

Impugnação - ABAV-DF - Edital do Pregão Eletrônico 1-2016-MPOG

Jonas Lima <jonaslima@jonaslima.com>

seg 18/04/2016 09:15

Para:Central Licitacao <central.licitacao@planejamento.gov.br>;

ILUSTRÍSSIMA IRENE SOARES DOS SANTOS

M.D. PREGOEIRA DA CENTRAL DE COMPRAS E CONTRATAÇÕES

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Referência: Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 1/2016

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO DISTRITO FEDERAL - ABAV-DF, entidade de classe inscrita no CNPJ sob o nº 00.510.024/0001-90, com sede no SDS, Bloco D, nº 26, Salas 401/403, Asa Sul – Brasília/DF, CEP 70.300-000, por seu advogado, vem à presença de Vossa Senhoria, respeitosa e tempestivamente, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 5.450/2005, apresentar IMPUGNAÇÃO ao edital do pregão em referência pelos fatos e argumentos jurídicos que passa a expor.

Nota 1: com fundamento no Direito de Petição e no Dever de Publicidade, previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, e artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, requer seja o presente texto publicado *** NA ÍNTEGRA *** no campo próprio do www.comprasnet.gov.br.

Nota 2: requer, ainda, com fundamento no artigo 18, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, seja observado, rigorosamente, o prazo de resposta da impugnação em 24 horas a contar desta impugnação.

=====

1 – DA TEMPESTIVIDADE

=====

A sessão de abertura da licitação será no próximo dia 20 de abril de 2016, quarta-feira, constando no item 23.1 do edital que o mesmo poderá ser impugnado até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para a sessão pública.

Seguindo a regra geral de contagem do artigo 110 da Lei nº 8.666/93, excluindo-se o dia do começo (quarta-feira) e retroagindo-se dois dias úteis, tem-se o vencimento do prazo da impugnação para hoje, segunda-feira, dia 18 de abril de 2016. Vide jurisprudência e doutrina: TJDF – Processo 2006.01.1.001111-2, citando Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, com o exemplo de que "se a lei e o decreto dispõem que o prazo para impugnar se dará até o segundo dia útil anterior à data da sessão, tomando-se como exemplo uma licitação em que a data para entrega das propostas seja dia 19, sem feriados na semana, o prazo final será obviamente o dia 17".

Tem-se, portanto, como tempestiva a presente impugnação.

=====

2 – DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

=====

Imagine se o Ministério da Saúde, sob alegação de suposta vantagem, chamasse às portas fechadas os presidentes de laboratórios que fabricam os medicamentos que dominam as vendas ao Governo Federal e negociasse entre eles condições não praticadas no livre mercado, para aniquilar as licitações com as distribuidoras de medicamentos, que possuem AFE (Autorização de Funcionamento de Empresa) para a atividade de “distribuição”, dentro do sistema da Lei nº 6.437 e da Lei nº 9.782/99, assim, ATIVIDADE REGULAMENTADA para entregar os MESMOS PRODUTOS ao CLIENTE FINAL, o que o fabricante também pode fazer, mas não o faz por não possuir foco em gestão/faturamento, atividade das distribuidoras (registradas por “lei” para a atividade de “distribuição”, como canais de vendas “oficiais”).

Imagine se fosse trabalhado edital de “credenciamento” direcionado, fruto de negociações prévias, para uma não licitação “intuitu personae” e que no resultado do credenciamento se confirmassem de forma harmônica condições de preço e logística “diferenciadas” para afastar licitação da maior parte (seletiva) do mercado para os grandes laboratórios.

E que para substituir gestão de vendas do cartel fosse escolhida empresa de objeto diverso, de transporte, por exemplo, para intermediar as vendas do cartel, em substituição a todas as distribuidoras do mercado e remunerada por isso.

E que o Ministério da Saúde propagasse, falsamente, que estaria havendo “compra direta”, quando todos sabem ser feita por uma empresa específica de outro ramo empresarial e remunerada para aquilo.

E que o que não conseguisse ser atendido dentro do cartel que trabalhou no edital que fosse então atendido em monopólio por uma só (única) distribuidora para todo o mercado, em monopólio, além do que, depois de um ano, se criasse a licitação para duopólio de algo que disseram não ser licitável “intuito personae” e em determinadas condições, obrigatório para a Administração Direta e facultativo para a Indireta e que possui diversas situações em que depende do distribuidor único, qualificado na atividade regulamentada por lei, como os outros, com registro na ANVISA para aquela atividade.

Além de tudo isso, se descobrisse que as empresas da parte de cima do mercado pediram para receberem por cartão de pagamentos do Governo Federal, para própria “segurança” delas, quando o novo intermediário, recebe por faturamento, pelos mesmos produtos.

Esse contexto exemplificado é oportuno para provocar reflexões essenciais na impugnação.

=====

3 – DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

=====

A ABAV-DF não pretende ajustes no edital mas que o mesmo seja completamente anulado e seja reaberto o mercado de licitações de passagens aéreas, fazendo a seguir uma ilustração, pontual, de situações mais gritantes que comprovam que o pregão não pode prosseguir.

Primeiro, o item 1.1 do edital estabelece que “o objeto da presente licitação é o registro de preços para contratação de serviços de agenciamento de viagens para voos regulares internacionais e domésticos não atendidos pelas companhias aéreas credenciadas, destinados aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, conforme quantidades e condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos”.

Ora, não existe respaldo na Lei nº 8.666/93 licitação que completa objeto de uma não licitação, ainda mais personalíssima, nem respaldo para a unificação contratual ou licitação de monopólio, que dá suporte à reserva de mercado combinada previamente por um cartel de prestadoras de serviços dominantes de mercado, o que ainda viola a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício de atividade econômica, previstos no artigo 170, caput e inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal.

Não adianta dizer que há competição neste pregão se o pregão está sendo feito com o fim de fechar o mercado inteiro. Isso é uma afronta à moralidade e à inteligência das pessoas, até porque, no fim das contas, tudo o que se discute são as mesmas passagens aéreas, apenas segmentadas em uma reserva de mercado “intuito personae” aos que ficam no mercado acima, prejudicando as empresas que entregam os mesmos bilhetes, inclusive, com respeito às tarifas oficiais acessíveis a qualquer cidadão ou empresa.

A forma como o presente edital posiciona uma agência de viagens como “quebra galho” do que não for “atendido” por determinadas empresas confirma que o objeto é juridicamente impossível, porque o que se pretende é apenas promover delimitação seletiva de mercado.

E se quisessem alegar a contratação de transporte, como arditosamente já o fizeram, cabe lembrar que a antiga regra de contratação facultativa de concessionárias de serviços, no objeto da concessão, foi banida de forma expressa pelo Congresso Nacional, não havendo mais no artigo 24 da Lei nº 8.666/93 dispositivo com tal permissão (nem a flexibilidade de contratação como a que foi criada) e nem prevendo o caput do artigo 25 da mesma Lei uma situação de contratação supostamente direta, por alegada inviabilidade de competição “parcial” ou “intuito personae”, pois quando a lei prevê como única forma é realmente a única forma de atender algo, não permitindo discriminação ou reserva seletiva de mercado, como o MPOG criou em combinação prévia com companhias aéreas dominantes do mercado.

Aliás, companhias aéreas que conseguiram muitos privilégios, interessantes (constantes em atas de reuniões), como a norma implementada com “desvio de finalidade”, da Presidente da República, após pedidos que passaram pela então Ministra Miriam Belchior, como forma de pagamento por cartão, que foi objeto de pedidos expressos das companhias aéreas, que conseguiram isso para “segurança” e vantagens para elas próprias.

Interessante que a intermediária, Envision, é remunerada (no lugar das agências de viagens) por reservas e emissões mediante faturas apresentadas ao SEREPRO, enquanto a parte da tarifa, dos mesmos bilhetes emitidos, é paga às companhias aéreas por cartão.

Aliás, quando se verifica que gestão de viagens, pelo contrato da Envision, não depende da

forma de pagamento e forma de pagamento (pedida por particulares e atendida contra o princípio da impessoalidade) não é causadora de inviabilidade de competição e nem justifica a fuga de licitação, tem-se mais uma imoralidade, até porque no segmento de turismo o gerenciamento, inclusive das grandes corporações privadas, que, aliás, utilizam agências, é feito por relatórios eletrônicos em XML, que permite conciliação eletrônica de situação de bilhetes e diversas outras informações de viagens.

Todos sabem que houve apenas vontade de gestores de se verem livres da fiscalização, em diversos aspectos, estando a reserva de mercado criada para as companhias contaminada pela unificação, em um canal de vendas, da ferramenta de busca misturada com a ferramenta de compra, o que não pode acontecer, especialmente, depois que o Acórdão 1.973/2013 deu o norte de um buscador independente de verificação das tarifas oficiais, o que o “Governo” não o fez por “vontade” de não o fazer.

Assim, o que este pregão faz (pelo seu objeto) é dar suporte a uma violação prévia ao dever de licitar, do artigo 37, inciso XXI, da Constituição e do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, com impedimento completo de acesso das agências de viagens às vendas do setor público.

Atos administrativos não podem afastar o exercício das atribuições das agências que, no livre mercado, são asseguradas no artigo 27, § 3º, da Lei nº 11.771/2008 (atividades de intermediação de serviços de terceiros, compreendendo passagens) e no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 12.974/2014 (é privativo das agências o exercício da intermediação remunerada na comercialização de passagens), sem qualquer limitação de vendas aos clientes finais de segmento público ou privado, ou passagens de turismo, negócios ou de trabalho, nem pelas pessoas dos clientes, por horários e/ou órgãos públicos específicos.

Assim, a limitação de mercado que não consta em lei é inadmissível.

Chama atenção, também, o item 9.7.1.4, que trata de certificado de cadastro junto ao Ministério do Turismo (Lei nº 11.771/2008, art. 22 e Decreto nº 7.381/2010, art. 18), ou seja, o Ministério reconhece que para a atividade de entrega dos bilhetes das mesmas passagens as agências há um regramento específico, mas ainda assim o MPOG posicionou a empresa de informática Envision para ser intermediária remunerada por reservas e emissões de passagens, daquilo que intermedia para o cartel das companhias aéreas, em um formato que todos sabem não ser compra direta, mas restrição vertical de mercado, delimitação seletiva de mercado.

No termo de termo de referência, item 1.1.1, mais uma vez aberração jurídica quando consta que os serviços de agenciamento somente poderão contemplar os voos das companhias aéreas credenciadas quando houver algum impedimento para a aquisição direta pelos órgãos e entidades ou em situações emergenciais devidamente justificadas.

Sabe-se que não é isso que ocorre, pois esse sistema criado não emite grupos, não emite trechos múltiplos, não emite em muitos horários e dias, não emite vôos interligados com companhias regionais e internacionais etc.

O artigo 37 da Constituição de 1988 prevê como básico o princípio da impessoalidade, então não pode licitada a parte não atendida pelas privilegiadas companhias aéreas, que implica em mais deformações jurídicas, como contratação emergencial personalizada e provocada, o que não encontra respaldo em qualquer norma brasileira.

Não há permissão para licitar sobra de reserva de mercado.

Já no item 2.2 do termo de referência consta que os participantes são 185 (cento e oitenta cinco) órgãos e entidades da Administração Pública Federal, conforme consta no Anexo IA, com os quais poderão ser firmados os contratos para prestação dos serviços de agenciamento de viagens, mas é interessante que agora tende a permanecer um monopólio ou duopólio, inclusive, frisando-se que a intenção original era acima de 600 órgãos e demandar pouco mais de R\$ 80 milhões, mas agora está sendo sendo elevado o valor da demanda para R\$ 138 milhões para quantitativo inferior, de 185 órgãos, comprovando que o uso do sistema ilícito, de unificação de agência de viagens para suporte ao cartel de companhias aéreas, no dia a dia, é muito maior do que se alegava.

No item 4.4.1.1 do termo de referência consta afirmação leviana de que, em face da IN 07/2012-MPOG haveria risco para a Administração, mas nada consta sobre o buscador de tarifas oficiais que o MPOG não quis implementar para fiscalizar as agências, nem a forma de faturamento eletrônico, com relatórios completos, muito mais do que os atuais da compra cartelizada, e que, ainda, diz-se que não estaria comprovada antieconomicidade das emissões com as agências, mas que a licitação precisava acabar, como se as regras constitucionais e legais, diversas, pudessem ser afastadas por vontade de agentes públicos.

Cita-se, arditosamente o Acórdão nº 1.973/2013– TCU – Plenário, item 9.6., sobre determinação de um estudo a respeito de vantajosidade de contratar companhias aéreas diretamente, o que nunca foi feito até porque, vergonhosamente, antes da data desse acórdão já havia começado o cenário de propostas do cartel dentro do MPOG, inclusive, com menções a descontos em formato de “dumping”, com fim de aniquilar as agências de viagens, bem como tarifa fixa de “72 horas”, quando se sabe que nem nos contratos aos consumidores as companhias aéreas ofertam essa condição e que o propósito dela do deixar uma carta branca para que servidores emitam bilhetes dada vez mais de última hora, se livrando da fiscalização que vinha detectando que 85% dos órgãos não possuem política de viagens e fazem emissões com menos de 10 dias de antecedência, por falta de planejamento.

Sobre o item 4.11 do termo de referência, chega a ser bastante imoral a menção à justificativa para o credenciamento, quando se sabe que o mesmo jamais se pautou na inviabilidade de competição, até porque por duas leis específicas as agências de viagens entregam os mesmos bilhetes, para os mesmos vôos, pelo que não podem ser excluídas do mercado, além de oferecerem vantagens diversas que estão sendo perdidas pelo “Governo” atualmente, com a emissão cartelizada.

Mais uma vez claro no 4.15 também do termo de referência que a licitação é para “parcela” de mercado, qual seja, a que dá suporte à maior parcela, que é a das companhias aéreas, que ganharam uma reserva de mercado, um fechamento de mercado atribuído por lei alguma.

Lembre-se que quanto o legislador trata de reserva de mercado, fechamento de mercado, ele o faz em lei expressa, ainda assim, com cuidado na observância da livre concorrência, do artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal, além do que, monopólio somente é criado pela própria Constituição ou lei específica, compatível com a mesma Constituição, como o monopólio da ECT na área postal.

Por isso o presente pregão que apenas completa mercado de cartel com um monopólio é uma aberração jurídica por completo.

Chama, ainda, atenção, que no item 4.16 conste que será contratada uma agência “única” se ela nem será mais única, porque haverá, agora, uma segunda ata de registro de preços, que apenas contribui para manter o fechamento de mercado.

Como explicar que está sendo licitada a contratação da “segunda agência de viagens única” para completar algo que não seria licitável, “em parte”, “intuito personae”?

Já no item 4.17 consta que a licitação visa possibilitar que órgãos se adequem ao novo modelo de “aquisição de passagens aéreas” (o resultado a ser entregue ao cliente final), ou seja, desmascarando a ardilosa afirmação de que estavam contratando o transporte, objeto da concessão, de um lado, enquanto do outro agenciamento, porque, no fundo, pela legislação das agências, as mesmas emitem os mesmos bilhetes.

Sobre o item 4.17.1, quando trata de aumento da eficiência e expressiva redução dos custos administrativos, por evitar mais licitações, o Governo não considerou os inúmeros custos sobra desses ilícitos, aliás, se houvesse na Lei 8.666/93 algum fundamento para não licitar algo porque serão feitas muitas licitações, onde está o fundamento para isso?

O que dizer da violação do dever de licitar, do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que trata de finalidade de desenvolvimento nacional sustentável e contratações regionalizadas, o que serve para a função social dos contratos administrativos, de gerar emprego e renda em diferentes postos de trabalho, como é do espírito também da Lei Complementar 123/2006.

Observe-se que essa lei estabeleceu em seu artigo 1º, inciso III, o ACESSO AOS MERCADOS e a inclusão como metas dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para as microempresas, sendo criado um Capítulo V com o rótulo “do acesso aos mercados”, Seção I “DAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS”, detalhando nos artigos 42 a 49 regras de tratamento favorecidos aos pequenos para contratações governamentais. Destaca-se aqui a redação mais recente do seu artigo 47, trazida pela Lei Complementar nº 147/2014, pela qual “nas contratações públicas” da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a “PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL”.

Mas como isso ocorrerá se não haverá mais mercado para os pequenos?

Sobre o item 4.17.3, que tem afirmação sobre maior celeridade na contratação porque preços estariam registrados, uma falácia, as tarifas, por lei, oscilam há anos, como oscilavam quando nem mesmo havia a lei que criou a ANAC e isso foi questionado ao TCU, que afirmou que oscilação de tarifas não era causa de não licitação.

Por isso mesmo o item 4.17.4 também é uma aberração, quando trata de suposto ganho de escala em favor da APF, por aglutinação de demanda, quando comparada à fragmentação, quando se sabe que isso é uma mentira, porque a questão é simplesmente de venda ao preço oficial da tarifa publicada, em tempo real, para qualquer consumidor, não sendo admitido dumping interno para afastar licitação.

Sobre o item 4.17.5, que trata de gestão centralizada de uma ata de registro de preços, isso contraria diversas constitucionais e legais já exemplificadas, que não permitem licitação de monopólio, que fecha todas as compras públicas de uma esfera de “Governo”.

Sobre o item 4.18, quando se referencia ao disciplinamento normativo para a contratação do objeto previsto neste TR observe-se que são citadas apenas normas administrativas e nenhum fundamento legal ou constitucional, o que confirma o gravíssimo erro do que estão fazendo ao não licitar passagens da forma aberta e correta.

Por fim, com relação ao item 4.19, tem-se citação do Ofício Circular nº 001/2015, como algo a ser

cumprido, mas esquece-se que o TCU, em cautelar de 22 de abril de 2015, suspendeu essa norma no tocante à migração de mais órgãos para esse projeto ilícito, em nenhum momento vedando prorrogações, o que será levado ao Tribunal, como descumprimento daquela ordem expressa.

Enfim, não há decisão do TCU e o TCU já havia analisado o tema de passagens, decidindo que a aquisição das mesmas e outros serviços de transporte aéreo, obrigatoriamente, DEVE ser licitada (Decisão 409/94-Plenário, Acórdão 101/98-Plenário e Decisão 489/2001-1ª Câmara).

E além de tudo o que foi tratado, nem a Lei nº 8.987/95, nem a Lei nº 9.074/95, que tratam de Concessões estabelecem que concessionário de serviço público ganha “de brinde” ou “de carona”, contrato acessório ao da concessão, no caso, de fornecimento de passagens ao Poder Concedente.

Então o que está sendo feito é agir com gigantescos e monopolizados contratos nacionais, para grandes empresas / corporações, em contratações que, quando concretizadas, não deixarão volta para contratações futuras às pequenas empresas, assim aniquilando milhares de negócios e empregos pelo País.

Contrário ao que o TCU alertava na implantação da Lei Complementar nº 123/2006: “o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a “ampliação da oferta” de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado” (Acórdão 1231/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator).

Por isso é preciso coibir a unificação / centralização de contratos de forma “suicida” para o mercado inteiro, porque não pode o governo, sob o rótulo de suposta economia ou ganho de escala, criar monopólios que, em futuro breve, serão extremamente propícios a preços elevados e propostas de corrupção, em ambiente de poucas e privilegiadas empresas (quando maior a concentração, quanto menos competitivo o mercado, mais o governo fica refém dos detentores do monopólio e situações outras inadmissíveis tendem a acontecer).

=====

3 – DO PEDIDO

=====

Ante o exposto, a ABAV-DF requer a completa anulação do pregão em referência e a reabertura

ampla e completa do mercado de licitações de passagens aéreas em todo o País.

Brasília, 18 de abril de 2016

Jonas S. S. de M. Lima

Advogado - OAB/DF 12.907

Jonas Lima

Lima & Curvello Rocha Advogados

Address: SAS Quadra 4 - Lotes 9/10 - Ed. Victoria Office Tower

Salas 803/804 - Asa Sul - CEP 70.070-938 - Brasilia - DF - Brazil

Work: +55-61-3223-0015

Mobile: +55-61-9986-2405

Email: jonas@limaecurvellorochoa.com

Website: <http://www.limaecurvellorochoa.com>