



ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – SEBRAE - RS

PREGÃO PRESENCIAL N.º19/2014

WORLD TURISMO TRANSPORTE E LOCAÇÃO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, no CNPJ sob o n.º 08.088.541/0001-25, **interessada em participar do Pregão Presencial n.º 19/2014**, que tem por objeto PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RESERVA, EMISSÃO, FORNECIMENTO, ALTERAÇÃO, REEMISSÃO E CANCELAMENTO DE PASSAGENS AÉREAS E TERRESTRES NACIONAIS E INTERNACIONAIS, DE DIÁRIAS EM MEIOS DE HOSPEDAGEM NACIONAIS E INTERNACIONAIS, LOCAÇÃO DE ÔNIBUS E OUTROS VEÍCULOS EM ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL, BEM COMO DEMAIS SERVIÇOS CORRELATOS, *de modo a atender às necessidades do Sebrae-RS, nos termos e condições constantes no presente Edital e seus anexos*, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos motivos abaixo alinhados:

1. Exigência de apresentação de documentos em detrimento de normas constitucionais.

O Pregão suso identificado, sobretudo por sua condução por entidade notoriamente qualificada para tanto, possui edital cujo corpo de regras possui nítido interesse em atender a legislação vigente, mas, igualmente, objetiva selecionar a melhor proposta para a Administração Pública.

Porém, em seu texto, encontra-se dispositivo que, *data vênia*, viola outro conjunto de regras igualmente pertinentes para o presente certame licitatório, quais sejam, regras que tratam de direitos fundamentais, mais precisamente, sobre a proteção de dados dos passageiros/terceiros que não têm relação com a entidade licitante. Ademais disso, conforme será demonstrado, o que a entidade licitante pretende incluir a guisa de obrigação para a empresa que adjudicar o objeto licitado (i) não possui amparo na legislação que regula a atividade das agências de turismo nem tampouco (ii) na legislação tributária.

O dispositivo em apreço possui a seguinte redação:

(...) " **5.5.2.** A CGU-PR, considerando o teor do Acórdão TCU nº 298/2011 – Plenário, adotará procedimentos complementares, mediante diligência, tais como solicitação de demonstrativos contábeis e/ou outros documentos que julgue necessários, a fim de ratificar o atendimento, pelas licitantes, às exigências da LC nº 123/2006 e do Decreto 6.204/2007."

Há, nesse contexto, ao menos três razões jurídicas que amparam a presente impugnação, a saber: (i) o dever jurídico de proteção aos dados (sigilo) das informações constantes das faturas que são emitidas perante as companhias aéreas, quando as mesmas envolvem terceiros; (ii) os efeitos, exclusivamente, *inter partes* da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União e (iii) o princípio da legalidade administrativa.

(i) da proteção (sigilo) de dados inseridos nas faturas emitidas perante às companhias aéreas.

A impugnante reconhece na exigência constante do item 15.2 do presente edital, bem como na própria decisão expedida pelo Tribunal de Contas da União, um erro de premissa em relação ao modo de faturamento dos serviços que são prestados pelas agências de turismo às entidades contratantes, qual seja: **as empresas de turismo, em especial a agente manifestante, não emitem faturas exclusivas (para as companhias aéreas) de acordo com cada contrato público ou privado que celebra.** Ou seja, emitem, em cada período de tempo, faturas (perante as companhias aéreas) que englobam emissão, marcação de viagens, v.g., (prestação do serviço) para diversos clientes. Logo, essas faturas possuem dados de diferentes bilhetes emitidos por conta da prestação de serviço em distintos contratos e nos quais constam dados de diversas pessoas.

Desta forma, o faturamento dos serviços vertidos em diferentes contratos acontece, por força da própria legislação tributária, em um único momento, abrangendo distintos contratos e informações distintas, motivo pelo qual não é possível disponibilizar tais dados para terceiros que não integram a relação jurídica que será estabelecida entre entidade licitante e empresa (futuramente) contratada.

Assim, acaso fossem repassadas cópias das aludidas faturas, um contratante teria acesso aos dados de viagens e passagens aéreas, bem como das pessoas que utilizaram tais serviços de outro contratante, expondo indevidamente as pessoas físicas vinculadas às empresas privadas e entidades públicas e forma indevida, violando o direito de

privacidade e até mesmo causando problemas naturais decorrentes de violação de sigilo de dados.

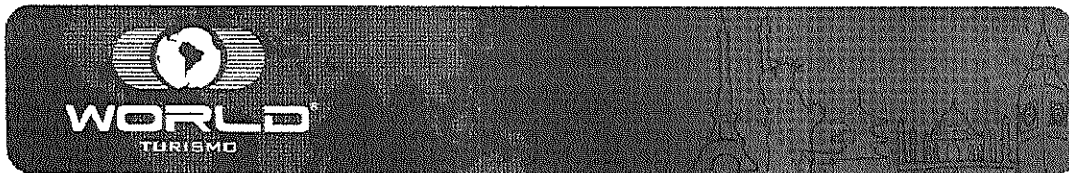
Não se trata de nada que já não se tenha debatido em âmbito mundial. Ao contrário, o tema suscita debates justamente por que se insere no âmbito dos direitos fundamentais. Na Europa, esses direitos são protegidos, nomeadamente, pela Directiva 95/46/CE, pelo artigo 8º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e pelos artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além disso, a protecção de dados é igualmente reconhecida e reforçada no projecto de Constituição Europeia discutido pela Convenção sobre o Futuro da Europa.

Recentemente, porém, devido aos acontecimentos que tiveram lugar nos Estados Unidos, em 11 de setembro, os Estados Unidos da América passaram a exigir das empresas aéreas que fornecessem os dados de seus passageiros às entidades públicas competentes, com o objetivo de criar uma rede de proteção contra investidas de terrorismo com a utilização de aeronaves.

De acordo com o que consta do Parecer n.º02/2004, tendo por objeto "o nível de protecção adequado dos dados pessoais contidos nos PNR de passageiros aéreos e destinados a ser transferidos para o Bureau of Customs and Border Protection pelo artigo 29.º da Directiva 95/46/CE, órgão consultivo europeu independente em matéria de protecção de dados e privacidade (com atribuições descritas no artigo 30º da Directiva 95/46/CE e no artigo 14.º da Directiva 97/66/CE), a transferência de tais dados (i) se dá para atender objetivos de segurança nacional e internacional, (ii) bem como para evitar a prática de ações terroristas. Assim, somente por conta da gravidade das situações mencionadas é que se pode ponderar a aplicação do princípio da proteção aos dados dos passageiros. Consoante refere o grupo de trabalho:

(...) Não há precedentes, na relação entre a UE e os EUA, para a comunicação, a uma autoridade pública, de dados privados, recolhidos para efeitos comerciais e contidos nas bases de dados das companhias aéreas que efectuam voos de, para ou através dos EUA e nos respectivos sistemas de reservas, mediante a abertura do acesso a estes sistemas; trata-se igualmente de uma excepção ao princípio fundamental da especificação da finalidade em matéria de protecção de dados, tendo em conta o número e a sensibilidade dos dados envolvidos e o número de passageiros afectados pelo pedido dos EUA".

No Brasil, o tema não é muito diferente. Em 2012, depois de circular nos mais diversos meios de mídia a notícia de que instituições públicas americanas exerciam controle sobre atividades em nosso país, houve forte pressão sobre a Agência Nacional de Viação Civil, no sentido de que fosse regulamentada o procedimento de repasse de



informações de passageiros, sendo, porém, que o objetivo não é outro se não auxiliar entidades públicas para fins de segurança.

Assim, em 2012, a ANAC editou a Resolução n.º255, a qual estabelece regras sobre a disponibilização de Informações Antecipadas sobre Passageiros (API) e do Registro de Identificação de Passageiros (PNR). Referidas regras, como se vê, estabelecem obrigações para as companhias aéreas de, por meio de procedimentos seguros, repassar dados sobre passageiros que tenham embarcado em aeronaves para que entidades públicas ligadas à segurança nacional possam ter o referido controle.

E não havendo regra que possibilite às agências de turismo o repasse de tais informações, até por problemas naturais do procedimento, seja pela emissão de faturas que abarcam diversos contratos, seja porque muitas vezes é a própria entidade contratante que utiliza o sistema para emissão das passagens, prepondera sobre o pedido desta entidade contratante o princípio do sigilo e proteção dos dados, por se tratar de um direito fundamental assegurado em nosso ordenamento jurídico.

Sublinhe-se que tanto no sistema europeu, colocado aqui para cotejo em relação às normas incidentes sobre idêntica relação, como em nosso sistema, a ponderação que se dá entre os princípios da segurança nacional e proteção aos dados da pessoa humana tem por objetivo a salvaguarda de direitos da coletividade, e não de interesses contratuais. Logo, esta entidade licitante não pode inserir regra para posterior formatação de um contrato quando esta mesma regra está em dissonância com o sistema jurídico vigente.

E nem se diga que apenas e tão somente com o acesso a tais dados seria possível fiscalizar a prestação dos serviços. Bem pelo contrário, não é por meio do faturamento dos serviços que será possível a fiscalização do contrato, a qual se estabelece, isto sim, por meio do sistema de gerenciamento e gestão de viagens (utilizado pelo próprio Tribunal de Contas da União) ou mesmo pelo sistema de *self booking*.

Pelas razões expostas, portanto, não ser exigido da futura empresa contratada a prática de conduta que viola direitos de privacidade (e sigilo, proteção de dados pessoais), para cumprir com uma determinação que, salvo melhor juízo, não tem superior hierarquia aos comandos constitucionais e não possui base legal, muito menos regulatória/setorial.

(ii) Dos efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União.

A impugnante, instada que foi a manejar a presente irresignação, em nome do princípio da legalidade, tomou conhecimento do conteúdo do Acórdão n.º 1314/2014-5 em sua integralidade. Referida decisão, de fato, aponta **orientação** para que a entidade pública que integra aquele processo promova tratativas com a empresa contrata para

aditivar o contrato administrativo, com a finalidade de inserir obrigações não previstas nem no edital tampouco no contrato celebrado entre as mesmas. Mas não é só, além disso, verifica-se que há indicação de que não seja renovado o contrato com a empresa contratado caso a mesma não aceite as condições propostas.

Decorre tal situação, de um lado, da natureza de processo administrativo (de competência do Tribunal de Contas da União) e, de outro, na incidência do regime jurídico-administrativo que, em essência, veda objetivamente qualquer ato jurídico tendente à violar os princípios que conforma o regime licitatório, em especial, a partir dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Assim, não há como impor à empresa contratada, a partir da decisão nos autos daquele processo, a aceitação de inclusão de cláusulas supervenientes ao regime contratual, em especial porque tais cláusulas não se inserem no âmbito das situações de possível alteração unilateral do contrato administrativo. Nesse ponto, ainda que por outros termos, o relator do processo não ouse divergir desta posição jurídica, adequadamente reconhecendo que a contratada dispõe da possibilidade de não aceitar a imposição, ou seja, de que possui direito subjetivo público à manutenção das condições essenciais do contrato administrativo.

Para além disso, é preciso que se diga que a decisão proferida naqueles autos não possui eficácia "*erga omnes*" e, portanto, não é aplicável a relações jurídico-contratuais que envolvam outras partes, distintas daqueles que estão incluídas naquela demanda. Por conta disso, para a presente relação jurídica, a regra é a mesma: a decisão do Tribunal de Contas da União é de caráter orientador, opinativo e não vinculante, sendo que em nada tem o condão de, juridicamente, alterar o cenário jurídico que envolve as partes nesta relação.

(iii) o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é, desde sempre, reconhecido como o postulado autorizador de qualquer conduta vinculada à ação administrativa. Nesta senda, veja-se que não se pode perder de vista que tal exigência é obrigatória inclusive e sobretudo para a Administração Pública.

No âmbito doutrinário:

(...) "o princípio da legalidade é o princípio basilar de toda Administração Pública. Significa que toda atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalida de".¹

(...)

"No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p34.

administrativa. A lei define as condições de atuação estabelecendo a ordenação (seqüência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas".²

O princípio da legalidade, no âmbito das licitações pública, expressa uma dupla garantia: de um lado, garantia de limitação ao exercício da discricionariedade administrativa, notadamente, para atendimento aos princípios da moralidade, economicidade e isonomia no âmbito das contratações públicas; de outro, trata-se de norma que estabelece direito subjetivo público do licitante de ser exigido na medida da legalidade e dos limites estabelecidos nas normas gerais licitatórias. Expressa, a aludida conformidade com a lei, limitação para a condução dos certames licitatórios, devendo moldar as exigências das Comissões Permanentes de Licitação. É dizer, quando a regra editalícia expressa conformidade com a lei, incumbe à Comissão, de forma plenamente vinculada, aplicar aludido comando, sob pena de ilegalidade, constituindo mácula insanável no curso do procedimento administrativo de contratação pública.

É o entendimento da jurisprudência:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. EMPRESA INABILITADA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. CONSULTA INTERPRETATIVA. REQUISITO ESSENCIAL À HABILITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado. VINCULAÇÃO AO EDITAL. A Administração Pública não pode descumprir as normas editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório a que está submetida (L. 8.666/93, art. 41). Hipótese em que o edital exigia experiência advocatícia de mil processos na área cível e a Comissão de Licitação interpretou o item no sentido de que se referiria a trabalho com instituições financeiras. EXPLICAÇÃO DA SENTENÇA. As custas são devidas pelo Barrisul. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA EXPLICITADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação Cível Nº 70035329366, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 29/04/2010)

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. COLETA DE LIXO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. 1. A Administração Pública não pode

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 65.

dispensar o cumprimento de exigência do edital de licitação por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 2. Afigura-se razoável, na licitação para prestação do serviço de coleta de lixo, a anuência do Prefeito do Município vizinho, no qual tem sede a empresa licitante, que receberá o lixo. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70034580100, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 25/03/2010)

Mas não é só. Se for verificado o conteúdo da Lei de Licitações e Contratos, será possível verificar que não há respaldo jurídico para a inserção da aludida "obrigação". De acordo com a lei por força do princípio da legalidade administrativa, nestes ajustes, forçoso reconhecer a obrigatoriedade de atendimento ao que determina a lei como sendo as chamadas cláusulas essenciais. Veja-se:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

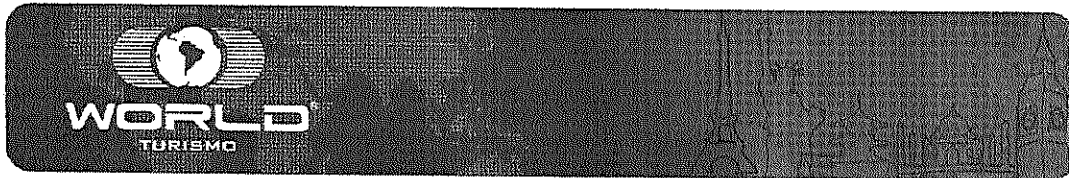
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

(...)



No que se refere às aludidas cláusulas essenciais, cumpre referir sua obrigatoriedade seja do ponto de vista da atuação administrativa (por atendimento ao princípio da legalidade) seja do ponto de vista da responsabilidade que assume o contrato em razão do ajuste.

Na mesma medida, veja-se que a Lei n. ° 12.974/2014, que dispõe sobre as atividades das agências de turismo, não estipula obrigação de emitir faturas ou documentos fiscais distintos para seus clientes, remanescendo a regra geral de que se insere no âmbito da atuação exclusiva e própria da agência emitir seus documentos fiscais, obedecendo, para tanto, as regras tributárias pertinentes.

Com efeito, as espécies normativas que tratam das restrições ao livre exercício de direitos por particulares se submetem, originariamente, ao art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. No que se refere à aplicabilidade deste princípio ao agir da Administração Pública, não poderia ser mais explícito o *caput* do art. 37 ao prever dentre os princípios da Administração Pública o da *legalidade*, por definição avesso a concessão de poderes ilimitados ao Poder Público.

Por fim, urge apontar que as entidade contratantes, o que ocorre evidentemente *in casu*, possuem mecanismos para fiscalizar e controlar a emissão das passagens. Isso porque em nenhum momento é realizado o serviço de emissão, como no caso da contratada, sem que não haja prévia anuência e autorização da entidade contratante. E é esse o momento certo para a fiscalização de tais serviços, o que pode ser feito sem vulnerar importantes regras do sistema jurídico vigente, conforme já exposto.

Em função do exposto, a impugnante REQUER: (i) o recebimento da presente impugnação; e, com a suspensão ou não do presente procedimento, no mérito, seja (ii) reconhecida a ilegalidade da cláusula 15.2., do presente edital, seja a mesma declarada nula, para todos os fins de direito, em especial para que a mesma não mais integre o conjunto editalício e menos ainda a minuta do contrato a ser elaborada para o presente certame.

São os termos em que pede e espera deferimento.

Chapecó, 07 de julho de 2014.


André Luiz Ribeiro Oliveira

Representante

CPF: 990.633.600-53