, cai por terra as alegações do Impugnante de duplo critério de julgamento e de critério de julgamento subjetivo, pois trata-se de critério consagrado, consolidado, único e objetivo.

7. Quanto as alegações do Impugnante de que “Não existe taxa de agenciamento negativa, existe a possibilidade de zerar a taxa, 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”, ressaltamos que o Tribunal de Contas da União – TCU possui posição consolidada sobre a possibilidade de se praticar taxa negativa nos contratos administrativos, a despeito da Decisão 38/1996 – Plenário, reforçada pelos Acórdãos nºs 1556/2014 – Segunda Câmara, 2.004/2018 – Primeira Câmara, 1.488/2018 - Plenário, Acórdão nº 6515/2018 – Segunda Câmara e 316/2019 - Plenário.

8. Somando-se aos Acórdãos do TCU, que tratam da matéria e afastam a ilegalidade dos itens questionados do Edital ora impugnado, com 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). pontua: 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 inexequível, ainda que o particular oferte 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.

9. O Edital da Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico nº 04/2022 permite que a agência de viagem licitante ofereça sua proposta de acordo com sua capacidade financeira, o que, a propósito, é natural a qualquer processo licitatório. O volume de vendas é tomado apenas como uma referência para eventual desconto ofertado, não se cogita, criar qualquer espécie de vínculo com as companhias aéreas. Significa dizer que caso a licitante resolva abrir mão da remuneração oferecida pela Administração contratante e que, além disso, resolva oferecer desconto sobre o valor das vendas, como forma de vantagem concorrencial no certame, poderá fazê-lo. O desconto só será possível, naturalmente, se a agência dispuser de outros meios de remuneração, incentivos e acordos com as companhias aéreas. Não é crível que as agências de viagem se disponham a prestar serviços gratuitamente, tampouco em prejuízo. E, efetivamente, vários contratos têm sido executados na Administração pública sob essa sistemática, bem como notou o TCU no Acórdão nº 1314/2014-Plenário, senão vejamos:

“18. Com efeito, já se sabe das negociações de praxe no mercado de passagens aéreas, em que as companhias aéreas oferecem incentivos às agências em função do volume de vendas e do cumprimento de metas. E entendemos que esses incentivos são pagos a partir do volume de vendas total de uma agência, não apenas daquelas decorrentes do contrato com um órgão público específico. E se diversos contratos com a administração pública vêm sendo cumpridos dessa forma, então faticamente demonstra-se sua exequibilidade, ainda que sem transparência para um dos lados.”

10. Consoante a análise técnica que embasou o referido acórdão, há praxes no mercado capazes de orientar a licitante em sua proposta. A par da estimativa do volume de vendas por força do contrato objeto do certame, e de outras receitas de que dispuser, a licitante disporá de elementos suficientes para decidir se tem ou não capacidade para oferecer desconto na licitação, o qual, frise-se, pelas regras do edital, não é obrigatório. Não se pretende negar que a sistemática confere certa vantagem às agências de viagem que disponham de mais acordos comerciais ou mais volumes de venda. Mas essa é a lógica concorrencial subjacente a qualquer processo licitatório, que, por natureza, é uma disputa – a proposta é formulada de acordo com a capacidade financeira da licitante. Não há nela ilegalidade ou irregularidade. Pelo contrário, ao ignorá-la, ao criar preço mínimo ficto, estaria a Administração submetendo-se a contratos muito mais onerosos do que o mercado estaria apto a lhe oferecer. Aí sim, haveria irregularidade, por afronta ao princípio da eficiência e da legalidade.

11. Quanto as alegações do Impugnante de que: **“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.”** não merecem prosperar, vez que os referidos critérios estão presentes no Edital da Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico nº 04/2022-AFEAM, no item 14- DA EFETIVIDADE DA PROPOSTA, além disso encontra amparo no Acórdão TCU n.º 554/2015 – Plenário, “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.

12. Quanto as alegações do Impugnante de que: “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” tal alegação não merece prosperar, uma vez que o desconto terá como base a tarifa aérea, mas descontado do valor a pagar para a empresa contratada. Desta forma, os valores faturados serão apresentados à AFEAM e, apurados os valores dos tributos, cujos sujeitos passivos são as companhias aéreas, os pagamentos serão líquidos à contratada, sem nenhuma retenção específica sobre os valores que seriam em tese os recebidos por ela por fazer a intermediação. Assim, eventual tributação sobre o faturamento/lucro do contratado, relativamente ao que recebe das companhias aéreas, é relação jurídica particular entre eles. Em resumo, a tributação é feita apenas em relação às companhias aéreas, não ao contratado/intermediário/agenciador (que receberá de nós o valor líquido apenas). Além disso, a relação entre agência e companhia aérea é relação particular, não cabendo à AFEAM qualquer interferência em tal relação, de forma que não há ingerência.

13. Por fim, as faturas emitidas por força do contrato submetem-se às regras ordinárias de tributação e retenções na fonte, o que não interfere, em absoluto, nas demais obrigações fiscais da contratada, ou das companhias aéreas que com esta mantenham negócios. Assim, para fins de retenção tributária, no âmbito do contrato decorrente da licitação, serão observadas as normas fiscais aplicáveis à prestação de serviço pelas agências, e não às empresas executoras de transporte aeroviário. Não há, portanto, irregularidade ou ilícito de justifique a alteração do edital nos pontos indicados.

DA DECISÃO

14. Isto posto, conheço da impugnação apresentada pela entidade Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal – ABAV-DF, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo os termos do Edital da Modalidade Similar ao Pregão Eletrônico nº 04/2022.

15. Informamos que a resposta desta CPL estará disponível no endereço eletrônico da AFEAM e do Comprasnet, e se tornará parte integrante do Edital e seus anexos.

16. Por fim, como o presente expediente não altera as exigências do Edital e nem afeta a formulação da proposta de preços, a data designada para abertura do certame permanecerá inalterada.

Atenciosamente,

Theanny Adriani Cañizo Marques
Agente de Licitação da AFEAM