

SECRETARIA DE ACESSORAMENTO JURÍDICO

Proad nº 13712/2020

Objeto: Contratação de empresas para prestação de serviços continuados de desenvolvimento de peças publicitárias, com entrega parcelada de banner, placas, totem, estandarte, adesivos, faixas e busdoor (produção e veiculação).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇO CONTÍNUO. HABILITAÇÃO. REGULARIDADE PERANTE A FAZENDA ESTADUAL. ISENÇÃO. DÉBITOS ANTERIORES. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA OU DA CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA PERANTE A SEFAZ.

Retornam os autos à Secretaria de Assessoramento Jurídico para emissão de parecer acerca da regularidade fiscal estadual da empresa licitante classificada em 1º lugar (doc.38).

Trata-se de processo licitatório para a contratação de empresa para prestação de serviços continuados de desenvolvimento de peças publicitárias, com entrega parcelada de *banner*, placas, totem, estandarte, adesivos, faixas e *busdoor* (produção e veiculação).

Em parecer anterior (doc.26), a SAJ aprovou com recomendação o Edital de doc. 25. Este foi ajustado de acordo com as recomendações e devidamente publicado (doc.29).

O certame transcorreu normalmente e a empresa DITO SOLUÇÃO EM COMUNICAÇÃO LTDA foi classificada em primeiro lugar.

A seção de licitação, ao examinar a documentação da primeira colocada, teve dúvida quanto à regularidade fiscal estadual da empresa, considerando a recente condição de “isenta” e encaminhou os autos à SAJ para emissão de parecer.

É o Relatório.

Da regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual e do prazo para regularização.

Trata-se de dúvida suscitada pela seção de licitação acerca da regularidade fiscal estadual da empresa classificada em primeiro lugar e também sobre a possibilidade de nova prorrogação do prazo para regularizar a situação, considerando a alegação da empresa quanto às dificuldades de atendimento pela SEFAZ por força da Pandemia da COVID-19.

A Seção de Licitação informou no doc. 38 que a empresa DITO SOLUÇÃO EM COMUNICAÇÃO LTDA. apresentou uma certidão positiva de débitos tributários, no âmbito estadual (doc. 30, pág. 26), vencida.

Relatou que por tratar-se de microempresa, foi concedido o prazo de 5 dias úteis para que a

empresa regularizasse a situação, conforme previsto no item 12.3.8.5 do Edital.

Noticiou também que a referida empresa alegou que estava enfrentando dificuldades para o atendimento perante a Fazenda estadual por força da pandemia da COVID 19 e afirmou que estaria isenta no âmbito estadual, solicitando a prorrogação do prazo, que foi deferido.

Extraí-se ainda do doc. 38 que em cumprimento à diligência solicitada, a empresa juntou ao SICAF uma declaração de que seria isenta e um e-mail dirigido à SEFAZ, no qual solicita uma certidão positiva com efeito de negativa, até esclarecer os fatos. A Seção de Licitação, após pesquisa para averiguar os dados informados no SICAF, verificou que a empresa se encontra, de fato, "isenta". Contudo, ao consultar a regularidade da empresa no SEFAZ- BA obteve a informação que "Contribuinte possui dívida no PPI em aberto".

Da análise da Certidão de Baixa da Inscrição (doc. 37, pág. 03) podemos constatar que houve a baixa da Inscrição desde 02/02/2021. A retrocitada Certidão apresenta, inclusive, a seguinte nota:

“Nota: A baixa da inscrição não implica em atestado de inexistência de débitos tributários do contribuinte e não exime a responsabilidade tributária dos seus titulares, sócios e dirigentes de débitos porventura existentes.”

Já a certidão on-line de regularidade perante a SEFAZ (doc. 37; pág.6), como já dito, informa que "Contribuinte possui dívida no PPI em aberto".

Pois bem.

Sobre a regularidade fiscal, a Lei de licitações estabelece no art. 29 que:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Assim, tem-se que para a comprovação da regularidade fiscal estadual a empresa tem

que juntar a prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual, se houver (II) e a prova de regularidade com a fazenda estadual (III).

Vale salientar que o de acordo com os art. 205 e 206 do Código Tributário Nacional, que disciplina a matéria, quando exigível, a prova de quitação do tributo deverá ser feita por certidão negativa, ou certidão positiva com efeito de negativa. Observe:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa."

Conquanto não se trate de exigência de prova quitação do tributo, mas sim de regularidade perante a Fazenda Estadual, esta deve ser demonstrada dessa mesma forma, através da certidão de regularidade fiscal.

O Edital, seguindo o preceito legal, previu quanto à habilitação o seguinte:

Da Regularidade Fiscal e Trabalhista:

12.8.3.1 Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

12.8.3.2. **Prova de regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e de inexistência de débito perante a Previdência Social, do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, através de certidões expedidas pelos órgãos competentes, que estejam dentro do prazo de validade expresso na própria certidão, composta de:**

a) Certidão Negativa de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, expedida pela Secretaria da Receita Federal e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ou certidão positiva com efeito de negativa;

b) Certidão negativa expedida pela Secretaria da Fazenda do Estado ou

Distrito Federal, ou certidão positiva com efeito de negativa; e

c) Certidão negativa expedida pela Prefeitura Municipal, ou certidão positiva com efeito de negativa, quando couber.

12.8.3.2.1 O licitante que possuir a Certidão Específica Previdenciária e a Certidão Conjunta PGFN/RFB, dentro do período de validade nelas indicados, poderá apresentá-las conjuntamente, devendo, entretanto, no caso de possuir apenas uma das certidões ainda no prazo de validade, emitir, obrigatoriamente, a certidão que entrou em vigência em 03 de novembro de 2014 e que abrange todos os créditos tributários federais administrados pela RFB e PGFN.

12.8.3.2.2 Poderá o Pregoeiro proceder à consulta à Base de dados da Receita Federal, através da internet, caso a empresa licitante não apresente a Certidão, para verificação de sua regularidade, na forma do Decreto nº 8.302/2014.

12.8.3.2.3 Caso o licitante seja considerado isento dos tributos municipais relacionados ao objeto licitatório, deverá comprovar tal condição mediante declaração da Fazenda Municipal do seu domicílio ou sede, ou outra equivalente, na forma da lei.

(...)

. 12.8.3.5.1 **Na hipótese de haver alguma restrição relativa à regularidade fiscal quando da comprovação de que trata o item supra, será assegurado prazo de 05 (cinco) dias úteis, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, a realização do pagamento ou parcelamento do débito e a emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.**

12.8.3.5.2 O prazo para regularizar a documentação fiscal será contado a partir da divulgação do resultado da fase de habilitação, cuja prorrogação poderá ser concedida a critério da administração pública, quando requerida pelo licitante, mediante apresentação de justificativa.

12.8.3.5.3 A abertura da fase recursal em relação ao resultado do certame ocorrerá após os prazos de regularização fiscal.

12.8.3.5.4 A não regularização da documentação no prazo estipulado implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, sendo facultado à administração pública convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação.”

É importante ressaltar que as regras e condições preestabelecidas no Edital devem ser seguidas no momento da análise da documentação na fase de habilitação, sob pena de violar o princípio de vinculação ao instrumento convocatório ou ferir a isonomia entre os participantes.

A documentação que será exigida deve estar descrita de forma clara, observados os limites legais quanto à exigência, bem como, a compatibilidade com objeto contratado, sob pena de onerar desnecessariamente os licitantes ou mesmo restringir a competição.

A despeito de existir divergência na Doutrina quanto às exigências sobre a demonstração da regularidade fiscal em todas as esferas, ao argumento que cabe exigir apenas a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda que arrecada os tributos pertinentes às atividades que serão licitadas, tendo a tese inclusive, ganhado força e ter havido reconhecimento em caso específico no Acórdão nº 2185/2020 do Tribunal de Contas da União, o entendimento majoritário no TCU ainda é no sentido que em situações ordinárias, que não se enquadrem nas hipóteses do art. 32, § 1º6, da Lei nº 8.666/93, nem se tratem de dispensa em razão do valor ou inviabilidade de competição, há necessidade de a comprovação da condição de regularidade perante as Fazendas se dar de forma ampla, perante as três esferas, Federal, estadual e Municipal. (Acórdão nº 2898/2017 – TCU – Plenário).

Não é demais repetir, o Edital em questão adotou como regra para a habilitação a prova de regularidade fiscal perante as esferas Federal, Estadual e Municipal, em consonância com o entendimento dominante do TCU.

Dito isto, como se pode observar, após a concessão do prazo de diligência para a regularização da documentação de habilitação, da documentação apresentada pela empresa e das pesquisas realizadas pela Seção de licitação no intuito de confirmar as informações declaradas no SICAF, depreende-se que **a empresa apresentou a prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual (II do art. 29 da Lei 8666/93), na qual consta a baixa a partir de 02/02/2021, contudo não apresentou a prova de regularidade com a Fazenda Estadual (III do art. 29 da Lei 8666/93), eis que na certidão online consta a informação de que há débitos anteriores.**

O fato de a empresa estar “baixada” no cadastro do ICMS no momento da licitação não implica na sua regularidade com a fazenda estadual, nem a exime de apresentar a correspondente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa, obtida perante a Secretaria da Fazenda da Bahia (local da inscrição).

Assim, mesmo se a empresa teve a baixa da sua inscrição e ficou “isenta” quanto ao recolhimento do ICMS a partir de 02/02/2021, por força de modificação nas suas atividades ou mesmo por outra razão, deve apresentar a situação de regularidade na forma prevista no Edital.

Em Consulta formulada à Zênite sobre a matéria, foi emitido o parecer no sentido que as regras estabelecidas no Edital devem ser detidamente verificadas, e, no caso, a regularidade perante a Fazenda Estadual deve ser demonstrada através da Certidão negativa ou da Certidão positiva com efeito de negativa:

“ (...)

A partir do exposto, a Administração deve verificar detidamente as cláusulas editalícias referentes às condições de regularidade fiscal.

Se a Administração adotou regramento editalício condizente com o alinhamento tradicionalmente defendido pelo TCU no que tange à abrangência das exigências de regularidade fiscal, entende-se que o licitante detentor da melhor proposta deve comprovar a sua regularidade fiscal perante todas as Fazendas, independentemente da natureza do objeto licitado e da consequente tributação incidente em razão do ramo de atividade exercido pela empresa.

Sob esse viés, deve a Administração exigir a ampla comprovação de regularidade fiscal junto às Fazenda Federal, Estadual e Municipal, o que abrange os débitos anteriores às eventuais mudanças promovidas pela empresa no seu segmento de atuação.

Ou seja, ainda que a empresa não mais atue com o fornecimento de bens e, portanto, não seja mais contribuinte do Estado para o recolhimento do ICMS, fato é que, até fevereiro do corrente ano, a empresa ostentava esse status. Logo, será preciso comprovar a regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual em relação ao período anterior à baixa da sua inscrição.

Para tanto, a Lei nº 8.666/93 não exige prova de quitação dos débitos fiscais, mas sim prova de regularidade. Tendo em vista o caráter tributário dessas obrigações, é o Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172/66, competente para disciplinar como se dá a comprovação da regularidade fiscal, o que consta do seu art. 205:

(...)

Então, a certidão negativa de débito não é a única forma de comprovar a regularidade fiscal, sendo admitida a certidão positiva com efeitos de negativa emitida nas hipóteses legalmente admitidas.

Sobre o assunto, ensina Hugo de Brito Machado:

"Tanto uma certidão negativa, isto é, dizendo que eu nada estou devendo ao Fisco, como uma outra dizendo que eu devo, mas o crédito do Fisco contra mim se encontra em uma das três situações mencionadas, produzem o mesmo efeito"¹¹

Seguindo esse alinhamento, o Superior Tribunal de Justiça, no MS nº6.253/DF, consignou que a "certidão positiva de dívida garantida por depósito judicial, emitida na forma do art. 206/CTN, tem o mesmo efeito da certidão negativa de débitos comprobatória da regularidade tributária, para fins de habilitação em processo licitatório."¹²

Do exposto infere-se que apenas a certidão negativa de débitos ou a certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, é que têm o condão de demonstrar a condição de regularidade do contribuinte. Não havendo documento nesse sentido, porque o licitante encontra-se em débito perante a Fazenda Estadual, não será admitida a sua habilitação.(..)"
(grifos posteriores)

Nesse contexto, entendemos que como não foi demonstrada a regularidade perante a Receita Estadual através do documento hábil para tal (certidão negativa ou positiva com efeito de negativa), conforme disposto no Instrumento Convocatório, os débitos anteriores à isenção são condição impeditiva à contratação com a Administração Pública.

Quanto à prorrogação do prazo de diligência para regularizar a documentação da habilitação da empresa, o art. 47 do Decreto nº 10024/2019 dispõe que:

Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

Parágrafo único. Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento de que trata o caput, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, vinte e quatro horas de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata.

Já o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, aplicada subsidiariamente ao regulamento do Pregão, prevê:

"Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos

:[...]§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Com efeito, a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo é não só uma faculdade da Administração, mas também um dever, quando verificada a necessidade de saneamento para fins de julgamento da documentação relativa à habilitação e da proposta, no intuito de obter a proposta mais vantajosa para a Administração.

Contudo, embora não haja limites para a realização de diligências, estas devem ser ponderadas quanto à necessidade e finalidade, para que não sejam prorrogadas indefinidamente para o mesmo propósito, cabendo, caso permaneça a dúvida mesmo após a apresentação dos documentos, adotar novas providências que permitam tomar uma decisão segura acerca da habilitação ou não do licitante.

Vale citar o excerto do parecer emitido pela Zênite Consultoria sobre a matéria:

“(…)

Para esclarecer o contexto relacionado à condição de regularidade fiscal da empresa, a Administração não só pode, como deve, empreender diligências que permitam alcançar conclusões objetivas e assertivas a respeito do assunto, conforme autoriza o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93:

(...)

Renato Geraldo Mendes explica a utilidade da diligência:

"O fato de o enunciado começar pela afirmação de que a realização da diligência é faculdade a ser exercida pela comissão de licitação ou pela autoridade superior não significa que se trate de algo que dependerá, exclusivamente, da vontade de quem pode autorizá-la, ou seja, a própria comissão ou a autoridade. Quando um enunciado faculta, ele não está criando uma possibilidade de mera liberdade pessoal para alguém decidir, mas sim viabilizando que o agente público que tenha de decidir possa, diante da situação concreta, escolher a melhor alternativa possível. **A ideia de diligência está diretamente relacionada à necessidade de o agente ter de tomar uma decisão.** É a necessidade de melhor instruir o processo e possibilitar uma decisão segura que determina a sua realização.

Nesse sentido, a diligência deve ter utilidade prática, ou seja, não se deve desperdiçar tempo com tal se ela não for produzir algum benefício concreto. **Assim, se houver necessidade de realizar diligência para tomar uma decisão segura, ela passa a ser obrigatória. No entanto, se for possível a autoridade ou comissão decidir seguramente sem a necessidade de realizá-la, deixa de ser necessária.** Da mesma forma, é possível considerar proibida a realização da diligência quando todos os elementos necessários para a tomada da decisão estiverem reunidos no processo.

Daí se vê que a palavra "facultada" empregada no §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 tem conteúdo distinto, conforme a situação concreta vivenciada pela autoridade ou comissão.

É claro que tudo o que foi dito aqui se aplica também ao pregoeiro, pois esse preceito tem aplicação subsidiária no regime jurídico do pregão."13 (Destacamos.) **A compreensão em torno da finalidade da diligência é essencial para o deslinde de situações similares àquela descrita pela Administração Consulente, em que não resta evidenciado, de forma clara, a condição de atendimento ao requisito imposto no edital.**

Inclusive, deve-se ter em vista que não há limite no que tange à quantidade de vezes em que a Administração pode realizar diligências. Desse modo, se mesmo após a apresentação dos documentos em diligência, permanecer a dúvida, há possibilidade de a Administração adotar novas providências voltadas a alcançar elementos que permitam proferir uma decisão segura acerca da habilitação ou não do licitante.

Ao enfrentar outras hipóteses de saneamento, cujo racional se estende ao presente caso, formou-se o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.357/2014 – Plenário, citado a título ilustrativo:

"1.6. Determinações:

(...)1.6.1.1. restrição indevida e injustificada ao exercício da prerrogativa prevista no § 2º do art. 29-A da Instrução Normativa - SLTI/MPOG 2/2008, mediante o estabelecimento de quantidade limitada de autorização para a realização de retificações, por parte das licitantes, de eventuais erros sanáveis constantes de suas planilhas de preços, conforme registrado na ata do mencionado certame, mais especificamente em mensagens enviadas às 11h18min52 do dia 4/7/2014, bem como às 15h15min44 do dia 28/7/2014;"14 (Destacamos.)

Obviamente deve haver uma razoabilidade por parte da Administração para que não se torne uma situação que se prolongue por período indeterminado, quer porque a licitação precisa encontrar seu desenvolvimento e alcançar um vencedor, quer porque, por vezes, se percebe que a realização de novas diligências não trará solução à questão.” (grifos posteriores)

O Edital, em observância ao art. 43, §1º da Lei Complementar nº 123/2006, fixou o prazo de 5 dias úteis para realizar diligências no intuito de regularizar a documentação da habilitação, com a possibilidade de prorrogação deste prazo por igual período, o que foi concedido após solicitação da empresa.

Conforme transcrito acima, o instrumento convocatório prevê também que a não regularização da documentação no prazo estipulado implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, sendo facultado à administração pública convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação.

Contudo, considerando o momento de Pandemia e tendo em vista que o prazo já foi prorrogado por igual período por solicitação da empresa, entendemos que nova prorrogação deve se dar somente em caráter excepcional e desde que demonstrado pela empresa o empecilho ao atendimento e solução pela SEFAZ-BAHIA.

Conclusão

Ante o exposto, concluímos que para averiguar as condições de habilitação o Pregoeiro deverá analisar e seguir detidamente as regras previstas no instrumento convocatório e, assim, para comprovar a regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual a empresa deve apresentar a Certidão negativa ou a Certidão positiva com efeito de negativa, obtida perante a SEFAZ-BA, conforme determina o item 12.8.3.2., “b” do Edital, eis que a baixa de sua inscrição comprova a sua “isenção” a partir de 02/02/2021, não atestando a regularidade para débitos anteriores, o que é condição impeditiva para a contratação.

Concluímos também, considerando o momento de Pandemia e tendo em vista que o prazo para regularização da documentação já foi prorrogado uma vez por igual período, que uma nova prorrogação deve se dar somente em caráter excepcional, desde que demonstrado pela empresa o empecilho ao atendimento e solução pela SEFAZ-BAHIA.

Este é o parecer, que se de acordo, sugiro encaminhamento à Seção de Licitação.

Em 01 de junho de 2021

Acácia do Val Santana

Chefe de Seção de Licitação e Contratos - SAJ

Havana Pimentel Sobral

Chefe de Núcleo - SAJ

De acordo.

À Seção de Licitação.

Karina Muniz Machado

Diretora da Secretaria de Assessoramento Jurídico