

Brasília/DF, 30 de setembro de 2024.

PARECER JURÍDICO PR/AJ/ACTB Nº: 816/2024

ASSUNTO: Impugnação ao edital

REFERÊNCIA: Processo 59500.003500/2024-91

EMENTA: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.
GERENCIAMENTO DE VIAGENS. DEFINIÇÃO DE
CRITÉRIO DE JULGAMENTO. PRÁTICA DE MERCADO.
REGULARIDADE.

1. Submete-se a esta Assessoria Jurídica solicitação de análise jurídica acerca da impugnação apresentada pela empresa ECOS TURISMO quanto ao edital de Pregão Eletrônico nº 90032/2024, que tem por objeto Contratação de empresa especializada de gerenciamento de viagens (*Travel Management Company TMC*) para prestação de serviços de viagens, executados por meio de ferramenta online de autoagendamento (*self-booking*), para o atendimento às necessidades de deslocamento de empregados e convidados eventuais no desempenho das atividades institucionais da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – CODEVASF, na Sede e Superintendências Regionais.

2. Registramos, de pronto, que o presente pronunciamento se restringe, exclusivamente às questões eminentemente jurídicas. Portanto, estão excluídos da análise os aspectos de natureza técnica, econômica, financeira, bem como os aspectos referentes à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, que são de responsabilidade dos demais órgãos desta empresa pública federal.

3. Em relação aos aspectos técnicos alheios à seara jurídica, partimos da premissa de que empregados competentes para sua apreciação detêm os conhecimentos específicos necessários e os analisaram adequadamente, verificando a exatidão das informações constantes dos autos e atuando conforme suas atribuições.

4. Em suma, a empresa questiona, na peça 1, a composição do preço por meio da possibilidade de desconto sobre preços de itens definidos, veiculados e comercializados por terceiros (companhias aéreas), repelindo ainda a utilização combinada de critérios de julgamento menor preço e maior desconto. Ao fim, requer a nulidade dos dispositivos 1.1.5., 1.1.6., 1.1.7. e 1.1.8. do Edital, com a consequente modificação do edital, excluindo-se o critério de desconto sobre a tarifa de passagem aérea, e a publicação de nova data para realização do certame.

5. A PR/SLC, na peça 3, argumentou que a modelagem da licitação está de acordo com a prática de mercado, citando decisões do TCU que a corroboram.

6. Esses são os fatos. Passemos à fundamentação.

7. Temos que o critério de julgamento adotado (menor preço global – item 1.1.3 do Edital) está previsto nas leis 13.303/2016 e 14.133/2021, definido na fase preparatória da



licitação, sendo um reflexo de práticas usuais do mercado específico. Esse mercado prevê também descontos como uma possibilidade de composição do menor preço, não havendo que se falar em duplicidade de critérios de julgamento neste certame.

8. A lei 13.303/2016 veio para tirar as estatais do regime jurídico de contratação da administração pública direta, criando uma sistemática mais flexível que permite (determina) até a autorregulamentação¹.

9. A doutrina compreende essa flexibilização como positiva, pois possibilita que cada estatal adéque seu processo licitatório às suas necessidades. BARCELOS e TORRES² descrevem:

A Lei nº 13.303/2016 parece ter optado, em nossa opinião, de maneira correta, por conferir maior liberdade às estatais para regulamentar as disposições gerais de licitações suas especificidades. Nesse prumo, a referida Lei permite (determina) que as empresas públicas e as sociedades de economia mista publiquem e mantenham atualizado regulamento interno de licitações e contratos, “compatível” com aquilo por ela disposto.

Ao definir que o regulamento seja compatível com a disciplina legal, a Lei admite que ele, desde que respeitando as bases estabelecidas pela lei e seus princípios básicos, possa adequar-se às necessidades da estatal. Essa liberdade se amplia, quando compreendido que o regime licitatório da Lei das estatais estabeleceu um modelo (ou modalidade) flexível e não possui formato tão detalhista como a Lei nº 8.666/1993.

10. Verificamos, portanto, que o uso de nomenclaturas próprias é admissível, estando dentro do poder-dever de autorregulamentação, e não modifica ou afronta conceitos jurídicos previstos para o pregão, mas adapta a sua realidade fática a eles.

11. Essencialmente, toda licitação norteadas pelo valor da proposta como critério de julgamento é pelo menor preço. Especifica-se que juridicamente a de maior desconto é aquela que apresenta como parâmetro de desclassificação o “valor máximo aceitável”, como é o caso de Edital (item 14.1).

12. Esclarecendo a nuance do pregão disposta no inciso XLI do art. 6º da lei 14.133/2021: no menor preço, os licitantes fazem ofertas livres em um leilão invertido, onde a oferta vencedora será a de menor valor; já no maior desconto, existe um preço pré-estabelecido, que no caso é o valor máximo aceitável. Este é um critério de desclassificação das ofertas em que a oferta vencedora será também a de menor valor, considerando o maior desconto do valor máximo aceitável.

13. Pela peculiaridade do objeto, o valor estimado da licitação toma por base o histórico de demandas de passagens da Codevasf:

a. Assim, para o item “1”, é possível utilizar-se da nomenclatura menor preço, pois o valor é perfeitamente estimável pelos licitantes.

¹ Lei 13.303/2016. Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

² BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e Contratos nas Empresas Estatais: Regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016. Salvador: Editora JusPodivum, 2018, p. 267/268.

b. Já para item “2”, é mais adequado falar-se em maior desconto para se obter o menor preço, pois o valor da passagem é o estimado, podendo, no momento da contratação, o valor real variar positivamente ou negativamente.

14. A par disso, em se tratando de remuneração de particular em mercados como o do setor de agenciamento de viagens, Marçal Justen Filho³ tem o seguinte entendimento sobre os descontos na composição do preço:

5.7.3. A remuneração indireta e a questão da taxa de administração negativa
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 hipóteses, 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 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 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.** (destaques nossos)

15. Portanto, a previsão de desconto também se trata de prática usual do mercado, e a Administração pode utilizá-la para obter a proposta mais vantajosa para ela, como prescrito na lei 13.303/2016 (art. 31), não havendo ilegalidade em seu procedimento.

16. Vale dizer que os descontos não são obrigatórios, sendo que cada licitante deve avaliar sua capacidade financeira na concessão deles, bem como o valor das comissões que recebe das companhias aéreas. Observamos, mais uma vez, que se trata de prática mercadológica do setor, onde as empresas, **diante da estimativa do volume de vendas do contrato** e caso disponham de outros meios de remuneração, a exemplo de incentivos e acordos com as companhias aéreas, **podem aplicar os descontos**. Não há ilegalidade aqui, pois são regras ditadas pelo próprio mercado especificado, obedecendo a uma dinâmica concorrencial.

17. A propósito, não custa lembrar que, em última análise, os descontos pavimentam o caminho para a obtenção do menor preço, como inclusive já lecionou o Ministro Benjamin Zymler, em seu voto no Acórdão 1708/2019 – Plenário-TCU:

No entanto, creio que a jurisprudência do TCU acerca do tema ainda não esteja claramente delineada. Cito, como exemplo, o Acórdão 818/2008-2ª Câmara, de relatoria do eminente Ministro Aroldo Cedraz, in verbis:
[...]

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p. 873-874).



8. Diante disso, não obstante se tratar de licitação do tipo menor preço, a fixação de maior desconto como critério de julgamento somente se justifica quando a medida for a única econômica e operacionalmente viável, a exemplo do que ocorre nas hipóteses citadas pela Secex/MA, em que os distribuidores de revistas e jornais e as agências de viagens, na condição de intermediários, não têm poder para compor preços dos produtos que repassam à Administração Pública contratante, restando-lhes se diferenciarem competitivamente por meio de descontos incidentes sobre as comissões recebidas pelas vendas efetuadas.

[...]

Por todos esses fatos, considero que as licitações em que se adota o julgamento pelo maior desconto têm diversas vantagens em relação aos típicos certames de menor preço, porém, em última análise, as licitações de maior desconto são, a bem da verdade, também licitações do tipo menor preço, de forma que não podem ser consideradas como uma espécie extralegal de licitação.

O modelo ideal a ser empregado depende preponderantemente de juízo de conveniência e oportunidade, inerente ao poder discricionário do gestor, o qual deve estar registrado de forma fundamentada nos autos do processo licitatório. (destaques nossos)

18. No entanto, para o que importa, os licitantes devem estar cientes de que as propostas que vierem acima do valor estimado serão desclassificadas, pois o orçamento é público e é critério de aceitabilidade da proposta, conforme inciso IV do art. 56 da lei 13.303/2016 e subitem 9.3, alínea “d” do Edital.

19. Temos, portanto, que não existem, efetivamente, dois critérios de julgamento: o critério de julgamento adotado é menor preço global, tomando-se por base o valor estimado da passagem, não obstante se fazer necessário expressar em desconto (percentual, e não menor preço) o item “2”, para que seja aplicado sobre o valor real da passagem a ser contratada de fato.

20. Do exposto, opinamos que a impugnação deve ser rejeitada, por não vislumbrarmos ofensa das normas editalícias aos princípios e regras pertinentes, notadamente na definição do critério de julgamento.

À consideração superior.

Aparecida Ceila Teixeira Batista
Chefe Substituta da PR/AJ/UAA

Despacho:

De acordo em ____/____/2024.

Encaminhem-se os autos à **PR/SLC**, para as providências julgadas cabíveis.

Lívia Cristina Carvalho S. do Nascimento
Chefe Substituta da Assessoria Jurídica