
TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

PARECER Nº 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE PAS-SAGENS 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.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da portaria n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2 Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á do problema envolvendo a seleção de agências de viagens e a definição de critérios de aferição da proposta mais vantajosa. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – DA MOTIVAÇÃO DA EDIÇÃO DESTA MANIFESTAÇÃO

6 Em meados do ano de 2012, as Companhias aéreas deixaram de remunerar as agências de viagens através de comissão paga por bilhete emitido, o que impactou os contratos existentes entre estas e o Poder Público, uma vez que esta comissão, na maior parte das vezes, integrava a fórmula do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

7 Assim, diante da nova conformação do mercado, em que a remuneração das agências de viagens deixou de ser feita pelas companhias aéreas e passou a ser feita diretamente pela Administração Pública contratante, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação entendeu por bem editar a Instrução Normativa nº 7, de 24 de agosto de 2012, regulamentando os procedimentos necessários à contratação destes serviços.

8 Contudo, na prática, as agências de turismo têm isentado todo e qualquer pagamento por parte dos órgãos públicos, o que tem desvirtuado o modelo traçado pela Administração na referida Instrução Normativa e dificultado a seleção da proposta mais vantajosa, diante do empate entre as interessadas.

9 Buscando orientar as unidades da PGF, iremos abordar a questão e propor uma solução para a questão.

II – DO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO E DA DECISÃO CAUTELAR DO TCU

10 Como já restou delineado, a realidade tem demonstrado que as agências de turismo, apesar de não mais receberem a comissão das companhias aéreas, pela emissão de bilhetes, ainda encontram

significativa vantagem em contratar com o Poder Público, mesmo sem cobrar os valores referidos no art. 4^o da sobredita IN n^o 07/2012, possivelmente auferindo lucro proveniente da diferença entre o valor da passagem aérea divulgado publicamente e o valor mais reduzido obtido em negociação junto à companhia aérea.

11 Estas questões foram pontuadas pelo Ministro Raimundo Carreiro, em decisão cautelar, no bojo da Representação n^o TC 003.273/2013-0 formulada por empresa de turismo ao Tribunal de Contas da União, por entender antieconômica a nova forma de remuneração das agências de turismo. Transcrevemos trecho da decisão em que o ministro anuiu com este raciocínio:

10. Causa- me espécie, todavia, o fato de o novo critério de julgamento (“menor valor ofertado pela prestação do serviço de agenciamento”), ao contrário do antigo critério da “taxa DU” (taxa de repasse a terceiros), não incentiva a competição pela concessão e repasse de maiores descontos sobre as tarifas aéreas a serem pagas pela Administração, favorecendo indevidamente as empresas aéreas que, além de já não pagarem comissão às agências, beneficiam-se ainda da desobrigação de repassar parte de seus ganhos de escala a seus maiores clientes: os órgãos e entidades da Administração Pública. **As agências, por sua vez, destituídas dos ganhos propiciados pelas antigas comissões e desestimuladas pela remuneração da taxa fixa de agenciamento, passarão a barganhar em seu próprio benefício tais descontos, arrimadas na importância econômica dos contratos administrativos firmados com elas.**

11. A questão em exame, portanto, está além de uma simples questão algébrica. As antigas comissões das agências, antes pagas pelas empresas aéreas, pela nova sistemática, passam a ser pagas diretamente pela Administração sob a rubrica “taxa de agenciamento”. **Em outras palavras, os órgãos e entidades, além de pagarem diretamente as comissões das agências, antes a elas repassadas pelas empresas aéreas e ainda embutidas no valor corrente das passagens aéreas, também se obrigam a remunerar as companhias de aviação com tarifas “cheias”, sem nenhum desconto.** Isso, a meu ver, é indício suficiente da presença de *fumus boni juris*, pois constitui afronta ao princípio da economicidade e da

1 Art. 4^o A remuneração total a ser paga à agência de viagens será apurada a partir da soma dos seguintes valores:
I - valor ofertado pela prestação do serviço de Agenciamento de Viagens multiplicado pela quantidade de passagens emitidas no período faturado; e
II - valores decorrentes da incidência dos percentuais sobre o valor de Agenciamento de Viagens definidos para a prestação dos serviços correlatos, multiplicado pela quantidade destes serviços efetivamente realizados.

impessoalidade, pois a IN nº 7/2012 – SLTI, vista sob este aspecto, cria obstáculos à necessária busca pela proposta mais econômica e beneficia um setor específico em detrimento de outros. (grifos nossos)

12 Delineada a celeuma envolvendo a remuneração das agências de turismo, cumpre investigar se é possível apontar uma solução que permita às Autarquias e Fundações assessoradas pelas unidades da Procuradoria-Geral Federal realizarem a contratação destes serviços de maneira adequada neste momento, evitando-se a prática de aquisições antieconômicas.

III – DA OFERTA DE TAXA NEGATIVA

13 De logo destacamos que para outros objetos usualmente contratados mediante a fixação de taxa de administração pela oferta do serviço, como o serviço de fornecimento de vales-alimentação, por exemplo, é largamente aceita a oferta de taxa negativa, ou seja, a oferta por parte do contratado e não do contratante, de valores pela prestação do serviço, como demonstram os excertos do Tribunal de Contas da União abaixo reproduzidos:

Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração

Ainda no que se refere à representação de licitante que relatou possíveis irregularidades no Pregão Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás – Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição, por meio de cartão magnético, para os colaboradores da entidade, também seria irregular, para a representante, a vedação editalícia de que a taxa de administração fosse negativa, uma vez que a renda obtida pelo particular em decorrência do serviço licitado proviria de diferentes fontes, não se restringindo à taxa de administração. Em seu voto, o relator destacou a providência do Sebrae/GO de determinar o cancelamento do pregão, com o intuito de adequar a licitação à jurisprudência do TCU que admite a taxa negativa em licitações para a contratação de serviços de fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a representação e expediu determinações corretivas ao Sebrae. *Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010. 523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010. (sublinhado nosso)*

14 E nem há que se falar em inexecuibilidade da proposta que oferte taxa zero ou negativa², conforme ressalta o próprio TCU em acórdão parcialmente reproduzido abaixo, estatuinto que compete à Administração a adoção de diligências para avaliar a compatibilidade da taxa ofertada em cada caso concreto:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecuibilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação

Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades cometidas pelo Conselho Regional de Nutricionistas do Estado de São Paulo (SESCOOP-SP), na condução do Pregão Presencial nº 04/11, que antecedeu a contratação de empresa para prestar serviços de fornecimento de vale-alimentação, abrangendo o gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios. Após sorteio realizado entre as empresa Planinvesti – Administração e Serviços Ltda. e Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comercio S.A., em razão de haverem apresentado propostas de isenção de taxa de administração (0,00 %), o objeto do pregão foi adjudicado à primeira delas. O relator considerou, em face do disposto no comando contido no art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002, que o pregoeiro não deveria ter realizado “precocemente” o referido sorteio, mas sim negociado com as citadas empresas, a fim de obter proposta ainda melhor. Rememorou o teor da Decisão nº 38/1996 – Plenário, por meio da qual o Tribunal decidiu: *“deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital”*. A despeito dessa e de outras falhas apuradas, considerou que a anulação do respectivo contrato traria inconvenientes que suplantariam eventuais benefícios dela resultantes. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, quanto ao aspecto acima enfocado, decidiu determinar ao SESCOOP-SP que, em futuras licitações: *“salvo quando houver comprovada e justificada inviabilidade, passe adotar o entendimento firmado na Decisão nº 38/1996-Plenário, no sentido de que a apresentação de ofertas de*

2 Neste tema, confira a decisão nº 38/1996-Plenário - TCU

taxas de administração negativas ou de valor zero não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital'. Acórdão n.º 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012. (sublinhado nosso)

15 Em igual sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho³

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**. A Administração desembolsa valores em favor de uma agência de turismo, destinados ao pagamento dos serviços de companhias aéreas. **A agência de turismo é remunerada mediante uma taxa de administração**. Ocorre que a agência de turismo também auferi 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. (grifos nossos)

IV – CONCLUSÃO

16 Destarte, considerando a questão acima retratada, cumpre recomendar às Autarquias e Fundações que, ao promoverem certames envolvendo a contratação de serviços de aquisição de passagens aéreas,

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 657-658.

passem a admitir ofertas contendo taxas negativas, como forma de obter propostas mais vantajosas ao Poder Público.

17 Cumpre esclarecer que a Administração deve, para tanto, na fase interna do certame, aferir o valor adequado da contratação e estabelecer expressamente no edital o critério de aferição da exequibilidade da proposta. Alerte-se, por oportuno, que o valor do contrato irá refletir o montante dos desembolsos e não a taxa de deságio, não devendo confundir-se o critério de julgamento com o valor do contrato.

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Destaco, no entanto, que a orientação expedida neste Parecer somente deve ser observada enquanto inalterada a Instrução Normativa nº 07/2012 SLTI/MPOG e que regule o tema de maneira diversa ou até deliberação conclusiva do Tribunal de Contas da União no bojo do TC 003.273/2013-0.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, com o destaque do Diretor de Departamento de Consultoria, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 12 de Julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 40/2013

1) Nas licitações destinadas à contratação de serviços, prestados por agências de viagens, para aquisição de passagens aéreas nacionais e internacionais e outros correlatos, pode o edital prever a oferta de taxa zero ou negativa.

2) O critério de aferição da exEquilidade de proposta que eventualmente oferte taxa zero ou negativa deve esta objetivamente fixado no edital.

3) A ORIENTAÇÃO EXPEDIDA NESTE PARECER SOMENTE DEVE SER OBSERVADA ENQUANTO INALTERADA A INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 07/2012/SLTI, NO PONTO, OU ATÉ DELIBERAÇÃO CONCLUSIVA DO TRIBUNAL DE CONSTA DA UNIÃO NO BOJO DO TC 003.273/2013-0.

