INFORMAÇÃO DA COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO - CSL SOBRE AS IMPUGNAÇÕES AO EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 003/2014-EMAP.

Senhor Presidente,

As empresas MAFRA SEGURANÇA PRIVADA LTDA; ALPHA 5 – VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA; CET-SEG SEGURANÇA ARMADA LTDA; POTENCIAL SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA e PROSEGUR BRASIL S/A – TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA, interpuseram, recurso impugnando o Edital da CONCORRÊNCIA Nº 003/2014-CSL, em anexo, integrante do Processo Administrativo nº 0942/2010-EMAP, de 28.05.2010, relativa à contratação dos serviços de Vigilância e Segurança Patrimonial para a Empresa Maranhense de Administração Portuária EMAP. Sobre a matéria temos as seguintes informações a prestar a V.Sa.:

1) Interpostos os recursos na EMAP, e após analisá-los à luz do Edital e da legislação pertinente, esta Comissão Setorial de Licitação – CSL, emitiu a presente Informação:

2) A Licitação Pública relativa à CONCORRÊNCIA Nº 003/2014-CSL, é regida em geral pela Lei nº 8.666, de 21.06.93, e em particular pelo Edital emitido pela EMAP em 29.05.2014.

3) Em vista as várias impugnações e considerando a sua repetição, a seguir apresentamos as alegações das impugnantes e as considerações da Comissão sobre o tema:

I. Desobediência ao acórdão nº 1214/2013 TCU Plenário;

O setor de prestação de serviços a terceiros vem sendo muito utilizado pela administração pública, como sendo a grande ferramenta estratégica de se racionalizar os processos de produção, modernizar, qualificar e descentralizar a gestão.

O próprio Tribunal de Contas da União - TCU, que exerce a fiscalização da União, e cujas decisões, por força da Súmula nº 222, também devem ser acatadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, já vem alertando para estes descumprimentos legais através de larga jurisprudência.

Recentemente, o plenário do TCU, através do Acórdão nº 1214/2013, ratificou os termos da jurisprudência sobre a matéria, determinando aos gestores públicos uma série de orientações, objetivando a lisura nos certames públicos, a contratação de propostas vantajosas para a administração pública, o respeito aos contratos, punição de empresas irregulares e/ou aventureiras, para a boa contratação de serviços.

Com base nas indicações constantes do acórdão, e restando procedentes algumas das alegações das impugnantes, adotaremos os seguintes parâmetros no Edital relativo a esse tema:

a) Exigências dos índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como de Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

b) No que tange ao entendimento do STJ (REsp 466.286/SP; melhor interpretação a ser dada ao inciso I do § 5º do art 19 da IN nº 2/08, será exigido no edital a comprovação de que a empresa tenha executado serviços de terceirização com mínimo de 20 postos (conforme regra trazidas nos §§ 7º e 8º do artigo 19), **por período mínimo de 3 (três) anos.**

c) Capital Social de no mínimo 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

II. Comprovação, através de Atestado/Declaração, de prestação de serviços de segurança e vigilância patrimonial em Recinto Alfandegado pela Secretaria da Receita federal -MF;

Cumpre esclarecer que não se trata de exigência em razão da área, mas sim em razão das características da vigilância de bens móveis e imóveis sob controle aduaneiro.

A movimentação e a armazenagem de mercadorias importadas ou despachadas para exportação e a prestação de serviços conexos são feitas sob controle aduaneiro, em locais e recintos alfandegados, com regulamentação específica.

Esta exigência não é restritiva da concorrência posto que as atividades inerentes ao controle aduaneiro não são realizadas apenas em Portos, mas também em aeroportos, terminais portuários públicos, privados, de uso exclusivo, misto, por empresas e órgãos públicos constituídos; pelas autorizadas a explorar terminais portuários privativos e de uso exclusivo, por arrendatárias de instalações portuárias ou aeroportuária, em fronteiras terrestres administradas por pessoas jurídicas arrendatárias de imóveis pertencentes à União, além de concessionárias ou permissionárias dos serviços de transporte ferroviário internacional nos respectivos recintos ferroviários de fronteira;

A jurisdição do controle aduaneiro inclusive estende-se por todo o território nacional, abrangendo a zona primária, constituída pelas áreas terrestre ou aquática, contínua ou descontínua.

A bem da verdade é que essas áreas seguem, obrigatoriamente um plano nacional de segurança pública para prevenção do tráfico internacional, prevenção de riscos de ataques a alvos estratégicos, como instalações portuárias e navios.

Ressalte-se ainda que a Organização Marítima Internacional - IMO, através de uma Conferência Diplomática, da qual o Brasil e mais 160 países foram signatários, estabeleceu diretrizes e recomendações de segurança, na forma de um código denominado ISPS-Code - Código Internacional para Proteção de Navios e instalações portuárias que é padrão de segurança para os portos que operem no comércio internacional, permite aos países signatários negarem acesso em seu território a navios oriundos de portos que não adotem os procedimentos de segurança contidos no ISPS-Code.

Assim, por óbvio a vigilância contratada no Porto do Itaqui deve estar qualificada para atender às normas, sob pena de o próprio porto ser excluído das operações de comércio exterior.

Isto posto, a exigência do atestado de qualificação técnica em comento, constante do Edital, encontra amparo no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, dispositivo que menciona que tais exigências se justificam pela necessidade de garantia do cumprimento das obrigações e que a empresa tem, inclusive em nível internacional. Senão vejamos:

> Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ademais, lícito à Administração formular exigências de caráter técnico, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, para selecionar a melhor proposta entre os licitantes que preencham os requisitos eleitos regularmente (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

Não é difícil entender o motivo dessa previsão na parte final do art. 37, XXI, do texto constitucional, vez que as obrigações inerentes às administradoras portuárias esculpidas na lei 12.815/13, envolvem o dispêndio de recursos públicos - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco; logo, deve a Administração formular exigências destinadas a obter excelentes garantias de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado.

Deixar de adotar este comportamento seria violar a própria Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, o Edital não será alterado neste item pelas razões apresentadas.

III. DO IRPJE e a CSLL

A CSL manifesta-se pelo descabimento de apropriar nos orçamentos básicos de licitações os custos a serem incorridos pelas contratadas com os chamados tributos diretos, mais especificamente, o IRPJ e a CSLL.

A tendência jurisprudencial da Corte de Contas Federal inclina-se, no sentido de rejeitar o procedimento. O entendimento é do Acórdão 1.595/2006-Plenário, segundo o qual o cômputo do IRPJ e da CSLL como custo não é possível “por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística”.

Tal entendimento, aliás, foi reiterado nos mesmos termos pelo Acórdão 325/2007-Plenário.

"5. De fato, a apropriação dos tributos diretos como custo não se justifica sob os mais diversos ângulos de análise. Sob vários aspectos, penso que a Unidade Técnica já demonstrou, inclusive, a natureza indevida da prática, contrária à legislação do imposto de renda, que proíbe a contabilização dos impostos diretos como despesa. Das opiniões coletadas pela Unidade, deve ser devidamente destacada a conclusão de que os impostos diretos estão estreitamente vinculados ao resultado líquido final da empresa, de onde saem os recursos para o pagamento dos tributos. Patenteia-se, a meu ver, a noção de que repassar tais tributos ao consumidor já é cobrar parte da margem de lucro prevista.

6. Acrescento que, também dos pontos de vista empresarial ou econômico, o procedimento é até nocivo, na maioria dos casos, aos interesses da empresa e por isso mesmo constitui péssima técnica de orçamentação. Isso porque, na verdade, o que caracteriza o tributo direto não é só a antijuridicidade de seu repasse ao consumidor final, mas também a impossibilidade de fazer tal repasse com algum ganho.

7. A razão é bastante simples. Basta ver que, ao receber dos consumidores o valor do tributo direto repassado, tal valor permanece nos cofres da empresa. Não é recolhido ao fisco, como acontece com os tributos indiretos repassados ao público, nem remunera o empresário de qualquer despesa efetuada, posto que o imposto direto só será cobrado após a apuração do resultado, que será, aliás, afetado positivamente pelo ingresso, como já assinalado na manifestação da 1ª Secex. Tem, portanto, a mesmíssima natureza do lucro puro ou líquido obtido nas operações normais da empresa, igualmente tributável. Daí dizer-se: é lucro, disfarçado ou com outro nome, mas lucro.

8. Disse que a tentativa de repasse do tributo direto via preço pode tornar-se prejudicial à firma porque, como todo aumento de margem de lucro, afeta negativamente sua competitividade pelo efeito majorador de preço, com perda de mercado ou redução de demanda.

9. A análise pode ser agora estendida à Administração Pública o que se faz colocando os contratantes públicos na condição dos consumidores. Nesse caso, as conclusões seriam praticamente as mesmas se a competição licitatória própria do setor público simulasse perfeitamente as condições de mercado. Assim, se aumentar seu preço com o único objetivo de ressarcir-se dos tributos diretos, o licitante conseguirá tão-somente reduzir suas chances de ganhar a licitação, nada mais do que isso. O efeito seria claramente o mesmo de aumentar o percentual atribuído à margem esperada, pelos motivos que já apontei acima: o suposto ressarcimento uma vez recebido já terá a mesma natureza de lucro do ingresso relativo à margem, e será tributado da mesma forma, obviamente.

10. Portanto, o problema do cômputo do IRPJ e da CSLL seria exclusivamente das firmas licitantes caso as licitações públicas fossem capazes de reproduzir, com relativa exatidão, as condições de competição prevalecentes no mercado, posto que, nesse caso, os itens de ressarcimento de impostos diretos nada mais seriam que aumento disfarçado de margem ou a própria margem com outro nome. Ocorre que, como se sabe, a competição licitatória não é via de regra perfeita. Ela deveria ser capaz de eliminar os licitantes com custo redutível, mas note-se que, em todos aqueles contratos ressalvados por esta Corte por conterem no BDI parcelas relativas ao IRPJ e à CSLL, citados pela 1ª Secex (Acórdãos 1.542/2003 e 1.595/2006 e Decisão "

Conclui-se, portanto, que o IRPJ e a CSLL não devem integrar a composição da Planilha de Custo conforme entendimento do Tribunal de Contas da União. (Acórdão 1.319/2010 – 2ª Câmara Acórdão 1.696/2010 – 2 ª Câmara, Acórdão 1.442/2010 – 2 ª Câmara, Acórdão 1.597/2010 – Plenário).

IV - Da observância obrigatória à Convenção Coletiva de Trabalho:

No caso presente existe convenção coletiva assinada recentemente, que não foi considerada, pois, não foi reajustado o preço na forma da Convenção Coletiva de Trabalho.

Fato que a administração deve verificar, em qualquer caso, se a relação entre encargos e remuneração foi afetada, e proceder às alterações necessárias para que o objeto do contrato possa ser cumprido pelos licitantes, devendo o Edital ser adequado à nova forma do Acordo da categoria. Assim, o Edital será alterado neste item pelas razões apresentadas.

V. Reajustamento de Preços com base na Convenção Coletiva de Trabalho ou IGPM.

Na composição de custos não existem apenas itens específicos de mão de obra, assim, no Edital deve constar que os preços acordados poderão ser alterados, **por reajuste ou repactuação**, da seguinte forma:

Deverá ser considerado **para repactuação**, data do orçamento, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta.

A majoração salarial decorrente de acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente enseja pedido de repactuação dos valores acordados, não de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pela contratada, tampouco de reajustamentos.

Desta forma, valor do montante referente aos itens de mão de obra propriamente dito será objeto de repactuação, na forma estabelecida na legislação salarial e no dissídio ou acordo coletivo da categoria, devendo, a CONTRATADA, quando da solicitação, apresentar a legislação pertinente e/ou o dissídio ou acordo coletivo da categoria.

Já o valor do montante referente aos demais itens será objeto de reajustamento anual, a contar da data de apresentação da proposta, tendo como índice a variação do IGP-M/FGV, ou de outro que venha a substituí-lo, no período. Assim, o Edital será alterado prevendo que os preços acordados poderão ser alterados, conforme o caso, por reajuste e/ou repactuação.

VI. Exigência de manutenção no quadro de empregados de egressos do sistema prisional.

Exigência descabida, sem condição de manutenção por parte desta Administradora Portuária posto que fere a legislação federal de regência, normas e regulamentos aplicáveis à atividade do certame em comento, conforme se depreende artigo 12 da lei federal 7.102/83:

> Art.12 – Os Diretores e demais empregados das empresas especializadas não poderão ter antecedentes criminais registrados.

Assim, essa exigência será retirada do Edital pelas razões apresentadas.

VII. Proporcionar o funcionamento das atividades de segurança pública portuária.

Termo usado no Item 1, do Anexo I do Edital atacado. O fato é que numa eventual mobilização, os prestadores de serviços que fazem a vigilância armada dos recintos alfandegados realizam atribuições da guarda portuária, pois no mínimo prestam o serviço em localidades que interessam à defesa nacional. Sem contar que apesar de não estar enquadrada dentro do Capítulo da Segurança Pública, na Carta Magna e de não ser subordinada à Capitania dos Portos, as administradoras dos Portos, no caso do Porto do Itaqui, a EMAP, são as encarregadas da segurança pública nos portos organizados. Esta contratação

visa exatamente, de forma indireta, a terceirização da empresa coadjuvante para a manutenção do Plano de Segurança Publica dos Portos terminais portuários do Brasil, em consonância com o ISPS-Code.

Não há que ser mudado o termo, posto que a regulamentação do setor e a normativa aduaneira, em nada contrasta com a afirmativa supra. Assim, o Edital não será alterado neste item pelas razões apresentadas.

VIII. Dos Serviços de Monitoramento eletrônico – regramento próprio estipulados em CCT.

Assiste razão às impugnantes neste quesito posto que de fato os serviços tratados como atividades intrínsecas da função de vigilante, são tratados na Convenção Coletiva de Trabalho 2013/2014 como função inerente ao Operador de Monitoramento.

Desta forma, o Edital e suas planilhas de composição de custos devem ser adequados à CCT supracitada. Assim, o Edital será alterado neste item pelas razões apresentadas.

IX. Não contemplação de técnicos de Segurança do Trabalho.

Essa alegação é improcedente posto que a EMAP, possui em seus quadros o profissional técnico de segurança do trabalho, responsável pela fiscalização de todas atividades desenvolvidas por pessoal próprio ou contratados, terceirizados ou não, no âmbito da área primária do Porto Organizado e das demais áreas delegadas com a função precípua de:

- Exercer a fiscalização de todo o pessoal terceirizado ou contratado diretamente;;
- Atuar nos processos operacionais internos e externos da EMAP;
- Fazer cumprir as Normas Regulamentadoras, mormente a NR29;
- Promover a política prevencionista;
- Distribuição e treinamento sobre o uso de EPI;
- Zelar para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente.

Assim, o Edital não será alterado neste item pelas razões apresentadas.

X. Obrigação quanto à fiscalização do uso de EPI nas pessoas que laboram na administração.

Resta clara a interpretação equivocada desta parte da descrição do objeto, trata-se de ação esperada pela administração para todos os prestadores de serviços no âmbito dos portos.

O conhecimento das regulamentações e as técnicas operacionais são imprescindíveis para o bom desempenho da atividade de segurança nos portos em geral. As autoridades e frequentadores destes locais devem ser protegidos mediante a fiscalização inclusive de itens de segurança. Assim, o Edital não será alterado neste item pelas razões apresentadas.

XI. Indefinição quanto à segunda língua fluente do bilíngue:

Por óbvio as necessidade de estreitar os laços de comércio exterior, fazem o bilinguismo inerente aos portos, aeroportos e fronteiras do país devendo ser aclarado no edital a língua mais usual no setor

portuário, que deve ser fluente em algumas funções exercidas por terceirizados para a Administradora Portuária. Assim, é procedente a alegação, devendo ser previsto no Edital a segunda língua .

XII. Inconsistência de informações. No demonstrativo do efetivo operacional, subitem 3.2, consta 30 postos, e na descrição do objeto resta transcrito 32 postos:

Trata-se de erro de digitação que deve ser sanado. Segundo o setor requerente dos serviços, a contratação objeto do certame sob análise é para 30 (trinta) postos de serviços. Assim, o Edital será alterado neste item pelas razões apresentadas.

XIII. Falta de especificação quanto à necessidade ou não de utilização de armas e em quais postos:

Ressalta-se que será necessária a utilização de armas em cada um dos postos que contiverem em sua composição de custos o item "armas e munições". O que resta clarividente nas planilhas do Termo de Referência. Assim, é possível identificar na citada planilha de compsição de custos os postos que contemplam o uso de armas. Portanto, o Edital contém todas as informações relativas a essa matéria.

Diante do exposto e pelas razões fáticas e jurídicas expedidas, esta CSL manifesta-se pelo **provimento parcial das impugnações** das empresas: **MAFRA SEGURANÇA PRIVADA LTDA; ALPHA 5 – VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA; CET-SEG SEGURANÇA ARMADA LTDA; POTENCIAL SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA e PROSEGUR BRASIL S/A – TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA,** alterando em partes o Edital e o Termo de Referência de acordo com às considerações acima expostas.

Entretanto, em cumprimento ao § 1º, Art. 41, da Lei nº 8.666, de 21.06.93, encaminhamos a V. Sa., para julgamento, as impugnações acompanhadas da presente Informação.

São Luís (MA)., 08 de agosto de 2014.

Jacqueline Campos Alves Costa
Presidente da CSL/EMAP