

**PE 013/20 – Expansão para Sistema de Armazenamento de Arquivos Scale-Out NAS
Isilon Dell/EMC**

ESCLARECIMENTOS 1

Questionamento 1: Considerando que os potenciais licitantes podem estar em situação de possuir estabelecimentos MATRIZ e FILIAIS, cujo prefixo de CNPJ é quase o mesmo (modificando-se apenas os dois últimos algarismos), e que esses potenciais licitantes possam OPTAR por participar do Pregão com qualquer desses CNPJ (MATRIZ ou FILIAIS)

QUESTIONA-SE:

O licitante vencedor poderá OPTAR por faturar parte dos equipamentos que são objeto deste Pregão por um dos estabelecimentos (MATRIZ ou FILIAL) e a outra parte dos equipamentos por outro dos seus estabelecimentos (MATRIZ e FILIAL), à sua livre escolha, e será considerado como participante do Pregão unicamente a PESSOA JURÍDICA da licitante (independente do número – ou prefixo - do CNPJ)?

Resposta 1: Cuida-se de questionamento oriundo de potencial licitante em que relata possuir diferentes estabelecimentos empresariais – o que gera diferentes números de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Indaga se o “[...] licitante vencedor poderá OPTAR por faturar parte dos equipamentos que são objeto deste Pregão por um dos estabelecimentos (MATRIZ ou FILIAL) e a outra parte dos equipamentos por outro dos seus estabelecimentos (MATRIZ e FILIAL), à sua livre escolha, e será considerado como participante do Pregão unicamente a PESSOA JURÍDICA da licitante (independente do número – ou prefixo - do CNPJ)?”

Além disso, a potencial licitante faz o seguinte questionamento: “Em estrita observância à legislação vigente, denota-se que a tributação incidente nos equipamentos (hardware), qual seja ICMS, é diferente da aplicada nos serviços (garantia e softwares), ISS. À vista disso, entendemos que ambos não devem constar na mesma nota fiscal e que podemos emitir uma nota fiscal para os equipamentos (hardware) e outra para os serviços. Está correto nosso entendimento?”

Inicialmente, lembro que a diferenciação de número de inscrição dos diversos estabelecimentos empresariais de uma mesma pessoa jurídica tem maior relevância no campo do Direito Tributário. Por consequência, não deve representar obstáculo às contratações e embaraço às relações contratuais, embora determine alguns cuidados.

Note-se que matriz e filial representam estabelecimentos da mesma pessoa jurídica de direito privado. A sociedade empresária é considerada uma só, quer haja um, quer haja vários estabelecimentos.

Por outro lado, no contexto dos procedimentos licitatórios, a fase de habilitação tem por objetivo apurar a idoneidade e a capacitação de um licitante para contratar com a Administração Pública. Essa apuração é realizada com base na documentação apresentada pela sociedade empresária que efetivamente irá executar o objeto licitado.

Portanto, na fase de habilitação do procedimento licitatório, se for a própria matriz quem irá executar o objeto licitado, toda a documentação de habilitação a ser apresentada deverá ser expedida em seu nome e com seus respectivos comprovantes. Por outro lado, se for uma das filiais quem irá efetivamente se obrigar perante a Administração, toda a documentação de habilitação deverá ser encaminhada em nome dessa filial. É que, em

determinadas situações, um estabelecimento pode apresentar plena regularidade fiscal, enquanto que outro estabelecimento pode estar em situação irregular.

O entendimento acima tem o beneplácito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 3442 de 2013 – Plenário, Relator Augusto Sherman, julgamento em 04 de dezembro de 2013).

No presente caso, porém, a potencial licitante traz uma situação singular. Relatou que eventualmente poderá executar o objeto do contrato a partir de diferentes estabelecimentos.

Entendo que não há qualquer impedimento à opção levantada pela potencial licitante, desde que comprove todas as condições exigidas para a habilitação em relação aos seus dois (ou mais) estabelecimentos. É que, dessa forma, será integralmente apurada a idoneidade e a capacitação do licitante (e de seus estabelecimentos empresariais). Além disso, não se permitirá que questões relativas ao campo do Direito Tributário prejudiquem as relações contratuais.

Registro que o questionamento trazido no item 1 utilizou a palavra “faturar”. Assim, para evitar desentendimentos, esclareço que a futura contratada poderá executar parte do objeto a partir de um determinado estabelecimento, caso em que deverá emitir a respectiva cobrança a partir desse mesmo estabelecimento.

De outro lado, no que se refere ao questionamento trazido no item 4, entendo que não procede. É que, na verdade, a instalação representa apenas uma fase necessária para a aquisição do equipamento. É uma etapa imprescindível para a adequada utilização do equipamento.

O software, por sua vez, é parte integrante do equipamento. Sua instalação também caracteriza uma fase necessária à adequada utilização do storage. Sem ele o bem não teria utilidade. Além disso, não ocorrerá o desenvolvimento de um software especialmente para a Procempa. Trata-se de um produto comum, oferecido amplamente no mercado e comercializado indistintamente. Não há quaisquer serviços a serem tributados pelo ISS.

Note-se, ainda, que o conserto de bens que estão dentro da garantia são considerados, na verdade, reparos – não serviços. Buscam viabilizar o adequado aproveitamento do bem adquirido. Não há nova contratação de serviços a atrair a incidência de ISS. No presente caso representa um verdadeiro pressuposto necessário à aquisição do bem, o que oportuniza a incidência do ICMS.

O entendimento acima delineado foi chancelado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70004046850, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 16-10-2002).

Dessa forma, em suma, a instalação, o software e a garantia são pressupostos necessários à aquisição do bem, o que oportuniza a incidência do ICMS. Não há incidência de ISS.

Por esses motivos, com base em todos os fatos expostos e nas teses jurídicas mencionadas, sugiro que:

- a) a eventual contratada poderá executar o objeto do contrato a partir de seus diferentes estabelecimentos – caso em que cada um emitirá a cobrança de sua respectiva parcela -, desde que comprove todas as condições exigidas para a habilitação em relação a esses estabelecimentos;
- b) a instalação, o software e a garantia são pressupostos necessários à aquisição do bem, o que oportuniza a incidência do ICMS.

Questionamento 2: Caso o entendimento em relação à questão 1) anterior não esteja correto, quais são; no entender de V.Sas. e para fins de participação neste Pregão, os requisitos que permitirão ao licitante vencedor faturar por seus diferentes estabelecimentos (MATRIZ e/ou FILIAIS)?

Resposta 2: Vide Resposta 1.

Questionamento 3: No caso de serem indicados os requisitos mencionados no item 2) anterior, os mesmos requisitos deverão ser cumpridos pelos licitantes no momento da entrega da proposta escrita ou apenas na ocasião do efetivo faturamento dos equipamentos, quando for o caso?

Resposta 3: Vide Resposta 1.

Questionamento 4: Considerando que o edital de licitação em questão engloba o fornecimento de equipamentos eletrônicos (hardwares) e seus inerentes e intrínsecos serviços de instalação e garantia, indagamos:

Em estrita observância à legislação vigente, denota-se que a tributação incidente nos equipamentos (hardware), qual seja ICMS, é diferente da aplicada nos serviços (garantia e softwares), ISS. À vista disso, entendemos que ambos não devem constar na mesma nota fiscal e que podemos emitir uma nota fiscal para os equipamentos (hardware) e outra para os serviços.

Está correto nosso entendimento?

Resposta 4: Sim, o entendimento está correto.

Sujeita-se ao ICMS somente o serviço que não consta na lista de serviços.

RICMSRS Art. 2º - O imposto incide sobre:

II - o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.

Questionamento 5: Tendo em vista que os equipamentos serão distribuídos para diversas localidades, indagamos se a emissão das NFS ocorrerá para os CNPJS de entrega ou se será centralizado em apenas um CNPJ? Caso seja em apenas um CNPJ, podem confirmá-lo?

Resposta 5: Todos os equipamentos ficarão no Datacenter da PROCempa, cujo CNPJ é 89.398.473/0001-00.

Questionamento 6: 1. CONSIDERANDO que é a assinatura que atribui a um documento o seu valor probatório. Como salienta parte da doutrina, "para que um documento seja eficaz como meio de prova, é indispensável que seja subscrito por seu autor e que seja autêntico." (*Theodoro Jr., Humberto*, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2001, v. 1, p. 393).

2. CONSIDERANDO que, pela assinatura, são comprovados dois elementos que se destacam quanto à eficácia probatória do documento: autenticidade e integridade. Ou seja, comprovam-se o autor e a origem da declaração contida no documento e, mais, que não foi ele alterado, ou corrompido, sem que aqueles que o subscreveram tenham anuído com a alteração. Nesse sentido, portanto, para que o documento eletrônico produza efeitos

jurídicos é necessário que esses dois elementos sejam preenchidos: autenticidade e integridade.

3. CONSIDERANDO, que tem sido aceito que os documentos produzidos mediante a reprodução de um documento original têm, pelo menos, efeitos jurídicos de cópia, uma vez que todos os meios legais ou moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos (Código de Processo Civil – CPC/1973, art. 332).

4. CONSIDERANDO que a modernidade nos trouxe outro formato de documento, aquele que não necessita de um suporte físico para ser produzido e assinado: trata-se do documento eletrônico com a assinatura digital e que um documento criado eletronicamente e assinado digitalmente pelas partes através da estrutura de chaves pública e privada tem os mesmos efeitos jurídicos de um documento impresso comum, dispensando-se a existência de um original corpóreo.

5) CONSIDERANDO que o *site* de um Órgão do Poder Judiciário, como é a Justiça Federal, dispõe que:

“A assinatura digital é uma tecnologia que permite dar garantia de integridade e autenticidade a arquivos eletrônicos. É um conjunto de operações criptográficas aplicadas a um determinado arquivo, tendo como resultado o que se convencionou chamar de assinatura digital.

A assinatura digital permite comprovar (a) que a mensagem ou arquivo não foi alterado e (b) que foi assinado pela entidade ou pessoa que possui a chave criptográfica (chave privada) utilizada na assinatura.”

(<http://www.jf.jus.br/cjf/tecnologia-da-informacao/identidade-digital/o-que-e-assinatura-digital>)

6) CONSIDERANDO que a diminuição do uso de papel traz benefícios ao meio ambiente, à ecologia e também à desburocratização.

7. Por fim, CONSIDERANDO que os documentos apresentados numa licitação (habilitação, proposta técnica e proposta de preços), providos de uma ASSINATURA DIGITAL, têm o mesmo efeito de um original ou, na pior das hipóteses, de uma cópia autenticadae, ainda, que a Lei Federal 13.726, de 08 de outubro de 2018, “racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação”.

QUESTIONA-SE:

Considerados os relevantes fundamentos lançados antes, esse órgão permitirá, com base na validade reconhecida para a assinatura eletrônica em todos os âmbitos (inclusive no processo judicial eletrônico) e também nos dispositivos e na expressa previsão de racionalização de procedimentos administrativos da Lei 13.726/2018, que as licitantes interessadas nesse Pregão Eletrônico apresentem suas propostas técnicas, de preços e demais documentação, pela via eletrônica, desde que assinada digitalmente através da estrutura de chaves pública e privada, dispensando a apresentação desses mesmos documentos pelo meio físico (de papel)?

Resposta 6: Nenhum óbice de natureza jurídica ao recebimento de documentos de forma eletrônica e assinados digitalmente, nos termos propostos pela indagante, observado o disposto no item **8.33** do instrumento convocatório, ficando ressalvada a prerrogativa de o pregoeiro, caso tenha motivos para duvidar da autenticidade de determinado documento, solicitar à licitante a apresentação da via original. Em tempo, o item **8.31** do Edital autoriza expressamente a entrega da proposta e documentação de habilitação por meio eletrônico.