

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Referência: Licitação Presencial nº 045/2019 - CSL/EMSERH

Processo Administrativo nº: 27.904/2019 - EMSERH

Impugnante: JK AUDITORES S/S LTDA – EPP

Objeto: Contratação de empresa especializada na Prestação de Serviços de Auditoria Externa Independente, com emissão de pareceres e/ou relatórios sobre as demonstrações contábeis/financeiras, devendo ser considerado o perfil, a complexidade, as práticas contábeis adotadas no Brasil, bem como as normas legais específicas aplicáveis à Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares – EMSERH

Trata-se de **PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO** interposto pela empresa **JK AUDITORES S/S LTDA – EPP** devidamente qualificada na peça inicial acostada aos autos (fls. 159-161), em face do edital da **Licitação Presencial nº 045/2019** que objetiva alteração deste.

I – DA ADMISSIBILIDADE

A doutrina aponta como pressuposto dessa espécie de recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida: a manifestação tempestiva, a inclusão de fundamentação e o pedido de reforma do instrumento convocatório.

Dessa forma, o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMSERH no §§ 2º 3º do art. 65 assim disciplinou:

Art. 65. (omissis)

§2º Qualquer pessoa, física ou jurídica, é parte legítima para impugnar ou solicitar esclarecimentos ao edital de licitação, por irregularidade na aplicação deste Regulamento, protocolando o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura da licitação, devendo a EMSERH julgar e responder à impugnação, em até 03 (três) dias antes da realização da sessão.

§3º Decairá do direito de impugnar ou solicitar esclarecimentos nos termos do edital de licitação perante a EMSERH, o licitante que não o fizer até o 5º (quinto) dia útil que anteceder a abertura da licitação, apontando as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que a comunicação não terá efeito de recurso.

No mesmo sentido, dispõe o subitem 5.1 do instrumento convocatório impugnado, senão vejamos:

5.1. Qualquer pessoa, física ou jurídica, é parte legítima para impugnar ou solicitar esclarecimentos ao Edital de licitação, por irregularidade, protocolizando o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura da licitação, devendo a EMSERH julgar e responder à impugnação, em até 03 (três) dias úteis antes da data da realização da sessão.

A data de abertura da sessão pública está marcada para o dia **30/07/2019** às **09h:00min** e o prazo para que qualquer pessoa possa solicitar esclarecimento referente ao instrumento convocatório em epígrafe era até às **17h:00min do dia 23/07/2019**, horário em que se encerra o expediente da EMSERH.

Com efeito, tendo em vista que a impugnação foi interposta no dia 22/07/2019, portanto, no prazo legal, reconhece-se a tempestividade do pedido ao passo que será apreciado o mérito deste.

II – DAS RAZÕES

A empresa impugnante alega que o item 9.4.1 alínea “b”, que trata do registro na Comissão de Valores Mobiliários - CVM como requisito de qualificação técnica, restringe a participação no certame e não encontra amparo legal na Lei Federal nº 13.303/16 e por analogia na Lei Federal nº 8.666/93:

Como forma de demonstrar a capacidade técnica da licitante o edital estabelece no item 9.4 como fator indispensável a habilitação, que a empresa possua registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, como requisito de qualificação técnica.

9.4 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

9.4.1. QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL:

b) REGISTRO da empresa na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, de acordo com o previsto no art. 275, § 4º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

Ocorre que a exigência é restritiva a participação e habilitação no certame, que não encontra respaldo na Lei 13303/16 e por analogia a 8.666/1993, eis que a empresa licitante não é regulada pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, assim não há que se falar em solicitação de registro na CVM, como requisito de qualificação técnica indispensável a participação no certame.

Ademais, afirma que o art. 7º da Lei Federal nº 13.303/16 exige o registro na Comissão de Valores Mobiliários – CMV somente do auditor e não da empresa e que a Instrução CVM nº 308/99 estabelece registros distintos de auditores independentes, um relativo a pessoa física e outro destinado a pessoa jurídica:

Em leitura atenta do art. 7º, o qual embasa a necessidade de registro da empresa no CVM, percebe-se que o a lei requer é que o auditor (não a empresa) seja registrado.

Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.

Primeiramente é necessário esclarecer que existem dois tipos distintos de registro dos auditores independentes pela CVM, um relativo aos auditores pessoas físicas e outro para as pessoas jurídicas, sendo ambos regulados

pela Instrução CVM 308.

Art. 2º O registro de auditor independente compreende duas categorias:

I - Auditor Independente - Pessoa Física (AIPF), conferido ao contador que satisfaça os requisitos previstos nos arts. 3º e 5º desta Instrução;

II - Auditor Independente - Pessoa Jurídica (AIPJ), conferido à sociedade profissional, constituída sob a forma de sociedade simples pura, que satisfaça os requisitos previstos nos arts. 4º e 6º desta Instrução.

Certamente o legislador, conhecedor do funcionamento da CVM e da complexidade das pequenas empresas públicas (principalmente as empresas de Municípios menores), ao solicitar que as empresas públicas fossem auditadas por auditor registrado na CVM estava fazendo referência a pessoa física apenas e não a empresa, caso contrário teria expressado de maneira formal essa necessidade.

Alega ainda que a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos termos da Lei Federal nº 6.385/76 apenas fiscaliza e regula empresas públicas de capital aberto e que, portanto, a exigência do registro viola o princípio da competitividade disposto no art. 31 da Lei Federal nº 13.303/16:

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, conforme lei 6.385/76 apenas fiscaliza e regula as empresas públicas de capital aberto, logo não há que se falar em fiscalização da licitante sendo que ela é empresa pública que não detém capital aberto

Assim, verifica-se que a exigência de tal registro, contraria o Princípio da Ampla Competitividade, especificadamente inserida no art. 31 da lei 13303/16, que estabelece a busca pelo maior número de oponentes interessados no objeto licitado, trata-se de ampliação da disputa entre os participantes afim de promover igualdade de oportunidades a todos os concorrentes.

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Desta forma, necessário impugnar a exigência do registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, uma vez que a falta deste não impede em absolutamente nada a execução da prestação de serviços pela empresa proponente.

Por fim, trouxe a jurisprudência do TCU sobre o assunto, no sentido de afirmar que o edital não deve exigir o registro da empresa na CVM :

Em situações análogas a jurisprudência do TCU afirma sobre a ilegalidade do comprometimento do caráter competitivo do certame licitatório.

O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto,

*representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário)
É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames. Acórdão 539/2007 Plenário (Sumário)
Portanto, como o escopo principal da contratação é de empresa especializada na prestação de serviços de auditoria externa, com emissão de pareceres e relatórios sobre as demonstrações contábeis e financeiras, não deve o edital exigir o registro da empresa na CVM, como requisito indispensável a participação no certame licitatório.*

Isto posto, a impugnante requer que seja acolhida a presente impugnação para que seja excluído a exigência de registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, constante do item 9.4 do edital.

III – DA ANÁLISE DOS PONTOS APRESENTADOS

De início cumpre ressaltar que o presente edital está regido pelas disposições da Lei nº 13.303/16 e Regulamento Interno de Licitações e Contratos da EMSERH.

Outrossim, o presente certame tem como objeto a Contratação de empresa especializada na Prestação de Serviços de Auditoria Externa Independente, com emissão de pareceres e/ou relatórios sobre as demonstrações contábeis/financeiras, devendo ser considerado o perfil, a complexidade, as práticas contábeis adotadas no Brasil, bem como as normas legais específicas aplicáveis à Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares – EMSERH.

Considerando a especificidade do objeto, os autos foram remetidos a Gerência de Contabilidade que, por sua vez, encaminhou ao Núcleo Jurídico para orientação.

O Douto Núcleo Jurídico, através do Parecer Jurídico nº 4.690/2019 – NJ EMSERH acostado às fls.169-170v, informou que a realização de auditoria nas elaborações da EMSERH encontra respaldo nos arts. 7º da Lei Federal nº 13.303/16 c/c art. 275 §4º da Lei Federal nº 6.404/76, por esse motivo a EMSERH deve obedecer ao regramento às normas da Comissão de Valores Mobiliários que versam sobre auditoria de demonstrações financeiras:

A necessidade de realização de auditoria nas elaborações da Empresa

Maranhense de Serviços Hospitalares são oriundas das determinações insculpidas nos arts. 7º da Lei Federal nº 13.303/2016 c/c art. 275, § 4º, da Lei Federal nº 6.404/1976, in verbis:

Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.

Art. 275. O grupo de sociedades publicará, além das demonstrações financeiras referentes a cada uma das companhias que o compõem, demonstrações consolidadas, compreendendo todas as sociedades do grupo, elaboradas com observância do disposto no artigo 250.

§ 1º As demonstrações consolidadas do grupo serão publicadas juntamente com as da sociedade de comando.

§ 2º A sociedade de comando deverá publicar demonstrações financeiras nos termos desta Lei, ainda que não tenha a forma de companhia.

§ 3º As companhias filiadas indicarão, em nota às suas demonstrações financeiras publicadas, o órgão que publicou a última demonstração consolidada do grupo a que pertencer.

§ 4º As demonstrações consolidadas de grupo de sociedades que inclua companhia aberta serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários, e observarão as normas expedidas por essa comissão.

Dito isso, e considerando que a Lei das Estatais determina a obediência às normas da Comissão de Valores Mobiliários, inclusive no que diz respeito à obrigatoriedade de auditar as demonstrações financeiras por profissional registrados junto à CVM. Neste diapasão é importante mencionar que, ao dispor "sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários" a Lei Federal nº 6.835, de 7 de Dezembro de 1976 confere à CVM a necessidade do registro junto a esta autarquia para realização de atividade de auditoria independente, nos moldes de seu art. 26, senão vejamos:

Art. 26. Somente as empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes, registrados na Comissão de Valores Mobiliários poderão auditar, para os efeitos desta Lei, as demonstrações financeiras de companhias abertas e das instituições, sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários.

Verificada a necessidade de inscrição junto à CVM, cabe destacar que esta atividade deve observar o disposto no art. 3º, da Lei Federal nº 7.940, de 20 de Dezembro de 1989, que assim dispõe:

Art. 3º São contribuintes da Taxa as pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários, as companhias abertas, os fundos e sociedades de investimentos, os administradores de carteira e depósitos de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas de valores mobiliários e as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais obrigadas a registro na Comissão de Valores Mobiliários - CVM (art. 9º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 e art. 2º do Decreto-Lei nº 2.298, de 21 de novembro de 1986).

Parágrafo único. São isentos do pagamento da Taxa os analistas de valores mobiliários não sujeitos a registro na Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Ademais, enfatizou que a necessidade de inscrição na CMV como atividade de auditoria independente se estende às pessoas jurídicas, conforme manifestação do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.162.273 - RJ (2009/0207526-0):

Salienta-se que a necessidade de inscrição na Comissão de Valores Mobiliários como requisito para prática da atividade de auditoria independente, inclusive no que tange às pessoas jurídicas, já foi objeto de manifestação do Superior Tribunal de Justiça que, nos autos do Recurso Especial nº 1.162.273 - RJ (2009/0207526-0) exarou o seguinte entendimento:

TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. PODER DE POLÍCIA. AUDITORIA INDEPENDENTE. REGISTRO OBRIGATÓRIO. SUJEIÇÃO PASSIVA.

1. Nos termos do art. 3º da Lei n. 7.940/1989, as companhias abertas, os fundos e sociedades de investimentos, os administradores de carteira e depósitos de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas de valores mobiliários e as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais são obrigados ao registro na Comissão de Valores Mobiliários - CVM e, por isso, são contribuintes da Taxa de Fiscalização.

2. O § 1º do art. 3º da Lei n. 7.940/1989 somente isenta da taxa os analistas não sujeitos ao registro na CVM.

3. Hipótese em que a auditoria independente está obrigada ao registro na autarquia, sendo sujeito passivo da taxa, ainda que os serviços sejam prestados a companhias de capital fechado.

4. Recurso especial provido.

Em seu voto no julgamento do RESP acima referenciado, o Ilustre Ministro Gurgel de Lima destaca que:

Como se observa, as companhias abertas e, também, os auditores independentes, os consultores e os analistas de valores imobiliários são contribuintes da taxa, havendo isenção para esses últimos na hipótese de não estarem sujeitos a registro na CVM, ou seja, o registro é determinante para o lançamento da taxa.

A impetrante realiza auditoria independente em instituições financeiras, razão pela qual é obrigada à inscrição na Comissão de Valores Imobiliários e, uma vez registrada, submete-se ao poder de polícia da autarquia, a qual não afasta a fiscalização específica dos profissionais de contabilidade pelo Conselho Profissional.

O art. 26 da Lei n. 6.835/1976, que trata da competência e do registro dos Auditores Independentes, Consultores e Analistas de Valores Mobiliários, está assim disposto: "Somente as empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes, registrados na Comissão de Valores Mobiliários, poderão auditar, para os efeitos desta Lei, as demonstrações financeiras de companhias abertas e das instituições, sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários".

Como se nota, o art. 26 trata da obrigatoriedade de os auditores, consultores e analistas estarem registrados na CVM para o fim de auditar companhias abertas e as outras instituições citadas. Ainda que o serviço seja prestado às companhias de capital fechado, não se afasta a exigência do registro e do recolhimento da taxa, pois, renove-se, tal comando está previsto no art. 3º, Lei n. 7.940/1986.

Considerando os fundamentos acima colacionados verifica-se não haver dúvida quanto à necessidade de registro da pessoa (física ou jurídica) junto à Comissão de Valores Mobiliários, como requisito para a prestação do serviço de auditoria independente das demonstrações financeiras elaboradas pela Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares – EMSERH. (grifos no original)

O Núcleo Jurídico assevera ainda, diante do exposto no parecer supracitado, **que não há dúvida quanto a necessidade de registro da pessoa jurídica ou física junto a Comissão de Valores Mobiliários para a prestação de**

serviços de auditoria independente e que por esse motivo o pleito da impugnante não merece prosperar:

Superada a questão atinente à necessidade de inscrição há de se observar o reflexo do pedido formulado na Impugnação às fls. 159/161, na qual a empresa JK AUDITORES S/S LTDA – EPP irressignou-se diante da imposição de Registro na empresa junto à CVM como requisito de qualificação técnica, conforme item 9.4.1, “b” do instrumento convocatório.

Nos fundamentos de seu pleito, a Impugnante destaca o art. 31 da Lei Federal nº 13.303/2016, bem como que o requisito em comento restringiria a concorrência no certame licitatório referente à Licitação Presencial nº 045/2019-CSL/EMSERH.

Importante, portanto, trazer à baila o disposto no artigo 31 da Lei das Estatais, que assim dispõe:

*Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, **da vinculação ao instrumento convocatório**, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.*

Este trecho legal, basilar no que diz respeito às diretrizes dos certames licitatórios instaurados pelas Empresas Públicas elenca os princípios que os regem, dentre os quais destacamos a vinculação ao instrumento convocatório.

*Tal consideração é importante pois, ao definir o objeto do certame, o instrumento convocatório afirma que a licitação “tem como objeto a **Contratação de empresa especializada na Prestação de Serviços de Auditoria Externa Independente**”. De cara observa-se que o serviço será prestado pela Pessoa Jurídica, que é quem deve demonstrar, através do cumprimento dos requisitos de habilitação, a sua aptidão em realizar esta atividade, nos moldes do item 9 do Edital.*

Inclusive, é a Pessoa Jurídica que responde pelos atos dos auditores a ela ligados, conforme o art. 2º, § 3º, da Instrução nº 308/1999 – CVM, in verbis:

Art. 2º O registro de auditor independente compreende duas categorias:

I - Auditor Independente - Pessoa Física (AIPF), conferido ao contador que satisfaça os requisitos previstos nos arts. 3º e 5º desta Instrução;

II - Auditor Independente - Pessoa Jurídica (AIPJ), conferido à sociedade profissional, constituída sob a forma de sociedade simples pura, que satisfaça os requisitos previstos nos arts. 4º e 6º desta Instrução.

(...)

§3º O Auditor Independente – Pessoa Jurídica é corresponsável pelo cumprimento desta Instrução, no que se refere à conduta profissional, ao exercício da atividade e à emissão de pareceres e relatórios de auditoria, pelos seus responsáveis técnicos.

Ora, denota-se da simples leitura dos incisos do artigo acima colacionado, e como frisado pela Impugnante, existem registros diferentes entre pessoas físicas e jurídicas, não havendo menção a qualquer possibilidade de “substituição um pelo outro”.

Logo, se a contratação vai ser feita voltada a Pessoas Jurídicas, estas que devem demonstrar o cumprimento dos requisitos de habilitação, conforme requer o edital, garantindo à Contratada, inclusive, a possibilidade de continuar a execução dos serviços ainda que haja alteração no quadro de Auditores Independentes – Pessoa Física. Há de se destacar, neste momento, que se a habilitação fosse conferida a partir dos registros de Pessoa Física, caso esta deixasse de ser ligada à Empresa Contratada, o contrato deveria ser rescindido em razão da perda das condições de

habilitação, acarretando ofensa ao disposto na Cláusula Vigésima Sétima do instrumento contratual.

Por estas razões, não nos parece legal a pretensão formulada na Impugnação, no que tange a eventual desnecessidade de apresentação de “REGISTRO da empresa na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, de acordo com o previsto no art. 275, § 4º da Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976”.

Por fim, a orientação do Núcleo Jurídico é pela inviabilidade do atendimento ao pleito formulado pela empresa **JK AUDITORES S/S LTDA – EPP**:

Isto posto, este Núcleo Jurídico opina pela inviabilidade da concessão do pedido formulado pela empresa JK AUDITORES S/S LTDA - EPP na Impugnação apresentada às fls. 159/161, com o seu conseqüente não provimento, tendo em vista que a solicitação não encontra fundamento na legislação aplicável, conforme demonstrado nos trechos legais colacionados no presente Parecer.

Ressalta-se que, para a continuidade do presente pleito, faz-se necessária a observação do disposto nos diplomas legais já referenciados neste Parecer.

Assim, considerando a orientação do Parecer do Núcleo Jurídico da EMSERH, os argumentos invocados pelo impugnante não foram acatados.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, **CONHEÇO** a impugnação apresentada pela empresa **JK AUDITORES S/S LTDA – EPP**, em razão a sua tempestividade, para no **MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO** ao pleito formulado.

Na oportunidade, comunico que permanecem inalteradas todas as cláusulas editalícias e que a data da sessão de abertura da Licitação Presencial nº 045/2019 fica mantida para o dia 30 de julho de 2019 às 09h:00min na sede da EMSERH.

São Luís - MA, 25 de julho de 2019.

Osmália Roberta de Oliveira Borges
Agente de Licitação da CSL/EMSERH
Mat. 5873

De acordo:

Jéssica Thereza M. R. Araújo
Presidente da CSL/EMSERH
Mat. 1753