

PARECER Nº: 046/2021/LCP/PJG-2/PJ/NUCLEP

CONTRATO Nº CS-031/2021

INTERESSADO: DIRETORIA COMERCIAL- C

ASSUNTO: Qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal

Documentação necessária a fim de comprovar a qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, nos termos do art. 27, da Lei 8.666/93.

EMENTA: Direito Administrativo/Tributário – Chamamento Público para celebração de Acordo de Cooperação com Entidade sem fins lucrativos - Qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

PARECER

I. RELATÓRIO.

1. Instado a se manifestar, cumpre informar tratar-se de procedimento para fins de Chamamento Público para celebração de Acordo de Cooperação visando o Credenciamento de empresas para atuar como Caixa de Assistência e/ou Administradora de Benefícios, com a finalidade de disponibilizar Planos de Assistência a Saúde Suplementar e Planos de Assistência Odontológica.

2. Deste procedimento, originou-se o interesse da entidade denominada CAIXA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DA FIPEQC na celebração do referido acordo de cooperação, contudo, por suas particularidades, levantou-se dúvida quanto ao cumprimento do item 7 do edital 012/2021 por parte do Ilmo. Pregoeiro, nos seguintes termos:

“Encaminho o presente, a fim de que seja-nos prestado apoio em análise de documentação de habilitação, com relação aos seguintes pontos, oriundos dos documentos da Entidade FIPEQC, interessada em se credenciar para ofertar planos de saúde aos empregados da NUCLEP:

Balanço Patrimonial;

CND Federal (abrangendo Negativa da Receita Federal e Negativa previdenciária - INSS);

A questão do Balanço gira em torno do fato de que a Sociedade proponente da qual se verifica a documentação (FIPEQC) é Entidade sem fins lucrativos. Por esse motivo, ela alega que, caso tenha interesse de registrar seu Balanço Patrimonial, tal ato dever-se-á dar (como, no presente caso, foi), em cartório de registro civil, e não em Junta Comercial (exigido no edital); Alega, ainda, que a exigibilidade da emissão do seu balanço é o fim do mês de junho, e não abril, como estamos acostumados a cobrar

(obrigatoriedade de todas as empresas em geral). Todos os argumentos fundamentados no fato de não serem "empresa" propriamente dita.

Ainda no mesmo contexto, alega que, por ser entidade sem fins lucrativos, fica inexigível para os efeitos do presente processo a apresentação de CND Federal (no caso, a Distrital - DF, ela apresentou), por estar amparada no Art. 150 da CRFB. Contudo, ela mesma encaminhou-nos uma CND Federal vencida em 24/04/2021, e alegou que apenas não obteve uma outra cuja validade cubra a da anterior vencida, porque a RFB não a emitiu ainda, e que possui decisão liminar contra a RFB que suspende os efeitos de cobrança dos tributos federais (devido a uma questão de percentuais). Para justificar seus argumentos, encaminhou-nos documentos comprobatórios, os quais estou enviando em anexo para subsidiar a respectiva consulta que ora vos faço (cópia da decisão liminar e do protocolo do pedido na RFB de emissão de certidão negativa).

Ela ofereceu-nos alegações por parte de seu corpo jurídico por e-mail, as quais eu anexe ao presente processo para vossa análise, também (é uma troca de e-mails entre eu e eles, na qual inclusive consta uma pesquisa breve que eu fiz sobre o tema no sítio oficial da Receita Federal)

Peço, por favor, nos orientar:

1. Em até que ponto as diferenças de obrigações legais dessa proponente podem influenciar, especificamente, sobre os dois pontos acima (registro e validade de balanço patrimonial, e obrigações junto à Receita Federal);
2. Se, pelo fato de nosso Edital trazer em seu escopo a previsibilidade da participação de empresas, não tornaria vedada a participação de uma Entidade sem fins lucrativos (afinal, ela mesma alega não ser empresa); e
3. Se, mesmo sendo isenta de apresentação de uma CND dos tributos federais, não ficaria prejudicada a análise, a partir da falta desta certidão, pelo fato de que ela traz, também, a comprovação de quitação de obrigações junto ao INSS (pois, por uma certidão, nós aferimos não haver débitos com duas instituições, RFB e INSS e, no presente caso, nossa análise com relação ao INSS ficaria "cega").

Para consulta vossa, além da troca de e-mail acima citada, encaminho a documentação apresentada pela FIPEQC. Os documentos estão na pasta CONSULTA JURÍDICA - HAB FIPEQC do diretório do presente processo”.

3. É o relatório. Passe-se a opinar.

II. FUNDAMENTAÇÃO.

4. Inicialmente, faz-se necessário discorrer sobre a possibilidade de participação de pessoas jurídicas distintas das sociedades empresárias em processos destinados a celebração de contrato (licitação) ou acordos bilaterais (chamamento público) que, por terem os mesmos fundamentos jurídicos no que se refere aos aspectos aqui abordados, serão tratados abaixo apenas como processo licitatório.

5. Assim, conforme se verifica pelo texto da Lei 8.666/93, não há limitação para participação de pessoas, seja física ou jurídica, em procedimentos licitatórios¹. Contudo, o próprio objeto almejado pela Administração Pública trará a limitação fática decorrente de seu próprio cumprimento. O mesmo entendimento é aplicável quanto às espécies do gênero pessoa jurídica.

6. O termo “empresa” empregado no edital 012/2021 da Nuclep não se pode ser interpretado como uma exclusão expressa de participação de outras pessoas jurídicas aptas ao cumprimento do objeto da licitação, sob pena de caracterizar exigência excessiva, melhor explicitado na jurisprudência abaixo:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA EXCESSIVA – SITUAÇÃO RESTRITIVA DA CONCORRÊNCIA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – SENTENÇA RATIFICADA. A exigência excessiva, injustificada e desproporcional contraria a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. Além disto, a distinção levada a efeito também viola o princípio da igualdade no procedimento licitatório”. (ReeNec 25425/2017, DES. MÁRCIO VIDAL, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL TJ-MT, Julgado em 24/04/2017, Publicado no DJE 11/05/2017)

7. Desta maneira, melhor entender que o termo foi utilizado no instrumento como mera impropriedade técnica, o que não caracteriza nulidade ou ilegalidade do procedimento, mas afasta eventual impugnação por desclassificação com este fundamento.

8. Corroborando os argumentos até o momento aventados, cumpre destacar o Acórdão 7459/2010 - Segunda Câmara do TCU:

Sumário: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. **NÃO DEVE HAVER VEDAÇÃO GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA NEXO ENTRE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS COM OS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PRESTADORA DOS SERVIÇOS.** CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. NOVA REDAÇÃO AO SUBITEM 1.4.1.1 DO ACÓRDÃO nº 5.555/2009-2ª. CÂMARA. COMUNICAÇÃO AO INTERESSADO.

¹ Interpretação que se dá ao art. 6º, XV, da Lei 8.666/93;

9. Não se pode findar este tema sem a sugestão pela alteração do modelo de edital utilizado pela Nuclep, a fim de adequá-lo à orientação da Secretaria de Gestão do Governo Federal, *in verbis*:

A Secretaria de Gestão orienta os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da realização de processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa, **que incluam em seus editais a possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos nos processos licitatórios para a contratação de serviços sobre regime de execução indireta, excetuadas aquelas qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPI),** até que se proceda a alteração da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2019².

10. Quanto ao registros de livros e demonstrações financeiras, o e-mail enviado pela participante do processo licitatório é bem ilustrativo e discorre corretamente sobre o assunto. Resumindo: as sociedades empresárias realizam seus registros na Junta Comercial e as sociedades não empresárias ou associações realizam seus registros junto ao Registro Civil de Pessoa Jurídica.

11. No que se refere, contudo, a exigência de cumprimento da obrigação contábil através da ECD, a participante apresentou a seguinte informação:

“Entendemos a letra da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 2003/2021, no entanto, a própria legislação reza em seu artigo 14, que “Esta Instrução Normativa será publicada no Diário Oficial da União e entrará em vigor em 1º de fevereiro de 2021”. **Desse modo, o balanço patrimonial do ano de 2019 possui o registro em cartório,** conforme orientação pretérita e a demonstração de 2020 ainda não é exigível e está em processo de aprovação pelos órgãos colegiados da FIPECq Vida”.

12. Ora, apesar deste causídico ter mencionado a norma vigente em orientação via e-mail datado de 06.05.2021, fato é que a mesma substituiu suas equivalentes pretéritas, o que não permite afirmar que em 2019 a obrigação era dispensável, pois veja o histórico normativo da RFB:

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1420, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013

(Publicado(a) no DOU de 20/12/2013, seção 1, página 37)

Art. 3º Ficam obrigadas a adotar a ECD, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014:

III - as pessoas jurídicas imunes e isentas.

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1510, DE 05 DE NOVEMBRO DE 2014

2 <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/noticias/orientacao-sobre-contratacao-de-instituicao-sem-fins-lucrativos-acordao-no-2-426-2020-tcu-plenario>

(Publicado(a) no DOU de 06/11/2014, seção 1, página 22)

Art. 3º Ficam obrigadas a adotar a ECD, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014:

III - as pessoas jurídicas imunes e isentas que, em relação aos fatos ocorridos no ano calendário, tenham sido obrigadas à apresentação da Escrituração Fiscal Digital das Contribuições, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.252, de 1º de março de 2012.

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1774, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2017

(Publicado(a) no DOU de 27/12/2017, seção 1, página 45)

Art. 3º Deverão apresentar a ECD as pessoas jurídicas e equiparadas obrigadas a manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, inclusive entidades imunes e isentas.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput não se aplica:

IV - às pessoas jurídicas imunes e isentas que auferiram, no ano-calendário, receitas, doações, incentivos, subvenções, contribuições, auxílios, convênios e ingressos assemelhados cuja soma seja inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) ou ao valor proporcional ao período a que se refere a escrituração contábil;

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1894, DE 16 DE MAIO DE 2019

(Publicado(a) no DOU de 17/05/2019, seção 1, página 16)

Art. 3º Deverão apresentar a ECD as pessoas jurídicas e equiparadas obrigadas a manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, inclusive entidades imunes e isentas.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput não se aplica:

IV - às pessoas jurídicas imunes e isentas que auferiram, no ano-calendário, receitas, doações, incentivos, subvenções, contribuições, auxílios, convênios e ingressos assemelhados cuja soma seja inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) ou ao valor proporcional ao período a que se refere a escrituração contábil;

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 2003, DE 18 DE JANEIRO DE 2021

(Publicado(a) no DOU de 20/01/2021, seção 1, página 46)

Art. 3º Deverão apresentar a ECD as pessoas jurídicas, inclusive as equiparadas e as entidades imunes e isentas, obrigadas a manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput não se aplica:

IV - às pessoas jurídicas imunes e isentas que auferiram, no ano-calendário, receitas, doações, incentivos, subvenções, contribuições, auxílios, convênios e ingressos assemelhados cuja soma seja inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) ou ao valor proporcional ao período a que se refere a escrituração contábil;

13. Desta forma, rerratifica-se a orientação jurídica outrora enviada ao Ilmo. Pregoeiro para os seguintes termos:

“Assim, não basta a entidade meramente alegar que não possui fins lucrativos para afirmar-se que não tem a obrigação legal de entregar seu balanço patrimonial através do SPED, pois que deveria comprovar sua certificação conforme Lei 12.101/09, assim como estar enquadrada na hipótese do inciso IV, do artigo 3º, da Instrução Normativa RFB 1.894/2019”.

14. Afirme-se, pela DRE apresentada, que a associação deveria ter enviado sua escrituração através do SPED, posto que sua receita superou 13 milhões de reais. Contudo, melhor se debruçando sobre a matéria, verificou-se que nada impede que a participante registre seu balanço no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e, após, envie a mesma informação através do SPED, o que se veda é o registro, em duplicidade, do Livro Diário, razão pela qual entende-se que o documento assentado no RCPJ cumpre os requisitos do item 6.2, II, do edital 012/2021.

15. Quanto ao exercício a que deve se referir o balanço patrimonial a ser apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes, merece destaque o voto condutor do Acórdão 2145/2017 – Plenário:

9. Com efeito, o Acórdão 1999/2014-TCU-Plenário inclinou-se no sentido de adotar o prazo previsto no art. 1.078 do Código Civil, que prevê a aprovação do balanço patrimonial e dos demais demonstrativos contábeis até o dia 30 de abril do ano subsequente ao do exercício financeiro de referência, para efeitos de aplicação do art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993, o qual define que o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis a serem apresentados na fase de qualificação econômico-financeira devem se referir ao último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei (grifei).

10. Assentou o referido aresto que a Instrução Normativa RFB 1.420/2013, ao estabelecer o prazo de 30 de junho, o fez unicamente para transmissão da escrituração contábil digital e para os fins operacionais nela estabelecidos, motivo pelo qual a entidade licitante não poderia considerar como válidas as demonstrações financeiras relativas a período anterior ao de referência, vez que no caso concreto, a abertura das propostas ocorreu em 20/5/2014, posteriormente à data limite de publicação dos balanços prevista na lei civil (30 de abril) .

11. Esse já havia sido também o entendimento adotado pelo Tribunal no Acórdão 2669/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, que no entanto ressaltava as empresas tributadas pelo lucro real, cujo prazo a ser adotado seria até o final de junho, nos termos da então vigente Instrução Normativa da Receita Federal 787/2007.

12. Entretanto, mais recentemente, outras duas decisões desta Corte trouxeram novas luzes à questão, motivo pelo qual não merecem prosperar os argumentos da embargante. Nos autos do Acórdão 472/2016-TCU-Plenário, o Tribunal entendeu que o prazo previsto no Código Civil (30 de abril), refere-se à deliberação da assembleia de sócios acerca do balanço patrimonial e não a sua publicação, conforme excerto que transcrevo:

3.2. Em relação à alínea “b”, foi verificado que o prazo previsto no Código Civil (30/4/2015) refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e não a sua publicação. O fato de a empresa apresentar documentação

referente ao exercício de 2013 em 22/5/2015 encontra respaldo na Instrução Normativa 1.420/2013 da Receita Federal do Brasil, pois, para as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, a exigência para apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se inicia a partir de 30 de junho do exercício atual;

13. Posteriormente, por meio do Acórdão 119/2016-TCU-Plenário, esta Corte revisitou o tema, outorgando primazia à regra prevista no instrumento convocatório, ou seja, o edital, que é a “lei” do certame licitatório. Refutando argumento da representante que alegava que a validade dos balanços antigos findar-se-ia em 30 de abril, quando já teriam que ser apresentados os demonstrativos ano contábil de referência, o Tribunal entendeu que deveriam ser sopesados outros princípios, como o da razoabilidade e o da economicidade, frente a um rigorismo excessivo e à possibilidade de reconhecer como válidas ambas as datas, tanto a do Código Civil, quanto a da Instrução Normativa da Receita Federal, verbis:

11. Vale frisar que quando da convocação da Confederal, pelo TRT-10, para apresentação dos seus documentos habilitatórios (05/5/2015) , empresa que tem como regime de tributação o lucro real, o balanço patrimonial vigente e aceito pelo SICAF (validade até 30/6/2015) era justamente o relativo ao exercício de 2013, o que garantiria a sua habilitação no certame.

12. De outro tanto, o princípio da economicidade também fora invocado na peça recursal da empresa Confederal, nos seguintes termos:

Considerando que os itens 10.2.2, 10.2.3 e 10.2.4 estão relacionados ao balanço patrimonial, citado no Inciso I do Artigo 31 da Lei 8.666/93, infere-se que o balanço ofertado pela Recorrente não foi aceito pelo Pregoeiro, AINDA QUE DEMONSTRADA DE FORMA CATEGÓRICA E VÁLIDA a adequada qualificação econômico-financeira por intermédio de instrumento legal. Veremos adiante a legalidade do instrumento/documento apresentado, bem como a demonstração do rigorismo excessivo por parte do Pregoeiro. Tal ato, excessivo, ofende o princípio da ECONOMICIDADE, afastando proposta mais vantajosa para a Administração e dando azo para proposta mais elevada, onerando os cofres públicos.

[...]

Portanto, avocando os princípios da RAZOABILIDADE e da ECONOMICIDADE, é prudente para a Administração Pública afastar-se do rigorismo excessivo e reconhecer como válidas, PORQUE VÁLIDAS SÃO, ambas as datas em questão que ensejam a validade do balanço patrimonial.

Desarrazoado é desclassificar proposta cujos valores estão compatíveis com o mercado, cuja qualificação econômico-financeira está comprovada por documento válido e EXIGIDO no âmbito da Administração Pública até 30 de junho do corrente ano, em detrimento a proposta cujos valores são menos vantajosos para o Erário.

13. Por oportuno, cabe ressaltar que o princípio da economicidade também havia sido levado em consideração no próprio voto condutor do Acórdão 1999/2014-TCU-Plenário, tomado como paradigma, no âmbito do TRT-10, para a inabilitação da empresa Confederal:

14. Ressalte-se (...) que o valor da proposta considerada vencedora da licitação (empresa M Service Ltda., valor negociado R\$ 390.767,27 – peça 4, fl. 36) foi praticamente idêntico ao que havia sido apresentado pela representante (valor negociado R\$ 390.842,17 – peça 4, fl. 9)

(...)

23. A rigor, à luz do caput do art. 1.078 do Código Civil, a deliberação da assembleia dos sócios sobre o “balanço patrimonial e o de resultado econômico” é que deverá ocorrer “nos quatro meses seguintes ao término do exercício social” (até 30/4) ,

sendo que a apresentação propriamente dita de tais documentos perante os “sócios que não exerçam administração” terá de ser feita “até trinta dias antes da data marcada para a assembleia”, portanto nos três meses seguintes ao término do exercício social (até 30/3).

24. Por seu turno, é a Instrução Normativa SRF 1.420/2013 que, implicitamente, oferece resposta para a questão temporal da exigibilidade do “balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social” nas licitações. Isso porque o seu art. 5º dispõe que a Escrituração Contábil Digital (ECD), a qual compreende a versão digital dos balanços e demais documentos contábeis (art. 2º), e cuja adoção é obrigatória para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou no lucro presumido (art. 3º), deverá ser transmitida ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao que se refira a escrituração.

(...)

27. Em que pese a tese defendida nos parágrafos precedentes, reconheço que a inexistência de uma jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte de Contas pode ser suprida pelo próprio responsável pela condução do processo licitatório, por meio de inserção de cláusula editalícia que indique expressamente o exercício a que deve se referir o balanço patrimonial a ser apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes. Com essa medida, o instrumento convocatório supriria quaisquer dúvidas dos interessados acerca do assunto, razão pela qual proponho ao colegiado dar ciência ao TRT do ocorrido para que tal lacuna possa ser preenchida no edital que vier a ser publicado (grifos meus).

14. Faço pequeno reparo ao aresto acima referido, no que diz respeito ao termo ad quem previsto na Instrução Normativa RFB 1.420/2013, que teve a redação do seu artigo 5º modificada pela IN RFB nº 1.594, de 1º de dezembro de 2015, alterando o prazo para transmissão da Escrituração Contábil Digital (ECD) ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) para até o último dia do mês de maio do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração.

16. Observa-se que a própria jurisprudência desta Corte afirma a falta de consolidação de entendimento, recomendando a **“inserção de cláusula editalícia que indique expressamente o exercício a que deve se referir o balanço patrimonial a ser apresentado”**, posição ao qual este parecerista se filia, pois que tal ato conferirá maior transparência ao certame.

17. De toda maneira, como dito alhures, **a participante anexa documento o qual sugere que, por sua receita, será obrigada à entrega da ECD, sendo razoável que as demonstrações contábeis do último exercício financeiro se referem ao ano de 2019.**

18. Noutro giro, no que se refere à CND, cumpre esclarecer que a participante, inicialmente, apresentou cópia de decisão judicial em caráter liminar na qual deferiu-se a suspensão de exigência de exações federais, assim como o protocolo de solicitação de certidão junto à PGFN.

19. Durante a análise documentação, a participante apresentou a CND, o que deve ser considerado para fins de observância de sua regularidade fiscal, ao mesmo fundamento exposto no Acórdão 2145/2017 – Plenário, qual seja, princípio da razoabilidade e economicidade, pois que desarrazoado seria desclassificar uma proposta cujos valores atendem aos ensejos dos funcionários da Nuclep, possibilitando a escolha de plano de saúde

que melhor lhe convir, lembrando que o citado processo administrativo não revela competição, ou seja, não se trata de processo licitatório, mas, sim, de chamamento público que tem por intuito oferecer opção de fornecedores aos empregados que queiram aderir a algum plano de saúde.

III. CONCLUSÃO

20. Diante do exposto, este Advogado, vinculado à Gerência Jurídica Administrativa e Tributária, entende, s.m.j., ter esclarecido os questionamentos levantados, opinando pela regularidade dos documentos apresentados para fins de comprovação da habilitação econômico-financeira e regularidade fiscal da CAIXA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DA FIPECQ.

21. É o parecer. À consideração superior.

Itaguaí, 18 de maio de 2021.

**LEANDRO DE
CARVALHO
PEREIRA** Assinado de forma
digital por LEANDRO DE
CARVALHO PEREIRA
Dados: 2021.05.18
15:34:17 -03'00'

LEANDRO DE CARVALHO PEREIRA
Advogado
matrícula 4236-5