

APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA
EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432
CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

ILMA. SRA. VIRGINIA BRACARENSE LOPES
Coordenadora-Geral de Licitações
Central de Compras e Contratações
Assessoria Especial de Modernização da Gestão
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

URGENTE

**Referência: Representação contra o Edital de Credenciamento nº 01/2014 –
CENTRAL/MP**
Processo nº 03001.000017/2014-59

REPRESENTAÇÃO. ILEGALIDADE EM EDITAL DE CREDENCIAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO SEM MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO E CONTRÁRIO A DIVERSOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS.

1. É inconstitucional e ilegal credenciamento para viabilizar fuga da regra constitucional do dever de licitar e ainda contrariando diversos outros dispositivos legais.
2. Existe competitividade no mercado e deve ser feita licitação para o agenciamento de viagens, sendo inviável e vedada a compra direta de passagens das companhias aéreas.
3. Urgente necessidade de suspensão do procedimento.

APOLO AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 26.423.228/0001-88, com sede na CLS 415 BLOCO: D LOJA: 34, Asa Sul, Brasília - DF, CEP 70.298-540, telefone (61) 3245-9400, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no artigo 109, inciso II, da Lei nº 8.666/93, formular **REPRESENTAÇÃO** em face do edital em referência, pelos fatos e fundamentos de direito adiante detalhados.



1. DA TEMPESTIVIDADE

Com a publicação do edital em referência no Diário Oficial da União do dia 30 de junho de 2014 (seção 3, página 334), tem-se a contagem do prazo de 5 (cinco) dias úteis, previsto no artigo 109, inciso II, da Lei nº 8.666/93, iniciado no dia 1º de julho de 2014, vencendo no próximo dia 07 de julho, sendo portanto tempestiva a presente representação na data de hoje, 03 de julho de 2014.

2. DA FALHA GRAVE DE MOTIVAÇÃO

O artigo 2º da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), estabelece a “*motivação*” como um dos princípios da Administração Pública.

O artigo 50 da mesma Lei estabelece que “*os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses*”. E parágrafo primeiro desse último artigo é claro ao dispor que “*a motivação deve ser explícita, clara e congruente*”.

Mas não é isso o que se observa do edital de credenciamento em questão, primeiro, porque a base para estar o Ministério deixando de licitar está em suposto “*fundamento de fato*” que, na verdade, não existe.

O “*ANEXO I - PROJETO BÁSICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS*” enfatiza bastante a aplicação do artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), mas não se encontra em momento algum, nem nesse documento (especialmente nesse) e nem em qualquer outro, porque não haveria inviabilidade de competição entre agências de viagens, para fornecimento de passagens aéreas.

Mais precisamente, no item 3.1 desse documento consta como “*motivação*” algo do tipo “*A Administração Pública Federal deve providenciar transporte aéreo aos seus servidores...*”, mas isso não é sequer esclarecimento para a alegada inviabilidade de competição exigida pela Lei.

Depois o item 3.1.2 traz a afirmação de que “ *muito embora os estudos há algum tempo desenvolvidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sinalizem haver vantajosidade na aquisição das passagens diretamente das companhias aéreas, não se pode prescindir de realizar avaliação, em ambiente operacional real, da aludida modelagem de contratação dos serviços, o que motiva a presente proposição*”.

O item 3.1.3 menciona que o credenciamento das companhias aéreas será implantado como um projeto piloto, “*em caráter experimental, durante os primeiros 60 (sessenta) dias de vigência do referido credenciamento, exclusivamente no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, quando se iniciará a aquisição direta das passagens aéreas, sem o intermédio de agências de viagem e turismo, nos moldes previstos ao longo deste Projeto Básico*”.

Ora, experiência para avaliar a vantajosidade de modelo nunca testado em momento algum significa a “*inviabilidade de competição*”.

O artigo 25, caput, da Lei nº 8.666/93, estabelece que “*é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição*”.

Onde está, precisamente, a “*prova*” de que “*não existe viabilidade de competição*” entre agências de viagens?



APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA

EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432

CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

Ora o próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, assim como todos os órgãos públicos do país, incluindo os órgãos de controle, como a CGU e o TCU, possuem contratos licitados, há décadas, com as agências de viagens.

E Acórdão nº 092/2004, do Plenário do TCU, alerta que conhecimento de “mercado e competição”, “são conceitos básicos para a condução de processos licitatórios”.

E é notório e inquestionável que existe competição entre agências de viagens para atendimento da finalidade de “transporte de servidores”, bastando consultar o Diário Oficial da União, o Comprasnet e os outros portais de compras.

Então, flagrantemente inconstitucional o credenciamento, porque o artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna somente prevê a regra do dever de licitar, “ressalvados os casos especificados na legislação”.

E a legislação em questão, por sua vez, é o artigo 25, “caput”, da Lei nº 8.666/93 trata da “inviabilidade de competição”, o que não foi demonstrada e nem comprovada, pois, no fundo, com todo o respeito, o Ministério está pretendendo usar uma regra de direito sem fundamento de fato que nela de enquadre, porque, de forma declarada quer fazer uma “experiência” em um projeto “piloto”, de algo nunca implementado, para tentar “avaliar” a “vantajosidade” de compra de passagens aéreas diretamente das companhias aéreas.

Então, é gritante que essa via é inadmissível, lembrando-se aqui que um assunto desse porte jamais poderia ser objeto de experiência não licitada e remunerada em favor de privilegiadas empresas, no caso, as companhias aéreas.

Ademais, não há fundamento para a experiência remunerada, um tipo de laboratório remunerado com dinheiro público, em situação não decorrente de licitação não se encontrando qualquer dispositivo nesse sentido na Constituição Federal e nem na Lei nº 8.666/93.

Na verdade, situação absurda e esdrúxula, que contraria muitas e muitas normas, que começam a ser elencadas e outras mais.

Para concluir esse tópico, ressalte-se que ao contrário do que consta do item 3.4.1 do “ANEXO I - PROJETO BÁSICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”, a “pretensa contratação” NÃO TEM “enquadramento na inexigibilidade de licitação”.

3. DO CREDENCIAMENTO NA VISÃO DO TCU

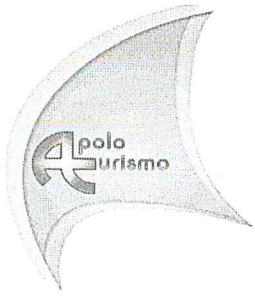
Logo de imediato, no “ANEXO I - PROJETO BÁSICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”, se verificam transcrições genéricas de livros de autores tratando de credenciamento, nenhum deles em caso de passagens aéreas.

Também citações do TCU com exemplos de acórdãos que, na verdade, são de credenciamento, especialmente, para serviços advocatícios, aliás, nos quais o próprio TCU tem ressaltado suas reservas, seus limites.

Agora vale observar o que realmente entende o Tribunal de Contas da União sobre credenciamento.

Por exemplo, em uma consulta do Exército (sobre credenciamento), o Tribunal respondeu:

“9.2.5. é possível à Administração realizar a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, desde que haja a demonstração inequívoca de que suas necessidades somente poderão ser atendidas



APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA

EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432

CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços". (Acórdão n.º 351/2010-Plenário, TC-029.112/2009-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.03.2010)

Então, foi demonstrado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que somente "comprando" passagens aéreas "diretamente" das companhias aéreas se atinge a finalidade desejada de transportar "servidores"? NÃO.

Aliás, se o assunto era de avaliação para um projeto piloto, que já se transforma em contrato remunerado, para uma experiência, em algo que vai contra os milhares de contratos das agências de viagens do Brasil, que fosse feita uma audiência pública (previamente convocada pelo Diário Oficial) com as empresas do setor, o que não ocorreu.

Mais de entendimento do TCU:

"9.2. ... a aplicação do sistema de credenciamento na contratação de prestação de serviços custeados por recursos federais deve observar as orientações expedidas no Acórdão 351/2010-Plenário..." (Acórdão 5178/2013-Primeira Câmara, TC 023.697/2011-3, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 30.7.2013.)

E os requisitos do Acórdão n.º 351/2010-Plenário para o credenciamento são os seguintes:

"a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços." .

Assim, em nada se compatibiliza o credenciamento ora em análise, até porque o serviço (uma utilidade colocada à disposição, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.666/93) é licitado atualmente por todos os órgãos públicos do país.

4. DO DEVER DE LICITAR PASSAGENS AÉREAS NO ENTENDIMENTO DO TCU

Respondendo a uma consulta formulada pelo Senado Federal o Tribunal de Contas da União, logo após a entrada em vigor da própria Lei nº 8.666/93, atualmente vigente, explicitou que não poderia ser feita compra direta (sem licitação), junto às companhias aéreas de bilhetes de passagens aéreas:

"Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE com fundamento no inciso XVII do "caput" do art. 1º e seu § 2º, da Lei nº 8.443, de 16/07/1992 c/c o inciso XXIII do "caput" do art. 1º e com o art. 210, do Regimento Interno:

1. Conhecer da presente consulta para responder, em tese:

1.1. a aquisição de passagens aéreas e outros serviços de transporte aéreo, obrigatoriamente, deve ser precedida do competente processo licitatório, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.666/93;



APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA

EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432

CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

1.2. a licitação deverá ter o caráter mais amplo possível, de modo a viabilizar a participação tanto de empresas aéreas como de agências de viagem, de modo a assegurar a ampla competitividade, atender plenamente ao princípio da igualdade e alcançar o objetivo maior da licitação que é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, consubstanciada, no caso, naquela de menor preço, conforme estabelece o art. 3º c/c o art. 45, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93;

1.3. de forma a atender as peculiaridades das atividades desenvolvidas pelos senhores Senadores que, muitas das vezes não se coadunam com os percursos e horários de uma única empresa aérea, poderá ser incluído no instrumento convocatório do processo licitatório e no contrato correspondente, cláusula dispondo que a licitante vencedora do certame (no caso de ser uma empresa de transporte aéreo, considerando que com a agência de viagem não haveria problema) fica obrigada a conceder o endosso em favor de outra empresa aérea, na hipótese de não ser possível o atendimento ao parlamentar no horário e rota desejados; ...” (Decisão 409/94 – Plenário. Processo nº TC 015.440/93-1 - Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi – DOU 12/07/1994).

A propósito, nesse acórdão ficou ressaltado que “a Lei nº 8.666/93, ao elencar em seu art. 24 os casos de dispensa de licitação não manteve as disposições do inciso VII do art. 22 do DL nº 2.300/86, que permitia a dispensa de licitação, quando a operação envolvesse “concessionária de serviço público” e o serviço fosse pertinente ao objeto da concessão”.

Portanto, o Tribunal declarou entendimento de que sendo as companhias aéreas concessionárias de serviço público, não poderiam, na égide já da Lei nº 8.666/93, efetuarem vendas diretas de passagens aéreas aos órgãos públicos.

E como a Súmula 222 do próprio Tribunal estabelece, “as Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, o que confirma a impossibilidade do credenciamento pretendido.

Não se pode esquecer, por outro lado, que os 20 (vinte) anos que se completam exatamente nesse mês comprovaram pelo mercado que as companhias aéreas não possuem condição de funcionarem como agentes de viagens, porque essa não é a natureza da operação dessas companhias.

Aqui fica o desafio: que se apresente um órgão público qualquer que esteja comprando bilhetes de passagens aéreas diretamente de companhias aéreas e algum órgão público qualquer que afirme que não há competição no mercado.

5. DA CONTRARIEDADE ÀS NORMAS LEGAIS SOBRE AS AGÊNCIAS E SERVIDORES

O item 11.1 do “ANEXO I - PROJETO BÁSICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS” estabelece que “os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional observarão, como procedimento para a autorização de emissão de passagem, o horário, período de participação do servidor no evento, o tempo de traslado e a otimização do trabalho, visando garantir condição laborativa produtiva...”.



APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA

EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432

CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

Isso significa que servidores públicos vão ficar agora 24 (vinte e quatro) horas de plantão e serão desviados de função para realizarem atividade de “emissores de passagens aéreas”?

E as companhias aéreas também serão compelidas e “procurar” nem todas as demais o “melhor preço”, nos trechos que mais atendam à demanda da Administração, em regime de 24 (vinte e quatro) horas, e estarão comprando bilhetes uma das outras (para os trechos que elas não atendem), em uma espécie de terceirização cruzada?

Ora, a Lei nº 12.974, de maio de 2014, que dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo, estabelece em seu artigo 3º:

“Art. 3º É privativo das Agências de Turismo o exercício das seguintes atividades: (...) I - venda comissionada ou intermediação remunerada na comercialização de passagens, passeios, viagens e excursões, nas modalidades aérea, aquaviária, terrestre, ferroviária e conjugadas; (...)

IV - organização de programas, serviços, roteiros e itinerários de viagens, individuais ou em grupo, e intermediação remunerada na sua execução e comercialização;”.

Ora, quando uma companhia aérea, concessionária, que possui contrato com a ANAC simplesmente para prestar serviços de transporte em linha regular, entre em um verdadeiro serviço de intermediação, nos trechos que ela mesma não consiga atender, ela se transforma, na prática, em uma agência de viagens e turismo, invadindo as atividades privativas das agências, contrariando lei específica.

Da mesma forma, nos órgãos públicos chega-se ao absurdo de precisar de um servidor público de carreira (ou alguns servidores em cada órgão) que se transformará ou transformarão em “agente(s) de viagens”, “emissor(es) de passagens”, sendo que isso invade as atividades legalmente privativas das agências.

A Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Federais) estabelece no artigo 117 o seguinte:

“ Art. 117. Ao servidor é proibido:

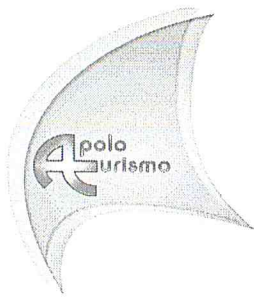
(...)

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;”.

E não existe na Administração Pública qualquer lei de plano de carreira de servidores que incorpore essa atividade-meio de ser “emissor de bilhetes de passagens aéreas”, ou “agente de viagens”, logo, o credenciamento em foco chega a situação que esbarra em inviabilidade legal e prática também por esse motivo: nenhum servidor poderá, ao mesmo tempo, ser aquele que pesquisa, que organiza os trechos de viagens do Ministro e de outros servidores e que concretamente emite bilhetes, que efetiva remarcações, cancelamentos, etc...

Observe-se, a propósito, o exemplo: quem irá resolver o problema do Ministro do Planejamento se ele estiver saindo de um evento às 22 horas em outra cidade, atrasado, tendo já perdido o vôo de origem e precisando de um vôo em outra companhia aérea? Umas companhias aéreas vão “pesquisar” trechos das outras e resolvem entre si?



APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA

EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432

CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

E que pessoa, em qual lugar, atenderá o Ministro e para pesquisar e solucionar o assunto da melhor opção, que coincida com hotel / compromissos, etc...?

Uma situação desse tipo, por exemplo, jamais se resolveria com simples argumento de que companhias aéreas endossam bilhetes de outras. Isso acaba sendo falácia, algo fora da realidade.

Enfim, trata-se de um serviço efetivo de efetivamente **agenciar** soluções, agenciar trechos / itinerários, que é típico e exclusivo de agências de viagens e turismo.

Por outro lado, o próprio órgão público jamais poderia ter uma equipe de emissores de passagens aéreas (funcionários que montam, trechos, são opções ao seu livre critério, concretizam as emissões, etc), e, também uma equipe de fiscalização do trabalho desses seus outros servidores e, ainda, também das companhias aéreas, para verificar se as companhias aéreas.

Aliás, isso sim daria margem a situações que fugiriam ao controle e incorreriam em grave violação do dever de segregação de funções, porque não pode o próprio Ministério selecionar seus bilhetes, emitir, etc... e ele mesmo exercer a fiscalização desse trabalho.

6. DA FALÁCIA DA EXPEDIÊNCIA PARA AVALIAR VANTAJOSIDADE

O edital de credenciamento, com a devida vênia, chega ao absurdo de afirmar, ao mesmo tempo, que o credenciamento será para serviços por 60 (sessenta) meses, mas também que nos 60 (sessenta) meses iniciais será um período de experiência e com remuneração, com vendas sendo concretizadas, nada com característica de experiência, que nem mesmo é permitida.

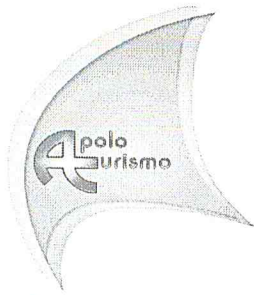
Se é para entender e avaliar, porque o Ministério não reconhece primeiro ser impraticável a pretensão de querer que uma simples reserva garanta tarifa, quando isso não existe, conforme declarado pelas próprias companhias aéreas nacionais e internacionais, (todas, no mundo inteiro).

Como o próprio judiciário afirma:

“(...) 4 - ADQUIRIDO O BILHETE DE PASSAGEM AÉREA FORA DO PRAZO DE DISPONIBILIDADE DA TARIFA PROMOCIONAL, TEM-SE, COMO INVIÁVEL A PRETENSÃO DE EVENTUAL RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA PROMOÇÃO E DA CONTRATAÇÃO, ATÉ PORQUE, A GARANTIA DA TARIFA SOMENTE OCORRE QUANDO DA AQUISIÇÃO, OU SEJA, QUANDO DA COMPRA DO BILHETE. ADEMAIS, NÃO SENDO IMPUTADA À EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO A DEMORA NA AQUISIÇÃO DO BILHETE DE VIAGEM, A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE....(TJ-DF - ACJ: 20120110659513 DF 0065951-49.2012.8.07.0001, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Data de Julgamento: 24/09/2013, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/10/2013 . Pág.: 278)”

Em resumo, se a própria Administração já atrasa naturalmente para aprovar a emissão após as cotações de preços apresentadas pelas agências de viagens, de que lhe adiantará ter um sistema que nem trará dados invariáveis.

Continuará na mesma situação que está hoje, porque a agilidade na decisão deve ser da própria Administração, deve ser cobrada eficiência, que é princípio do



APOLO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA

EMBRATUR DF: 10.27.423.228/0001-88 ABAV: 033-8 SNEA:5432

CNPJ: 26.423.228/0001-88 CF/DF: 07.313.534/001-86

artigo 37 da Constituição federal e não criar mais problemas, mais burocracia e pretensão de que servidores públicos façam o é tarefa legalmente exclusiva de agência de viagens e turismo e que não resolverá o problema de tarifas, porque a tomada de decisão é lenta demais.

Enfim, cotação, em nenhum lugar do mundo, garante disponibilidade no vôo e, também, reserva não garante manutenção de tarifa, o que comente ocorre com a emissão do bilhete, que materializa o contrato de transporte aéreo.

Então, como se pode lançar o presente credenciamento, com a afirmação de vantajosidade, se o modelo é impraticável?

Aliás, deveria se entender primeiro como é formado o custo das passagens aéreas no Brasil, como é a sua dinâmica, o que é objeto do Requerimento nº 437/2013, da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC), para audiência pública, mas que, infelizmente, está parado na Câmara dos Deputados já mais de 1 (um) ano.

Portanto, acaba em falácia afirmar que haverá um credenciamento para 60 (sessenta) meses, em outro ponto afirmar que esses 60 meses são iniciais, para uma experiência, mas já se gastar dinheiro público desde o início.

Ora, se o modelo idealizado jamais foi utilizado, porque não funciona na prática e não pode funcionar por questões práticas e legais, também não se pode afirmar vantajosidade / economicidade.

A economicidade, na verdade, somente pode ser avaliada no mercado atual, no Comprasnet, aliás, conforme reconhecidamente pelos termos do artigo 2º da Instrução Normativa nº 05/2014, do próprio MPOG (por dados de outras licitações / contratações).

Por isso, não há justificativa de fato e nem legal para a contratação direta das companhias aéreas pelo credenciamento.

7. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer a imediata anulação de todos os atos administrativos tendentes ao credenciamento de companhias aéreas para vendas diretas de bilhetes de passagens.

Termos em que requer e aguarda deferimento.

Brasília, 03 de julho de 2014.


Lucas de Lima Maia

Procurador

Apolo Agencia de Viagens e Turismo LTDA