

Zimbra**licitacao@casacivil.rj.gov.br**

IMPUGNAÇÃO>>Licitação NI nº 08/2023 - Secretaria de Estado da Casa Civil - SECC - Câmeras embarcadas

De : BRUNO CASTRO SOUZA
<BRUNO.CastroSouza@embratel.com.br>

ter., 18 de abr. de 2023 11:40

 2 anexos

Assunto : IMPUGNAÇÃO>>Licitação NI nº 08/2023 - Secretaria de Estado da Casa Civil - SECC - Câmeras embarcadas

Para : licitacao@casacivil.rj.gov.br

Cc : MARCUS VINICIUS VIOLENTO
<MARCUS.VIOLENTO@embratel.com.br>

Caro Sr(a) Pregoeiro(a), bom dia!
Envio em anexo impugnação da CLARO ao Pregão Eletrônico 08.2023.
At.te,



BRUNO CASTRO SOUZA

UNIDADE DE NEGÓCIO EMPRESARIAL

Diretoria de Mercado Governo | Gerência de Vendas Governo-RJ

T.: 21 21 2121-9257 C.: 21 21 9 9323-2799

bruno.castrosouza@embratel.com.br

www.claro.com.br

 **Impugnação - SEC. CASA CIVIL.RJ - Pregão 08.2023 (índices comprov., quest. isenção ICMS Matriz Filial, exceção do contr. não cumprido).pdf**
1.011 KB



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA DE ESTADO DA
CASA CIVIL DO RIO DE JANEIRO**

Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº
08/2023

A **CLARO S.A.**, CNPJ n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Dunant, 780 Torres A e B, Santo Amaro – SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar

IMPUGNAÇÃO

pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Ao analisar o edital em epígrafe observam-se disposições que atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste procedimento licitatório e consequentemente impedir que a SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL DO RIO DE JANEIRO selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

I - DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

ITEM 15.4.1 DO EDITAL

O item em comento apresenta a exigência de apresentação de Índices de Liquidez Geral (ILG) e Liquidez Corrente (ILC) iguais ou maiores que 1,0



(um), deixando de prever, ALTERNATIVAMENTE, a qualificação econômico-financeira por meio de comprovação de Capital Social ou de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor da proposta apresentada pela licitante, como há tempos assentado na Jurisprudência dominante, em consonância com o Art. 31, §2º da Lei 8.666/93.

Insta salientar que da forma como se encontra, o Edital veda às inteiras a participação de empresas que embora gozem de boa liquidez, não alcançam índices em tal patamar, o que significa uma ilegalidade devido à clara afronta à da ampla competitividade no certame. Neste sentido, cumpre-nos trazer à tona o que preceitua o Art. 44 da Instrução Normativa n.º 02/2010 do MPOG, que não estão sendo observados por esta r. Administração, senão vejamos:

“IN 02/2010 MPOG

Art. 44. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação. (grifamos)

Portanto, a própria Instrução Normativa consagra o ensinamento pacificado na Doutrina de que a Administração evite exigências amplas, que não favoreçam a ampla competitividade no certame, senão vejamos o que leciona o grande mestre Marçal Justen Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pág. 475:

O TCU vem manifestando orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação econômico-financeira. Assim, há decisão no sentido de que apenas quando os índices do balanço patrimonial não forem iguais ou inferiores a 1, é que a licitante deverá comprovar que



possui capital mínimo ou patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação e vice-versa.

Assevere-se que o regramento insculpido no Edital não se coaduna, inclusive com o entendimento do Tribunal de Contas da União, a saber:

“Acórdão 6613/2009 – Primeira Câmara

Sumário

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DE TOMADA DE PREÇOS QUE RESTRINGIRAM O SEU CARÁTER COMPETITIVO. DETERMINAÇÕES. MULTA

...

Relatório do Ministro Relator

Adoto, como relatório, a instrução do Auditor Federal de Controle Externo:

O dispositivo do Art. 31 da Lei 8.666/93 deixa quatro alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) Índices contábeis iguais ou superiores a 1,0; b) capital social mínimo; c) patrimônio líquido mínimo ou d) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei. (grifo nosso)

Note-se ser corrente em licitações desta monta a exigência de apresentação de tais índices no valor igual ou superior a 1,0 ou ALTERNATIVAMENTE Patrimônio Líquido ou Capital Social no patamar de 10% do valor do Contrato, conforme já há tempos assentado na doutrina e na jurisprudência.

É cediço que as Empresas prestadoras de serviços de Telecomunicações têm em seus balanços reflexos significativos na apuração de seus índices financeiros, às vezes apresentando índices positivos, porém inferiores a 1,0 (um). Estes índices são diretamente afetados por empréstimos visando o pagamento de compromissos futuros em virtude de constantes



investimentos envolvendo equipamentos e tecnologia de alta capacidade para as redes.

Assim, a proposta de revisão da escrita do tópico Qualificação Econômico-financeira visa adequar o mesmo a realidade do mercado, evitando a exclusão de Licitantes interessados do Certame e com boa situação financeira, embora com índices financeiros positivos, porém inferiores a 1,0 (um), que demonstrarão índices superiores a 1,0 (um) se forem considerados os investimentos e financiamentos constantes de seu balanço patrimonial.

Neste sentido, mister é salientar que em resposta a Impugnações ao recente Edital do Pregão Eletrônico PGE/RJ nº 17/2020, diante da relevância e da recidiva do tema ora impugnado, o douto Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro assim se manifestou:

“Conforme bem colocado pelo i. GLIC, a habilitação no procedimento licitatório tem a função clara e necessária de distinguir aqueles que tem condições de executar o pretendido contrato, daqueles que não possuem tal condição. Visa a fase de habilitação, por conseguinte, evitar que a Administração se lance em aventuras contratuais incompatíveis com a sua gestão de riscos e, embora exista certa restrição por parte dos órgãos públicos em aceitar esta flexibilização das condições de habilitação financeira das empresas no que se refere aos índices mínimos de liquidez, restrição esta pautada invariavelmente em critérios subjetivos e vontades pessoais dos agentes envolvidos, fato é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já firmaram entendimento no sentido de que é saudável um exame bastante amplo e rigoroso das condições de habilitação dos licitantes concorrentes.

Oportuno registrar, também, que os índices exigidos seguem orientação do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas



do Estado do Rio de Janeiro, conforme justificativa apresentada no doc. SEI nº 6255332.

Diante das considerações acima, entende-se que as cláusulas de qualificação econômico-financeira do Edital não são restritivas ou indevidas.

Contudo, nota-se que a exigência em comento foi objeto de impugnação por 3 (três) possíveis participantes do certame, todos integrantes da área de telecomunicações.

Cumpre ressaltar que **as exigências contidas no instrumento convocatório não visam afastar empresas da licitação**, mas apenas fazer a necessária correlação entre o vulto da licitação e a demonstração de condições para execução do objeto a ser contratado.

Deve-se, todavia, considerar as peculiaridades dos fornecedores integrantes do mercado com o objetivo de que as exigências estabelecidas não retirem a competitividade do certame.

Nesse sentido, a coincidência do questionamento da qualificação econômico-financeira por três empresas concessionárias do serviço público de telecomunicações indica que a contexto econômico-financeiro retratado acima é comum às empresas do setor, merecendo uma reavaliação para privilegiar a ampla competitividade da licitação.

Diante do exposto, embora não se verifique qualquer ilegalidade nos requisitos exigidos para a comprovação de qualificação econômico-financeira, **parece recomendável dar provimento parcial à impugnação formulada para sua flexibilização,**



mediante exclusão dos itens 12.4.3.2 e 12.4.4 do Edital do Pregão Eletrônico PGE-RJ nº 17/2020, mantendo-se a exigência de patrimônio líquido originalmente estipulada.”
(grifamos)

Do acima exposto, urge asseverar ser este o entendimento jurídico do Estado do Rio de Janeiro, já claramente explicitado por sua Procuradoria-Geral, pelo que deve ser observado e cumprido por toda a Administração Pública Estadual.

Ademais, na esteira do Parecer supra, considerando a realidade do mercado de Telecomunicações e visando ampliar a competitividade e a isonomia entre licitantes no certame, **requer-se a revisão do Edital em questão, de modo a prever alternativa para se acolher análise do Balanço Patrimonial de Licitante com índices financeiros inferiores a 1 (um), mediante comprovação de patrimônio líquido ou Capital Social igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor a ser contratado**, evitando a falta de competição/propostas nesta Licitação prejudicial à própria Administração.

Ainda neste sentido assevera a doutrina que:

“O Essencial é que a Administração não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcionais ao objeto do certame, a fim de não afastar os interessados de reduzida capacidade financeira, que não é absoluta, mas relativa a cada licitação. Desde que o interessado tenha capacidade financeira real para a execução do objeto da licitação” (Hely Lopes Meirelles).

Face ao exposto, requer a revisão do item em comento do Edital, de modo a não excluir a CLARO do certame, assim como demais empresas que



se encontrem em idêntica situação, permitindo, em conformidade com o que preceitua a Lei 8.666/93, que a boa situação econômico-financeira seja comprovada por balanço patrimonial, certidão negativa de falência ou Recuperação Judicial e, ainda, conforme faculta o parágrafo 2º do mesmo artigo, seja exigido patrimônio líquido mínimo em alternativa às empresas que não atendam índices financeiros, como costuma ser a praxe em editais de diversos órgãos públicos, visando sempre ampliar a competição.

Só assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar do certame, ampliando a competição no certame e garantindo não só a isonomia entre as proponentes como a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública, considerando, fundamentalmente o setor de Telecomunicações.

II – DA ISENÇÃO DE ICMS EM PROPOSTA DE PREÇOS – ITEM 10.3 DO EDITAL

O item 10.3 do Edital em comento apresenta a seguinte determinação:

10.3 O licitante cujo estabelecimento esteja localizado no Estado do Rio de Janeiro, deverá apresentar proposta isenta de ICMS, quando cabível, de acordo com o Convênio CONFAZ nº 26/2003 e a Resolução SEFAZ nº 971/2016, sendo este valor considerado para efeito de competição na licitação.

Considerando que a legislação aplicável faculta às licitantes a participação tanto por meio de sua Matriz/Sede quanto por sua Filial, é de se



esclarecer que por estratégia corporativa é procedimento da CLARO optar sempre pela participação através de sua Matriz, em São Paulo, de modo a centralizar a constituição de suas relações contratuais, proporcionando assim maior controle e segurança tanto à Companhia – que poderá analisar fielmente a viabilidade de execução dos serviços – como à Contratante que terá certeza de que as cláusulas estipuladas passaram pelo crivo dos responsáveis pela empresa.

De outro lado, uma vez que as Notas Fiscais devem ser emitidas por meio de suas filiais prestadoras de serviços em cada Unidade Federativa (neste caso, no Rio de Janeiro – RJ, unidade da CLARO que efetivamente prestará o serviço) até mesmo por força de Legislação Tributária (Lei Complementar 87/96 e correlatas), entendemos que não obstante o fato de que a participação da CLARO se dará pela Matriz (São Paulo), é legal apresentarmos proposta de preço isenta de ICMS, uma vez que as Notas Fiscais serão emitidas pela filial Rio de Janeiro. **Está correto o nosso entendimento?**

À este propósito, insta trazermos à tela o Artigo 11 da legislação supracitada, que versa sobre a incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS devido às Unidades Federativas, senão vejamos:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:



a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

(...)

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos.

Ainda, há que se ressaltar o que dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

(...)

*II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, **em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento**”.*

Neste mister, **cumpre-nos esclarecer que a emissão de Nota Fiscal com CNPJ da Matriz em São Paulo configuraria uma hipótese de**



Sonegação Fiscal, a considerar que se o serviço será prestado no Estado do Rio de Janeiro, o ICMS – se aplicável – é devido à Fazenda deste Estado e não ao de São Paulo. Cabe-nos transcrever, ademais, o entendimento do E. Tribunal de Contas da União, por meio de seu Acórdão nº 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008, a saber:

“[Relatório]

8. Inicialmente, tendo em vista que a matéria acerca do relacionamento entre empresa matriz e filiais para fins licitatórios ressoante-se de exame mais detido na doutrina administrativista pátria, fazemos aqui algumas considerações a respeito.

9. Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a



mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no Órgão competente.

11. Deste modo, matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica, fato corroborado, inclusive, pelo art. 10, § 1º, da Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007, in verbis:

"Art. 10. As Entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação, estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior.

§ 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a Entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as Unidades auxiliares constantes do Anexo V, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias".

12. Conclui-se que o CNPJ específico para a filial decorre somente da



obrigatoriedade da citada Instrução Normativa, que impõe a todas as empresas a inscrição do CNPJ de seus estabelecimentos.

(...)

14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.

15. Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

[...]

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.



A considerar as afirmações acima, o E. Tribunal de Contas de Santa Catarina enfrentou a matéria exarando o seguinte entendimento:

‘É cabível a comprovação de despesa pública mediante nota fiscal emitida por matriz ou filial da mesma empresa, face ao disposto nos artigos 47 usque 51, da Resolução TC-06/89 (a Resolução nº TC- 06/89 foi substituída pela Resolução TC-16/94), considerando a unidade das mesmas e a pluralidade de domicílios que lhes são peculiares, não se constituindo em óbice o fato do processamento do empenho discriminar unidade (matriz ou filial) diversa daquela que emitirá a nota fiscal. Havendo matriz ou filial sediadas no Estado Catarinense, com o propósito de evitar a evasão de tributos, o Órgão ou Entidade pública adquirente poderá dar preferência pela emissão de nota fiscal por aquela aqui sediada.’
(TCE-SC, prejudgado nº 249)

Ressaltamos, portanto, haverá plena observância aos ditames tributários vigentes, os quais determinam unanimemente que as Notas Fiscais devem ser emitidas com o CNPJ da filial local e os respectivos impostos arrecadados em favor daquela Unidade da Federação ou daquele Município, conforme o caso, independentemente de participação de licitante com CNPJ de sua Matriz.



Portanto, pugna-se pela confirmação do entendimento exarado acima pela CLARO e, em caso negativo, que se explicita o entendimento deste i. Pregoeiro.

III – DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO POR PARTE DA CONTRATADA – CLÁUSULA VIGÉSIMA DA MINUTA DE CONTRATO

A Cláusula Vigésima da Minuta do Contrato prevê o seguinte:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: EXCEÇÃO DE INADIMPLEMENTO

Constitui cláusula essencial do presente contrato, de observância obrigatória por parte da CONTRATADA, a impossibilidade, perante o CONTRATANTE, de opor, administrativamente, exceção de inadimplemento, como fundamento para a interrupção unilateral do serviço.

PARÁGRAFO ÚNICO – É vedada a suspensão do contrato a que se refere o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, pela CONTRATADA, sem a prévia autorização judicial.

Ou seja, da leitura da referida Cláusula, verifica-se que a Contratada não poderá opor exceção de inadimplemento como fundamento para suspensão dos serviços. Como não bastasse, o Parágrafo Único da referida Cláusula ainda afirma que a suspensão prevista no Art. 78, XIV da Lei 8.666/93 é vedada, possuindo eficácia somente mediante prévia autorização judicial.



Ocorre que tal previsão viola flagrantemente o previsto na lei nº 8666/93, no seu artigo 78, XV, de aplicação *ipso factum*, isto é, independentemente de decisão judicial, *in verbis*:

“XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;”

Da leitura do dispositivo legal transcrito acima, verifica-se a clara violação da referida Cláusula ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, vale mencionar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Portanto, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.



O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois “(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Diante do exposto, impõe-se a adequação da Cláusula Vigésima da Minuta do Contrato, em obediência ao princípio da legalidade, de modo que seja excepcionada a hipótese prevista no art. 78, XV da Lei nº 8666/93, independentemente de autorização/decisão judicial, considerando que a Lei deve ser cumprida pela Administração *ipso factum*.

IV - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando à SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL DO RIO DE JANEIRO selecionar a proposta mais vantajosa para os serviços a serem contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção da incoerência aqui apontada. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital no termo proposto acima. Ainda, na hipótese de o I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digno-se a recebê-



las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2023.

BRUNO
CASTRO SOUZA

Assinado de forma digital
por BRUNO CASTRO SOUZA
Dados: 2023.04.18 11:33:37
-03'00'

PROCURADOR
GERENTE DE CONTAS