

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CENTRO DE TECNOLOGIA DA
INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - PRODERJ

REF. Pregão Presencial para Registro de Preços nº 003/2016
Processo nº E-26/011/646/2016

TIM CELULAR S.A. ("TIM"), sociedade anônima com sede na Av. Giovanni Gronchi, 7.143, São Paulo, SP, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.206.050/0001-80, neste ato representada consoante instrumento de mandato anexo, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital do Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 003/2016 da PRODERJ com fundamento no item 1.4 do referido ato convocatório em face de incorreções e discrepâncias nele encontradas, pelos motivos de fato e direito que passa a expor.

PRELIMINARMENTE

Destaca que a presente manifestação tem estrita veiculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório. Destina-se apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado para a edição do ato convocatório.

1. DOS FATOS

O Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro - PRODERJ, autarquia Estadual vinculada à Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e

Inovação – SECTI publicou o Edital do Pregão Presencial por Sistema de Registro de Preços nº 003/2016 cujo objeto é "registro de preços, por 12 (doze) meses, visando à contratação de empresas para a prestação de serviços de telecomunicações, a saber: Lote 1 – Serviços de Telefonia Móvel Pessoal – SMP, nos Códigos Nacionais CN 21, 22, 24 e CN 61; e Lote 2 - Serviço de Acesso Móvel – Modem 3G/4G, de acordo com as especificações contidas no Termo de Referência (Anexo I)".

A TIM, oportunamente, apresentou manifestação visando esclarecimentos condizentes com a prestação do serviço de telecomunicações, todavia, o entendimento desta Impugnante não foi acatado por esta r. Administração, assim restando claro que alguns itens necessitam de revisão.

É evidente que o Edital, ainda, contém diversos pontos que merecem ser revistos para garantir a estrita observância da Lei Federal n.º 8.666/93, com a promoção da mais ampla concorrência que conduzirá à seleção da melhor proposta, como se passa a demonstrar.

2. DA TEMPESTIVIDADE

A lei 8.666/93, em seu artigo 41 §2º dispõe que o prazo para propor impugnação é de até o segundo dia útil que anteceder a sessão da licitação, vejamos:

"2o Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso." (grifamos)

O artigo retro citado refere-se à concorrência, tomada de preços, convite ou concurso. No entanto, a lei 10.520/2002 que instituiu a modalidade de Pregão, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece que a lei 8.666/93 será aplicada subsidiariamente às licitações na modalidade de pregão:

"Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

Neste contexto, na falta de disposição expressa, na lei nº 10.520/2002, sobre o prazo de interposição de impugnação, aplica-se o disposto no §2º do artigo 41 da lei 8.666/93, qual seja, o prazo de até dois dias úteis anteriores à data da licitação. Assim, em estrita consonância com a legalidade a presente Impugnação é **tempestiva**.

3. DOS FUNDAMENTOS

Diante da negativa desta r. Administração aos questionamentos que esta operadora julgou conveniente, restou necessária a oposição da presente peça impugnatória com fundamentos que passa a expor:

Conforme o disposto no instrumento convocatório, os licitantes cujo estabelecimento estejam localizados no Estado do Rio de Janeiro, deverão apresentar na fase de lances os valores com a proposta isenta de ICMS. Vejamos:

"7.9 - 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 SER Nº 047/2003, com alterações introduzidas pela Resolução SER Nº 121/2004, sendo este valor considerado para efeito de competição na licitação, demonstrada a dedução no corpo da Proposta de Preços." (Grifamos)

Nesse sentido, a TIM propôs questionamento ao referido item, considerando a natureza jurídica de autarquia do PRODERJ, em conformidade com o artigo 1º do citado convênio e da resolução atualizada (SEF 971/16), **esta Administração é isenta do ICMS nas operações relativas à prestação de serviços no estado do Rio de Janeiro**, assim sendo, entende-se que é cabido às operadoras licitantes a oferta de preços na fase de competição sem a incidência do imposto citado, garantindo assim a competitividade do certame, sendo certo que o faturamento do serviço prestado deverá isentar a PRODERJ do recolhimento do ICMS. Ainda, considerando que, em virtude do artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96, para efeitos de cobrança do imposto e

definição do estabelecimento responsável, tratando-se de prestação de serviço de comunicação, deverá ser considerado o local da prestação, bem como, para fins de faturamento, deverá constar na nota fiscal/fatura o CNPJ da prestadora local.

Nesse passo, a TIM se manifestou no sentido de que as Licitantes deverão ofertar lances sem o ICMS independente da documentação habilitatória apresentar dados de sua matriz ou filial ou do estado onde é estabelecida.

Em contrassenso, a PRODERJ se manifestou negativamente a este entendimento, informando que, para não haver incidência nos preços propostos na fase de lances, as Licitantes deverão apresentar a documentação do estabelecimento localizado no estado do Rio de Janeiro.

É evidente que o entendimento do PRODERJ é insustentável, visto que a própria Administração possui contrato de prestação de serviços com esta Impugnante atualmente, cuja sede fica estabelecida em São Paulo, e seu faturamento não incide o ICMS, respeitando ao previsto no convênio e resolução supramencionados.

Ademais, o Edital deve exigir, para fins de habilitação, a apresentação dos documentos das das Licitantes como pessoa jurídica, independente do estado onde estejam estabelecidas. Vejamos que, a pessoa jurídica *una* possua outorgas perante a ANATEL para prestação do serviço, no entanto, sob a ótica tributária, existe restrição limitada ao território estadual, conforme preceitua a Lei Complementar nº 87/96. Assim, se vê que não cabe às filiais prestar serviço em localidade alheia a seu limite territorial. Ademais, vale destacar que o objeto desta licitação visa a contratação de serviços de telecomunicações para o estado do Rio de Janeiro e para o Distrito Federal, cabendo assim o faturamento para cada localidade com a informação do CNPJ local.

Desta forma, vê-se que não há qualquer impedimento em participar do certame apresentando a documentação das matrizes cujo estabelecimento seja fora do Rio de Janeiro, e se ofereça o preço sem a incidência de ICMS, em virtude do Convênio CONFAZ 26/2003 e Resolução SER nº 047/2003.

Sobre o assunto, vale destacar o que dispôs a própria PRODERJ em sede de esclarecimentos, exatamente no questionamento de nº 23 da Vivo, apresentado em Julho de 2015.

Oportunamente, foi esclarecido que seria permitido que fosse incluído o CNPJ das Notas Fiscais da filial da Licitante no Estado do Rio de Janeiro, exatamente onde será prestado o serviço, no entanto, na fase de habilitação e oferecimento de propostas seriam exigidos tão somente os documentos da Matriz (sediada em qualquer estado), sendo suficientemente esclarecido que se trata da mesma pessoa jurídica.

Vejamos o que dispõe tal questionamento:

23) ESCLARECIMENTO QUANTO AO CNPJ DA NOTA FISCAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS.

O edital em apreço tem como objeto o registro de preços para eventual contratação de empresa para a prestação de Serviços de Telefonia Móvel Pessoal – SMP e Serviço de Acesso Móvel no Rio de Janeiro.

Inicialmente, insta esclarecer que alguns documentos expedidos para a empresa Telefônica, ainda que utilizados para as filiais, são realizados em nome da Matriz Telefônica Brasil S.A.

Desta maneira, facilitando a agilidade e compreensão da análise dos documentos no certame, a empresa apresentará na fase de habilitação e proposta de preços os documentos em nome exclusivamente de sua matriz.

Entretanto, em função das legislações tributárias que são específicas para cada Estado e, por conseguinte, repercutem nos tributos e alíquotas incidentes, os faturamentos somente podem ser efetivados pela filial de cada Estado onde os serviços serão efetivamente prestados.

De fato, o pretenso problema de faturamento envolve uma questão preliminar relativa aos próprios critérios de incidência tributária.

Ressalta-se que não há qualquer problema neste procedimento, dado que, ainda que haja um problema de incidência tributária no que se refere à autorização para as filiais, a pessoa jurídica da contratação é a mesma daquela que efetivou a habilitação no certame.

Vale ressaltar que tal alteração não significa mudança da pessoa jurídica prestadora do serviço, dado que **se trata de apenas uma única pessoa jurídica e, portanto, de um único sujeito de direitos e obrigações**, sendo que a diferenciação do CNPJ ocorre apenas para efeito de Administração Tributária, com o foco na diferenciação entre a matriz e as filiais.

Desta feita, diante dos esclarecimentos, requer que seja retificado o edital permitindo que o CNPJ das notas fiscais seja com a filial da licitante do Estado onde os serviços serão efetivamente prestados, mas, que na fase de habilitação e oferecimento de propostas sejam exigidos tão somente os documentos da matriz, suficientes para comprovar quaisquer situações da empresa, como grupo societário, e resguardar direitos e deveres do contratante, assim como o contrato seja firmado com a matriz da empresa. Destarte, cumpre esclarecer que para melhor conferência do contratante, na nota fiscal será inserido além do CNPJ da filial que prestará o serviço também o CNPJ da matriz da empresa.

Em 18 de agosto de 2015, em resposta ao referido questionamento, a Administração esclareceu que *"a solicitação será atendida desde que a empresa vencedora repasse ao Contratante as informações relativas ao faturamento, no caso de número de CNPJ diferente do constante nos documentos de habilitação"*.

Destaca-se que a TIM é a atual prestadora do serviço de SMP no PRODERJ, e em seu faturamento não incide ICMS em virtude do Convênio CONFAZ 26/2003 e da Resolução SER nº 047/2003.

O fato de ter sido considerado o entendimento pela empresa Vivo no questionamento apresentado e não ter sido mantido o mesmo entendimento na sessão pública realizada em Dezembro/2015 pelo PRODERJ, causou muita estranheza à TIM, em razão de ser contraditório às respostas apresentadas ao questionamento da Vivo e da não observância das disposições

contidas no Edital, indo de encontro ao princípio de extrema importância nos procedimentos licitatórios, qual seja, o da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Destacamos que, no dia 08 de dezembro de 2015, realizada a sessão pública presencial, se fizeram presentes as Licitantes TIM, Claro e Vivo, tendo a Oi participado do certame apenas como ouvinte. Iniciada a fase de lances do Lote 1, a r. Administração, erroneamente, entendeu que as Licitantes cuja documentação de habilitação correspondesse ao estabelecimento fora do Estado do Rio de Janeiro, deveriam apresentar seus preços nos lances **com a incidência do ICMS**, o que resulta absoluta e diretamente a inobservância do que dispõe o Convênio CONFAZ 26/2003 e Resolução SER nº 047/2003, ainda infringindo o princípio da isonomia, e também não tendo sido estabelecida tal condição no instrumento de convocação, violando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Evidentemente a Claro foi declarada vencedora de ambos os lotes, após competir com grande privilégio na apresentação de preços sem a incidência de ICMS, quando as demais Licitantes foram furtadas do direito de concorrer com o mesmo parâmetro de julgamento das propostas.

Após discursões em sessão, em discordância com o entendimento desta Administração, esta operadora se manifestou com o interesse de interpor Recurso Administrativo, haja vista que o critério de competição infringiu as normas referenciais de Direito Administrativo.

Neste sentido, a TIM manifestou-se mediante apresentação de Recurso Administrativo visando a revogação da licitação, tendo sido acatado e republicado o presente instrumento de convocação, no entanto, com a mesma exigência e entendimento, atacando assim diretamente os princípios norteadores da Administração Pública.

É notório que a manutenção do critério disposto no subitem 7.9 do edital afasta a competitividade do certame, uma vez que as operadoras cujo estabelecimento esteja localizado fora do Rio de Janeiro sejam diretamente prejudicadas na oferta de seus preços.

Além do princípio da vinculação, é válido citar o princípio da isonomia, expressamente previstos no artigo 3º, caput, da Lei 8666/93, sendo indispensáveis em todo e qualquer procedimento

licitatório, não sendo lícito à Administração Pública qualquer tipo de atuação que vá de encontro a tais preceitos.

Ocorre, no entanto, que o entendimento do Pregoeiro no sentido de que as Licitantes cuja documentação apresentada em fase de habilitação com estabelecimento em São Paulo não atenderiam ao que prevê a Resolução SER nº 047/2003, sobre a isenção de ICMS à Administração, não encontra qualquer respaldo legal, bem como fere princípios como os da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Isonomia e da Legalidade. É incontestável que o Edital e suas documentações anexas estipulam leis entre as partes, vinculando em todas as suas disposições, não apenas as licitantes participantes como a Administração Pública.

O ilustre professor e magistrado Hely Lopes Meirelles, em sua célebre obra Direito Administrativo Brasileiro, explica com toda a clareza que:

*"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza**. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim."*

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e cumprir os deveres que a lei lhes impõe. (grifos nossos)

Nesta mesma esteira, ensina-nos o Exmo. Desembargador e doutrinador fluminense Jessé Torres Pereira Júnior sobre Vinculação ao Instrumento Convocatório, afirmando

peremptoriamente que o edital é a lei interna da licitação e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a administração que o expediu, senão vejamos:

"(ii) O Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório faz do Edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se à observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições."

É oportuno, ainda, trazer à colação outras valiosas doutrinas administrativistas que demonstram, igualmente, a necessidade de obediência aos ditames do Edital:

"Sendo o edital a lei da licitação, onde se expressa o desejo da Administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; no edital estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto julgá-las e estrita conformidade com tais condições."

É no edital que vai se buscar o julgamento objetivo, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar a igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no Certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de Hely Lopes Meirelles, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas" (Marcos Juruena Villela Souto)

E mais, o edital vincula a Administração e o administrado. Desse modo, a Administração tem de seguir à risca o estabelecido no edital ("suporta as regras que editaste"), o que significa que o

poder público não pode alterar "as regras do jogo" durante as sucessivas fases do procedimento prévio seletivo. (José Cretella Júnior)

No mesmo sentido trazemos o ensinamento do mestre Marçal Justen Filho:

"Ao descumprir normas constantes do edital, a administração frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade e a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública".
(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 13ª Edição, Editora Dialética, São Paulo, 2009 - Pág. 543)".

Agindo a Administração em desconformidade com o que ela mesma determinou em seu Edital e em seus esclarecimentos ou de forma contraditória, abrirá precedente para a sua própria inobservância e irá ferir princípios legais e constitucionais que regem seus atos. Formalizará, portanto, ato caracterizado por discricionariedade subjetiva – que nada mais é que ilegal arbitrariedade - nas decisões relativas aos processos licitatórios, o que é inaceitável, em especial em se tratando de contratações regidas por lei e pelo interesse público.

Assim sendo, em atendimento ao disposto na legislação em vigor, em estrita observância aos preceitos do Edital, incluindo os esclarecimentos prestados, e pela obrigatoriedade de se manter a isonomia no tratamento entre as Licitantes, não se pode conformar a TIM com a decisão contrária aos mandamentos editalícios e sua aceitação por parte do i. Pregoeiro.

Há que se ressaltar ainda que o "interesse público" não deve ser visto de forma compartimentada, mas sim como um todo, a que o Il. HUGO NIGRO MAZZILLI se refere como verdadeiro **interesse público**, "bem geral", nas seguintes palavras:

"(...) De minha parte, acredito que o bem geral exista. Tomemos aquele exemplo da fábrica que polui e gera empregos. Qual é o bem geral? Instalar a fábrica ou não instalar?

A meu ver, a decisão que consulta ao bem geral é a de instalar a fábrica e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente, ou seja, é perfeitamente possível instalar uma fábrica que preserve os valores ambientais. Esse é o interesse público.

Os outros interesses compartimentados ou conflitantes é que, estes sim, não coincidem com o bem geral: instalar uma fábrica que polui, ou não instalar uma fábrica que gera empregos – esses sim são interesses compartimentados..."

Com o merecido respeito, não há interesse verdadeiramente público em se praticar, na sessão de pregão, ato distinto e frontalmente oposto ao constante do Edital, nem mesmo em manter o entendimento já vencido em sede de Recurso Administrativo. O interesse público prima pela aplicação da lei e Estado de Direito, e nesse sentido o procedimento licitatório deve ser desenvolvido regularmente, com estrita observância das normas legais aplicáveis, sob risco de acarretar evidente descrédito por parte de seus interessados: os cidadãos.

O interesse público está, sim, em fazer valer o direito subjetivo de que o licitante dispõe, ao vencer certame absolutamente regular e no qual foi assegurada a igualdade entre os concorrentes.

Conforme destaca CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da Lei... Etriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir".

E para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre jurista Jessé Torres Pereira Júnior ("Licitações de Informática", Renovar, 2000, pág. 30):

"(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;"

Com base em preceitos legais, veja-se, a respeito do princípio da igualdade, o disposto no parágrafo 1º, do artigo 44, da Lei 8.666/93, e que se aplica subsidiariamente ao Pregão, e estabelece vedação à utilização de qualquer "elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes".

Ainda, quanto ao princípio da isonomia, menciona Joel de Menezes Niebuhr (in "Princípio da isonomia na licitação pública". Florianópolis: Obra jurídica, 2000) que:

"Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.

O princípio da competitividade significa exigência de que a Administração Pública fomenta e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhe serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.

(...)

Para Carlos Ari Sundfeld, a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a

Administração esteja obrigada a ensiná-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhes limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação."

Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivalem no julgamento, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito, in verbis:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

A aplicação da norma supra encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial. Os pretórios pátrios, através de suas decisões, asseguram sempre o caráter competitivo das licitações. É o que se depreende do julgado que segue:

"Administrativo. Licitação. Princípios. Cláusulas editalícias excessivas e ilegais. Em razão da vinculação aos critérios objetivos de admissão dos participantes aos certames licitatórios, é vedado à Administração Pública estabelecer, nos editais ou em quaisquer outros instrumentos administrativos, cláusulas que, de uma forma ou de outra, resultem em discriminações, preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes." (Ac. un da 3ª T do TJDF – REO 1999.01.1.082162-3 – Rel. Des. Vasquez Cruxên – j. 05.03.01 – Remte. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública; Partes: Epasa Engenharia, Pavimentação e



Saneamento Ltda. e Presidente da Comissão Julgadora do
DER-DF – DJU 02.05.01)

Do voto do relator, nos autos do processo supra referido, oportuno transcrever a seguinte lição doutrinária:

"(...) o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello bem elucida a questão, quando afirma: "O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração. O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia."

Frise-se que o princípio da isonomia visa também garantir a ampla concorrência, garantindo-se assim oportunidade de tratamento igualitário aos iguais e participação de iguais em igualdade de condições nos processos licitatórios, a fim de que, igualadas as condições de participação, possa haver ampla competição para a melhor contratação pela Administração Pública.

É sabido de todos que o cumprimento de toda e qualquer exigência editalícia deve ocorrer oportunamente em respeito aos princípios da vinculação do instrumento convocatório, da legalidade, do controle hierárquico, da publicidade, da motivação, dentre outros princípios explícitos e implícitos.

Mister elucidar que os princípios de direito não servem apenas para distinguir os ramos do direito em público e privado, mas são ferramentas das mais importantes para a solução de conflitos.

Como se vê, os princípios de direito fazem parte do ordenamento jurídico, isto é do conjunto de normas e regras que vigem no sistema brasileiro, e devem ser utilizados para a aplicação do direito na solução de casos concretos.

Nesse sentido, é a lição de Jesús Gonzáles Pérez citado por Sundfeld:

"[...] os princípios jurídicos (...) têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. Em relação à ciência do direito, constituem seu objeto. Existem independentemente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça. A missão da ciência com relação aos mesmos não é outra senão a de sua apreensão. E a ciência será mais ou menos perfeita, segundo logre ou não sua determinação. Porque se o ordenamento jurídico constitui o objeto da ciência do direito positivo, esse conhecimento não será completo enquanto não se alcance a determinação dos princípios que o informam." (cf. PÉREZ, Jesús Gonzáles. apud SUDFELD, Carlos Ari. Elementos de Direito Público. p. 146)

Sobre os princípios norteadores da Administração Pública, vale esclarecer os principais que interferem no caso em comento:

O princípio basilar do recurso administrativo é o da legalidade. No caso em questão cabe referir-se ao princípio da legalidade expresso no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, é voltado para a Administração Pública, e determina que esta somente poderá fazer alguma coisa se houver lei que autorize, toda a atividade administrativa deve estar devidamente ancorada na lei.

A respeito do princípio da legalidade, enquanto norma destinada à Administração Pública, muito bem explica o saudoso Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua

atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.” (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. pp. 87/88)

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da legalidade, não está apenas na sua previsão em lei ou princípio, mas em razão deste princípio, a autoridade ou órgão administrativo imbuído da competência para conhecer e julgar a impugnação, ao proferir uma decisão deve pautar-se na lei, ou em atendimento ao princípio da legalidade, no caso, ao instrumento editalício.

Decorre daí a certeza, portanto, de que feridos os princípios e dispositivos legais, estará a Administração contratando mal, eivada que estará de ilegalidade em seu ato, sujeito à anulação.

Outrossim, persistindo o entendimento a respeito do subitem 7.9 a respeito da oferta dos preços na fase de lances, vejamos que algumas operadoras serão beneficiadas, cabendo observar que a livre concorrência é um dos princípios que norteia a ordem econômica brasileira, elencado no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988. A livre iniciativa, fundamento da República (CF, artigo 1º, IV) tem por objetivo viabilizar o livre acesso ao mercado e, por meio da liberdade de escolha, propiciar um aprimoramento da produção e da prestação de serviços. Este é o principal fator para que os Estados desenvolvam mecanismos de proteção da livre concorrência, evitando que esse poderoso instrumento de busca da eficiência seja frustrado por medidas ardilosas.

A Administração Pública, na qualidade de consumidora de bens e serviços, não é livre na sua escolha, devendo se pautar por um processo formal de objetivação do conceito de oferta mais vantajosa.

Esses conceitos jurídicos indeterminados – eficiência e “vantajosidade” – não se limitam a aspectos como menor preço, a melhor técnica ou combinação de ambos; afinal, o “poder de compra” da Administração permite que essa forma de atuar sobre o mercado se preste à produção de resultados de interesse público da mais alta relevância – entre os quais, a promoção da competição leal no mercado de bens e serviços e a defesa da moralidade.

Para a escolha da proposta mais vantajosa, a Administração deve implementar, fundamentalmente, mecanismos que defendam a existência de uma efetiva competição, de modo a se reconhecer no procedimento uma função que visa à interpretação do conceito eficiência.

A eficiência na execução dos serviços públicos de telecomunicações é atendida com a criação de um ambiente competitivo entre os diversos operadores, com necessidade de constante aprimoramento, na captação do maior número possível de usuários, que, pelas regras de mercado e com a legítima opção de escolha assegurada, logicamente haverão de buscar prestadores que executem o serviço de alta qualidade a preços acessíveis.

Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997 – almejou fomentar a ideia de justa competição no artigo 6º c/c 70. Confira-se:

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.”

“Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado...”

Visto que a licitação é um processo de competição e tendo por premissa que a livre iniciativa não acolhe a concorrência desleal, é preciso apreciar se, em função do preço artificial, do qual resulta uma vantagem competitiva, resta mantido equilíbrio no mercado.

Nesse passo, o aspecto ético assume fundamental importância quando em jogo o princípio da livre concorrência, valendo trazer os ensinamentos de Calixto Salomão Filho:

"(...) para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses.

A utilização do interesse do consumidor como critério de resolução de impasses deve ser, no entanto, cuidadosa. O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em seu destinatário jurídico direto. Muitas vezes é através da proteção da "instituição" concorrência que o seu interesse será protegido."

Outro não é o sentido que se detecta da leitura do artigo 36 da Lei Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que assim dispõe:

"Art. 36 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;"

Antes que se imagine que o tema proposto se submete a outro sistema jurídico, estranho às Licitações, confira-se, mais uma vez, o preciso entendimento de Calixto Salomão Filho:

“O sistema de proteção contra a concorrência desleal não se esgota, no entanto, nos casos previstos na Lei 12.259/2011. Grande parte, se não a maioria das práticas de concorrência desleal, vem prevista como crime de concorrência desleal.

O valor lealdade da competição é aqui protegido, ainda, que a lógica econômica possa indicar no sentido de que aquele específico pouca ou nenhuma relevância tem para o mercado. A ela se substitui o bom senso jurídico, sugerindo que não basta a criação de padrões mínimos de comportamento leal para que se evite a concentração e a monopolização.”

A aplicação desses conceitos ao procedimento licitatório, submetido ao princípio da competitividade, não demanda mais esforço, mas pode ser ilustrada com a lição de Reinaldo Moreira Bruno, que vislumbra o risco de violação grave ao princípio da isonomia:

“Decorre do princípio constitucional da igualdade, e objetiva assegurar que o maior número de interessados efetivamente participem do procedimento e tornem a competição salutar, afastando toda e qualquer possibilidade de favoritismo.”

Em defesa de igualdade de oportunidade, mas também, em defesa da igualdade de tratamento, o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, em seu parágrafo primeiro, eleva a competitividade à categoria de princípio. O inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93 também veda que se inclua nos editais cláusulas ou itens que possam restringir a participação de empresas interessadas e que frustem o caráter competitivo do certame. Vejamos:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou

irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”

Nestes termos, o TCU já se posicionou por diversas vezes neste sentido:

“9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;” (Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara)

“8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;” (Decisão 369/1999 – Plenário)

“Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.” (Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara).

Com desenvoltura, acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho versa:

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63). (g.n.)

Assim, não pode o PRODERJ admitir que as propostas das Licitantes sejam competitivamente desleais, pois isto além de ilegal, frustra o caráter competitivo da licitação.

Ademais, conforme se vê do artigo 2º, III, da Lei Geral de Telecomunicações, o Poder Público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários. Isso se reforça diante da redação do artigo 6º do mesmo diploma, que estabelece que os serviços de telecomunicações sejam organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações de ordem econômica.

Para se realizar um certame competitivo e, por consequência, gerar para a Administração Pública vantagem na contratação do serviço objeto deste edital, é que necessário que o PRODERJ admita às licitantes sediadas em qualquer estado oferte na fase de lances os valores sem a incidência do ICMS, sendo certo que o faturamento deverá apresentar o CNPJ do local da prestação do serviço.

Para o presente caso é de suma importância à análise da localidade em que ocorrerá o fato gerador e consequentemente será a localidade em que ocorrerá a incidência do ICMS. Dessa forma resta essencial esclarecer que o Fato Gerador do ICMS para serviços de telecomunicações, em regra, é o local em que o serviço é prestado, ou seja, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, nos termos da Lei 87/1996, artigo 11, inciso III, alínea "d".

"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;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago;

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;"

Neste mesmo diapasão, segue o Convênio 66/1988 ao estabelecer a localidade da operação da prestação de serviço, que em seu artigo 27, inciso III e alíneas estabelece que:

"Art. 27. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de prestação de serviço de comunicação:

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

b) o do estabelecimento da concessionária ou permissionário que forneça ficha, cartão ou assemelhados necessários à prestação do serviço;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso III do artigo 2º;

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

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento encomendante."

Analisando os artigos citados, compreende-se que o fato gerador será em regra a localidade em que o serviço é prestado.

Ainda que seja alegado que o Fato Gerador tenha ocorrido em São Paulo, ante a habilitação da ora Recorrente ter sido realizada no aludido Estado, nos termos do inciso III, alínea 'c', art. 11, o fato gerador do ICMS e a prestação de serviço ocorre no Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

Por todo exposto acima, resta cabal que o ICMS no presente caso, caso fosse aplicado, incidirá no Estado do Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

Insta salientar que nos termos do Convênio 113/2004 as operadoras de telecomunicações deverão ter Inscrição Estadual na localidade do usuário final. Vejamos:

"Cláusula primeira Os prestadores de serviços de comunicação, nas modalidades relacionadas no parágrafo único, deverão inscrever-se nas unidades federadas de situação dos destinatários dos serviços, sendo facultada, a critério de cada unidade federada:

I - a indicação do endereço e CNPJ de sua sede, para fins de inscrição;

II - a escrituração fiscal e a manutenção de livros e documentos no estabelecimento referido no inciso anterior;

III - a exigência de indicação de representante legal domiciliado em seu território."

Nesse sentido, considerando que a Administração lota-se no Estado do Rio de Janeiro e também haverá prestação de serviço no Distrito Federal, portanto, a TIM do Rio de Janeiro e do Distrito Federal serão a prestadora do serviço nesse Estado e Distrito.

Como se sabe, nos termos da Resolução SER 047/2003 e SEF 971/16 "são isentas do ICMS as operações e prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias".

Nesse sentido, as contratações realizadas por entes da administração pública relacionados diretamente ao Estado do Rio de Janeiro são isentas de ICMS, no presente caso a licitação foi aberta pela PRODERJ, entidade essa que se enquadra exatamente no parágrafo primeiro anteriormente citado.



Ora, se o cliente final está localizado no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, a prestação de serviço ocorrerá no Rio de Janeiro e no DF e o cliente é isento de ICMS, ante ao disposto na Resolução SER 047/2003 e na SEF 971/16, resta cabal que a prestação de serviço de comunicação contratado pela licitante apesar de ser objeto de incidência no Rio de Janeiro e no Distrito Federal será isento de ICMS, ante a legislação apontada, independentemente se a habilitação da Recorrente tenha sido realizada pela empresa Matriz, localizada em São Paulo.

Adicionalmente, considerando que o ICMS é um tributo não cumulativo e o ônus de seu pagamento é repassado para o cliente final, qualquer ato que vede, mesmo que indevidamente, a isenção estaria prejudicando o cliente final, qual seja, PRODERJ.

A respeito do entendimento de que a documentação da habilitação deverá ser especificamente do CNPJ cujo estabelecimento está situado no Rio de Janeiro para que seja concedida a isenção à PRODERJ, cabe esclarecer que, no entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência majoritária, matriz e filial nada mais são do que estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

Vale esclarecer que a matriz é o estabelecimento principal, aquela que dirige as demais empresas que são as filiais, sucursais ou agências; a filial é o estabelecimento mercantil, industrial ou civil, sendo subordinada a matriz.

Conclui-se ser perfeitamente possível que a matriz participe da licitação e a filial execute o contrato. É absolutamente evidente que a Administração Pública celebra o contrato com a pessoa jurídica e não com determinado estabelecimento empresarial.

Agora, apesar de comporem a mesma pessoa jurídica, o direito tributário confere tratamento específico aos diferentes estabelecimentos empresariais, considerando cada um deles um domicílio tributário. Nesse sentido é 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”.

Aliás, sobre o tema o Tribunal de Contas da União já se manifestou. Veja-se:

“[Relatório]

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 a filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.

21. Caso comum, por força da necessidade de comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso IV do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, é o de diversas empresas (filiais) apresentarem, para esse fim, documentos emitidos sob o CNPJ de suas matrizes, em razão de suas certidões estarem vencidas. Desse modo, alegam serem válidas tais certidões, uma vez que o recolhimento dos tributos e das contribuições federais é realizado de forma centralizada pela matriz, abrangendo, portanto, suas filiais.” (TCU. Acórdão nº 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008.)

Corroborando o entendimento aqui esposado, colaciona-se, abaixo, trecho do Acórdão nº 3.056/2008, no qual o Plenário do Tribunal de Contas da União se manifestou sobre o tema, explicitando o porquê da diferenciação dos CNPJs da matriz e da filial e interpretando o caso à luz da Lei nº 8.666/93. Veja-se:

“III - ANÁLISE

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

9. Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado 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. O número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ é composto de oito algarismos, separado por uma barra do número de ordem do estabelecimento e, por fim, após o hífen, dois dígitos de controle. Desta maneira, o número do CNPJ da matriz e da filial são iguais até a barra separadora. Em seguida, faz-se a diferenciação entre os estabelecimentos: /0001 é sempre para a matriz; /0002 para a primeira filial; /0003 para a segunda filial e assim por diante. Os demais dígitos são os chamados de dígitos verificadores, específico para cada estabelecimento."

Isto posto, conclui-se que não há qualquer impedimento de que a Licitante seja habilitada pela matriz e para fins de faturamento sejam informados os dados da filial local, conforme dispõe o

próprio esclarecimento desta Administração ao questionamento da Vivo em Julho de 2015, haja vista trata-se da mesma pessoa jurídica.

Deste modo, cabe à PRODERJ rever o entendimento do subitem 7.9, esclarecendo que as licitantes sediadas em qualquer localidade/estado deverão apresentar em suas propostas e lances os valores sem a incidência do ICMS, em virtude do convênio e da resolução citados, bem como em observância à necessária competitividade da licitação.

Outrossim, vale observar quanto às exigências previstas no item 12.3 do instrumento convocatório como condição para assinatura da Ata de Registro de Preços, conforme segue:

"12.3 - Declaração, na forma do Anexo XI, em atendimento ao disposto no Decreto Estadual nº 33.925, de 18/09/2003, de que preenche, em seus quadros, o percentual mínimo de empregados beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

- a) De cem a duzentos empregados, 2% (dois por cento); b) De duzentos e um a quinhentos empregados, 3% (três por cento);*
- c) De quinhentos e um a mil empregados, 4% (quatro por cento);*
- d) Mais de mil empregados, 5% (cinco por cento)."*

Nesse sentido, é válido destacar o que dispõe o artigo 1º do Decreto Estadual nº 33.925/2003, vejamos:

"Art. 1º - Nas contratações diretas e nas licitações realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual direta e indireta, deverão constar dos respectivos editais, a obrigatoriedade para a empresa com 100 (cem) ou mais empregados de demonstrar o preenchimento de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com

peessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

I – ate duzentos empregados, 2% (dois por cento);

II – de duzentos e um a quinhentos empregados, 3% (três por cento);

III – de quinhentos e um a mil empregados, 4% (quatro por cento); ou

IV – mais de mil empregados, 5% (cinco por cento)."
(Grifamos)

Destarte, a TIM pugna para que a exigência destacada poderá ser atendida mediante apresentação do Aditivo ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado perante o Ministério Público do Trabalho, em conformidade com o artigo 5º, §6º da Lei nº 7.347/85, ao artigo 585, II do Código de Processo Civil, bem como o artigo 876 da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo conteúdo desta atesta que a TIM se compromete em atender a reserva legal de vagas prevista no artigo 93 da Lei 8.213/1991, esta que estabelece o atendimento da exigência do item 12.2.

Cabe corroborar que a maioria das empresas de telecomunicações do Brasil se encontra em processo de adequação à referida exigência. Assim sendo, é oportuno e aceitável a apresentação do Aditivo ao TAC, cuja atribuição da empresa quanto ao comprometimento em cumprir a exigência, a vincula à obrigação de fazer em prazo determinado, sob pena de multa.

É evidente que, caso a exigência em comento seja mantida, sem a possibilidade pugnada pela TIM de apresentar o TAC, poderá afastar as principais empresas prestadoras de Serviço Móvel Pessoal do Brasil, restringindo assim a competitividade do certame. Além disso, tal medida poderá prejudicar a vantajosidade das propostas. Isto porque, como se sabe, o caráter competitivo da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Neste sentido, é clara a lição de Marçal Justen Filho:

"O tratamento isonômico visa a assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade.

Portanto, isonomia e vantajosidade se integram de modo harmônico como fins a que se norteia a licitação."

(Grifamos)

Assim também têm se manifestado a jurisprudência pátria, como revela o pronunciamento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

(...)

(REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297)" - Destacamos

Observada a errata publicada pelo PRODERJ a respeito da redução de velocidade dos serviços de dados, vale informar que os pacotes de dados ofertados pelas operadoras são ilimitados, atuando com velocidade máxima da rede para a tecnologia disponível na localidade e compatível com o equipamento utilizado até a franquia contratada, e redução de velocidade para 100Kbps nos pacotes utilizados em Smartphone e 256 Kbps nos acessos utilizados em Modem/Tablet, após o atingimento desta franquia.

Caso o edital em epígrafe mantenha a exigência do serviço de dados, a PRODERJ estará violando diretamente o princípio da competitividade e o princípio da proporcionalidade, uma vez que a exigência em comento não é adequada nem suficiente para atender o objeto licitado, aliando assim, do procedimento licitatório várias empresas interessadas em participar do referido certame.

Não é razoável nem proporcional exigir a prestação do serviço de dados sem o detalhamento necessário, em razão de se desviar igualmente das práticas do mercado de telecomunicações. É inaceitável que a Administração Pública ao promover uma licitação faça exigências desproporcionais, frustrando o caráter competitivo do certame e violando o princípio da legalidade, da competitividade, da isonomia e da vantajosidade para Administração Pública.

A exigência em questão, portanto, não é útil, necessária, nem adequada ao objetivo da Administração, que é obter melhor serviço pelo menor valor. Se a Administração insistir em licitar o objeto proposto exigindo a cobertura conforme estabelecido no item acima pontuado, estará restringindo a competição, o que reduzirá indevidamente as chances de obtenção de uma proposta mais vantajosa ao interesse público.

Nesse passo, cabe observar que o item que descreve o objeto a ser licitado irá restringir a participação de empresas interessadas e que fruste o caráter competitivo do certame. Vejamos:

"§ 1º É vedado aos agentes públicos:

1 – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos

licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991" (grifamos)

Nestes termos, o TCU já se posicionou por diversas vezes neste sentido:

"9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;" (Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara)

"8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;" (Decisão 369/1999 – Plenário)

"Observe o § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes." (Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara).

Sendo assim, ao insistir em prosseguir o processo licitatório com as exigências supra mencionadas, esta Administração afasta inúmeras empresas do certame, pois não observa os princípios basilares da Administração ao fazer exigências desnecessárias e incompatíveis para consecução do objeto licitatório.

De outro lado, caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas, vejamos:

"o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação."

Nesse sentido, também é o voto da Desembargadora (Relatora) Maria Inês Gaspar:

"Ademais, a licitação deve ser presidida pelo princípio maior da competitividade, pois o que se pretende, a final, é a mais ampla participação de todos os interessados, afim de ser possibilitado encontrar a proposta mais vantajosa para o erário e o interesse público."

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI dispõe que a Administração somente poderá fazer exigências indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, qual seja, o objeto a ser contratado. 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."

(grifamos)

Assim, a PRODERJ não cumpre o mandamento contido na Carta Maior e ainda não observa o princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, que exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

A razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Razoabilidade é um dos alicerces do direito administrativo que impõe que as decisões administrativas devam ser reflexo do bom senso e sejam dotadas de razão.

Nesse sentido, a razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que, no âmbito sancionatório, a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho evidencia que:

"Se existir informação relevante para elaboração das propostas ou participação dos interessados e se isso não constar do ato convocatório, haverá vício invencível. Apesar disso, os interessados poderão sentir necessidade de outras informações complementares. Por isso, a unidade administrativa deverá dispor-se a prestar esclarecimentos e informações. (...)

A definição de datas e horários não pode ser restritiva, mormente quando as informações possam ser relevantes para o certame. Assim, por exemplo, são viciadas as previsões de que em um dia específico e determinado, em horário certo, os interessados poderão obter as informações."

Com efeito, é exigência da Lei n.º 8.666/1993 que o ato convocatório especifique todos os elementos que possam influir na elaboração das propostas. É o que se lê do art. 7º, §2º, inciso II da referida norma:

"Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

*§ 2º As obras e os serviços **somente poderão ser licitados quando:***

(...)

*II - **existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;***

Bem por isso, conforme o comentário de Marçal Justen Filho:

"A obrigatoriedade da formulação de estimativas quanto aos custos necessários à execução do objeto destina-se a satisfazer várias finalidades.

Em primeiro lugar, trata-se de assegurar a seriedade do planejamento administrativo. Se a Administração desconhecer os custos, é inviável determinar a existência de recursos orçamentários, a modalidade cabível de licitação, o prazo necessário para executar o objeto, e assim por diante.

*Depois, **a Administração não disporá de condições para avaliar a seriedade das propostas apresentadas. Será inviável identificar as ofertas despropositadas e destituídas***

de consciência. A Administração correrá o risco de contratar com um licitante destituído das condições mínimas de executar o objeto.

Ainda sob o prisma da avaliação das propostas, a existência de uma planilha de custos – a qual deverá balizar a proposta apresentada pelo licitante – permite à Administração identificar os próprios equívocos. [...]

Enfim, a planilha permite à Administração controlar a execução do contrato, ainda que, como é evidente, tal função envolverá também a planilha que acompanhou a proposta do licitante." (Grifamos).

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas, vejamos:

"o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação."

Veja-se, a propósito que o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a seleção da proposta mais vantajosa. A vantagem buscada por meio de certames é assim conceituada segundo o Professor Marçal Justen Filho:

"A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro, vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de



realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração." - Grifamos.

Deste modo, requer-se dos itens que reduzem a competitividade da licitação em referência, uma vez que as medidas impedem a concorrência isonômica entre os licitantes, frustrando o caráter competitivo do certame.

4. DOS PEDIDOS

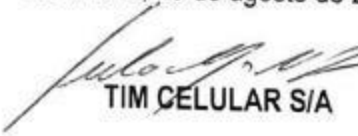
Ante o exposto, requer seja revisto o entendimento desta r. Administração a respeito dos itens abordados na presente peça impugnatória, desta forma, satisfazendo ao interesse público de contratação da melhor proposta.

Isto posto, a TIM requer:

- (i) o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e jurisprudência;
- (ii) a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame;
- (iii) caso necessário alterar o instrumento de convocação, a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade, em conformidade com o artigo 21, §4º da lei 8.666/93.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 29 de agosto de 2016.


TIM CELULAR S/A
Julio Cezar Moura de Souza

Tim Celular S/A
Avenida Giovanni Gronchi, nº 7.143-Bairro: Vila Andrade
São Paulo - SP - CEP: 05.724-006
CNPJ: 04.206.050/0001-80
Insc. Estadual: 116.049.102.113
Insc. Municipal: 2.978.385-2