



PROCESSO TC Nº: 07297/16

EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 003/2016

OBJETO: Contratação de empresa especializada para a prestação de Serviço de Agenciamento de Viagens, compreendendo os serviços de cotação, reserva, emissão, marcação, cancelamento, remarcação de bilhetes de passagens aéreas nacionais e internacionais, e assessoramento do melhor roteiro aéreo

INTERESSADO: Rogério Ramos de Queiroz

ASSUNTO: Solicitação de Esclarecimentos

LNX TRAVEL VIAGENS E TURISMO EIRELE, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 20.213.607/0001-67, com sede na Rua Sete de Abril, 345 – 5º andar – Centro – São Paulo – SP – CEP 01.043-000, interessada em participar do certame acima referido, vem, mui respeitosamente, apresentar pedidos de esclarecimentos abaixo descritos:

Os pedidos que seguem são necessários para que fiquem claros os pontos questionados, pois, da forma em que se encontram provocam insegurança jurídica e financeira e técnica às LICITANTES na elaboração de suas propostas.

O primeiro ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no subitem 15.1, do item 15, do Edital onde está estabelecido que "A fiscalização e o recebimento do objeto ficará a cargo do Departamento de Gestão Administrativa-DEGAD. Que dentro do prazo de 15 (quinze) atestará a realização do serviço."

O que pede a Interessada seja esclarecido é se o prazo de 15 (quinze) dias para atesto está compreendido no prazo de pagamento?

RESPOSTA: O prazo de fiscalização da execução dos serviços não se relaciona, necessariamente com a emissão de documentos fiscais. A finalidade precípua consta na Lei 8.666/93:

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

A finalidade é exatamente atestar a perfeita execução dos serviços e tem como referencial as balizas das cláusulas do contrato. O prazo de fiscalização não se confunde, com o prazo de pagamento após a emissão da nota de fiscal.

O segundo ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no nº 16.6.1, do subitem 16.1, do item 16, do Edital, onde está estabelecido que "Será retido para o Fundo Empreender 1,6% das empresas de médio porte ou superior e 1% das empresas de pequeno porte, nos termos do inciso II, do art. 7º, da Lei nº 10.128/2013."

O que pede a Interessadas seja esclarecido é se realmente será aplicado o previsto neste ponto, pois, é um caso inédito, dentre todos os contratos firmados por esta licitante em que haverá retenção de porcentagem sobre o valor a ser pago pela prestação de serviços a título de "taxa" sem a devida contraprestação.

Veja que "taxa" na dicção do inciso II, do art. 145, do Constituição Federal é um tributo criado "em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição", o que não é o caso em questão.

Inclusive, a norma Estadual em comento foi objeto da impetração de Mandado de Segurança feito pelas empresas "ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES E

ONCOLOGICOS S.A, NORPROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, HOSP - LOG COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, SP DISTRIBUIDORA DE VACINAS E MEDICAMENTOS LTDA”, no qual o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba concedeu Medida Liminar suspendendo os efeitos da referida norma por entender ser a mesma inconstitucional, o que realmente é.

O processo no qual foi deferida a liminar é o de nº 0801370-31.2016.8.15.0000.

Assim, pede a Interessada seja esclarecido se o TCE da Paraíba irá aplicar a norma ora questionada, mesmo diante da concessão de liminar suspendendo sua eficácia ante a alegação dos impetrantes de que a mesma é inconstitucional?

RESPOSTA: O mandado de segurança irradia efeito entre as partes do processo, não tem efeito *erga omnes*. Portanto, enquanto não houver ação de direta de inconstitucionalidade questionando a constitucionalidade da lei ou a sua revogação. A lei do Empreender/PB, continua vigente e cogente.

O terceiro ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no subitem 12.1, do item 12, do Termo de Referência, do Edital, onde está estabelecido que “O pagamento será mensal e dependerá da real utilização do serviço e será efetuado por meio de Ordem Bancária, para crédito em conta corrente, em até 15 (quinze) dias corridos, após a apresentação das Notas Fiscais devidamente atestadas pelo gestor ou fiscal do contrato, considerando-se o valor do serviço prestado pelo quantitativo de passagens fornecidas.”

O que pede a Interessada seja esclarecido é se o prazo de 15 (quinze) dias previsto neste ponto se somará ao prazo de 15 (quinze) dias previsto no subitem 15.1, do item 15, do Edital, no qual está previsto o prazo de atesto, o que levará à conclusão de que o pagamento se dará no prazo de 30 (trinta) dias após a entrega da nota fiscal/fatura.

Um segundo esclarecimento quanto a este ponto que pede a Interessada é qual será o prazo de aferição pelos serviços, ou seja, de quantos em quantos dias deverá a futura contratada emitir nota fiscal/fatura pelos serviços prestados e pelos bilhetes emitidos acrescidos da taxa de embarque?

RESPOSTA: Vide resposta ao primeiro questionamento.

O quarto ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no subitem 12.6, do item 12, do Termo de Referência, do Edital, onde está estabelecido que “O pagamento do serviço de agenciamento fica condicionado a apresentação das faturas emitidas pelas companhias aéreas referentes às passagens adquiridas no respectivo período.”

Inicialmente cumpre ressaltar que o Edital e seus Anexos não trazem em seus textos qualquer vedação à participação de agências de viagens consolidadas no certame.

Com isso, forçoso concluir-se que a participação de agências consolidadas no pregão é perfeitamente possível, obedecidas as regras pertinentes. Para que fique firma a possibilidade de as agências consolidadas no certame, necessárias algumas considerações acerca do relacionamento comercial entre estas e as denominadas agências consolidadoras.

Vamos a elas:

Atualmente as agencias de viagens optam por firmarem contrato com as chamadas **Consolidadoras**, por estas terem cadastradas em suas carteiras, praticamente, todas as empresas aéreas regulares, facilitando todo o trâmite para aquisição de passagens, sem que isso redunde em qualquer custo adicional ao órgão licitante que deseja adquirir passagens aéreas, sejam nacional, regional ou internacional.

Neste ponto, necessário breve explanação sobre as características das acima citadas **Consolidadoras**, que são empresas que aglutinam em sua carteira senão todas, praticamente todas as empresas aéreas em operação regular no país, tanto para voos nacionais, quanto regionais e internacionais.

Mostra-se igualmente importante deixar explícito que quando a interessada, eventualmente vencedora do certame, adquire o objeto licitado via **Consolidadora**, isto em momento algum redundará em subcontratação, pratica vedada em sede de licitação, seja qual for a modalidade, tendo em vista que o contrato firmado entre a **Agência de Viagens** e a

Consolidadora se resume em esta disponibilizar para aquela acesso ao seu portal para aquisição de passagens **DIRETAMENTE** da aerolinha, sem qualquer intermediação.

Alias, ressalte-se, tal mecanismo em muito se assemelha ao que resulta da contratação da Licitante vencedora do certame pela Administração, que deverá disponibilizar para o órgão deflagrador do certame acesso ao seu portal para aquisição de passagens, diretamente e sem ônus, o que também ocorre no acordo entre a **Agência de Viagens e a Consolidadora**.

Continuando, é sabido que ao deflagrar um certame licitatório o objetivo da Administração é obter, dentre aqueles que se interessem em contratar, a melhor proposta, regra estabelecida no *caput*, do art. 3º, da Lei 8.666/93.

Para o alcance de tal mister, outra regra é estabelecida, que é a que determina que as regras editalícias devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa.

Conjugando-se os dispositivos citados com as características das empresas **Consolidadoras** e os contratos firmados por estas e as Agências de Viagens interessadas em contratar, forçoso chegar-se à conclusão de que é perfeitamente possível a uma licitante detentora do objeto o adquira via **Consolidadora**, sem que isso traga qualquer ônus extra para o ente que deflagrou o certame, tampouco redunde em subcontratação.

Por fim, saudável trazer à baila o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União sobre o assunto:

“Embora o edital não preveja essa questão, a não aceitação da declaração pela empresa ‘consolidadora’ poderia configurar restrição ao caráter competitivo da licitação. Segundo o Acórdão 1.285/2011 TCU - Plenário, que faz menção ao Acórdão 1.677/2006 TCU - Plenário: Em decorrência do contrato assinado entre ‘consolidada’ e ‘consolidadora’, a agência de viagem ‘consolidada’ fica autorizada a assumir diversos compromissos comerciais, valendo-se para tanto da prerrogativa sinalagmática adquirida junto à consolidadora, vez que esta segunda empresa, por ser a repassadora dos bilhetes aéreos, respalda a relação mercantil firmada e consolidada, e o meio consumidor. Ademais, ressaltou a Conjur - TCU, de que este tipo de parceria autoriza a empresa consolidada a representar comercialmente a consolidadora. Nesse contexto, diversas das exigências devem ser supridas por declarações expedidas em nome da ‘consolidadora’, uma vez que é dela o relacionamento direto com as companhias aéreas”. Entende-se por agência de viagens consolidadora aquela que, mediante contrato, fornece bilhetes de passagens aéreas a outras agências; e agência consolidada aquela que recebe, mediante contrato, bilhetes de passagens aéreas da consolidadora. Segue abaixo pontos a serem exigidos e apresentados caso a licitante possua a condição de “consolidada”: a. Caso a licitante seja agência consolidada, deverá se apresentado, também o Certificado de Registro da Agência Consolidadora, exigido na alínea “a.2.3” do subitem 10.3.4 - Relativos a Qualificação Técnica, do Edital; b. Caso a licitante seja agência consolidada, as comprovações que exigidas nas alíneas “a.2.1” e “a.2.2” deverão estar em nome da agência consolidadora; c. No caso de licitante ser agência consolidada, apresentar cópia do contrato de fornecimento de passagens aéreas firmado com agência consolidadora com a qual mantém relação contratual. d. Apresentar declaração comprometendo-se a adquirir diretamente das companhias aéreas os bilhetes de passagens aéreas caso a agência de viagens consolidadora com a qual mantém contrato comercial vier a encerrar as suas atividades ou rescindir o contrato com a agência de viagens consolidada. d.1 Assinar no prazo máximo de 08 (oito) dias úteis a contar da rescisão mencionada na alínea anterior (“a”), termo contratual para o objeto em questão com as companhias aéreas ou com outra agência de viagens consolidadora afim de que o fornecimento de passagens aéreas não sofra descontinuidade. 2. A documentação exigida nas alíneas “a.2.1” “a.2.2”, poderá estar incluída em um mesmo documento desde que atenda às exigências solicitadas e o prazo considerado, nas respectivas descrições. OBS: No caso de participação de empresa “consolidada”, com exceção dos documentos citados nas alíneas acima, ficando os demais documentos exigidos na licitação inalterados e deverão ser atendidos conforme legislação e Edital.”

Como podemos observar, a participação de agências consolidadas em certames como o em tela é perfeitamente possível e legal, não ferindo qualquer dispositivo que rege a matéria.

Assim, pede a Interessada seja esclarecido se ao participar deste certame e, eventualmente, sagrando-se vencedora, poderá apresentar as faturas emitidas pelas aerolíneas em nome da agência consolidadora com a qual mantém contrato, visto que é desta a relação direta com as aerolíneas?

RESPOSTA: A participação de empresas consolidada é possível como admitida pela jurisprudência do TCU. Quanto as demais condições do edital deve ser mantida, inclusive com relação ao processamento da despesa pública, como aponta parte final do ementário citado pela parte interessada:

“OBS: No caso de participação de empresa "consolidada", com exceção dos documentos citados nas alíneas acima, ficando os demais documentos exigidos na licitação inalterados e deverão ser atendidos conforme legislação e Edital.”

Salvo algum impedimento de ordem legal, devidamente comprovado pela interessada.

O quinto ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no subitem 12.8, do item 12, do Termo de Referência, onde está estabelecido que “O pagamento somente será efetuado mediante emissão de Nota Fiscal Eletrônica.”

O que pede a Interessada seja esclarecido é se este ponto ao qual se pede esclarecimentos se refere apenas aos valores da taxa de agenciamento, posto que quanto às passagens aéreas e às taxas de embarque o documento válido que deve ser emitido é nota fiscal/fatura.

Assim, pede a Interessada seja esclarecido se este ponto do Termo de Referência se aplica apenas quanto aos valores da taxa de agenciamento, tudo pelo já exposto acima?

Resposta: Havendo impedimento da apresentação dos documentos fiscais por meio eletrônico, deve o documento fiscal ser apresentado na forma tradicional, em papel.

O sétimo ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto nos subitens 12.11 e 12.12, do item 12, do Termo de Referência, do Edital, onde está estabelecido respectivamente que “As empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL deverão apresentar, juntamente com a nota fiscal/fatura, a declaração prevista no art. 4.º da Instrução Normativa nº 1.234 - RFB, de 11 de janeiro de 2012, assinada por seu(s) representante(s) legal(is), em duas vias.” e que “Caso a empresa não seja optante pelo SIMPLES NACIONAL, o valor dos tributos federais será descontado na fonte, conforme Instrução Normativa nº 1.234 - RFB, de 11 de janeiro de 2012.”

A referida IN 1234/12 da Receita Federal traz em seu preâmbulo a delimitação de sua abrangência, deixando claro que ela se aplica aos “Dispõe sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelos órgãos da **administração pública federal** direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços”

O TCE do Estado da Paraíba, como se extrai de sua designação, é um órgão estadual.

Com isso, forçoso chegar-se à conclusão de que a IN 1.234/12 da Receita Federal não deve ser adotada como base para a retenção de tributos na fonte nos pagamentos efetuados aos prestadores de serviços ou fornecedores de bens.

Assim, pede a Interessada se a eventual vencedora do certame, seja ou não optante pelo SIMPLES NACIONAL, terão, ao arripio da legislação, que apresentar as declarações prevista no art. 4º da referida Instrução Normativa, visto que esta é aplicável apenas aos órgãos da administração pública federal direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços?

Resposta: Segundo Marcus Cláudio ACQUAVIVA. Dicionário Acadêmico de Direito. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

“Uma Instrução Normativa, nada mais é do que um ato administrativo expresso por ordem escrita expedida pelo Chefe de Serviço ou Ministro de Estado a seus subordinados, dispondo normas disciplinares que deverão ser adotadas no funcionamento de serviço público reformulado ou recém-formado.”

Portanto, a IN tem por escopo imediato os subordinados do Chefe de Serviço ou Ministro de Estado, isto não quer dizer que não sirvam de referenciais para os demais órgãos e entidades da Administração Pública, em especial quando concedem ordem que embora restrita tem impacto de âmbito nacional. Senão vejamos o art. 2º da IN 1.234, assim reza:

Art. 2º Ficam obrigados a efetuar as retenções na fonte do Imposto sobre a Renda (IR), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, os seguintes órgãos e entidades da administração pública federal: (grifei)

O IR, CSLL e a COFINS são matérias de interesse nacional, e nesse sentido nada impede que órgãos estaduais façam remissão a tais instrumentos regulamentares, além do que a previsão não causa prejuízo algum ao licitante.

Acresça-se que a não retenção do tributo quando a legislação impõe a responsabilidade a terceiro, acarreta a responsabilização do terceiro, CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Portanto, e recomendável a referencia a IN indigitada.

O oitavo ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no subitem 13.1, do subitem 13, do Termo de Referência, onde está estabelecido que “Os bilhetes de passagens aéreas nacionais e internacionais, regularmente emitidos e não utilizados, até o décimo dia de sua emissão, deverão ser cancelados e reembolsados ao Contratante, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, respeitando-se as condições previstas pelas companhias aéreas.”

Primeiramente cumpre aclarar que o controle sobre a realização ou não da viagem não está no âmbito de atuação da futura Contratada, mas sim no âmbito de controle da Contratante.

Segundo, para que a Contratada possa efetuar o cancelamento de eventual bilhete aéreo não utilizado necessário se faz a solicitação por parte da Contratante, a quem cumpre a responsabilidade por verificar a utilização ou não da passagem aérea pelo seu colaborador.

Com isso, resta claro que para que a futura Contratada possa efetuar o cancelamento de determinada passagem aérea necessário é a solicitação da Contratante, tudo pelo acima exposto.

Assim, pede a Interessada seja esclarecido se o cancelamento de qualquer bilhete não utilizado será precedido da necessária solicitação da Contratante, com o posterior pedido de cancelamento junta à companhia aérea, como deve ser de rigor?

Resposta: O pedido de cancelamento será feito a empresa vencedora da licitação e futura contratada, para que promova a devolução dos valores como descrito no edital.

O nono ponto sobre o qual pede a Interessada esclarecimentos é quanto ao previsto no nº 15.1.19, do subitem 15.1, do item 15, do Termo de Referência, do Edital, onde está estabelecido que a Contratada deverá “Fornecer a qualquer momento, quando solicitado pelo contratante, declaração expedida por companhias aéreas legalmente estabelecidas no País, de que é autorizada a comercializar passagens em seu nome; que possui idoneidade creditícia; que se encontra em dia com suas obrigações contratuais e financeiras perante as mesmas e que dispõe de terminal para reservas;”

O que pede a Interessada seja esclarecido é se em sendo a Contratada uma agência de viagens consolidada, poderá esta apresentar as declarações previstas neste ponto fornecidas pela agência de viagens consolidadora com a qual mantenha contrato para emissão de passagens aéreas.

O fundamento para a regular participação da agências consolidadas no certame está amplamente exposto no quarto ponto deste pedido de esclarecimento, onde se verifica sua total permissão legal.

Assim, pede a Interessada seja esclarecido se ao participar deste certame e, eventualmente, sagrando-se vencedora, poderá, quando solicitado, apresentas as declarações previstas neste item fornecidas pela agência de viagens consolidadora com a qual mantenha contrato, tendo em vista ser desta o relacionamento direto com as aerolíneas?

Resposta: Sim, a compreensão final da indagação revela-se correta.

Por derradeiro, pede a Interessada seja informado qual é o valor da taxa de agenciamento cobrada pela Contratada no contrato em vigência, assim como se serão aceitas propostas de valor R\$0,01 ou até mesmo negativas. ...”

Resposta: O TCU tem aceitado proposta com valores semelhantes ao citado na indagação.

João Pessoa, 15 de junho de 2016.

Jonas Alberto da Silva
- Pregoeiro -